

## نظرية التعسف والبطلان في تشريع العمل الجزائري

د. سرور محمد

أستاذ محاضر " أ "

المركز الجامعي، البويرة

### مقدمة:

لقد عرفت الجزائر تغيرات سياسية كبيرة حيث انتقلت من النظام الأحادي إلى النظام التعددي كما رافقتها تغيرات اقتصادية تمثلت في الانتقال من الاقتصاد الاشتراكي المسير إلى الاقتصاد الحر واستقلالية المؤسسات لذا من الضروري أن يرافق هذا الانتقال تغيرات في مختلف فروع القانون خاصة القانون الاجتماعي لكونه وثيق الارتباط بالاقتصاد والمؤسسات، حيث حدثت تحولات هامة في مجال تنظيم علاقات العمل في النظام التأسيسي والتنظيمي إلى النظام التعاقدية والتفاوضية، إذ بالرجوع إلى مختلف قوانين العمل السابقة نلاحظ أنها كانت مسيرة بموجب القانون الأساسي العام للعامل ومختلف القوانين المنبثقة منه، وبعد الإصلاحات التي عرفتها البلاد وخاصة بعد صدور مختلف القوانين سنة 1990 المتعلقة بتنظيم علاقات العمل لجأ المشرع الجزائري إلى استبعاد الدولة كطرف منظم لتلك العلاقات ونتج عن ذلك اتساع سلطات المستخدم

باعتباره أصبح مالكا لوسائل الإنتاج، لذا الإشكال المطروح الذي سوف نحاول الإجابة عنها في هذا البحث هو دراسة طبيعة الأسس التي كان يقوم عليها النظام التأسيسي والأسس التي أصبح يقوم عليها النظام التعاقدى ودراسة أهم الاختلافات الموجودة بينهما ومدى تأثير الأخذ بأحدهما على دور القاضي الاجتماعي في حل مختلف نزاعات العمل.

للإجابة عن هذه الإشكالية نقسم الموضوع على الشكل التالي، نتعرض في البحث الأول إلى مفهوم النظام التأسيسي وأهم المبادئ التي يقوم عليها واثرا الأخذ به على دور القاضي في حل نزاعات العمل .

وفي المبحث الثاني نتطرق إلى النظام التعاقدى ونتناول بالتحليل مختلف المبادئ التي يقوم عليها واثرا الأخذ به على دور القاضي في حل نزاعات العمل وكخاتمة نظهر أهم الاختلافات الجوهرية بينهما .

### المبحث الأول: مفهوم النظام التأسيسي.

نتطرق في هذا المبحث لمفهوم النظام التأسيسي ونتعرض بالتفصيل لتعريف هذا النظام وتحليل أهم المبادئ التي يقوم عليها وتأثيره على دور القاضي في حل نزاعات العمل.

### المطلب الأول : تعريف النظام التأسيسي .

يقصد بالنظام التأسيسي أن القانون الأساسي العام للعامل (1) هو الذي يجمع الأسس والقواعد التي يقوم عليها عالم الشغل دون أن يترك أية سلطة

لطرفي علاقة العمل في ذلك ويمكن القول أن هذا النظام ولید الظروف السياسية والاجتماعية التي ظهر فيها فمن خلال دراسة مختلف القوانين التي تنظم عالم الشغل قبل 1990 أي قبل ظهور الإصلاحات الاقتصادية، نلاحظ أنها صدرت في ظل النظام السياسي الذي كان سائدا آنذاك وهو النظام الأحادي ونظام التسيير الاشتراكي للمؤسسات (2) فكما هو معروف في هذا النظام الدولة هي المالكة لوسائل الإنتاج ولها الحق في تنظيم وتسيير الإنتاج والتوزيع، ففي هذه المرحلة لم يكن للمستخدم أي دور في تنظيم علاقات العمل سواء تعلق الأمر بالتنظيم أو التسيير، والإشكالية التي سوف نجيب عنها تتمثل في أهم المبادئ التي كان يقوم عليها النظام التأسيسي .

**المطلب الثاني : أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام التأسيسي .**

هذا النظام كان يقوم على مجموعة من المبادئ ولعل أهمها تتمثل فيما

يلي :

**أ- مبدأ العدالة في علاقة العمل :**

ويقصد بذلك انه لا يمكن للمستخدم أي يكون طرفا في علاقة العمل ويقوم في نفس الوقت بتحديد الأسس والقواعد التي تحكم هذه العلاقة، لان ذلك من شأنه أن يؤدي إلى فرض سيطرته على الطرف الآخر وهو العامل لذلك تدخل المشرع كطرف ثالث لتحديد هذه الأسس والقواعد من اجل حماية العامل حتى لا يكون تحت سيطرة المستخدم .

ب- مبدأ المصلحة العامة: يميل الفقه الحديث والقضاء عند تفسير قواعد قانون العمل إلى تغليب مصلحة العامل وذلك عند الشك باعتباره الطرف الضعيف في

علاقة العمل ولكن في النظام الاشتراكي لا وجود لطرف ضعيف وطرف قوي وإنما يكون التفسير تحقيقاً للمصلحة العامة ويعود تحديد هذه المصلحة للمشرع.

ج- مبدأ الملكية العامة لوسائل الإنتاج : وعليه فإن المستخدم هو الدولة وبالتالي فهي التي تقوم بتحديد جميع القواعد والأسس التي تحكم العلاقات الاجتماعية في المؤسسات المملوكة للدولة فالمسيرون والعمال يكونون جميعاً في مركز واحد، أي عمال أجراء لدى الدولة ولا يوجد بينهم أي فرق ولا مجال فيه للحديث عن علاقة عامل بمستخدم.

### المطلب الثالث : تأثير النظام التأسيسي في نزاعات العمل .

بالرجوع الى البنية القانونية للقانون الأساسي العام للعامل وهو قانون 12/78 فإنه لا يختلف كثيراً عن القانون الأساسي للوظيفة العامة ما عدا أن الأول لم يهمل مستلزمات القطاع الاقتصادي، فإذا كان الرئيس الإداري يرجع إلى قانون الوظيفة العامة فيما يخص أي قرار يصدره ضد أي موظف، فإن المستخدم كذلك يرجع إلى القانون الأساسي العام للعامل لكي يتخذ أي قرار ضد العامل في المؤسسة، وبالتالي فالقاضي الإداري عندما ينظر في نزاع بين الموظف والإدارة، فإنه يعود إلى قانون الوظيفة العامة ليرى مدى احترامه من طرف الإدارة في اتخاذها لقرار التأديب مثلاً، فإذا رأى مثلاً أن الإدارة لم تحترم القانون

شكلا أو موضوعا يحكم القاضي ببطلان القرار وإلغاءه لمخالفته القانون، ونفس الشيء يمكن أن يقال عن القاضي الاجتماعي في إطار النظام التأسيسي، فعندما ينظر في نزاع العمل بين العامل والمؤسسة المستخدمة، فإنه يعود إلى القانون الأساسي العام للعامل ليرى مدى احترامه من طرف المستخدم أثناء اتخاذ قرار التأديب ضد العامل. ومثال ذلك أن يرى القاضي أن المستخدم لم يحترم القانون الأساسي للعامل شكلا أو موضوعا يحكم بإبطال القرار لمخالفته للقانون الأساسي العام للعامل، وبالتالي فالقاضي الاجتماعي مثله مثل القاضي الإداري يلجأ إلى نظرية البطلان عند نظره في النزاعات المعروضة أمامه.

#### المطلب الرابع: تطبيق نظرية البطلان على نزاع العمل.

لتوضيح كيفية تطبيق نظرية البطلان على نزاع العمل نأخذ مثال يتمثل

في قرار التسريح التأديبي .

- من الناحية الإجرائية : ففي إطار النظام التأسيسي الخاص بالنزاعات الفردية الذي تضمنه قانون 302/82 كان ينص على انه لا يمكن في حال من الأحوال أن يصدر قرار بتسريح عامل بسبب ارتكابه خطأ تأديبي دون موافقة اللجنة المتساوية الأعضاء التابعة للمؤسسة المستخدمة ويعد باطلا وبلا اثر قانوني كل تسريح يتم خرقا لما جاء من أحكام تشريعية (3)، وبالتالي فعندما يعرض قرار تسريح تأديبي لعامل دون موافقة اللجنة المتساوية الأعضاء فالقاضي هنا يطبق نظرية البطلان حيث يصدر حكم بإبطال وإلغاء قرار التسريح لمخالفته التشريع المعمول به(4).

- من الناحية الموضوعية : ان رقابة القاضي في ظل النظام التأسيسي لا تتوقف على مدى تحقيق الشكليات القانونية في قرار التسريح التأديبي وإنما تتسع لتشمل مدى صحة وقوع الخطأ المنسوب للعامل ومدى صحة التكيف القانوني للخطأ من طرف المستخدم فإذا كان الخطأ الذي ارتكبه العامل يصنفه القانون بأنه خطأ بسيط عقوبته هي التوبيخ فقط بينما أخطأ المستخدم في التكيف حيث صنفه ضمن الأخطاء الجسيمة وبالتالي فعقوبته هي التسريح، فهنا يكون المستخدم قد خالف القانون من الناحية الموضوعية لذلك على القاضي أن يحكم ببطلان قرار التسريح لمخالفته القانون، لان القاضي في ظل النظام التأسيسي يقوم بتطبيق القانون ولا يحل أي نزاع إلا بالرجوع إلى القانون الأساسي العام للعامل ومختلف النصوص التطبيقية له وبالتالي فهو عند النظر في أي نزاع يحكم ببطلان أي إجراء أو تصرف مخالف للقانون، ويعود ذلك أساسا لكون السلطة التأديبية للمستخدم في ظل النظام التأسيسي مستمدة من أساس قانوني هو القانون الأساسي العام للعامل والنصوص التطبيقية له عكس ما سوف نراه في النظام التعاقدى أين يستمد سلطته التأديبية من حق الملكية (5) ومن العقد (6) ومن النظام الداخلي (7).

### المبحث الثاني : مفهوم النظام التعاقدى .

بعد أن تناولنا مفهوم النظام التأسيسي ودرسنا فيه أهم المبادئ التي يقوم عليها وتأثير الأخذ بهذا النظام على دور القاضي في حل نزاعات العمل حيث تبين لنا أن هذا النظام الذي فان هذا الأخير وما هو معلوم يقوم على مجموعة من المبادئ لعل أهمها الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج والتسيير الاشتراكي

للمؤسسات والاقتصاد الحر ترتبط، وهذا ما جعل مختلف القواعد القانونية المتعلقة بالنظام الاجتماعي تتأثر بهذه المبادئ، إلا أن التطورات التي شهدتها العالم وخاصة انهيار الكتلة الاشتراكية وما صاحبها من إقلاع الدول الاشتراكية عن الاقتصاد الموجه وتبنيها للاقتصاد الحر وما صاحب ذلك من أزمات اقتصادية خانقة فإن المشرع الجزائري قد تبنى مجموعة من الإصلاحات تدور في مجملها حول الانفتاح الاقتصادي أي اقتصاد السوق والتخلي تدريجيا عن الأفكار والنظم السابقة وكان من نتيجة ذلك تبنى المشرع الجزائري النظام التعاقدية في ميدان علاقات العمل والإشكال الذي سوف نحاول الإجابة عنه في هذا المبحث هو مضمون هذا النظام وأهم المبادئ التي يقوم عليها وتأثير ذلك على دور القاضي الاجتماعي في تسوية نزاعات العمل(8).

### المطلب الأول: تعريف النظام التعاقدية :

يرى معظم الفقهاء (9) أن النظام التعاقدية هو ذلك النظام الذي يتخلص فيه طرفا علاقة العمل من سلطان القانون وتصبح علاقتهما خاضعة لسلطان الإرادة وتتجسد هذه الأخيرة في العقد والاتفاقيات الجماعية، وبما أن العقد شريعة المتعاقدين ففيه فقط يحدد الأسس والقواعد العامة التي تحكم علاقة العمل وبذلك أصبح المستخدم يتمتع بسلطات واسعة تشمل مجالات التأديب والتسريح والتشغيل وتحديد الأجر وعلى العموم كل ما يتعلق بالعمل لكن في الإطار العام الذي رسمه القانون، وكما هو معروف فإن أي نظام يقوم على مجموعة من

القواعد والسؤال المطروح في هذا الموضوع هو ما هي القواعد التي يقوم عليها هذا النظام؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلب الثاني من هذا البحث .

**المطلب الثاني : المبادئ التي يقوم عليها النظام التعاقدية .**

على العموم هذا النظام يقوم على مجموعة من المبادئ تتمثل أساسا في

مبدأ الملكية ومبدأ المتاجرة ومبدأ سلطان الإرادة

### **1- مبدأ حق الملكية: Principe du droit de propriété**

ويقصد به أن المستخدم باعتباره هو المالك لوسائل الإنتاج فمن الطبيعي أن يكون هو الممارس الوحيد لخصائص هذه الملكية من حق في التصرف الاستغلال وفي الاستعمال والانتفاع، ولا يمكن له أن يسير مؤسسته إذا لم يمارس هذه الصلاحيات وفقا لإرادته وأهدافه، وهذا المبدأ كرس في دستور سنة 1989 .

### **2- مبدأ حرية التجارة والصناعة:**

#### **-: principe de la liberté de Commerce et d'industrie-**

إذا كانت المؤسسات الاقتصادية العامة في إطار النظام الاشتراكي تهدف إلى تحقيق أهداف اجتماعية كحماية الطبقة العاملة وبناء المجتمع الاشتراكي، فإن المؤسسة الاقتصادية العامة أو الخاصة في ظل نظام اقتصاد السوق أصبحت تهدف إلى الربح وتحقيق المر دودية الاقتصادية وهذه الأهداف لا يمكن تحقيقها إذا كانت علاقات العمل وحرية المستخدم في تسيير المؤسسة محددة في قالب قانوني جامد لكون ذلك يتناقض مع مبدأ السرعة المطبق في التعاملات الاقتصادية، وتجدر الإشارة إلى أن هذا المبدأ كرس في الاستفتاء المتعلق بتعديل



الدستور الذي تم في 1996 وخاصة في المادة 37 منه التي كرست مبدأ حرية التجارة والصناعة .

### 3- مبدأ سلطان الإرادة: principe de l'autonomie de la volonté

باعتبار أن النشاط الاقتصادي أصبح يخضع للقانون الخاص الذي كرس مبدأ سلطان الإرادة فان ذلك قد اثر بصورة مباشرة على علاقات العمل باعتبارها جزء لا يتجزأ من المحيط الاقتصادي.

**المطلب الثالث: تأثير الأخذ بالنظام التعاقدى على دور القاضي في حل نزاع العمل .**  
بالرجوع إلى القوانين التي جاءت بها الإصلاحات الاقتصادية وخاصة القانون 11/90 المؤرخ في 1990/04/21 المعدل والمتمم بمجموعة نصوص (10) ومن خلال تحليل مختلف النصوص التي تضمنتها نلاحظ أن المشرع قد أعطى كثيراً من الحرية للمستخدم في تحديد القواعد والأسس القانونية المتعلقة بعلاقات العمل (11)، لذلك فان القاضي الاجتماعي بصدده نظره في المنازعات المتعلقة بالعمل.

يعتبر حكماً بين العامل والمستخدم ويحرص على تطبيق القانون والسهر على احترام النصوص القانونية والتنظيمية واحترام الاتفاقيات الجماعية وبالتالي فانه لا يطبق نظرية البطلان وإنما يلجأ لنظرية التعسف والسؤال الذي سنحاول الإجابة عنه في هذا الموضوع هو كيف يطبق القاضي نظرية التعسف ؟

### المطلب الرابع : تطبيق نظرية التعسف .

قبل التطرق إلى كيفية تطبيق نظرية التعسف نحاول بإيجاز توضيح ما المقصود بالتعسف، فهنا عبارة التعسف تعني بكل وضوح التعسف في استعمال الحق الذي يخوله القانون بوجه غير مشروع أو بعبارة أخرى تجاوز الشخص للحدود التي يمنحها له الحق موضوع الاستعمال، وتجدر الإشارة أن قواعد التعسف في استعمال الحق هي وليدة الفقه والقضاء المدني وتم وضعها أثناء الحديث عن القيود الواردة على حق الملكية وهي نوعان :

1- قيود قانونية: ولعل أهمها قيد المشروعية في استعمال الحق.

2- قيود اتفاقية: ومصدرها الإرادة المنفردة التي تقرر مصلحة الجماعة العامة أو مصالح الخاصة، ولقد حاول البعض التفرقة بين التعسف في استعمال الحق والخطأ على أساس أن الخطأ يعد خروجاً عن نطاق الحق ولكن الرأي السائد هو اعتبار التعسف في استعمال الحق هو صورة من صور الخطأ ولذلك اتخذ معيار عدم المشروعية كوسيلة لتحديد الخطأ في القانون المدني، فجزاء التعسف في استعمال الحق هو نفس جزاء الخطأ الذي يصيب الغير بالضرر وهو التزام المتعسف في استعمال الحق بتعويض من أصيب بضرر نتيجة لهذا التعسف(12)، ويمكن حصر الحالات التي يعتبر صاحب الحق متعسفاً إذا ارتكب واحدة منها وهي :

1- إذا ما قصد من استعمال حقه بمجرد الإضرار بالغير، أي انعدام أية مصلحة لصاحب الحق عند استعماله بهذه الصورة .

2- إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بالمقارنة مع مقدار الضرر الذي يلحقه بالغير من جراء استعمال هذا الحق بهذه الصورة.

3- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

- وأخيراً تجدر الإشارة أن هذه الحالات قد ذكرت على سبيل الحصر فهي تجمع أغلبية حالات التعسف، كما أن حق الملكية قد نتجت عنه حقوق متفرعة عنه، فالمستخدم باعتباره مالك المؤسسة له الحق في التنظيم والتسيير والتأديب.

فلو تحدثنا مثلاً عن الحق في التأديب نلاحظ أن المشرع قد وضع له إطار قانوني وذلك في المادة 73 من قانون 11/90 المعدل والمتمم بالأمر رقم 29/91 حيث كانت المادة 73 من قانون 11/90 تنص على أنه "يتم العزل في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي للمؤسسة" وأضاف الأمر السابق الذكر الحالات التي يجوز فيها لرب العمل تسريح العامل لارتكابه أخطاء جسيمة ومثال ذلك :

\* "في حالة رفض العامل بدون عذر مقبول: تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية أو التي تلحق أضراراً بالمؤسسة والصادرة من السلطة السلمية.  
\* إذا أفشى العامل معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للمؤسسة دون إذن السلطة السلمية".

- وعلى العموم هذه الحالات قد وردت على سبيل الحصر وهي سبع حالات(13).

- إلا أن الإشكال الذي يطرح في هذا الموضوع هو كيف يعتبر الخطأ جسيماً خارج الحالات التي ذكرتها المادة 73 للإجابة عن هذا السؤال نرجع للمادة 73 مكرر التي تعتبر كل مخالفة للمادة 73 يفترض فيها التعسف، أي أن كل تسريح خارج الحالات التي ذكرتها المادة السابقة الذكر يعتبر المستخدم فيها متعسفاً

بالذات يظهر دور القاضي الاجتماعي الذي يقوم في حالة عدم معارضة الطرفين بالفصل في النزاع حيث يقوم بإعادة إدماج العامل واستمراره في العمل أما في حالة رفض احد طرفي النزاع الاستمرار في علاقة العمل يقوم القاضي بالحكم لصالح العامل بتعويض نقدي لا يقل عن 06 أشهر مع احتفاظ العامل بحقه في المطالبة بتعويض عادل عن الأضرار والفوائد المستقبلية، فنلاحظ مثلا أن المشرع قد ألزم القاضي بالفصل في التعويض عن التسريح التعسفي بوضع حد أدنى لذلك التعويض (14).

وتطبيقا للقواعد المنظمة للقيود الواردة على حق الملكية ومنها المنظمة للتعسف في استعمال الحق فان المشرع قد أعطى الحق للمتضرر من هذا التعسف الحق في الحصول على تعويض عادل عن ذلك الضرر الذي لحقه وهذا ما تبناه المشرع واجبر القاضي على تطبيقه في الإصلاحات التي ادخلها المشرع في القانون الجديد خلافا لما كان عليه في أمر 31/75 وخاصة في المادة 43 التي بينت بأنه يحكم القاضي بإبطال قرار التسريح وإلغائه والحكم بإعادة إدماج العامل في منصبه الأصلي واستفادته من جميع الحقوق المترتبة عن علاقة العمل إذا ما رفض رب العمل الامتثال لذلك واهم ما يلاحظ على القانون الساري المفعول أن القاضي انتقل إلى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق عند تكيفه للقرارات التي يتخذها رب العمل خارج إطار القانون المحدد ولذلك والتي يترتب عنها إضرار للغير وبذلك يحكم القاضي بتعويض الضرر دون الفصل في صحة أو بطلان التصرف لكون الحق في ذلك التصرف وليد حق الملكية فأى تجاوز للحدود المرسومة قانونا لممارسة حق الملكية أثناء ممارسة الحقوق المتفرعة عنه

كحق التسيير والتنظيم والتأديب وكيفه القاضي بأنه تجاوز وتعسف في استعمال الحق .

## الخاتمة

بعد أن تطرقنا إلى مفهوم النظام التأسيسي والنظام التعاقدي وتناولنا بالشرح والتوضيح تعريف كل من النظام التأسيسي والنظام التعاقدي ووضحنا أهم المبادئ التي يقوم عليها كل منهما، وتأثير الأخذ بأحدهما على دور القاضي الاجتماعي في حل النزاعات المتعلقة بالعمل نستطيع في النهاية التوصل إلى النتيجة التالية :

إن النظام التأسيسي يختلف عن النظام التعاقدي في عدة أوجه لعل أهمها :

1- من حيث انعقاد علاقة العمل : من خلال البحث لا حظنا أن النظام التأسيسي يأخذ بفكرة علاقة العمل وهذا المفهوم أوسع بكثير من مفهوم عقد العمل إذ أن العامل يكون في مركز تنظيمي للعامل يترجم في عقد إلا أن ذلك يعد وسيلة تقنية لترجمة العلاقة، حيث أن القاعدة العامة أن مدة العمل غير محددة إلا في حالات خاصة كما هو الحال في الأعمال الموسمية وهذا ما نصت عليه المادة 7 من قانون 302/82، بينما في النظام التعاقدي فإن علاقة العمل تأخذ بفكرة التعاقد أو عقد العمل الذي هو مدني يقوم العامل بمقتضاه بتكريس نشاطه المهني لمستخدمه ويعمل تحت سلطته، وبالتالي فعقد العمل له مفهوم ليبرالي يتجسد ذلك في كون العامل مجرد أجير يبيع قوة عمله وليس له أية علاقة بالتسيير لكونه يعتبر عنصر أجنبي عن المؤسسة وهذا عكس ما نجده في النظام التأسيسي .

- حيث يكون العامل مرتبطا بالمؤسسة بعلاقة مشاركة تنشأ بمجرد تشغيله ويصبح مندمجا في المؤسسة التي استقبلته.

## 2- من حيث الأجر:

في النظام التأسيسي يحدد الأجر في القوانين من مختلف النواحي حيث نجد أن دستور 76 قد نص على سياسة الأجور كما أن قانون 78 قد نص في المادة 27 وما بعدها على مختلف الأسس وطرق تحديد مكونات الأجر وحمائته، بينما في النظام التعاقدى فإن تحديد الأجر يتم عن طريق المفاوضات وفي العقد لا يقوم القانون إلا بتحديد القواعد الأساسية كالحدا الأدنى للأجر وتعويضات التقديمية ومكافئات المر دودية وهذا ما نصت عليه المادة 120 من قانون 11/90 .

3- من حيث الحماية : في النظام التأسيسي القانون الأساسي العام للعامل والنصوص التطبيقية له كان يشكل منظومة تشريعية متكاملة لتلك الحماية وعليه يمكن القول أن الحماية هنا قانونية على العكس من النظام التعاقدى حيث نجد بان القانون 11/90 اكتفى بالنص على مظاهر الحماية وإقرارها مبدئيا وترك تفصيل ذلك للاتفاقيات الجماعية والأنظمة الداخلية.

4- من حيث الحق في الإضراب : نلاحظ أن النظام التأسيسي لم ينص على الحق في الإضراب في القطاع العام لكون ذلك يتناقض مع مبدأ ملكية العمال لوسائل الإنتاج، بينما في النظام التعاقدى فإن دستور 89 و96 قد كرس حق الإضراب باعتباره وسيلة في يد العمال للضغط على المستخدم لإعادة التوازن في علاقات العمل .

5- الحق في المشاركة: أن نظام المشاركة العمالية في النظام التأسيسي مبدأ دستوري كرسه دستور 76 حيث خصص له المواد 18، 23، 27، 28، 34، 62 منه وهذا تطبيقاً لمبدأ العامل هو المنتج والمسير بينما في النظام التعاقدى فإن دستور 89 جاء خالياً من ذلك المبدأ حيث لم يرد فيه إلا نص عام حول قيام الدولة على التنظيم الديمقراطي فمشاركة العمال في قانون 11/90 يكون في إطار الأجهزة التقنية ومثال ذلك اللجنة التقنية التي تتكون من مجموع العمال.

6- من حيث سلطة المستخدم في التأديب :

يلاحظ في النظام التأسيسي أن المشرع هو الذي يحدد الخطأ التأديبي في القانون الأساسي العام للعامل حيث يحدد درجات الخطأ والعقوبات المقررة له وكذلك إجراءات التأديب وهذا ما نص عليه قانون 302/82 في المادة 29، بينما في النظام التعاقدى فإن المستخدم هو الذي يحدد الأفعال والتصرفات التي تشكل أخطاءً تأديبية، ويكون ذلك في النظام الداخلي للمؤسسة، حيث تعود للمستخدم صلاحية تقدير درجة الأخطاء التأديبية وتعدادها ودرجات العقوبات المقررة لكل واحدة منها وإجراءات التنفيذ وهذا ما نص عليه قانون 11/90 في المادة 21 وبالرغم من ذلك أن القانون السالف الذكر قد جاء بنوع من التقيد حيث لم يترك للمستخدم أية سلطة في تكليفه للأخطاء الجسيمة إلى تؤدي إلى التسريح وذلك ما نصت عليه أحكام المادة 73 المعدلة بالقانون 29/91 المؤرخ في 91/12/21.

وكخلاصة عامة وشاملة لهذا البحث نستطيع أن نقول أن المشرع الجزائري قد تبنى النظام التأسيسي في المرحلة الأولى من الاستقلال حيث كان القاضي الاجتماعي يطبق نظرية البطان كمبدأ عام واستثناءً في حالات محدودة

يطبق نظرية التعسف، إلا انه بعد الإصلاحات التي جاء بها قانون 11/90 والذي تم بموجبه تبنى النظام التعاقدى أصبح القاضي الاجتماعي يطبق نظرية التعسف كمبدأ عام وفي حالات معينة يطبق نظرية البطلان كاستثناء، كما تجدر الإشارة إلى أن اختيار احد النظامين على الآخر يعود أساسا لطبيعة النظام السياسي والاقتصادي الذي تتبناه الدولة.

### الهوامش:

- 1- قانون 12-78 المؤرخ في 05-08-1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل و عرض الأسباب لمشروع القانون 77/07 المقدم من طرف الحكومة في 1977/12/20 (21 صفحة).
- 2- أمر 1974-71 المؤرخ في 28 رمضان 1391 الموافق 16/11/71 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات.
- 3- مرسوم 302-82 المؤرخ في 11-09-1982 المتعلق بكيفية تطبيق الأحكام التشريعية لعلاقات العمل الفردية.
- 4- أنظر المادة 4-73 المتممة بالأمر 21-96 المؤرخ في 9 يوليو 96.
- 5- أنظر في هذا الصدد المؤلفات التالية:  
-A. Mazeaud : Droit du travail 2<sup>ème</sup> éd. Monchretien, 2000, p 64 et s.  
-G. Couturier : Droit du travail-t.1. Les relations individuelles de travail 3<sup>ème</sup> éd. 1990 puf p.108 et s.
- 6- أنظر المادة 7 فقرة 10 من قانون 11-90 المؤرخ في 21-04-1990 المتعلق بعلاقات العمل.



- 7- أنظر المادة 75 من قانون 11-90.
- 8- المقصود هو قانون 11-90 المؤرخ في 21-04-1990 المنظم لعلاقات العمل الفردية.
- 9- أنظر في هذه النقطة خاصة:
- G.H. Camerlynck: droit du travail: le contrat de travail, éd Dalloz.1984 N°199 et s.
- J.E. Ray : Droit du travail: Droit vivant. ed liaisons, 12<sup>e</sup> éd.2003-2004, p 225 et s.
- A. Supiot : critiques du droit du travail. ed. puf 2<sup>e</sup> éd 2002.
- 10- قانون 11-90 المؤرخ في 21-04-1990 والنصوص المعدلة والمتممة له خاصة الأمر 29-91 والمرسوم التشريعي رقم 03-94 والأمر 21-96 والأمر 02-97 و03-97.
- 11- المادة 1-73 تنص على أنه "يجب أن يراعي المستخدم..." قانون 11-90.
- 12- أنظر: د.عصام أنور سليم: قانون العمل، دار المعارف الإسكندرية، 2002، ط2، ص700.
- د.عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني.ج7مج1.
- 13- المادة 73 معدلة ومتممة بقانون 29-90.
- 24- المادة 4-73 مدرجة بالقانون رقم 29-91 المعدلة بالمادة 9 من الأمر رقم 21-96 المؤرخ في 9 يوليو 1996.