

July 2011

Contractual Liberty in Labor Legislation “The crisis of labor contract” A Comparative Study of Syrian and French Laws

Mohammed Arfan Al-Khatib

Associate Professor Department of Privet Law – Damascus University- Syria, arfanalkhatib@gmail.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Labor and Employment Law Commons](#)

Recommended Citation

Al-Khatib, Mohammed Arfan (2011) "Contractual Liberty in Labor Legislation “The crisis of labor contract” A Comparative Study of Syrian and French Laws," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2011 : No. 47 , Article 1. Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2011/iss47/1

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Contractual Liberty in Labor Legislation “The crisis of labor contract” A Comparative Study of Syrian and French Laws

Cover Page Footnote

Dr. Mhd. Arfan Al-Khatib Associate Professor Department of Privet Law – Damascus University- Syria
arfanalkhatib@gmail.com

[د. محمد عرفان الخطيب]

الدكتور/ محمد عرفان الخطيب (*)

الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"

(دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري) *

ملخص البحث

يتميز تشريع العمل عن غيره من التشريعات بطبيعة العلاقة التعاقدية التي تجمع بين طرفيه. علاقة يمتزج فيها البعد الاقتصادي بالبعد الاجتماعي من جهة، والبعد النفعي بالبعد الإنساني من جهة أخرى. علاقة تقوم على عدم التكافؤ بين طرفيها ويوضع من خلالها، بحكم التشريع والحاجة، طرف في موقع التابع لآخر، مما يعطل إلى حد كبير من القدرة على التفاوض النابع من مفهوم سلطان الإرادة، وي طرح أزمة قديمة جديدة هي أزمة سلطان الإرادة في عقد العمل. حيث يرى الكثيرون أن عقد العمل ليس له من دور سوى منح أحد الطرفين (العامل) بطاقة الدخول إلى المنشأة، أما ما تبقى، فهو خارج عن الإرادة التعاقدية للطرفين ويخضع للإرادة التنظيمية للمشرع.

(*) أستاذ القانون الخاص المشارك - كلية الحقوق - جامعة دمشق - سوريا.
* أجاز للنشر بتاريخ ٢١/٩/٢٠١٠.

اليوم، تُعدُّ الحرية التعاقدية في عقد العمل من أهم النقاط التي يحاول المشرِّع الاجتماعي، فقهاً واجتهاداً، أن يؤمن مصداقيتها، من خلال تحديد الهامش المتاح لكل من البعدين التعاقدية والتنظيمية في هذا العقد. فبقدر فهم المشرِّع لحقيقة وخصوصية هذه الحرية وموقفه تجاه طرفي هذه العلاقة، بقدر ما يتشدد أو يتساهل في تحديد الضوابط والأطر التشريعية الناظمة لها.

في ضوء ذلك، يسعى هذا البحث إلى دراسة خصوصية هذه الحرية في تشريع العمل من خلال التعمق في مدلولها الاجتماعي والاقتصادي إضافة لمدلولها القانوني، عن طريق تلمس خصوصيتها في تشريع العمل الفرنسي وإسقاط تجربته على الواقع التشريعي السوري الراهن بهدف الارتقاء بهذا الأخير. دراسة حاولنا من خلالها ربط التحليل التأصيلي لهذه الحرية بالمنهج المقارن بين كل من القانونين الفرنسي والسوري، معتمدين في ذلك على التجربة الفرنسية والخطوات النوعية التي خطاها هذا المشرِّع الفرنسي في هذا المجال. لذلك، تم البحث في الإطار التاريخي لهذه الحرية للتعرف على كيفية نشأتها ومراحل التطور التي مرت بها، تمهيداً للبحث في ماهيتها لتحديد مفهومها ونطاق تطبيقها.

المقدمة

إن أكثر ما يميز تشريع العمل عن غيره من التشريعات طبيعة العلاقات التعاقدية القائم على تنظيمها، هذه العلاقات التي يختلط فيها البعد الاقتصادي بالبعد الاجتماعي والبعد النفعي بالبعد الإنساني، وتتعدد فيها المصالح سواء بالنسبة للمزايا الفردية والأسرية لهذه العلاقة بالنسبة للعمال والتغطية الاجتماعية التي تحققها لهم أو بالنسبة للأعباء الاقتصادية والمادية على أصحاب العمل لجهة تكلفة العمل، مما

[د. محمد عرفان الخطيب]

يضيف عليها خصوصية تتميز بها عن مثيلاتها في العديد من التشريعات ومن أهمها التشريع المدني^(١). حيث يبرز هذا التمايز في هامش الحرية التعاقدية المتوافرة فيه، وحقيقة وجود هذه الحرية من عدمه. فالمتعمق في مدلول علاقة العمل يدرك جيداً، أنه، وبالرغم من أهمية البعد التعاقدية في هذه العلاقة، إلا أن الجانب التنظيمي والقانوني هو الطاغي عليها، بحيث إن مدلول الحرية التعاقدية وفق مبدأ سلطان الإرادة وحرية الطرفان في المفاوضة، وصولاً لفرض ومناقشة الشروط التعاقدية يبقى موضع أخذ ورد كبيرين. فيرى الكثيرون أن عقد العمل لم يعد له من دور سوى تنظيم الاتفاق المبرم بين الطرفين ليمنح العامل بطاقة الدخول إلى المنشأة، أما ما تبقى فهو خارج عن الإرادة التعاقدية للطرفين، ويخضع للإرادة التنظيمية للمشرع. الأمر الذي يحد بشكل كبير من مفهوم سلطان الإرادة في تكوين العقد، وي طرح ما يسمى بـ: "أزمة عقد العمل" الترجمة الفعلية لأزمة "سلطان الإرادة في

(١) انظر في التشريعات العربية والتشريع السوري: رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل، النظرية العامة لقانون العمل، الدار الجامعية، لبنان، ١٩٨٣، ص. ١٩. توفيق حسن فرج، قانون العمل، في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد، الدار الجامعية، لبنان، ١٩٨٦، ص ١٨، حسين عبد الطيف حمدان قانون العمل، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٣٨ ؛ إسماعيل غانم، دروس في قانون العمل، ١٩٦٣، فقرة ٣٩ ؛ محمد فاروق الباشا، التشريعات الاجتماعية، قانون العمل، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٩، ص ١٣١ ؛ حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة الثالثة، ١٩٨٣، ص ٧١ جلال علي العدوي وعصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٠١، حسام الدين الأهواني، شرح قانون العمل، القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، ١٩٨٢، ص ١١، أكنم الخولي، دروس في قانون العمل، ١٩٥٧، ص ٩، جمال زكي، الوجيز في قانون العمل، القاهرة، ١٩٦٠، ص ١٧.

P. Durand, La particularisme du droit du travail, Droit. Soc. 1945, p. 498. G. Lyon-Caen, Le rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, Rév. Trim. Dro. Cop.1974, p. 299.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

العقد" ودورها في إنشائه، بشكل يصبح فيه العقد، من حيث انعقاده ومضمونه وآثاره الترجمة الفعلية لإرادة المشرع، لا لإرادة أطرافه^(٢).

واليوم تُعدُّ الحرية التعاقدية من أهم النقاط التي يحاول المشرع الاجتماعي، فقهاً واجتهاداً، أن يؤمن مصداقيتها في إطار عقد العمل. لاسيما لتحديد الهامش المتاح لكل من البعدين التعاقدية والتنظيمية في العقد، إضافة إلى الدور الفاعل التي تضطلع به التنظيمات النقابية للعمال في تلطيف هذه الحرية في إطار ما يسمى باتفاقيات العمل الجماعية أو المشتركة والتي يعول عليها كثيراً في رفع الحد الأدنى من الحماية القانونية التي يؤمنها القانون بهدف تعزيز الموقع التفاوضي للعمال في مواجهة صاحب العمل.

في جميع الأحوال، وبقدر فهم المشرع لحقيقة وخصوصية هذه الحرية وموقفه تجاه طرفي هذه العلاقة، بقدر ما يتشدد أو يتساهل في تحديده للضوابط والأطر التشريعية المنظمة لها.

(٢) تبرز هذه الخصوصية اليوم بشكل كبير في الفقه الفرنسي، وهي موضع العديد من النظريات ومن أهمها: "نظرية علاقة العمل"، "نظرية تجدد عقد العمل"، "نظرية العقد الشرطي". ويعود الفضل لهذه النظريات في رسم الملامح الرئيسية لنظرية العقد في تشريع العمل المعاصر وتميزها عن مثيلتها في التشريع المدني. أما في التشريع السوري فلا يزال الفقه بعيداً إلى حد ما عن هذه النظرية. راجع في هذا المجال، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية). ثلاثة أبحاث قانونية منشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، الأعداد ٢٤-٢٥-٢٦ على التوالي، للعامين ٢٠٠٨-٢٠٠٩. راجع كذلك،

B. Trentin : Un nouveau contrat de travail, Droit .soc. 1999, p. 473. G. Lyon- Caen, Défense et illustration du contrat de travail, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1968, t. XIII, pp. 59- 69. A. Mazeaud, Contractuel mais disciplinaire, Droit soc. 2003, n°2 pp. 164-165. Ch. Rade, La figure du contrat dans le rapport de travail, Droit. soc. 2001, n° 9/10, pp. 802- 812. Christophe Rade, Les limites du tout contractuel, Droit social 2000, n° 9/10, pp. 828-831. J.E. Ray, Le noyau dur du contrat de travail, Revue de Gestion des Ressources Humaines, 2001, pp. 91-96. Philippe Waquet, Le renouveau du contrat de travail, Revue de Jurisprudence Sociale, mai 1999, pp. 383- 394.

[د. محمد عرفان الخطيب]

أولاً: إشكالية البحث:

تبرز إشكالية البحث في الاستفزازات الجدلية العديدة التي يثيرها واقع هذه الحرية في علاقة تعاقدية تجمع بين مجموعة من المتناقضات. علاقة تقوم، بإقرار مختلف المشرّعين، على عدم التكافؤ بين طرفيها، ويوضع فيها، بحكم التشريع وبحكم الحاجة، طرف في موقع التابع لطرف آخر في إطار ما يسمى بمفهوم التبعية القانونية^(٣)، الأمر الذي يعطل إلى حد كبير من القدرة على التفاوض النابع من مفهوم سلطان الإرادة^(٤). ولعل من أكثر هذه الاستفزازات الجدلية، الجدل التشريعي والفقهي القائم حول وجود أو عدم وجود هذه الحرية حقيقة في علاقة العمل! والهامش المقرر لها! وحدودها وقيودها! من هنا تبرز إشكالية البحث، كونه يحاول التعمق في حالة تعاقدية غطاؤها قانوني ومحتواها اجتماعي واقتصادي، مما يجعل من تلمس وجود هذه الحرية، في أحيان كثيرة، أمراً غير يسير. كما أن ارتباط هذه الحرية بالثقافة المجتمعية يجعل نطاقها موضع أخذ ورد، وفي حالة حراك وتطور شبه دائمة، نظراً لاختلاف نظرة الدول في تشريعاتها الوطنية لهذه الحرية ومشتملاتها في بيئة العمل.

(٣) لمزيد من التفاصيل، محمد فاروق الباشا، التشريعات الاجتماعية، قانون العمل، سبقت الإشارة، ص ١٦٧؛ حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، سبقت الإشارة، ص ١٤٨.

A. Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, Droit. soc. 2000, n° 2, pp. 131-145 ; A. Supiot, Critique du droit du travail, PUF, 2002, p. 160 s ; B. Boubli, Le lien de subordination juridique, réalité ou commodité, J.S.L. 4 mai 1999, p. 4 s ; Paul Antonmattei, Les éléments du contrat de travail, Droit soc. 1999, n°4, pp. 330-334.

(٤) لمزيد من التفاصيل، محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، جامعة دمشق، الطبعة العاشر، ٢٠٠٤، ص. ٤٩.

E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; Contributions à l'étude critique de l'individualisme, Th. Dijon, 1912, p. 124.

ثانياً: أهمية البحث:

إن إشكالية البحث تبرز أهميته، حيث تأتي أهميته في كونه يحاول البحث في حقيقة وجود هذه الحرية في إطار علاقة قانونية قائمة حقيقة على عدم التكافؤ الواقعي بين طرفيها، ما بين شخص صاحب العمل المتمكن اقتصادياً وشخص العامل الضعيف اقتصادياً. علاقة تعاقدية لم تحظ في أغلب تشريعات العمل العربية، بما فيها السوري، بالاهتمام الكافي. فمعظم هذه التشريعات أشارت إليها بعبارات مقتضبة وعالجتها إلى حد كبير بذات الفلسفة المدنية للعقود، متعاملة معها وكأنها جزء لا يتجزأ من الحرية التعاقدية بمفهومها العام في ضوء أحكام النظرية العامة للعقود. كما أن رجال الفقه العربي لم يتناولوا هذه الحرية بالقدر الذي تستحقه، فالأبحاث والدراسات القانونية والفقهية التي تناولتها في مدلولها الاجتماعي والاقتصادي، وفقاً لعلنا الشخصي، شبه منعدمة في التشريع السوري، وجدّ قليلة في التشريعات العربية المقارنة. أخيراً، فإن واقع الاجتهاد القضائي في الدول العربية، ومن ضمنها السوري، يشير بوضوح إلى ضعف التجربة القضائية في هذا المجال. وهذا نتيجة طبيعية لضبابية مفهوم هذه الحرية في البعدين القانوني والفقه في هذه الدول.

ثالثاً: هدف البحث:

لاشك أن إشكالية البحث والأهمية التي يحتلها تبرز الهدف منه، فهو يحاول منح رجال القانون والفقه العرب، لاسيما السوريين منهم إضاءة متواضعة، سعينا جهدنا أن تكون مبسطة ومعقدة، لخصوصية الحرية التعاقدية في تشريع العمل من خلال التعمق في مدلولها الاجتماعي والاقتصادي إضافة لمدلولها القانوني، عن طريق تلمس خصوصيتها في تشريع العمل الفرنسي وإسقاط تجربته على الواقع التشريعي

[د. محمد عرفان الخطيب]

السوري الراهن بهدف الارتقاء بهذا الأخير، هادفين من وراء ذلك، تشجيع المشرّع السوري على الاعتراف بخصوصية هذه الحرية في تشريع العمل لدينا وتمييزها عن مثيلاتها من التشريع المدني، وحثه على وضع القواعد والضوابط التشريعية التي تراعي هذه الخصوصية، بغية تفعيل هذه الحرية ضمن بيئة العمل السورية في جميع المراحل المتصلة بالعملية التعاقدية.

رابعاً: موضوع البحث والمنهجية:

موضوع البحث ينحصر في دراسة الحرية التعاقدية في تشريع العمل الفرنسي والسوري، وتحديدًا ضمن منظومة قانون العمل^(٥)، بشكل يتناول واقع هذه الحرية في مفهومها الواسع في إطار عقد العمل الفردي، بدءاً من التعاقد إلى التنفيذ وصولاً إلى الانتهاء. دراسة حاولنا من خلالها ربط التحليل التأصيلي لهذه الحرية بالمنهج المقارن بين كل من القانونين الفرنسي والسوري، معتمدين في ذلك على التجربة الفرنسية والخطوات النوعية التي خطاها المشرّع الفرنسي في هذا الخصوص. فالتجربة التشريعية الفرنسية سجلت ومنذ خمسينيات القرن الماضي قفزات ملموسة ساهمت بشكل كبير في بروز فلسفة المشرّع الاجتماعي التي أخذت بالتمايز بشكل واضح عن مثيلاتها في التشريع المدني، ناهيك عن غنى هذه التجربة على المستويين الفقهي والاجتهادي.

هذا الغنى التشريعي والفقهي والاجتهادي في القانون الفرنسي يقابله، للأسف، افتقار على الصعد الثلاثة في التشريع السوري. مما دفعنا إلى تناول هذه الدراسة

(٥) لذلك يرجى التنبيه إلى أن المقصود بمصطلح: "القانون الاجتماعي" أينما ورد في هذا البحث هو ذاته مصطلح: "قانون العمل".

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

معتمدين في ذلك على التجربة الفرنسية مشيرين، ما أمكن ذلك، إلى التجربة السورية. أضف، أن نقص المراجع القانونية والفقهية العربية المتوفرة حول البحث، أملت علينا ضرورة الاعتماد على المراجع الفرنسية، إضافة إلى العديد من الدراسات القانونية والفقهية المنشورة من قبل العديد من المواقع البحثية الإلكترونية الغربية. غير أن هذا الأمر وفقاً لرأينا الشخصي، لا يطعن في جودة البحث وأصالته، فبقدر ما هو نقطة تسجل على البحث، بقدر ما هو نقطة تسجل لصالح البحث، كونه يبرر أهميته وأصالته كما سبق بيانه.

خامساً: مخطط البحث:

إن فهم طبيعة هذه الحرية يقتضي البحث في إطارها التاريخي للتعرف على كيفية نشأتها ومراحل التطور التي مرت بها، وصولاً إلى تلمس ماهيتها لتحديد مفهومها ونطاق تطبيقها.

لذلك قسم البحث إلى فصلين ومباحث فرعية وفق التقسيم التالي:

الفصل الأول: النشأة والتطور.

المبحث الأول: الحرية التعاقدية من العدم إلى النشأة.

المبحث الثاني: الحرية التعاقدية من الوجود المطلق إلى الوجود المقيد.

الفصل الثاني: الماهية.

المبحث الأول: المفهوم.

المبحث الثاني: نطاق التطبيق.

[د. محمد عرفان الخطيب]

الفصل الأول

النشأة والتطور

على امتداد المراحل التاريخية لتطور هذا القانون، بقيت المساواة التفاوضية بين طرفي العلاقة التعاقدية تشكل المحفز الأكبر للعمال في نضالهم^(٦)، بذات الوقت التي بقيت تشكل الهم الأكبر الذي يؤرق صفوف أصحاب العمل. هذه المساواة التي انتزعتها العمال من أصحاب العمل بعد أن امتزجت أنفاسهم بدمائهم، والتي شكلت في مرحلة معينة التعبير الأكثر صلافة لمدلول القدرة على التفاوض الحر، أضحت اليوم تمثل التعبير "الأصدق الممكن" للتفاوض الحر العادل والمنصف. حيث انتقلت الحرية التعاقدية من العدم إلى النشأة، قبل أن تنتقل من الوجود المطلق إلى الوجود المقيد.

(٦) لمزيد من التفاصيل راجع، حسن كبيرة، قانون العمل، المرجع السابق، ص. ٤٠؛ توفيق حسن فرج، قانون العمل، المرجع السابق، ص ٥٤؛ رمضان أبو السعود، قانون العمل، المرجع السابق، ص ٣٤؛ أكتف الخولي، دروس في قانون العمل، المرجع السابق، فقرة ١٢ وما بعدها؛ حسن كبيرة، دروس في قانون العمل اللبناني والمقارن، ١٩٦٤/١٩٦٥، ص ٢٢-٢٤؛ محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل اللبناني، ١٩٦٩، فقرة ٤، ص ١١-١٣.

En droit français voir, Pic, Traité élémentaire de législation industrielle, 6ème éd. 1930, p. 13.P. Durand et Jaussaud, Traité du droit du travail, Tome, I. 1947, p. 10. J. Savatier, Droit du travail, éd. PUF. 1993, p. 34. Liberté, Egalité et Fraternité et Droit du travail, Droit. soc. Numéro spé. Janvier 1990. E. Levasseur, Histoire des Classes ouvrières et de l'industrie en France avant 1789, 2 vol, 1901. A. Supiot, A propos d'un centenaire, la dimension juridique de l'action sociale de l'Eglise, Droit. soc. 1991, p. 916. P. Durand et A. Vitu, Traité de droit du travail, Tome I, Les relations individuelles de travail, Dalloz, 1956, p. 30 s. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, 21ème éd. 2002, p. 9. G-H. Camerlynck, Traité de droit du travail, Tome I, Le contrat de travail, Dalloz 2ème éd, 1982, p. 353. De la conception civiliste du droit de résiliation unilatérale à la notion statutaire du licenciement, J.C.P, 1958, n° 1425. A. Brun et H. Galland, Droit du travail, Tome I, Les rapports individuels de travail, Sirey, 2ème éd, 1978, p. 816 s ; A. Brun, La jurisprudence en droit du travail, Coll. Bibl. Droit du travail et de la sécurité sociale, Sirey, 1967, p. 87. A. Lyon-Caen, Changement politique et changement du droit du travail, Mélanges à G. Lyon-Caen, 1989, p. 1. Cour d'histoire des relation du travail: Année 2008-٢٠٠٩. Note personnelles. Université de Montpellier I. éd. 2009. p. 2.

المبحث الأول

الحرية التعاقدية من عدم إلى النشأة

وجود الحرية التعاقدية يفترض بالضرورة وجود الشخصية القانونية المعتبرة التي تتمكن من التعبير الصحيح عنها. كما أن التشوهات التي تعترى هذه الشخصية تنعكس بالضرورة تشوهاً في الحريات التي تعبر عنها هذه الشخصية. لذلك، يمكن أن نميز هنا بين مرحلتين من النشأة.

المطلب الأول

العدم: الحرية التعاقدية ونظام الرق (العصر الروماني)^(٧)

من أهم شروط الحرية التعاقدية توافر الشخصية القانونية المستقلة لطرفي هذه العلاقة، ومن غير الخافي أن هذه الحرية التعاقدية، بالمفهوم القانوني لتشريعات العمل، من حيث وجود علاقة العمل القائمة على التبعية لشخص ما (العامل) لحساب شخص آخر (صاحب العمل)، مع افتراض توافر الشخصية القانونية لكلا الطرفين، كان أمراً مستبعداً بشكل كبير في العصر الروماني، لجملة من الأسباب من أهمها:

١. البنية الديمغرافية للمجتمع الروماني:

حيث كانت هذه البنية تقوم على طبقتين اجتماعيتين لا ثالث لهما: طبقة الأحرار وطبقة العبيد. طبقة تمتك الشخصية القانونية والاكتفاء الذاتي وطبقة تفنقدهما. في ظل هذا النظام الاجتماعي لم يكن من المتوقع أن يظهر هذا الشكل من العقود أو

(٧) يقسم المؤرخون هذا العصر إلى مراحل ثلاث هي على التوالي: الملكية: ٧٣٥ ق.م. ← ٥٠٩ ق.م. الجمهورية ٥٩ ق.م. ← ٢٧ ق.م. الإمبراطورية ٢٧ ق.م. ← ٥٦٥ ق.م. راجع في هذا المجال: Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 2.

[د. محمد عرفان الخطيب]

هذا التصور من الحرية في التعاقد. فطبيعة هذا العقد تقتضي وجود طبقة اجتماعية وسطى غير مكتفية وقادرة على العمل.

٢. الطبيعة الخاصة لعلاقات العمل:

في تلك الفترة كانت علاقات العمل، بالمعنى الاقتصادي والاجتماعي وحتى القانوني في مختلف القطاعات تقوم على عمل العبيد الذين كانوا يعتبرون بحكم الشيء دون أن يكون لعملهم أي قيمة أخلاقية متصلة بمفهوم العمل الإنساني المرتبط بكونهم كائناً اجتماعياً. فلا مكان لتصور وجود شخصية قانونية للعبد، بشكل يصبح معه الحديث عن الحرية في العمل أو عدم العمل في غير محله. مما جعل من عمل العبد قيمة اقتصادية منفصلة عن قيمته الإنسانية، كونه لا وجود لشخصية العبد لارتباط هذه الأخيرة بشخصية مالكه. فعمل العبيد لم يكن أكثر من ضرورة مجتمعية وحاجة أخلاقية غير مجرمة أو منفرة اجتماعياً.

كذلك، فإن المبدأ السائد في تلك الحقبة أن يعمل العبد لدى سيده، وحتى عندما يعمل لدى سيد آخر، فإن التفاوض على العمل والأجر إنما يتم بين السيدين ضمن مفهوم إجارة الخدمات في إطار من الحرية التعاقدية الخارجة عن مفهوم عقد العمل. كما أن آثار العقد وتبعاته لا تعود بحال من الأحوال إلى العبد الذي لا يمكن اعتباره طرفاً في العقد ولو غير مباشر. وإذا ما أردنا أن نمناه إسقاطاً على علاقات العمل الحالية فهو أشبه ما يكون بالآلة التي تعمل في منشأة صاحب العمل أو التي يقوم صاحب العمل بتوريدها للغير. فالعبد بذاته وبكونه إنساناً ملك لسيدة، وبالتالي فإن أي جهد أو عمل يقوم به هو بالتالي أمر تابع لهذه الملكية.

المطلب الثاني

النشأة: الحرية التعاقدية والإقطاع الزراعي
(القنانة) والصناعي (نظام الطوائف)

بخلاف الحال في العصر الروماني، تميزت علاقات العمل في العصور الوسطى^(٨) بثنائية نظام العمل، نظام اعتبر بمثابة الامتداد لنظام الرقّ هو: "نظام الإقطاع الزراعي" أو "القنانة"، إلى جانب نظام بدأ بالنمو يمكن تسميته بـ: "الإقطاع الصناعي" أو ما سمي بـ: "نظام الطوائف".

١. الحرية التعاقدية والإقطاع الزراعي:

بالرغم من أن هذا النظام، في إطار احترام آدمية الإنسان، جاء ملطفاً بعض الشيء مقارنة مع مثيله من نظام الرقّ، إلا أنه كان في جوهره امتداداً لذات النظام^(٩)، فلم ينطو على الكثير من التغيير بالنسبة لطبيعة علاقات العمل. فالقن شأنه شأن العبد لم يكن يتمتع بالشخصية القانونية التي تمكن من اعتباره حراً مالكاً لحق التفاوض في العمل، وبالتالي للحرية التعاقدية. فكانت هذه الطبقة مماثلة إلى حد كبير لطبقة العبيد التي كانت سائدة في العصور القديمة.

٢. الحرية التعاقدية والإقطاع الصناعي:

لم يكن واقع الحرية التعاقدية في النشاط الصناعي أفضل من مثيله في النشاط

(٨) يتفق المؤرخون على أن العصور الوسطى امتدت من القرن الخامس مع نهاية الإمبراطورية الرومانية الغربية حتى نهاية القرن السادس عشر أي بدايات الثورة الصناعية. راجع في هذا المجال: Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 5.

(٩) العبد "L'Esclave" ورقيق الأرض "Le Serf" مفهومان مختلفان. فالأول يباع ويشترى كأية سلعة ويخلف ذرية مستعبدة للمالك، لاحق له في التصرف بذاته أو بكسبه وشروط معاشه، أما رقيق الأرض، فهو العبد في الدور الثاني من تاريخ الاستعباد، يتبع مالكا أو سيديا فيعمل في أرضه وتحت سلطانه، يباع مع الأرض مع ذريته. لكنه يملك حق الكسب المقطوع والادخار لقاء دفع الجانب الأكبر للسيد صاحب الأرض.

[د. محمد عرفان الخطيب]

الزراعي، ذلك أنه ومع تزايد الاعتماد على النشاط الصناعي عملت كل جماعة ممن يزاولون مهنة أو حرفة معينة على توحيد نفسها، ووضع مجموعة من النظم والقرارات التي تنظم العمل داخلها، من حيث تحديد شروطه وأوقاته وأجوره والراحة والإجازات وقواعد الترقى في إطار ما سمي بـ: "نظام الطوائف". فأصبحت علاقات العمل محكومة حكماً تنظيمياً لا حكماً تعاقدياً، مما ألغى مفهوم الحرية التعاقدية. فالعامل ليس له أي حق في تحديد أو تكييف شروط العمل ضمن المهنة التي يعمل بها، أو أن يُضْمَن عقده شروطاً لا تقبلها الطائفة. بل على العكس، جميع هذه التفاصيل والشروط تم وضعها مسبقاً من قبل الجماعة، مما شكل عقبة كبرى في وجه الحرية في العمل، كونه لم يكن يسمح للفرد أن يحترف الحرفة التي يريد إلا إذا رضيت الطائفة الخاصة بانتسابه إليها. كما أصبح الراغب في العمل في مهنة معينة خاضعاً لمعايير هي أبعد ما تكون عن الموضوعية في امتحان مهنة أو عمل معين، مما جعل هذا النظام نظاماً احتكارياً صرفاً، يهدف في ظاهره إلى حماية العمال وفي باطنه إلى قمعهم، غايته إرضاء رجال الحكم والمال بالدرجة الأولى^(١٠). فتنظيم مختلف قواعد العمل لم يكن يتم في إطار من التفاوض الحر والمتساوي بين العمال وأصحاب العمل بل في إطار سلطوي أحادي الجانب، من قبل القائمين على هذه الطوائف. لذلك اتسع الشرخ القائم بين العمال وبين من يفترض أن يمثلهم ويدافع عن حقوقهم، وساد إحساس عارم بالاستغلال

(١٠) فوضع حد للأجور كان يهدف في أساسه إلى وئد أية محاولة تفاوضية تهدف إلى رفعه. لذلك كان شيوخ الحرفة يضعون سقفاً أعلى للأجور وليس حد أدنى له. كما أن منع العمل في أيام الأحاد وتقرير الإجازات في هذه الأيام، كانت غايته إرضاء الكنيسة. كما أن تحريم العمل الليلي هدف إلى توخي خطر الحرائق التي تزايدت في فترات العمل الليلي. انظر في هذا المجال، حسن كبيرة، أصول قانون العمل، المرجع السابق، ص ٣٠.

P. Durand et A. Vitu, Traité de droit du travail, op. cite., p. 30 s.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

واللاعادلة^(١١).

بالنسبة إلى واقع الحرية التعاقدية في بيئة العمل السورية والتي كانت جزءاً من بيئة العمل العربية، فلم تكن بعيدة عن مثيلاتها في التشريع الفرنسي، فقد كانت تعاني من الإقطاع الزراعي والصناعي، وما ترتب عليه من تشويه للشخصية القانونية للفرد ببعديها الإنساني والمهني. مما ساهم في ظهور الحركات التي تتنادي بحماية حقوق العمال لاسيما في المجال الصناعي، حيث قامت "حركة القرامطة السياسية" في المشرق العربي منذ نهاية القرن التاسع الميلادي بنشر دعوتها السياسية من خلال أفكار تتصل بواقع الأوساط الفقيرة المهنية والتجارية وتدافع عن مصالحها^(١٢). وكانت هذه الحركة هي المنطلق الأول إلى تطوير المنظمات الحرفية في الدول العربية ومنها سورية والذي كان في مضمونه وجوهره مشابهاً لمثيله في النظام الأوروبي^(١٣). وقد بقي هذا النظام قائماً منذ القرن العاشر حتى أواخر القرن التاسع عشر^(١٤).

(١١) هذا الشعور أفرز رغبة جامحة بضرورة إحداث تغيير جذري في مفهوم هذه العلاقة القائمة بين العمال وأصحاب العمل. وانتهى الأمر إلى تجمع العمال في تجمعات خاصة ضد المعلمين حيث استطاعوا في بعض الفترات فرض شروطهم الخاصة في عقود العمل الفردية على المعلمين. ومن أشهر حركات الإضراب، إضراب عمال الطباعة في ليون في العام ١٥٣٩ الذي استمر منذ العام ١٥٣٩ إلى العام ١٥٧٢. راجع في هذا المجال:

Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 17 et s. spés. p. 26 et 29.

(١٢) هایل نوفل، الأفكار الاشتراكية في الحركة الفرمتية، مجلة الفرسان، عدد آذار، ١٩٧٨م.

(١٣) حتى نهاية الحرب العالمية الأولى كانت سورية تشكل جزءاً من منظومة الدولة العثمانية التي خضعت لها باقي الدول العربية، لذلك فإن الإطار التاريخي لهذه الحرية في بلد عربي ما لا يعدو أن يكون ارتداداً لمثيله من الدول العربية الأخرى. الرجاء مراجعة:

حسن كبيرة، قانون العمل، المرجع السابق، ص. ٤٠؛ توفيق حسن فرج، قانون العمل، المرجع السابق، ص ٥٤؛ رمضان أبو السعود، قانون العمل، المرجع السابق، ص ٣٤.

(١٤) بقي العمل بهذا النظام قائماً حتى صدر قانون نيسان لعام ١٩١٢ الذي فرض بدوره نظاماً مكتوباً لكل حرفة يوافق عليه المجلس البلدي وألغيت بموجبه وظيفة شيخ الحرفة، وأصبح لكل مهنة جمعية عامة تتألف من المعلمين. كيالي، فنون وصناعات دمشقية، بلا تاريخ.

[د. محمد عرفان الخطيب]

بالمحصلة، يمكن القول: إنه إذا كان الإقطاع الزراعي قد ألغى الشخصية الإنسانية للفرد ببعديها القانوني والمهني مما عطل بشكل مطلق الحرية التعاقدية في هذه العلاقة التعاقدية، فإن الإقطاع الصناعي قد ألغى البعد المهني لهذه الشخصية والقدرة على القول بوجود إرادة عقدية حرة وفاعلة، قائمة على الحرية الفردية واحترام مفهوم سلطان الإرادة، مما مهد الطريق أمام سقوط هذين النظامين وولادة نظام يؤمن بالحرية الفردية ويكرس مفهوم سلطان الإرادة^(١٥).

المبحث الثاني

الحرية التعاقدية من الوجود المطلق إلى الوجود المقيد

في منتصف القرن الثامن عشر حدثت تحولات هامة وجذرية في مختلف المظاهر الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لدى مختلف الدول الأوروبية ومنها فرنسا. تحولات يعود الفضل فيها إلى رجالات الفكر التنويري في عصر التنوير في القرن السادس عشر وما بعد من فلاسفة ومفكرين اجتماعيين^(١٦). حيث ذهب الفكر

(١٥) بالرغم من قلتها إن لم نقل ندرتها، أشار بعض الفقهاء إلى وجود نوع من العلاقة التعاقدية بين الأحرار للقيام بعمل معين، سواء أكان ذلك في عهد الرق أو عهد الإقطاع، الأمر الذي لا ننكره. غير أن هذه العلاقة كانت تنظم تحت ما يسمى بمفهوم "إيجار الأشياء أو إجارة الخدمة"، فكان التعاقد يندرج ضمن المفهوم المدني لا الاجتماعي. وقد انتقلت هذه التسمية إلى بعض القوانين الحديثة، ومنها القانون الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني. انظر المادة (٦٢٤) وما بعدها من قانون الموجبات والعقود اللبناني. والمادة (٢) من قانون العمل اللبناني. هذا هو الحكم أيضا في الشريعة الإسلامية التي أطلقت على هذا الاسم "إجارة الأدمي" كما أطلقت على العامل اسم "الأجير". انظر المادة (٥٦٢) وما بعدها من مجلة الأحكام العدلية العثمانية. انظر كذلك،

P. Durand et Jaussaud, Traité du droit du travail, op. cit., p. 31. J. Savatier, Droit du travail, op. cit., p. 45.

(١٦) عصر التنوير (Age of Enlightenment) مصطلح يشير إلى القرن السادس عشر في الفلسفة الأوروبية وغالبا ما يعتبر جزءا من عصر أكبر يضم أيضا عصر العقلانية. من أشهر رجالاته: جان جاك روسو (١٧١٢/٦/٢٨ ← ١٧٧٨/٧/٢). ديفيد هيوم (١٧١١/٤/٢٦ ←

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

الفلسفي إلى تقديس فردية الشخص التي استمدت من سلطتين رئيستين: منطق العقل وحرية الفرد. فقط العقل والمنطق يمكن أن يبرر تصرفات الفرد، مما يفضي إلى استبعاد وإنكار أي تبرير آخر للالتزامه. أمّا حرّيته فهي ترجمة لمفهوم الفردية التي تمنح الفرد حقوقاً يجب على المجتمع والدولة احترامها وحمايتها^(١٧). وهنا يمكن أن نميز بين مرحلتين متكاملتين: الأولى تناولت الحرية في وجودها المطلق، والثانية تناولتها في مفهومها المقيد.

المطلب الأول

الحرية التعاقدية والحرية الفردية المطلقة (المدلول المدني)

أنت الثورة الفرنسية، لتكرس الطابع الفردي الصرف للحقوق على مختلف المستويات الشخصية والفكرية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية. فقامت على مبادئ أساسية قوامها الحرية والمساواة والأخوة^(١٨). هذا الاعتراف القانوني بالحرية الفردية بمفهومها الموسع، أدى بالضرورة إلى قبول مبدأ حرية العمل، وبأن لكل فرد مطلق الحرية في القيام بالعمل الذي يراه مناسباً له سواء بشكل مستقل أو تابع. فالعلاقة التعاقدية بين الأفراد أضحت تقوم على أساس سلطان الإرادة والمساواة بين طرفي العقد.

(١٧٧٦/٨/٢٥). إمانويل كانت (١٧٢٤/٤/٢٢ ← ١٨٠٤/١/١٢). يمكن الحصول على معلومات أكثر تفصيلاً على الموقع الإلكتروني التالي، بعد كتابة اسم كل مفكر:

http://fr.wikipedia.org/wiki/Jean-Jacques_Rousseau

(17) Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 21.

(١٨) خير ما يذكر هنا هو إعلان حقوق الإنسان الفرنسي المؤرخ في ٢٦ آب ١٧٨٩ الذي بيّن بـ: "أن الأفراد يولدون متساوين ويتمتعون بذات الحقوق".

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789. éd. Ministère de la justice. Août 2001.

[د. محمد عرفان الخطيب]

في هذا الإطار جاء قانون آلارد "La loi Allarde" في ٢-١٧ آذار ١٧٩١^(١٩)، ليكرس مفهوم الحرية في التجارة والصناعة، من حيث النص بأن: "كل إنسان له الحق في العمل الحرفي سواء لحسابه الخاص أو لحساب الآخرين، وإن كل تدخل من قبل الدولة في هذه الأمور هو انتهاك صارخ لهذه الحريات"^(٢٠). لكن، وفي إطار التطبيق الفعلي لهذا القانون، أخذ العمال في المهنة الواحدة يتكتلون في تجمعات مهنية وأخذت أحداث الشغب تتزايد حيث أصبح العمال أنفسهم يحاولون حماية مصالحهم وفرض سياسة الأمر الواقع، مما أكثر من حالات الشغب. لذلك أصدر المشرع الفرنسي قانون شابلييه "Le Chapelier" تاريخ ١٤ إلى ١٧ حزيران ١٧٩١^(٢١) الذي أدخل للمرة الأولى في التشريع الفرنسي مفهوم جنحة الاتحاد أو التكتل^(٢٢). وقد اعتبر الكثيرون أن قانون شابلييه يشكل تناقضاً واضحاً مع مفهوم الحرية الفردية، إذ كيف نقر بالحرية الفردية ونمنع العمال من الاتحاد فيما بينهم لحماية مصالحهم. إلا أن واضعي القانون رأوا فيه تعزيزاً لمفهوم الحرية الفردية، من حيث إلغاء أي غطاء جماعي على هذه الحرية خوفاً من ابتلاع مفهوم الحرية الجماعية لمفهوم الحرية الفردية^(٢٣)، الأمر الذي كرسه المشرع المدني الفرنسي في

(١٩) ٢ آذار هو تاريخ التصويت على المشروع أمام مجلس الأمة الفرنسي و١٧ آذار هو تاريخ تصديق الملك على المشروع.

(20) G-H. Camerlynck, Traité de droit du travail, op. cit, p. 353.

(21) Loi "le Chapelier" des 14-17 juin 1791, J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, Droit du travail, op. cit, p. 9.

(٢٢) مخالفة هذا القانون كانت تعرض صاحبها لعقوبات تصل إلى السجن لمدة ثلاثة أشهر وغرامة مالية كبيرة إضافة إلى حرمانه من حقوقه المدنية.

(٢٣) استمر هذا الوضع لحين صدور قانون ١٢ نيسان لعام ١٨٠٣ المتعلق بحرية التجمع الذي سمح للتنظيمات النقابية التي تضم أكثر من عشرين عضواً بأن تشكل تنظيمات شريطة الحصول على الإذن المسبق. ومن ثم صدور القانون تاريخ ١٨٤٦/٥/٢٥ المتعلق بالحريات النقابية والذي سمح بالحق بالإضراب، حيث حل

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

القانون المدني لعام ١٨٠٤ في إطار عقد إجارة الخدمات^(٢٤) الذي حظر كل شكل من أشكال العمل الأبدي خشية من أن يدخل العامل في مفهوم العبودية من جديد، فلم يسمح المشرّع إلا بإبرام عقود عمل محددة المدة^(٢٥).

المبدأ الذي ساد العلاقة التعاقدية خلال تلك الفترة هو احترام وتقديس الحرية التعاقدية بين طرفي العقد، إضافة لاحترام شخصيتهما الفردية والقانونية^(٢٦)، وبالتالي تكريس مبدأ سلطان الإرادة وفق قانون السوق من حيث العرض والطلب^(٢٧)، فالطرفان على قدم المساواة ويملكان ذات الأدوات القانونية للوصول إلى اتفاق قانوني عادل بينها.

غير أن مفهوم العدالة كان يقاس بالنسبة لتوافر إمكانية التفاوض بين الطرفين وليس القدرة على التفاوض، وهنا الإشكالية! ذلك أنه إذا كان الطرفان على قدم

محل جنحة التكتل جنحة الاعتداء على الحرية في العمل، راجع في هذا

المجال: Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 33 et 41.

(٢٤) مما لا شك فيه أن عدم لحظ تعبير عقد العمل في التشريع المدني الفرنسي إنما كان بتأثير

من القانون الروماني الذي لم يلحظ هذا النوع من العقود.

(٢٥) المادة (١٧٨٠) من القانون المدني الفرنسي، القانون المدني الفرنسي، طبعة ٢٠١٠.

يقابلها في التشريع السوري المادة (٦٤٤) من القانون المدني السوري والمادتان (٨٤) -

(٨٣) ملغاة من قانون العمل رقم ٢٧٩ لعام ١٩٤٦.

(٢٦) في سبيل ذلك عمد رجال التشريع في الثورة الفرنسية إلى إلغاء أحد أهم أشكال العبودية

في العمل "دفتر العمل"، الذي كان عبارة عن جواز سفر مهني داخلي يحظر على العامل

العمل قبل الحصول عليه، وفي حال تركه لعمله السابق يجب عليه أن يوقعه من قبل

صاحب عمله السابق الذي له الحق في رفض التوقيع في حال وجود التزام مالي أو مهني

على العامل. وكثيراً ما استخدم هذا الدفتر للضغط على العامل للعمل بأجور منخفضة أو

الإبقاء عليه للعمل دون إرادته، مما يحول العمل إلى شكل من أشكال العبودية. راجع في

هذا المجال: Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. spés. p. 41 et 52.

(٢٧) أكد وزير الداخلية الفرنسية في إضراب العام ١٨٤٢: "أن السلطة لا تقم نفسها في

المسائل المتعلقة بالأجر ما لم يطلب الطرفان سوية ذلك، فمعدل الأجر والتغيرات التي

تطرأ عليه إنما تحدد بالاتفاق بين الطرفين من خلال مفهوم العرض والطلب".

Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 51. G-H. Camerlynck, Traité de droit du

travail, op. cit., p. 349 s.

[د. محمد عرفان الخطيب]

المساواة في الشخصية القانونية الاجتماعية إلا أنهما على طرفي نقيض في الشخصية الاقتصادية، حيث تتعدم هذه المساواة بين الطرفين لصالح طرف (صاحب العمل) على حساب الطرف الآخر (العامل)، وبالتالي تتعدم إمكانية التفاوض الحر، وتتعدم الحرية التعاقدية كأداة فاعلة في الارتقاء ببيئة العمل. لذلك لم يكن لهذه الحرية التعاقدية القائمة على المساواة القانونية واللامساواة الاقتصادية أي دور في تطوير علاقات العمل، فبقيت محكومة، أمام إجحام الدولة عن التدخل الفاعل، بقواعد العرض والطلب التي تحكم سوق العمل وفي إطار هيمنة المشرع المدني، إن بالنسبة للتعاقد بالعمل^(٢٨) أو تنظيم العمل^(٢٩) وحتى الحوادث في العمل^(٣٠).

بالرجوع إلى التشريع السوري، فقد كانت الدولة السورية في تلك الفترة جزءاً من منظومة الدولة العثمانية التي حكمت الدول العربية ما يزيد عن الأربعمئة عام،

(٢٨) كان يتم تشغيل العمال في مختلف المهن عن طريق موردين للعمل، وكان لكل منهم جداول خاصة من الأجور وساعات العمل التي تختلف عن مثيلاتها في ذات الحيز الجغرافي الواحد. مما أفرز ظاهرة النخاسة في العمل. راجع، Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 52.

(٢٩) في العام ١٨٠٦ قام حاكم باريس بإعادة جدولة هذه المدة لتصبح ١٣ ساعة عمل، بالرغم من ذلك بقيت هناك تجاوزات كبيرة على هذا القانون بسبب عاملين رئيسيين الأول اكتشاف الغاز واكتشاف الكهرباء مما شجع العمل الليلي. والثاني استخدام الآلة مما شجع الاستمرار في العمل. وقد سجلت في الفترة ما بين ١٨٣٠ إلى ١٨٤٨ أعلى نسبة من ساعات العمل، ما بين ١٥ إلى ١٧ ساعة عمل في اليوم الواحد. راجع في هذا المجال: Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 42 et 53.

(٣٠) بقيت القواعد القانونية المتعلقة بإصابات وحوادث العمل محكومة بروح المشرع المدني، من حيث تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية وفق أحكام القانون المدني. حيث وجب الانتظار لحين صدور قانون ١٨٩٨/٤/٩ ليتم الحديث عن ثورة في مفهوم المسؤولية. وبذلك لم يعد ينظر إلى حادث العمل وكأنه خطأ مرتكب من قبل العامل وإنما هو أمر يندرج تحت مخاطر العمل التي يسأل عنها صاحب العمل. راجع في هذا المجال: Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 51 et 90.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

ولم يكن هناك من تقنين عمالي خاص، فقد عولجت المسائل المرتبطة بالعمل في مجلة الأحكام العدلية العثمانية الصادرة في العام ١٨٧٦ والمستمدة من أحكام المذهب الحنفي، والتي كانت تعتبر بحكم التشريع المدني، فلم تلحظ قواعد قانونية خاصة بالنسبة للحرية التعاقدية بين العامل وصاحب العمل، وأبقتها محكمة بالقواعد المدنية ذات الخلفية الدينية، معتبرة عقد العمل نوعاً من أنواع عقود الإجارة، مخضعة إياه لذات القواعد المدنية في التعاقد من حيث الإيجاب والقبول، ومعالجة إياه في أدنى حدوده من حيث تحديد يوم العمل والأجرة، أما الأمور المرتبطة بالتعاقد فقد بقيت خارج فكر المشرع العثماني^(٣١).

لكن ما يجب الإشارة إليه، إلى أن مفهوم الحرية التعاقدية ببعدها الصلف، ووجهها البشع لم تبرز في المجتمع السوري بتلك الفترة، نظراً لضعف النشاط الاقتصادي لاسيما الصناعي منه الذي غلب عليه الطابع اليدوي، إضافة لافتقار البلاد إلى المعادن ولاسيما الفحم والحديد وفداحة الضرائب المفروضة على الصناعة، ناهيك عن ضرورة الحصول على امتياز من السلطة لتأسيس أي مشروع صناعي، الأمر الذي كان يكلف نفقات باهظة^(٣٢). لمختلف هذه الأسباب، لم يكن خضوع عقد العمل للفلسفة المدنية يثير الكثير من المشاكل كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي. غير أنه مع مجيء الأوربيين والانتداب الفرنسي، أخذت علاقات العمل شكلاً أكثر تطوراً وقرباً من البعد الاجتماعي في ضوء إسقاط التجربة الفرنسية على الواقع السوري.

(٣١) مجلة الأحكام العدلية. المواد: (١٠١ ← ١٠٤ - ٤٢٠ ← ٤٢٥).

(٣٢) أحمد السمان وجورج عشي، تشريع العمل، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعد.

[د. محمد عرفان الخطيب]

المطلب الثاني**الحرية التعاقدية والحرية الفردية المقيدة (التدخل الاجتماعي)**

يمكن أن نميز هنا بين مرحلتين متكاملتين: الأولى: تتناول التدخل التشريعي غير المنظم وغير المقنن، مرحلة اتسمت برسم سياسات عامة لتنظيم علاقات العمل دون التطرق لتنظيم جوهر هذه العلاقة التعاقدية أو تنمية مدلول الحرية التعاقدية فيها. الثانية: مرحلة اتسمت بالتدخل التشريعي المركز والمقنن، تم فيها التطرق إلى جوهر العلاقة التعاقدية بهدف تنميتها وتعزيز مدلول الحرية فيها.

أولاً: التدخل التشريعي غير المقنن:

خلال هذه المرحلة اتسم التدخل التشريعي بالصفة التنظيمية العامة لجهة رسم السياسات الاقتصادية والاجتماعية العامة في العمل بما يتناسب ورؤية الدولة لهذا العمل في سبيل خدمة مصالحها العليا وبغض النظر عن مصالح العمال. فتنال تنظيم علاقة العمل ببعدها الجماعي دون بعدها الفردي، وفي إطارها التنظيمي وليس التعاقدية، دون أن يكون الباعث لهذا التدخل تحقيق العدالة الاجتماعية المفقودة في العلاقة التعاقدية، فبقيت هذه العلاقة محكومة ضمن رؤية وروح الفلسفة المدنية، الأمر الذي يمكن استنتاجه من خلال استعراض القوانين التي تدخل بها المشرع في هذه المرحلة.

١. الحرية التعاقدية وعمالة الأطفال^(٣٣):

أولى عمليات التدخل التشريعي التي حدثت من الحرية التعاقدية في مجال العمل تناولت عمل الأطفال. حيث أتت مع قانون ١٨٤١/٣/٢٢^(٣٤) الذي حدد سن التشغيل بثمانين سنوات على الأقل، كما منع تشغيل الأطفال دون (١٣) سنة ليلاً وحدد مدة العمل ما بين (٨-١٢) ساعة ووجبة طعام بالنسبة للأطفال بين (٨-١٢) سنة، وللأطفال ما بين (١٢-١٦) سنة إلى (١٢) ساعة عمل مقسمة على مرحلتين^(٣٥). غير أنه، وبالرغم من أهمية هذا القانون فقد بقيت الحرية التعاقدية وفق مفهوم العرض والطلب تملك الهامش الأكبر في تنظيم عمل الأطفال في المنشآت الصغيرة التي كانت تشكل الغالبية العظمى من النشاط الاقتصادي في ذلك الحين، ذلك أن

(٣٣) حتى نهايات القرن التاسع عشر لم يكن هناك أي تنظيم قانوني لعمل الأطفال، غير أن الذي شجع على عمل الأطفال هو قسوة ظروف الحياة وعمل البالغين وزيادة نسبة الأطفال بشكل ملحوظ نتيجة تغيير ظروف الحياة وانخفاض معدل الوفيات، مما أَمَّن طبقة اجتماعية ذات إنتاجية اقتصادية مقبولة دون أن يكون هناك أيه معوقات أخلاقية تمنع تشغيلها، وأبرز في عام ١٨٤٠ ما سمي بمفهوم "الأسرة العاملة"، فكان الرجل يكسب (٢) فرنك والمرأة فرنك واحد والطفل (٧٥) سنتيم. القاعدة بسيطة الرجل يكسب ضعف المرأة والمرأة ضعف الطفل. Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 55.

(٣٤) سبق هذا القانون محاولات تشريعية متواضعة من أهمها قانون ١٨١٣/١/٣ الذي حدد سن التشغيل للأطفال بالخامسة، بذات الوقت الذي حظر بعض الأعمال في أعماق المناجم على الأطفال دون سن العاشرة. ومن ثم القانون تاريخ ١٨٥١/٢/٢٢ الذي حدد ساعات عمل الأطفال بـ ١٠ ساعات. راجع في هذا المجال:

Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 54 et 75.

(٣٥) في الخلفية عاملان رئيسان دفعا بالمشروع الفرنسي للتدخل في موضوع عمالة الأطفال. ذلك أنه في الفترة ما بين ١٨٣٥ إلى ١٨٤٠ تغيرت نظرة الطبقة البرجوازية بفضل تعاليم الكنيسة حول عمل الأطفال، مما دفع بالبرجوازيين إلى الإحجام عن تشغيلهم. فكانت الدوافع ذات مدلول أخلاقي وديني أكثر منه اقتصادي أو اجتماعي. كذلك، عامل آخر، لا يقل أهمية عن الأول، هو الوضع التعبوي للجيش المحاربة في الفترة الواقعة ما بين ١٨٣٧ إلى ١٨٤٠. فقد بينت إحصائيات الجيش للسوق العام إلى الحرب أن المدن الصناعية ذات نسب التشغيل المرتفعة في عمالة الأطفال تعاني من حالات تشوه وعجز للأطفال أكثر من غيرها. ففي مرسيليا وليون من بين كل ١٠٠٠٠ عشرة آلاف طفل هناك ٨٩٨٠ طفل إما ذو عاهة أو تشوه ناجم عن العمل راجع في هذا المجال:

Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 54.

[د. محمد عرفان الخطيب]

نطاق تطبيق القانون لم يكن يشمل الحرف والأعمال الصغيرة بل المنشآت والأعمال الكبيرة التي تعمل على الآلات إضافة للمنشآت التي يوجد فيها أكثر من عشرين عاملاً. كما أثار القانون العديد من المشاكل، لاسيما لجهة اختلاف يوم العمل بين الأطفال والبالغين والنساء، ناهيك عن تقاعس مفتشي العمل عن تطبيق القانون بشكل منصف لعملمهم إمّا مستشارين لأصحاب العمل أو أصحاب عمل غير مباشرين، إضافة إلى تذرعههم بمعارضة أهالي الأطفال لتطبيق القانون⁽³⁶⁾.

٢. الحرية التعاقدية وتنظيم العمل:

في تلك الفترة صدرت العديد من التشريعات التي تنظم العمل منها: القانون الصادر في ١٨٤٨/٩/٩ الذي حدد ساعات العمل بـ (١٢) ساعة عمل، والقانون الصادر في ١٨٥١/٥/١٧ الذي حدد القطاعات التي يمكن للعامل العمل فيها أكثر من (١٢) ساعة كما في الطباعة، والقانون الصادر في ١٨٥١/٦/٢٤ حول العمل في بعض المنشآت. والقانون الصادر في ١٨٩٢/١١ حول مسؤولية المرأة العاملة في العمل الذي حدد ساعات العمل بـ (١١) ساعة عمل. ثم قانون ١٩٠٠ /٣/٣٠ لجهة تخفيض ساعات العمل في اليوم إلى (١٢) ساعة عمل⁽³⁷⁾.

(36) أعيد طرح السؤال في العام ١٨٧١ وفي العام ١٨٧٤، ثم بتاريخ ١٨٧٤/٥/١٩ صدر قانون جديد حول عمل الأطفال والطفلات في الصناعة وطبق على جميع القطاعات ومختلف المنشآت. فأصبح سن التشغيل هو ١٢ سنة ومدة العمل ١٢ ساعة عمل. من ثم صدر القانون تاريخ ١٨٨٢/٣/٢٢ حول السن الإلزامي لعمل للأطفال ما بين ٦ إلى ١٣ سنة فممنع تشغيل الأطفال أقل من ١٦ سنة أكثر من عشر ساعات والأطفال ما بين ١٦ إلى ١٨ حد أقصى للعمل بـ ١١ ساعة عمل. راجع في هذا المجال:

Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 87.

(37) Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 88.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

بالنسبة للعطلة الأسبوعية، فقد أقرها القانون الصادر في ١٨١٤/١١/١٨ تحت ضغط الكنيسة، لكن النص لم يطبق ولم يحترم حتى تاريخ قانون ١٨٨٠/٧/١٢ حيث تم إلغاؤه. منذ العام ١٨٩٢ وحتى صدور قانون ١٩٠٦/٧/١٣ بدأت تتغير النظرة إلى مدلول العطلة الأسبوعية بكونها ضرورة أساسية للعائلة وللالتزام بالأطفال، فكرس القانون هذه العطلة. وبموجب قانون ١٨٩٤/١١/١٨ تم حظر العمل أيام الأحاد والعطل الرسمية التي تحددها الدولة وكان وراء ذلك أسباب دينية وسياسية تتعلق بسياسة الدولة ولم تكن الأسباب قط اجتماعية^(٣٨).

٣. الحرية التعاقدية وتطبيق معايير السلامة والصحة المهنية:

منذ العام ١٨٩٠ ثارت نقاشات عديدة حول حق الحكومة في التدخل بهدف ضمان تطبيق شروط صحية ومهنية في العمل تحت مسمى المصلحة العامة واحترام حرية النشاط الصناعي، من ثم تطورت التشريعات بشكل خجول حتى صدور التشريع تاريخ ١٨٩٣/٦/١٢ الذي لم يحظر، على خلاف النصوص السابقة، عمل الأفراد في الأعمال الخطرة وإنما ألزم أصحاب العمل بمراعاة شروط السلامة والصحة المهنية في هذه الأعمال. وكان نطاق تطبيق هذا القانون يشمل الورش الصغيرة أمّا المنشآت الكبيرة فكان يجب الانتظار لحين صدور قانون ١٩٠٣/٧/١١ لكي يطبق عليها^(٣٩).

٤. الحرية التعاقدية والحرية النقابية:

يعود الفضل فيها إلى القانون الصادر بتاريخ ١٨٨٤/٣/٢١ الذي أسس لمفهوم

(38) Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 53.

(39) Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 89.

[د. محمد عرفان الخطيب]

الحرية النقابية ووضع القواعد القانونية الرئيسية للعمل النقابي، لاسيما لجهة الحق بتكوين النقابات وحق الأفراد في ممارسة العمل النقابي^(٤٠).

بالنسبة لواقع الدولة السورية، فهي لم تكن بعيدة عن تبني ذات التجربة التشريعية الفرنسية في إطار تنظيم العمل في بعده الجماعي التنظيمي أكثر منه في بعده الفردي التعاقدية من خلال العديد من المراسيم التشريعية التي تدين في وجودها للمشرع الفرنسي، فيجب أن لا ننسى أنه خلال هذه الفترة كانت سورية في ظل الانتداب الفرنسي الذي بدأت معه بوادر نواة الصناعة السورية، مما حمل الحكومة السورية على إصدار العديد من القوانين المتعلقة بالعمل، نذكرها مرتبة حسب تاريخ صدورها^(٤١):

- القرار رقم ٢٢٣ الصادر في ٦ تموز ١٩٣٠ المتعلق باستخدام الأطفال والنساء.
- المرسوم الاشتراعي رقم ١٥٢ الصادر في ١٨ أيلول ١٩٣٥ المتعلق بنقابات المهن والحرف.
- المرسوم الاشتراعي رقم ٣٢ الصادر في ١٤ حزيران ١٩٣٦ المتعلق بتشغيل النساء والأحداث.
- المرسوم الاشتراعي رقم ٢٦٨/آس الصادر في ٧ تشرين الثاني سنة ١٩٤٢ المتعلق بتحديد الأجور.
- قرار المنسوب العام رقم ١٠٤/ف.ث. الصادر في ٣ آذار ١٩٤٣ المتعلق بطوارئ

(40) Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 89.

(٤١) أحمد السمان وجورج عشي، تشريع العمل، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعد. ونأسف لعدم قدرتنا على التحليل التفصيلي لمختلف هذه القوانين، كون المراجع القانونية أشارت إليها باقتضاب، كما لم نوفق في الوصول إلى أصول هذه القوانين في وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل السورية.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

العمل.

- المرسوم الاثتراءي رقم ٤٨ الصادر في ١٠ تموز ١٩٤٣ المتعلق بمكاتب الاستءءءلم.
- المرسوم الاثتراءي رقم ١٣٧ الصادر في ٢١ تموز ١٩٤٣ المتعلق بتسريح العمال.

وكما يتضح من التسلسل التاريخي، فإن التءءءل التشريعي السوري لم يخرج في إطار فلسفته العامة عن نظيره الفرنسي، حيث تمت أولى عمليات التءءءل التشريعي لحماية الفئات الأكثر ضعفاً في المجتمع كالأطفال والنساء، بالرغم من أن واقع الحال كان يؤكد أن المقصوء بهذا التشريع هم الأطفال بالدرجة الأولى وليس النساء، كون طبيعة المجتمع السوري، في تلك الحقبة، كانت ترحب بعمل الأطفال وتءارب بشءة عمل النساء.

بالمحصلة، ومن ءلال مءتلف هذه الاستشءاءات، في القانونين الفرنسي والسوري، يتبين جيداً أن عملية انعءاء العقد وإنهائه بقيت ءلال هذه الفترة ءارج اءتمامات المشرءعين، مءكومة بقواعد القانون المءني. فكان يجب الانتظار لءين بءاية التءءءل التشريعي الاجتماعي المقنن للقول بأن هناك ءرأة حقيقة منهما في مءالءة قضايا إبرام وإنهاء العقد.

ءانياً: التءءءل التشريعي المقنن:

بءأ الءءءث في التشريع الفرنسي عن ضرورة تقنين تشريع العمل ووضع قانون ءاص له منذ العام ١٨٧٠، إلا أنه لم يرَ النور إلا مع بءايات القرن العشرين^(٤٢)، فءاء تحت مسمى: "قانون العمل والرقابة الاجتماعية"^(٤٣) باءتماع أربعة كتب

(42) Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 47.

(٤٣) بقيت هذه التسمية: "قانون العمل والرقابة الاجتماعية" ءتى العام ١٩٢٢، حيث تم ءءف مصطلء: "الرقابة الاجتماعية" والإبقاء على مصطلء: "قانون العمل". وقد قسم قانون العمل الفرنسي قسمين: الأول تشريعي والءاني تنظيمي. Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 91 et 95.

[د. محمد عرفان الخطيب]

رئيسة قدمتها ما كان يسمى بوزارة العمل والرقابة على الاجتماعية^(٤٤) وتم التصويت عليها بموجب أربعة كتب رئيسة في الفترة ما بين ١٩١٠ ← ١٩٢٧^(٤٥). غير أن القانون بقي دون الطموحات المرجوة، مما دفع بالمشرع الفرنسي إلى تعديله في العام ١٩٧٣^(٤٦). كذلك، التعقيدات والتطورات التي طرأت على بيئة العمل دفعت بالحكومة الفرنسية من جديد إلى إعادة النظر في القانون، حيث تم وضع دراسة خاصة حوله في العام ٢٠٠٤ بموجب تقرير Virville ونتيجة لذلك تم تعديل القانون كاملاً في العام ٢٠٠٧ ليصبح نافذاً في الأول من أيار من العام ٢٠٠٨^(٤٧).

(٤٤) أحدثت وزارة العمل والرقابة الاجتماعية، وزارة العمل والعلاقات الاجتماعية العائلية والتكافل والشيوخ الحالية بموجب القرار الإداري تاريخ ١٩٠٦/١٠/٢٥، حيث حلت محل المجلس الأعلى للعمل المحدث بموجب القرار الإداري تاريخ ١٨٩١/١/٢٢. وبذلك غدت فكرة إحداث وزارة للعمل التي طرحت في العام ١٨٤٨ من قبل المكفر الفرنسي

لويس بلان حقيقة واقعية. راجع، Cour d'histoire des relation du travail: op. cite. p. 91. (٤٥) الكتاب الأول حول الاتفاقيات المرتبطة بالعمل (قانون ١٩١٠/١٢/٢٨)، الكتاب الثاني حول تنظيم العمل (قانون ١٩١٢/١١/٢٦)، الكتاب الثالث حول التجمعات المهنية (قانون ١٩٢٧/٢/٢٥)، الكتاب الرابع القضاء والمصالحة والتحكيم والممثلين المهنيين (قانون ١٩٢٤/٦/٢١). راجع في هذا المجال:

Cour d'histoire des relation du travail. op. cite. p. 91.

(٤٦) بموجب هذا التعديل قسم القانون بداية إلى ثمانية أقسام ومن ثم إلى تسعة منها ما يتعلق بالاتفاقيات المتعلقة بالعمل وتنظيم العمل ونزاعات العمل والرقابة على العمل والتدريب المهني وما إلى ذلك. راجع في هذا المجال:

Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973, J.O, du 18 juillet 1973, p. 7763. J. Audinet, Une réforme imparfaite, la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement, J.C.P, 1974, I, p. 2601. F. Naude, Réflexion à propos du projet de la loi du 13 juillet 1973 modifiant le droit du licenciement, Droit. soc. 1973, n° 3, pp. 137-150.

(٤٧) يشار إلى أن هذا التعديل هو تعديل شكلي أكثر منه جوهري. فهو لم يتناول مضمون القانون وعمقه بقدر ما عدل في منهجية عرضه وأرقام مواده بهدف تسهيل قراءته وفهمه. فقسم القانون إلى مبحث تمهيدي وثمانية أقسام. فعالج المشرع في المبحث التمهيدي الحوار الاجتماعي وفي القسم الأول بحث علاقات العمل الفردية ومن ثم علاقات العمل الجماعية ومن ثم تنظيم العمل (مدة العمل والأجر) ومن ثم الصحة والسلامة المهنية في العمل ومن ثم التشغيل ومن ثم التدريب المهني ومن ثم النصوص القانونية المتعلقة ببعض المهن والأعمال وأخيراً الرقابة على تطبيق القانون، واشتمل القانون على ٣٦٥٢ مادة

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

في التشريع السوري، بدأ الاهتمام التشريعي بتقنين العمل في مرحلة الانتداب الفرنسي، حيث صدر قانون موجز ينظم شؤون العمل تحت مسمى: "قانون العمل"، وقدم للمجلس النيابي عام ١٩٣٨ غير أن نشوب الحرب العالمية الثانية حال دون صدوره. بعد انتهاء الحرب، قامت الحكومة بإصدار أول قانون للعمل تحت رقم ٢٧٩ في ١١/٦/١٩٤٦^(٤٨)، مستندة إلى التجارب التشريعية في العديد من الدول العربية التي سبقتنا إضافة إلى تجربة المشرع الفرنسي^(٤٩). وقد أراد المشرع السوري من خلال هذا القانون تعزيز الحماية المقررة للعمال السوريين وإيجاد التوازن بين العمال وأصحاب العمل في كل مهنة من خلال تحديد حقوق وواجبات كل من الطرفين^(٥٠). بالرغم من ذلك فقد كان القانون دون الطموحات المرجوة، لاسيما وأنه صدر في ظل وزارة غير متخصصة هي وزارة الاقتصاد الوطني، فكان يجب الانتظار لحين إحداث وزارة متخصصة في قضايا العمل والعمال هي وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل المحدثه بموجب القانون رقم ٢٦٧ تاريخ

مقابل ١٨٩١ في القانون السابق. وتم الاستعاضة عن الترقيم الثلاثي إلى الترقيم الرباعي. كما عمد المشرع الفرنسي في النص الجديد إلى توحيد المصطلح القانوني رغبة منه في عدم الخلط بين المصطلحات. كما تجنب المشرع استعمال العبارات القانونية ذات الدلالات القانونية المختلفة. راجع في هذا المجال:

Loi n° 329-2007 du 12 mars 2007, J.O, 13 mars 2007. A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, « Le nouveau Code du travail », une réussite?», RDT 2007, p. 356.

(٤٨) قانون العمل السوري رقم ٢٧٩ تاريخ ١١/٦/١٩٤٦، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ تاريخ ١٣/٦/١٩٤٦.

(٤٩) سبقت بعض الدول العربية سوريا في مضمار التشريع الاجتماعي، في العراق صدر قانون العمل في ٢٥/٤/١٩٣٦، ووضعت مصر قانون إصابات العمل في ١٤/٩/١٩٣٦، ثم قانون الضمان الإجباري للإصابات في ٦/٩/١٩٤٢، وصدر بالتاريخ نفسه قانون النقابات.

(٥٠) جاء في لائحة الأسباب الموجبة للقانون رقم ٢٧٩: "أما المبادئ التي أوجت نصوصه، فهي وجوب ترفيه حال العمال السوريين وتنظيم شؤونهم بصورة تجعلهم أداة صالحة في الإنتاج وركنا من أركان البلاد الاقتصادية، وتنظيم شؤون أرباب العمل في سائر المهن، وتحديد حقوق كل فريق وواجباته نحو الآخر ونحو المجتمع". أحمد السمان وجورج عشي، تشريع العمل، المرجع السابق، ص ٣١ وما بعد.

[د. محمد عرفان الخطيب]

١٤/٨/١٩٥٦ التي أصدرت بتاريخ ٥/٤/١٩٥٩ قانون العمل الموحد رقم ٩١^(٥١) النافذ في الدولة السورية حتى تاريخه^(٥٢).

من خلال التعمق في نصوص هذه القوانين، يمكن القول ببدء اهتمام المشرعين الفرنسي والسوري بالتدخل في مفهوم الحرية التعاقدية سواء في مرحلة الانعقاد أو مرحلة الإنهاء من خلال التطبيق العملي للنظرية المدنية للتعسف باستعمال الحق في قضايا العمل، لكن في إطار خصوصية وطبيعة قانون العمل. وإذا كان تدخل المشرعين في الفرضية الأولى بقي خجولاً حتى عهد قريب، فإن تدخل المشرع في الفرضية الثانية بدأ وبشكل فعلي مع هذه المرحلة^(٥٣).

١. الحرية التعاقدية وانتهاء العقد^(٥٤):

بعد أن بقيت هذه العلاقة محكومة بمفهوم العرض والطلب لفترة طويلة من الزمن، عمد المشرع الفرنسي منذ القانون الصادر في ٢٧/١٢/١٨٩٠ إلى تطبيق

- (٥١) قانون العمل السوري رقم ٩١ تاريخ ٥/٤/١٩٥٩، الجريدة الرسمية، العدد ٧١ مكرر (ب) تاريخ ٧/٤/١٩٥٩.
- (٥٢) روعيت في أحكام تقنين قانون العمل جملة من الأسس والمبادئ، كان من أهمها: تكافؤ ظروف العمل بالنسبة للعمال، والاحتفاظ بحقوق العمال المكتسبة التي كفلتها لهم تشريعات العمل، إلا ما يكفل مزايا أفضل، ومراعاة المستويات العمل العربية والدولية، وتحقيق التعاون بين العمال وأصحاب الأعمال. ويتألف تقنين العمل من ٢٣٥ مادة تضمها سبعة أبواب، المذكرة الإيضاحية، النشرة التشريعية، نيسان ١٩٥٩ ص. ١١٩٩-١٢٠٠.
- (٥٣) حرصاً على الأمانة التاريخية في عرض التدخل التشريعي سنعتمد إلى دراسة التدخل في مجال الإنهاء قبل البحث عنه في مجال الانعقاد. أما التدخل التشريعي في مجال تنظيم العمل فلن يتم التوسع بها كونه يعد بشكل أو بآخر امتداداً لمرحلة تدخل المشرع الاجتماعي في فترة التدخل التشريعي غير المقنن، كما سيتم البحث بها بشكل معمق في الفصل الثاني من هذا البحث المتعلق بماهية هذه الحرية وتحديد نطاق تطبيقها.
- (٥٤) المقصود بإنهاء العقد في هذه الفرضية، الإنهاء الذي يتم من قبل صاحب العمل في إطار عقد العمل الغير محدد المدة أو ما يسمى بالتسريح، في حين أن الإنهاء المرتبط بعقد العمل المحدد المدة، أو الإنهاء الحاصل من قبل العامل (الاستقالة)، فبقي خارج إطار البحث.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

نظرية التعسف باستعمال الحق ذات المنشأ المدني على حالات إنهاء عقد العمل⁽⁵⁵⁾، غير أن الإقرار القانوني لهذا المبدأ لم يترافق مع الإقرار التطبيقي، فكان يتوجب الانتظار لحين صدور القانون ١٩٢٨/٧/١٩⁽⁵⁶⁾ حيث أعيد التأكيد على هذا المبدأ بموجب نصين قانونيين اعتبرا في تلك الفترة ثورة في التدخل التشريعي الحمائي. الأول، اشترط تضمين قرار الإنهاء السبب المدعى به. والثاني، منح الحق للمحكمة بإجراء تحقيق حول ظروف وملابسات هذا الإنهاء. غير أن غموض النص وعدم وضوحه، ناهيك عن حداثة تطبيق هذا المبدأ في التشريع الفرنسي على قضايا العمل مما أدى إلى العديد من التجاذبات والمجادلات الفقهية والقضائية، بين رجال الفقه وقضاة الموضوع (قضاة الدرجتين الأولى والثانية) من جهة وبين قاضي القانون (محكمة النقض) من جهة أخرى، حول دور صاحب العمل، ومدى التزامه بتبرير قراره أو مجرد ذكر الباعث، ذلك أن الاختلاف بين الأمرين كبير.

فذهب قضاة الموضوع والغالبية العظمى من الفقه إلى القول إنه وبفضل هذا القانون، إنما أراد المشرع الضغط على صاحب العمل من حيث إلزامه ببيان الباعث المقبول للإنهاء بشكل سيغير من مصير العامل في الاتجاه الأكثر إيجابية، وأن التحقيق سيجبر صاحب العمل على تبرير تصرفه وإثبات شرعيته. فساد الاعتقاد بأن عبء الإثبات تم تعديله، وبذلك أضحى على صاحب العمل أن يثبت أنه لم يتعسف في استعمال هذا الحق⁽⁵⁷⁾.

(55) Code civil français. Article 1780 alinéa 3.

(56) A. Lecomte, La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, Revu. critique de la législation et de jurisprudence, 1929, pp. 487-502, spé. p. 492 s et pp. 565-586, spé. p. 572 s.

(57) Cassa. cive. 18 mars 1930, D. 1930, I, p. 71, note. A. Rouast.

[د. محمد عرفان الخطيب]

هذا التوجه لم يكن متفقاً مع رؤية قاضي القانون. حيث فصلت محكمة النقض بقرارها الشهير المؤرخ في ١٨/٣/١٩٣٠ بالقول: "إن القانون الجديد لم يلغ القاعدة القانونية التي تقر بأن عبء الإثبات يقع على عاتق من وقع بحقه الإنهاء، ويجب إثباته من قبل العامل..... وأن القانون إنما أراد تشجيع المحاكم على عدم قبول التعسف في استعمال الحق في كل مرة يكون الخطأ قد ارتكب من قبل صاحب العمل في إطار ممارسته لحقه.... بالنتيجة فإن القانون لم يكن لديه إلا هدف واحد وهو إلزام المحاكم بالبحث ومناقشة سبب التسريح"^(٥٨).

انطلاقاً من هذه القاعدة، نقضت محكمة النقض بشكل أوتوماتيكي كافة القرارات التي تعاقب صاحب العمل بالاستناد لعدم دقة أو مصداقية السبب المصرح به، مؤسسة نظريتها على أن عقد العمل ليس أكثر من مجرد اتفاق بسيط لإرادتين، وللطرفين ملء الحرية في أن يحددا هما بنفسيهما الشروط المتعلقة بالإنهاء. فكانت حريصة على التطبيق المدني الصرف لنظرية التعسف باستعمال الحق، دون أن يترافق ذلك بأية تلميحات اجتماعية^(٥٩).

(58) Cassa. civ. 18 mars 1930, pré.

(٥٩) أوضح P-D. Ollier أن محكمة النقض هي التي حرقت اتجاه القضاء الأدنى. ففي كل مرة يعمد فيها قضاة الموضوع إلى استبعاد الدوافع الغير مقبولة أو الغير موثوقة، كانت قراراتهم تنقض بحجة انتهاك الحق الدستوري في الحرية التعاقدية. راجع في هذا المجال: P-D. Ollier, Réflexions sur le droit de se faire justice à soi même dans les rapports de travail, Droit. soc. 1967, pp. 496-505 ; C. Orliac, Le contrat de travail d'après la loi et la jurisprudence, Tome, IV, Moderne d'Édition. 1970, p. 63 s. لذلك لم يكن يعتبر بحكم التعسفي، قيام صاحب العمل، تحت غطاء المزاجية، بتسريح عامل بهدف تشغيل عامل جديد (.Cassa. soc. 27 octobre 1959, Bull. civ. IV, 1959, n° 1075.) أو مجرد الادعاء بأن العامل ذو مزاج سيء دون تقديم أي تأكيد حول حقيقة هذا الإدعاء (.Cassa. soc. 11 décembre 1963, Bull. civ. IV, 1963, n° 864.) فعدم الدقة في الباعث المصرح به لا يكفي للإقرار بالتعسف (.Cassa. soc. 20 février 1959, Bull. civ. IV. 1959, n° 759.) كما أن مجرد الادعاء البسيط يعتبر كافياً لتبرير التسريح دون أن يكون هناك حاجة لإثباته (.Cassa. soc. 4 février 1971, Bull. .Cassa. soc. 22 février 1964, J.C.P, II. 1964, n° 137, p. 732.)

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

بدأ التحول في موقف محكمة النقض مع اقتناعها بخصوصية وطبيعة علاقة العمل، فعمدت إلى اعتبار الإنهاء غير مشروع كلما كان مترافقاً مع الخطأ أو الغش، وبما ينطوي على الاعتداء على كرامة العامل^(٦٠)، فاعتبر هذا التوجه بمثابة انعطاف تاريخي في فهم علاقة العمل التعاقدية لاسيما في مجال إنهاء العقد، لجهة توضيح المسؤولية القانونية لصاحب العمل والتخفيف بشكل إفرادي من عبء الإثبات المفروض على العامل^(٦١). فبدأت أولى الخطوات في الاستعاضة عن نظرية التعسف باستعمال الحق ذات الطابع المدني بنظرية وجود السبب الحقيقي والجاد في إنهاء العقد ذات المنشأ الاجتماعي مع ما ترتب على ذلك من تلطيف كبير لعبء الإثبات وترتيب المسؤولية القانونية عن الإنهاء على عاتق صاحب العمل لصالح العامل. فتوقف الإنهاء عن أن يكون قانوناً شبه مزاجي لكي يصبح قانوناً عقلانياً يستند لسبب حقيقي وجاد، بحيث إن غياب هذا الأخير يقترن بغياب الحق في الإنهاء^(٦٢). هذا التوجه الاجتهادي الجديد تم تكريسه بموجب تعديل قانون

(82) civ. IV, 1971, n° 82. كما يمكن التخفي خلف مصلحة الشركة في قرار الإنهاء. (Cassa. soc. 5 novembre 1970, Bull. civ. V, 1970, n° 592).

(٦٠) اعتبر بحكم التصرف التعسفي المولد للحق بالتعويض، إبعاد عامل تحت ذرائع وهمية تتطوي على الاعتداء على شرفه. D. 1956, n° 481 ; Bull. civ. IV, 1956, n° 481 ; Cassa. soc. 24 mai 1956, Bull. civ. IV, 1956, n° 481 ; D. 1956, p. 490. أو التشهير بخبراته ومهاراته وحتى أمانته، Cassa. soc. 7 mars 1952, Bull. civ. III, 1952, n° 200) أو لمجرد الخطأ البسيط. (Cassa. soc. 16 juin 1955, Bull. civ. IV, 1955, n° 537) أو الادعاء غير المثبت بعدم كفاءته المهنية (Cassa. soc. 19 mai 1958, Bull. civ. IV, 1958, n° 610 et 611).

(61) G-H. Camerlynck, Du motif inexact au fallacieux prétexte, D. 1959, chron. pp. 129-131. Cassa. soc. 18 janvier 1961, Bull. civ. IV, 1961, n° 52 ; Cassa. soc. 12 mai 1971, Bull. civ. IV, 1971, n° 352.

(61) G-H. Camerlynck, Du motif inexact au fallacieux prétexte, pré. spé., p. 129.

(62) J. Audinet, Une réforme imparfaite, la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement, op. cite. M. C. Bonnetête, De la notion de faute à la notion de cause, la notion de cause dans la loi de 13 juillet 1973. D. 1974, chron. pp. 191-196.

[د. محمد عرفان الخطيب]

العمل لعام ١٩٧٢^(٦٣) الذي كان من بين أهدافه الرئيسية تطبيق نظرية السبب الحقيقي والجاد في الإنهاء^(٦٤)، ثم طور المشرع هذه النظرية بشكل كبير لجهة نوعية الأسباب والرقابة الفاعلة عليها، لاسيما في ضوء أحكام قانون العمل الجديد لعام ٢٠٠٨^(٦٥).

بالنسبة للمشرع السوري، فإنه لم يخرج بداية عن القواعد التي تحكم النظرية العامة للتعسف باستعمال الحق في إنهاء العقود. فبدأ بتطبيق هذه النظرية بموجب المرسوم الاشتراعي رقم ١٣٧ تاريخ ٢١ تموز ١٩٤٣ المتعلق بتسريح العمال، ومن ثم أعيد تكريسها في قانون العمل القديم رقم ٢٧٩ لعام ١٩٤٦ الذي قضى بحق صاحب العمل بإنهاء عقد العمال "متى شاء" مع الاحتفاظ بحق العامل بالتعويض في حال كان هذا الإنهاء دون وجود المبرر (الذنب الخطير)^(٦٦). ومما لا شك فيه أن عبارة "متى شاء" تدل على مدى هيمنة النظرية المدنية في فسخ العقود على عقد العمل^(٦٧). هذه النظرية تم إعادة تبنيها في القانون رقم ٩١ لعام ١٩٥٩ من حيث الاحتفاظ لكلا الطرفين بالحق في إنهاء العقد شريطة الإخطار المسبق والحق بالتعويض في حال وجود التعسف^(٦٨). غير أنه ونظراً لزيادة التعسف في

(63) Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973, op. cite..

(64) Code Du Travail Français Abrogé, Version Avant 2008. Livre Premier: Convention Relatives Au Travail, Titre Deuxième: Contrat De Travail, Section II et III. (Articles L. 122-4→L. 122-14-16 Abrogé).

(65) Code Du Travail Français, Première Partie : Les Relations Individuelles De Travail, Livre Premier: Le Contrat De Travail Titre Troisième: Rupture Du Contrat De Travail A Durée Indéterminée, (Articles L. 1231-1→L. 1233-10). Spés. (Articles L. 1231-1→L. 1232-14).

(٦٦) المواد (١٤٢-١٦٥) ملغاة. قانون العمل رقم ٢٧٩ لعام ١٩٤٦.

(٦٧) المادة (١٤٣) ملغاة. قانون العمل رقم ٢٧٩ لعام ١٩٤٦.

(٦٨) المواد (٧٢-٧٣) و (٧٤-٧٥) ملغاة { قانون العمل رقم ٩١ لعام ١٩٥٩.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

الإلغاء من جانب أصحاب العمل، إضافة إلى نقص الوعي الاجتماعي والاقتصادي لطبيعة عقد العمل وقيمه الإنسانية، عمد المشرع السوري إلى إلغاء المادتين (٧٤-٧٥) من القانون رقم (٩١) المتعلقتين بالتسريح والاستعاضة عنهما بالمرسوم التشريعي رقم ٤٩ تاريخ ١٩٦٢/٧/٣ المسمى بقانون: "لجان قضايا التسريح"^(٦٩)، مقيداً حق صاحب العمل في تسريح عماله بموافقة لجنة قضائية مختصة^(٧٠) ومتبنياً بذلك نظرية جديدة^(٧١)، تختلف عن مثيلاتها في القانون المدني تتضمن من وجهة نظره حماية أكثر فاعلية للعامل في حين أنها انطوت، برأينا، على انتهاك غير محبذ لمفهوم الحرية التعاقدية جاعلة علاقة العمل علاقة شبه أبدية. فالقانون وإن كان لم يبلغ الحرية التعاقدية من حيث المبدأ، إلا أنه عطّلها بشكل كبير من حيث ربط القدرة على تسريح العامل بالحصول على الموافقة المسبقة من قبل اللجنة، مما جعل منها شرطاً رئيسياً للتسريح، بحيث حلت إرادتها محل إرادة صاحب العمل في إدارة المنشأة وهذا شيء غير مستحب. إضافة إلى أن القانون جعل الإعادة الجبرية

- (٦٩) المرسوم التشريعي رقم ٤٩ تاريخ ١٩٦٢/٧/٣ المعدل بالمرسوم التشريعي رقم ١٢٧ لعام ١٩٧٠. دليل العمل. إصدارات وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل في الجمهورية العربية السورية، ١٩٨٢، صفحة ٧٩-٨٣.
- (٧٠) تتألف اللجنة من خمسة أعضاء برئاسة قاض وعضوية ممثل عن مديرية الشؤون الاجتماعية والعمل، ممثل عن وزارة الداخلية في مدينة دمشق والمحافظة في باقي المحافظات، ممثل عن أصحاب العمل وممثل عن العمال. المرسوم التشريعي رقم ٤٩ لعام ١٩٦٢. المادة (٢).
- (٧١) إن هذه النظرية هي النسخة السورية المعدلة عن النظرية الفرنسية للجان الاستشارية لصاحب العمل، التي يمكنها أن تعطي رأيها في قرار صاحب العمل في تسريح أحد عماله، والتي تلقفها المشرعان المصري والعراقي. غير أن نقطة الخلاف بين النظرية السورية ومثيلاتها في التشريعات المنوه عنها أن هذه اللجنة ذات طبيعة قضائية وقراراتها ملزمة لصاحب العمل في التشريع السوري في حين أنها ذات طبيعة تنظيمية وقراراتها استشارية غير ملزمة في التشريعات الفرنسية والمصرية والعراقية. راجع نص المادة (٦٦) من قانون العمل المصري رقم ١٣ لعام ١٩٨١. تم إعادة صياغة هذه اللجنة في قانون العمل رقم ١٣ لعام ٢٠٠٣ وتعديل عام ٢٠٠٨ مع منحها الصفة القضائية، دون أن تكون قادرة على فرض الإعادة للجبرية للعمل على صاحب العمل. المادة (٧١).

[د. محمد عرفان الخطيب]

إلى العمل هي العقاب الوحيد. ففي حال لم توافق اللجنة على التسريح يلتزم صاحب العمل بإعادة العامل جبراً إلى عمله، وإلا فإنه يلتزم بدفع الحد الأدنى المقرر لأجر العامل أو (٨٠ %) من قيمة أجره الفعلي أيهما أعلى إلى حين إعادته إلى عمله أو قيام العامل بالعمل لدى صاحب عمل آخر^(٧٢).

هذا التوجه، برأينا، ألغى مبدأ الحرية التعاقدية من أساسه وجعل العلاقة التعاقدية مستمرة جبراً بغض النظر عن رضا أحد الطرفين مما شكل انتهاكاً صارخاً لهذه الحرية على المستوى القانوني. فكيف يمكن لنا أن نقبل بفكرة الإلزام الأبدي لصاحب العمل بعامل غير مرغوب فيه في نفس الوقت التي نقر به بإلغاء السخرة الأبدية للعامل بالعمل لدى صاحب العمل، وكأننا نؤسس لسخرة تعاقدية أبدية، لكن على حساب صاحب العمل. كما أن الإعادة الجبرية إلى العمل تبرز مشكلات على الصعيد الإنساني والإداري والاقتصادي في مجال العمل. على المستوى الإنساني، ليس بخاف أن المنشآت الكبيرة عموماً، والصغيرة والمتوسطة خصوصاً تقوم بالدرجة الأولى على الثقة والتعاون المتبادل بين صاحب العمل

(٧٢) "أ- إذا لجأ أصحاب العمل إلى تسريح عمالهم بعد رفض طلباتهم المتعلقة بالتسريح أو لجؤوا إلى التسريح دون عرض الطلب على اللجنة المختصة وفق أحكام هذا المرسوم التشريعي (رقم ٤٩ لعام ١٩٦٢) يلزمون بدفع الحد الأدنى المقرر أصولاً لأجور عمالهم المعنيين أو ٨٠ % من أجورهم الفعلية أيهما أكثر. ب- مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة أ السابقة، يعتبر عقد العمل موقوفاً طيلة المدة التي تنظر خلالها دعوى تظلم العامل من تسريحه أمام لجنة قضايا التسريح ومحكمة الاستئناف المختصة. ج- فإذا صدر الحكم النهائي برفض التسريح استأنف العقد بقية آثاره الحقوقية حكماً بين الطرفين وذلك اعتباراً من تاريخ صدور الحكم ومع مراعاة نص الفقرة الأولى من هذه المادة". المرسوم التشريعي رقم ٤٩ لعام ١٩٦٩ المتعلق بلجان قضايا التسريح. المادة (١٣). كما أن جداول الأجور المعدة من قبل اللجنة غير قابلة للتعديل من قبل أية جهة، وتتمتع بصفة النفاذ من قبل دوائر التنفيذ القضائية فيما إذا رفض صاحب العمل دفعها. المرسوم التشريعي رقم ٤٩ لعام ١٩٦٩ المتعلق بلجان قضايا التسريح. المادة (١٤).

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

والعامل^(٧٣)، وعندما تتعرض هذه الثقة للأزمات تغدو بيئة العمل غير صحية، وإن إجبار صاحب العمل على إعادة عامل لا يرغب به سيضعف هذه الثقة الهشة أساساً. على المستوى الإداري، تطبيق هذه النظرية يضع القواعد القانونية المتعلقة بمسؤولية صاحب العمل عن نجاح أو فشل المنشأة موضع تساؤل، فكيف نحرمه من سلطة محاسبة العامل المسيء ونحاسبه على منعكسات عمله في المنشأة، ففي ذلك تعدٍ على حقه القانوني في إدارة وتسيير العمل في منشأته. أخيراً، على المستوى الاقتصادي، إن مبدأ الإعادة الجبرية إلى العمل يؤدي إلى حدوث مفعول عكسي في سوق العمل مما ينعكس سلباً على الأداء الاقتصادي للمنشأة نظراً لعدم رغبة صاحب العمل في إبرام عقود عمل جديدة، شبه أبدية، وبالتالي ضخ دماء شابة جديدة في منشأته، الأمر الذي يعد واحداً من الأسباب التي تؤدي إلى ارتفاع نسبة البطالة^(٧٤) نظراً لإحساس صاحب العمل بعدم وجود صيغة واضحة للعلاقة التعاقدية وعدم عدالة القانون تجاهه^(٧٥). ولعل مختلف هذه الأسباب وراء قيام

(٧٣) أن مشاريع القطاع الخاص في سوريا في غالبيتها تعتبر مشاريع صغيرة ومتوسطة يغلب عليها الطابع الفردي. تبين الإحصاءات بأن نسبة (٩٦%) من مشاريع القطاع الخاص هي مشاريع فردية و (٤%) تتخذ شكل الشركات. كما أظهرت استقصاءات المكتب المركزي للإحصاء في سوريا بأن ما نسبته (٦٣%) من المنشآت القائمة تشغل عاملاً واحداً فقط، بينما ما يقارب (٤٠,٠٤%) من المنشآت فقط تشغل أكثر من (٥٠) عاملاً. الخطة الخمسية العاشرة، (٢٠٠٦-٢٠١٠). كما أكد التقرير الوطني السوري الأول حول التنمية البشرية أن ما يزيد على (٨٥%) من المنشآت القائمة هي منشآت صغيرة يعمل فيها ما بين عامل وعشرة عمال. "التعليم والتنمية البشرية نحو كفاءة أفضل"، التقرير الوطني السوري للتنمية البشرية ٢٠٠٥، ص. ١٣٢.

(٧٤) إن نظرة بسيطة على معدلات البطالة بين الشباب في الفئة العمرية ما بين ١٥-٢٤ تؤكد ذلك. فنسبة المتعطلين في هذه الفئة كانت في عام ١٩٩٥ (٧٠%) لتصل في عام ٢٠٠٠ (٦٩,٨%) لترتفع في عام ٢٠٠٣ إلى (٩٠,٩٩%) من إجمالي المتعطلين. مع الإشارة إلى أن هذه الأزمة تصيب الإناث أكثر من الذكور وتصيب الريف أكثر من المدن. الخطة الخمسية العاشرة، (٢٠٠٦-٢٠١٠).

(٧٥) لذلك أحجمت مختلف التشريعات العمالية الحديثة عن تبني مفهوم الإعادة الجبرية مستبدلة إياه إما بالإعادة الاختيارية أو التعويض النقدي. والامتثلة على ذلك كثيرة: المادتين (٧١-١٢٢) من قانون العمل المصري رقم (١٢) لعام ٢٠٠٣. المادة (٥٠) من قانون العمل اللبناني العام ١٩٤٦ المعدل في العام ٢٠٠٠. المادة (٣٩) من قانون العمل اليمني رقم

[د. محمد عرفان الخطيب]

الحكومة السورية وفي أكثر من مناسبة، بإقرار العديد من الاستثناءات على قانون العمل الحالي^(٧٦).

٢. الحرية التعاقدية وإبرام العقد:

بدأ تدخل المشرع الفرنسي في هذه الفرضية حديثاً من خلال العديد من النصوص القانونية، التي تركز حرية التعاقد بين الطرفين وعدم جواز تعليقها على شروط غير موضوعية كالشروط الشخصية والذاتية^(٧٧). والتأكيد بأن لا عبء في التعاقد للاعتبار الشخصي سواء أكان ذلك بالنسبة لصاحب العمل أو للعامل. فالعامل لا يملك التعاقد مع صاحب العمل بصفته الشخصية بل بصفته المهنية بالاستناد إلى شخصيته الاعتبارية كصاحب منشأة، كما أن صاحب العمل لا يمكنه التعاقد مع العامل لكونه شخصاً معيناً بذاته دون غيره، بل يتم التعاقد لجملة من الاعتبارات المهنية والمهاراتية التي تفضي إلى التعاقد معه دون غيره استناداً لشخصيته المهنية لا لشخصيته الفردية^(٧٨). وكل تفضيل في التعاقد أو عدم التعاقد

(٥) لعام ١٩٩٥. المادتين (٢٣-٢٣) مكرر من قانون العمل التونسي لعام ١٩٦٦ المعدل في العام ١٩٩٦. المادة (٤١) من قانون العمل المغربي رقم ٦٥,٩٩ لعام ٢٠٠٣. المادتان L. 1234-9 & L. 1235-3 من قانون العمل الفرنسي.

(٧٦) بدأت هذه الاستثناءات بقانون الاستثمار رقم ١٠ لعام ١٩٩١ الذي تحول إلى قانون تشريعي متكامل بموجب قانون الاستثمار رقم ٨ لعام ٢٠٠٨.

(٧٧) بدأت بدايات التدخل التشريعي في نظرية التمييز في العمل من خلال العديد من النصوص القانونية المتفرقة في قانون العمل لعام ١٩٧٣ وكرست في قانون العمل لعام ٢٠٠٨، لكن النص الأكثر اكتمالاً لمنع التمييز والمساواة في الحرية التعاقدية في التشريع يكمن في المواد L. 1132-1 ← L. 1132-4 & L. 1134-1 من قانون العمل التي تمنع تحت طائلة البطلان المطلق، كل التصرفات والأفعال التي تستند إلى معايير تمييزية كالأصل الوطني للعامل أو جنسه أو مزاجه..... راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية)، سبقت الإشارة.

(٧٨) يجب التمييز بين الاعتبار الشخصي في التعاقد على العمل الذي يعتبر مخالفاً للنظام العام كونه يعد ترجمة فعلية للتمييز في مجال الاستخدام والمهن، والاعتبار الشخصي في تنفيذ

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

لشخص ما لا يستند إلى مثل هذه المعايير يكون غير قانوني وشكلاً من أشكال التمييز.

في سبيل ذلك، حدد المشرع الفرنسي هذه المعايير بشكل غير حصري من حيث الأصل الوطني أو الجنس أو المزاج أو الميول الجنسية أو السن أو الوضع العائلي أو الصفات الوراثية أو الانتماء لعقيدة أو دولة أو عرق، أو الآراء الدينية والسياسية أو النشاطات النقابية أو التضامنية، أو المظهر الفيزيائي أو الاسم العائلي، أو الحالة الصحية أو الإعاقة. كما أضاف حالات تتعلق بالحق في الدفاع عن النفس أو الغير بدفع التمييز عن النفس أو الغير. ويمكن تقسيم هذه المعايير إلى نوعين: الأول بنيوي (فيزيائي) والثاني اجتماعي. فالأول، لا علاقة للعامل به، كالعرق والجنس والعمر والأصل والوطن والانتماء الحقيقي أو المفترض لإثنية معينة والشكل الخارجي واسم العائلة، والإعاقة والحالة الصحية غير المكتسبة. أما الثاني فهو يتبع إرادة العامل ويعبر عن خياراته وشخصيته ضمن المجتمع، كالوضع العائلي والمزاجية والآراء السياسية والنشاطات النقابية أو التعاونية والمعتقدات الدينية، والميول الجنسية، والحالة الصحية المكتسبة.

واعتبر المشرع الفرنسي أن تعدي الحرية التعاقدية لأحد هذه الأسباب يكفي لاعتبارها مجرمة ووضع صاحب العمل موضع المساءلة واعتبار التصرف باطلاً بحكم القانون. فمنذ اللحظة التي يبرز فيها العامل الضحية الظاهر التي تسمح

العمل المتعاقد عليه الذي يعتبر واحداً من أهم الالتزامات المترتبة على العامل في مواجهة صاحب العمل. راجع،

M. Peano, L'intuitu personae dans le contrat de travail, Droit. soc. 1995, p. 129. M.-E. André, L'intuitu personae dans les contrats entre professionnels, in Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz-Litec 1999, p. 29 et s.

[د. محمد عرفان الخطيب]

بافتراض وجود التمييز، يقع على صاحب العمل عبء إثبات العكس^(٧٩). والحقيقة نرى أن هذه النظرية، وفي العديد من النواحي، إنما هي ترجمة جديدة لمفهوم التعسف باستعمال الحق في التعاقد، حيث إنه لا يمكن لأحد طرفي العقد، لاسيما صاحب العمل، أن يعلق التعاقد مع الآخر بالاستناد إلى اعتبارات شخصية ذاتية. غير أن المشرع الاجتماعي قد طور هذه النظرية بشكل كبير، نظراً لانتهاك مفهوم التعسف للكرامة الإنسانية وتجاوز حدود التعسف القانوني وصولاً إلى امتهان إنسانية الإنسان^(٨٠).

بالمقارنة مع التشريع السوري، يمكن القول: إن المشرع لا زال في إطار النظرية المدنية في التعاقد من حيث تطبيق القواعد المدنية في التعاقد شريطة عدم التعسف، فهو لم يضع قواعد قانونية خاصة بالتعاقد في تشريع العمل، لجهة تبنيه نصاً قانونياً مشابهاً لذلك المعتمد في التشريع الفرنسي، بالرغم من أن المشرع السوري قد صادق على مختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمنع التمييز^(٨١)، إلا أنه للأسف لم يدخل هذه النظرية في صلب قواعد قانون العمل، ربما لاعتبارات عدة

(79) M-T. Lanquetin, La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire, Droit social, mai, 1995, n°5. C. Minet, Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail. JCP, éd entreprise, 2003.

(٨٠) راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية)، سبقت الإشارة.

(٨١) اتفاقية المساواة في المعاملة رقم ١٩ لعام ١٩٢٥، قرار جمهوري رقم ٩٤٤ تاريخ ١٩٦٠/٥/٢٣. الجريدة الرسمية، العدد ١٣٦ تاريخ ١٩٦٠/٦/١٩. ص. ١٠٢٥. اتفاقية المساواة في الأجور رقم ١٠٠ لعام ١٩٥١، قانون رقم ٣٧١ تاريخ ١٩٥٧/٣/٢٨. الجريدة الرسمية، العدد ١٧ تاريخ ١٩٥٧/٤/١١. ص. ٢٥٣٧. اتفاقية التمييز في الاستخدام والمهنة رقم ١١١ لعام ١٩٥٨، قرار جمهوري رقم ٤٩٨ تاريخ ١٩٦٠/٣/١٨. الجريدة الرسمية، العدد ٨٥ تاريخ ١٩٦٠/٤/١٤. ص. ٥٦٧. اتفاقية المساواة في المعاملة (الضمان الاجتماعي) رقم ١١٨ لعام ١٩٦٢، مرسوم تشريعي رقم ١٧٠ تاريخ ١٩٦٣/٩/٢٢. الجريدة الرسمية، العدد ٤٤ تاريخ ١٩٦٣/١٠/٣. ص. ٨٨٣١.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

من أهمها:

■ كون الدستور السوري نص على ضمان بعض أشكال هذه المساواة، حيث يبين أن الدولة تكفل مبدأ تكافؤ الفرص بين المواطنين وأن المواطنين متساوون أمام القانون في الحقوق والواجبات، وأن لكل مواطن حق الإسهام في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وينظم القانون ذلك، وأن الدولة تكفل للمرأة جميع الفرص التي تتيح لها المساهمة الفعالة والكاملة في الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية وتعمل على إزالة القيود التي تمنع تطورها ومشاركتها في بناء المجتمع. وأن العمل حق لكل مواطن وواجب عليه وتعمل الدولة على توفيره لجميع المواطنين، وأن للمواطنين حق الاجتماع والتظاهر سلمياً في إطار مبادئ الدستور^(٨٢).

■ كونه اعتبر أن بيئة العمل السورية، نظراً لمكوناتها الاجتماعية والثقافية والدينية بعيدة عن هذه الآفات الاجتماعية، وأن محاربة هذه الظاهرة تعد من المسلمات بل ومن الواجبات الدينية المفروضة على الأفراد لديها.

غير أنه، وبالرغم من إقرارنا بما سبق، إلا أن الواقع العملي لا يعكسها تماماً، لاسيما في إطار التمييز المستند إلى معايير تأشيرية، كمعيار الجنس والجنسية والعمر والصحة وما إلى ذلك. فالتمييز في مجال عمل النساء لا يزال حقيقة قائمة، لاسيما بالاستناد إلى حالتها المدنية والعائلية^(٨٣). أو كمعيار الجنسية من حيث التمييز بين ثلاثة أنواع من العمالة: العمالة الوطنية والعمالة العربية والعمالة الأجنبية.

(٨٢) دستور الجمهورية العربية السورية، على التوالي، المواد: (٢٥-٢٦-٤٥)(٣٦)(٣٩).
(٨٣) اتفاقية العمل الدولية رقم (١٥٦) لعام ١٩٨١ المتعلقة بالعمالات ذوات المسؤوليات العائلية.

[د. محمد عرفان الخطيب]

ويحاول البعض تجميل الصورة من خلال التأكيد على أن قانون العمل قد تبنى هذا المفهوم من عدم التمييز بشكل غير مباشر في حالات محددة، كالإزام صاحب العمل بالمساواة بين عماله وعمال صاحب عمل آخر إذا عهد هذا الأخير بعماله للعمل لديه، مما يجعل من نافلة القول إلزام صاحب العمل بضمان المساواة بين عماله. وبأن المشرّع العمالي السوري وضع أحكاماً قانونية خاصة تنظم عمل بعض الفئات في قانون العمل، كالقواعد القانونية الخاصة بتشغيل الأطفال والنساء والأجانب إضافة لتلك المتعلقة بتشغيل المعاقين^(٨٤)،. غير أن هذا الكلام فيه نظر، وذلك لاختلاف الإطار القانوني لهذه القواعد عن مبدأ عدم التمييز، ذلك أنها تأخذ الطابع التنظيمي في علاقة العمل، لجهة تنظيم عمل هذه الفئة أو تلك ضمن العمل، وفي أحسن الأحوال منع التمييز الواقع عليها في بيئة العمل، بينما ظل الواقع التمييزي في مرحلة ما قبل الانعقاد والكثير من التفصيلات التمييزية في بيئة العمل خارج إطار هذه القواعد. كما أن هذه الأخيرة لم تتضمن أحكاماً خاصة في الإثبات كما هو الحال بالنسبة للمشرّع الفرنسي. لذلك نرى من الضرورة بمكان تبنى المشرّع السوري لمبدأ عدم التمييز والنص على المعايير المحددة لنطاق تطبيقه ضمن النظام القانوني بصورة واضحة وصريحة^(٨٥). إضافة إلى ضرورة تعميق الوعي المجتمعي القانوني والاجتماعي والاقتصادي لأهمية هذا المبدأ، وتوعية

(٨٤) قانون العمل السوري. على التوالي، المولد: (٥٣) / (١٣٠) / (١٢٤ ← ١٢٩) / (١٣٠ ← ١٣٤) / (٣٥) - (٣٦) / (٢٩).

(٨٥) لا نقصد القول بأن هذا المفهوم غريب على المجتمعات العربية، فدساتير وقوانين هذه الدول أشارت إلى هذا المبدأ، لكن بإشارات خجولة ودون المستوى المطلوب. راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية)، سبقت الإشارة.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

المجتمع لأهميته وضرورة تعميم تطبيقه ليشمل كافة المنشآت^(٨٦)، ذلك أن اعتماده سلباً الحد الضروري للاتجاهات الحديثة التي تقوم عليها فلسفة المشرع الاجتماعي، القائمة على التوفيق ما بين خيارات صاحب العمل المشروعة في إدارة وتنظيم العمل ضمن منشأته واحترام كرامة و آدمية العامل، من حيث كونه العامل المواطن والمواطن العامل في آن معاً، وصولاً إلى الإنسان العامل^(٨٧).

(٨٦) لا يوجد ما يمنع المشرع السوري من تبني هذا المفهوم، لكونه قد صدّق على العديد من اتفاقيات العمل الدولية التي تتناول هذا المفهوم. راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية)، سبقت الإشارة.

(٨٧) إذا كان لنا من رأي في هذا المجال، فإنه يمكننا التأكيد بأن المعاملة التمييزية واقع قائم في سوق العمل السوري تصدى له القضاء السوري مرات عدة لاسيما في مجال الأجور. فقد أكدت الغرفة الصلحية لمحكمة النقض السورية في قرارها رقم (٢٤/٤٥) تاريخ ١٩٨١/٥/١٦ بأن الحد الأدنى للأجور من النظام العام، ولا يجوز تعيين العامل بأجر يقل عن الحد الأدنى للأجور. قرار محكمة النقض السورية، الغرفة الصلحية، رقم ٢٤/٤٥ تاريخ ١٩٨١/٥/١٦ المجلة العربية للفقهاء والقضاء الصادرة عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، العدد رقم ٣ لعام ١٩٨٦. ص. ٢٣٦. كما أكدت بموجب قرارها رقم (١٨٥/٥٥) تاريخ ١٩٨١/٧/٢٥ بأن حق العامل في أجره حق دستوري، وبأن للمحكمة صلاحية إهمال النص الذي يتعارض مع الدستور وإعمال النص الذي يتفق معه. قرار محكمة النقض السورية، الغرفة الصلحية، رقم ١٨٥/٥٥ تاريخ ١٩٨١/٧/٢٥، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، المرجع السابق، العدد رقم ٣ لعام ١٩٨٦. ص. ٢٣٩. مجلة القانون ١٩٨٢ ص. ٣٢٧. وبأن قاعدة المساواة تقوم على مبدأ عدم التمييز في الحقوق بين العاملين سواء أكانوا رجالاً أم نساء إذا كانوا يعملون عملاً واحداً في ظروف واحدة ومؤهلات واحدة، ولذلك فإن قاعدة المساواة لا تقتصر على الأجر وحده وإنما تشمل سائر حقوق العمل الأخرى الغرفة الصلحية لمحكمة النقض السورية القرار رقم ٥٩/٦٣ تاريخ ١٩٨١/٨/٣٠ مجلة القانون ١٩٨٢ ص. ٣٣٠. راجع كذلك، قرار نقض رقم ٢٦٨ تاريخ ١٩٢٧/٥/١٠، شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، ملحق الجزء السادس، تشريعات العمل والعامل، المكتبة القانونية، سوريا، ١٩٩٧، ص. ٩٧. وبأنه يجب المساواة بين العمال في الحقوق في الظروف والأوضاع القانونية المتساوية (قرار نقض رقم ٩٧٣ أساس عمالي ١٤٨١ تاريخ ١٩٧٥/٧/٢٩. مجلة المحامون. ص. ٧٤٦. مجلة القانون ٩٢٥. عزة ضاحي، الاجتهاد المدني، المبادئ القانونية التي قررتها الغرف المدنية لمحكمة النقض السورية من أول ١٩٧٥ لغاية ١٩٨٠، الجزء الثاني، منشورات المطبعة الجديدة، سوريا. ١٩٨٣. وشفيق طعمة، التقنين المدني السوري، المرجع السابق، ص. ٩٧. دون أن يخل ذلك في حق صاحب العمل في التمييز بين عماله بالاستناد إلى شروط موضوعية (قرار نقض رقم ٢٧٣ أساس عمالي ١٥٣٣ تاريخ ١٩٧٦/٣/٩. مجلة المحامون ص. ٤٤٨. مجلة القانون ص. ٥٦٢. عزة ضاحي، الاجتهاد المدني، المبادئ القانونية التي قررتها الغرف المدنية لمحكمة النقض السورية من أول ١٩٧٥ لغاية ١٩٨٠، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. ١١٥٨. شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، المرجع السابق، ص. ٩٨.

[د. محمد عرفان الخطيب]

خلاصة لما تقدم، يمكن القول، إنه وإن كان التدخل التشريعي الاجتماعي في مرحلتي إنهاء العقد وإيرامه قد استند بدايةً على نظرية التعسف باستعمال الحق ذات الطابع المدني الصرف، إلا أن المشرع الفرنسي قام وفي أكثر من مناسبة بتلطيف هذه النظرية لئتناسب وطبيعة وخصوصية التشريع الاجتماعي إلى أن تمكن من أن يضع لكل من مرحلتي الإنهاء والانعقاد نظرية خاصة بكل منهما. من حيث تطبيق نظرية السبب الحقيقي والجاد في الإنهاء، ونظرية عدم التمييز في الانعقاد، واليوم يتعدى نطاق تطبيق النظرية الأخيرة عملية التعاقد العقدي الصرف لتشمل مختلف جوانبه من التنظيم وصولاً إلى الإنهاء. في حين أن المشرع السوري لم يكن موفقاً لجهة الإبقاء على النظرية المدنية في الانعقاد، وتطبيق نظرية متشددة في الإنهاء. هذه النتائج منحت مفهوم الحرية التعاقدية في التشريع الاجتماعي ماهيته الخاصة.

الفصل الثاني

الماهية

هذه الخلفية التاريخية صبغت الحرية التعاقدية في مجال العمل بصيغة خاصة منحتها ماهيتها المستقلة عن نظريتها في القانون المدني، فأوجب عليها التعايش مع بعد تنظيمي ملطف ومهذب، مما منحها مفهومها ونطاق تطبيقها الخاصين.

المبحث الأول

المفهوم

للاوصول إلى تحديد مفهوم الحرية التعاقدية في التشريع الاجتماعي وتميزه عن نظيره في القانون المدني، يتوجب البحث في خصوصية عقد العمل التي مكنت من تمييز مفهوم الحرية التعاقدية فيه عن مثيله في القانون المدني.

المطلب الأول خصوصية عقد العمل

عرّف المشرّع الفرنسي العقد بأنه كل: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"^(٨٨). بالتالي يمكن القول: إن للعقود بشكل عام مدلولين: الأول: اقتصادي اجتماعي، كونها عملية تعاقدية تهدف إلى التبادل الاقتصادي بين الأفراد من خلال تصرف قانوني معترف به. والثاني: قانوني، كونها تمثل التعبير الأمثل عن توافق الإرادة القائم على الرضا بين أطرافها. وبقدر ما يكون التوازن قائماً بين هذين المدلولين بالنسبة لطرفي العقد بقدر ما نكون أمام عقد عادل نابع عن إرادة صادقة وقابلة بمختلف شروطه التعاقدية. غير أن الحال ليس كذلك في العديد من العقود ومنها عقد العمل^(٨٩) نظراً للخصوصية التي أفرزتها أزمته القديمة الجديدة، حول حقيقة هويته العقدية أو التنظيمية، مما منحه خصوصية تميز بها عن باقي العقود^(٩٠)،

(٨٨) المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي. لم يعرف القانون المدني السوري العقد وإنما أشار إلى كيفية انعقاد العقد، المادة (٩٢) من القانون المدني.
(٨٩) عرف القانون المدني السوري عقد العمل بأنه: "العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". راجع المادة (٦٤٠) من القانون المدني السوري، مع التنويه بأن قانون العمل السوري الحالي لم يعرف عقد العمل وإنما أحال بتعريفه إلى النص المعتمد في القانون المدني، راجع المادة (٤٢) من قانون العمل السوري. في حين أن قانون العمل القديم لعام ١٩٤٦ قد عرف هذا العقد بشكل مستفيض، راجع المادة (٨١) من قانون العمل الملغى. أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فهو لم يعرف هذا العقد في أي من القانون المدني أو قانون العمل.

(٩٠) تبرز هذه الخصوصية بشكل كبير في الفقه الفرنسي، وهي موضع العديد من النظريات ومن أهمها: "نظرية علاقة العمل"، "نظرية تجدد عقد العمل". راجع، محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية). سبقت الإشارة. راجع كذلك،

B. Trentin: Un nouveau contrat de travail, Droit .soc. 1999, p. 473. J.E. Ray, Le noyau dur du contrat de travail, Revue de Gestion des Ressources Humaines, 2001, pp. 91-96. Ph.pe Waquet, Le renouveau du contrat de travail, Revue de Jurisprudence Sociale, mai 1999, pp. 383- 394.

خصوصية يمكن إجمال نقاطها بما يلي:

- إنَّ عقد العمل ليس ذا طابع تعاقدى صرف وإنما يبرز طبيعة مزدوجة. فهو عقد بالمعنى القانوني والتقليدي للكلمة من حيث رهن وجوده بإرادة الأطراف، غير أنه ومنذ لحظة وجوده يخرج من إطار إرادة الأطراف ليدخل في إطار إرادة المشرِّع، ليصبح وسيلةً مؤسساتيةً للعمل في المنشأة أكثر منه للتعاقد مع صاحب العمل.
- إنَّ عقد العمل هو الأداة التنظيمية الأولى في تنظيم عمل العامل المشتغل في المنشأة. فهو المحدد الأول لشروط التشغيل والعمل في المنشأة الذي يُولَد بالضرورة من الإرادة المشتركة للطرفين والذي تتحدّد التزامات طرفيه ونطاق تطبيقه بالإرادة التنظيمية والتشريعية للمشرع.
- إنَّ عقد العمل هو الضمانة الأولى في العمل، كونه المحدد لطبيعة ارتباط العامل بالمنشأة وتوصيف هذا الارتباط بالدائم أو المؤقت، وبالتالي تحديد مدى الاستقرار في العمل. مما يبرز مدى أهمية الحرية التعاقدية في العمل في الاختيار بين مختلف هذه الأنواع من عقود العمل. كما أن طبيعة عقد العمل هي دلالة وضمانة الاستقرار والاستمرار في العمل في حال توقف العمل أو انتقال المنشأة إلى صاحب عمل آخر.
- إنَّ عقد العمل يجمع بين العديد من المتناقضات التعاقدية، المساواة والتبعية، الثبات والمرونة، الاستقرار والتعاقبية، الأمر الذي يجعل منه عقداً مركباً ومعقداً، مما يحد من إمكانية البحث بالإرادة التوافقية لطرفي العقد والبحث عن الإرادة التَّحْكُمِيَّة للمشرِّع في فرض الإجراءات التي يراها مناسبة.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

■ أخيراً إن عقد العمل يمكن أن ينطوي على العديد من الشروط التعاقدية لصالح العامل أو صاحب العمل الأمر الذي يحد من النطاق التعاقدى لهذا العقد ولهامش الحرية التعاقدية فيه.

بالمحصلة، لا يمكن الإقرار إلا بتميز واختلاف عقد العمل في فلسفته وروحه عن الكثير من العقود الأخرى، فهو أداة لبناء وتنظيم علاقات العمل. أي أنه أداة لتشغيل وتنمية اليد العاملة تتم نتاج عملية تعاقدية تمت في إطار قواعد القانون الاجتماعي التي تسمح بالقول بصحة هذه الواقعة، لاسيما في حال اختلاف المركز التفاوضي بين المتعاقدين، مما يحتم اختلاف مفهوم الحرية التعاقدية في المفهوم المدني عنها في المفهوم الاجتماعي.

المطلب الثاني

تمايز مفهوم الحرية التعاقدية

في القانون المدني عنه في القانون الاجتماعي

أولاً: الحرية التعاقدية بالمفهوم المدني:

لا يختلف اثنان في ارتكاز القانون المدني في نظريته إلى الحرية التعاقدية إلى مفهوم المساواة القانونية بين طرفي العقد، بحيث إن لكل من المتعاقدين الحرية في التفاوض والدفاع عن حقوقهما ومصالحهما في مواجهة بعضهما البعض على قدم المساواة^(٩١). فلا مجال لتدخل المشرع باعتبار أن العقد هو نتاج إرادة الطرفين

(٩١) المادة السادسة من القانون المدني السوري. راجع في التشريعات العربية، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، دون تاريخ، ص. ١٤١. سليمان مرفس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٧، بند، ٦٨ وما بعد. أيمن أبو العيال وفواز صالح، القانون المدني مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٥، ص. ٥٩ وما بعد. حسن كبيرة، التعسف باستعمال الحق في القانون الفرنسي والمصري، الإسكندرية، ١٩٦٤، ص. ٧٧١ وما بعد.

[د. محمد عرفان الخطيب]

الحررة. فالاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني تأخذ مرتبة القانون بالنسبة لعاقديها^(٩٢). بالإسقاط على عقد العمل، يتعامل القانون المدني مع هذا العقد كباقي العقود. يكون الطرفان على قدم المساواة ويمتلكان ذات الحرية التفاوضية والتعاقدية وذات القدرة التفاوضية. وبذلك يملك صاحب العمل إمكانية التعاقد مع العامل الذي يرغب وبالطريقة التي تناسبه بغض النظر عن أي اعتبارات موضوعية أو ذاتية أخرى، كالجنس أو الجنسية أو العمر أو الديانة، وبغض النظر عن طبيعة العمل وظروفه والبيئة الاجتماعية والاقتصادية المحيطة به. هذه الحقيقة هي الترجمة الفعلية لمفهوم الحرية التعاقدية في القانون المدني والمساواة القانونية التي يركز عليها هذا القانون.

غير أن هذه الحرية في المشاركة والتفاوض هي في حقيقة الأمر غير موجودة وغير متحققة في عقد العمل، الذي لم يقدم خلال المرحلة الليبرالية سوى النموذج الأكثر وضوحاً لعقد الإذعان منه للعقود الرضائية^(٩٣). فالعامل لم يمتلك يوماً ذات

N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, in colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », 30 septembre 1998, p. 21 et s. M. Behar-Touchais, Rapport introductif, in colloque « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », 30 septembre 1998, p. 1 et s. P. Ancel, Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, JCP éd. E. 1998, n°6. G. Ripert, Abus ou relativité des droits, Revue critique de législation et de jurisprudence 1929, p.33 et s. Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats; Ed Dalloz, 2002-2003, p. 799 s. Ch. Larroumet, Droit civil, Les obligations, Le contrat, Tome III, éd. Economica, 3ème éd, 1996, p. 97 s. A. Bénabent, Droit civil, Les obligations éd. Montchrestien, 6ème éd, 1999, p. 42 s.

(٩٢) المادتان (١١٣٤-١١٣٥)، القانون المدني الفرنسي. المادتان (١٤٨-١٤٩)، القانون المدني السوري.

(٩٣) هذا الأمر دفع بعض الفقهاء إلى القول إنه: "إذا كان عصر الظلمات هو المسرح الفعلي للتعسف باستعمال الحق المغطى قانوناً فإن عصر النور وعصر الفلسفة هو عصر الشطط والمغالاة في الكثير من الأمور ومن ضمنها الحريات الفردية".

P.A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome 1, Videcoq 1827, p. 482.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

القدرة التفاوضية التي لصاحب العمل. وحتى في حال امتلاكه لها فهي تختلف من عامل لآخر، فالفرق شاسع في القدرة التفاوضية بين العامل العاطل عن العمل غير الممتهن لأي من المهارات من جهة، والعامل المتمكن من المهارات والتقنيات الذي يتم البحث عنه وتشغيله من خلال مكاتب متخصصة (Chasseurs de Têtes) من جهة أخرى. بالرغم من أن الاتفاق الذي يولد عن هذه العملية أو تلك هو في نظر القانون اتفاق صحيح، لكن على أرض الواقع هو أبعد ما يكون عن المصادقية الكاملة. فالعقد في الحالة الأولى، ليس إلا نتاج إرادة واحدة متسلطة هي إرادة الطرف الأقوى، وليس للعقد من دور سوى إضفاء الصفة الشرعية على هذه الإرادة المتسلطة ومباركتها تشريعاً، بشكل يجعل من سلطة القانون كقوة منظمة في الدولة موضع الشك أمام مدلول سلطان الإرادة المطلق. فبين الفقر والغنى والضعف والقوة الحرية هي التي تضيع والحاجة هي التي تسيطر. لذلك رأى العديد من الفقهاء أن التعاقد لم يكن يبرر من خلال مفهوم الحرية التعاقدية، وإنما من خلال معايير مختلفة كالحاجة لسداد الاحتياجات الاقتصادية، دون أن يكون مصدر هذا التوافق بالضرورة الإرادة التعاقدية المشتركة النابعة من مفهوم سلطان الإرادة⁽⁹⁴⁾. هذه النتائج دفعت بالمشرع للبحث عن مفهوم آخر لهذه الحرية التعاقدية، مفهوم يقوم على الفلسفة الاجتماعية لا المدنية.

ثانياً: الحرية التعاقدية بالمفهوم الاجتماعي؛

إذا كانت الحرية التعاقدية في الفلسفة المدنية تقوم على المساواة القانونية، فإن الحرية التعاقدية في القانون الاجتماعي تقوم، إضافة إلى المساواة القانونية، على

(94) G. Picca, Droit civil et droit du travail : contrainte et légitimité, Droit. soc. 1988, p. 426.

[د. محمد عرفان الخطيب]

المساواة الاقتصادية والاجتماعية^(٩٥). هذه النظرة تشكل تمايزاً كبيراً في الفلسفة التعاقدية بين القانونين المدني والاجتماعي. حيث يقف الأول على العدالة الظاهرية دون العدالة الفعلية، لاسيما في إطارها الاقتصادي والاجتماعي. هذا الإطار الذي يأخذ الاهتمام الأكبر من المشرّع الاجتماعي، لاسيما إذا ما تنبهنّا للأثر الكبير لعلاقة التبعية في عقد العمل على العلاقة التعاقدية القائمة بين الطرفين. هذه العلاقة التي تُخضع بالضرورة طرفاً للعمل لحساب طرف آخر، في ذات الوقت الذي تفترض فيه أن الطرفين على قدم المساواة. تبعية يبررها عقد العمل في بعده التنظيمي التشغيلي أكثر منه في بعده التعاقدية. فالعامل يجد نفسه في إطار عملية تعاقدية في موضع التبعية لسلطة قانونية ممنوحة بشكل مؤسساتي لصاحب العمل، بذات الوقت الذي يتمتع فيه العامل بحقوق وحرّيات خارجة عن الإطار التعاقدية كما هو الحال بالنسبة لحق الإضراب والحرّيات النقابية وحرية التعبير وما إلى ذلك.

فالحرية التعاقدية بالمفهوم الاجتماعي لا تقوم على مجرد النص التشريعي على مبدأ المساواة القانونية بين المتعاقدين بل على الترجمة الفعلية لهذه المساواة اجتماعياً واقتصادياً مما يفترض تدخلاً فاعلاً من المشرّع بشكل يحد من اللاعدالة الاقتصادية والاجتماعية إلى حد الإلغاء التام، من خلال جملة من القواعد القانونية

(٩٥) راجع، حسين عبد اللطيف حمدان، قانون العمل، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. ٢٠٥ وما بعد. صلاح الدين النحاس، مبادئ أساسية في شرح عقد العمل وقانون العمل الموحد، المكتب الإسلامي، ١٩٦٩، ص. ٥٦ وما بعد. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء العاشر، إجارة الخدمة، دار الثقافة، لبنان، بدون سنة نشر، ص. ٦٦ وما بعد. محمد فاروق الباشا، التشريعات الاجتماعية، قانون العمل، المرجع السابق، ص ١٣١.

P. Durand, La particularisme du droit du travail, op. cite, p. 498. G. Lyon-Caen, Le rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, op. cite, p. 299.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

الأمرة التي تؤمن تحقيق هذه العدالة.

ومما لا شك فيه أن وراء هذا التدخل التشريعي محفزات عدة من أهمها: إرادة الدولة التوجيهية (الدولة الراعية) والنظام العام الحمائي. حيث تتخذ إرادة الدولة الراعية منحنيين متوازيين: الأول على المستوى الاجتماعي والثاني على المستوى الاقتصادي. فترى الدولة أنه يعود إليها وضع الضوابط القانونية والتنظيمية التي تنظم عمل مختلف الأجهزة المجتمعية بما يضمن تنسيق المصالح فيما بينهم، لاسيما تلك المرتبطة بالنشاط الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع. على سبيل المثال، في حال وضعت الدولة قيوداً اقتصادية معينة بهدف تحقيق أهداف ترتبط بالسياسة العامة للدولة، فهي لا تسمح للحرية التعاقدية بالمساس بها بحيث تؤثر في آثارها والنتائج المتوخاة منها. وبذلك ترى الدولة الراعية أن إرادة أصحاب العلاقة ليست ذات قيمة كبيرة كونها غير قادرة على تحقيق غاياتهم في التعاقد، ذلك أن الطرف القوي اقتصادياً واجتماعياً سوف يفرض إرادته على الطرف الأضعف. لذلك يسعى فقه الدولة الراعية إلى تحقيق العدالة الاجتماعية كون الحرية التعاقدية ليس إلا سراباً بسبب انعدام العدالة أو المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين أطراف العقد. هذا التدخل يشجع على ظهور نظام تعاقدى حمائي يسمى: "النظام العام الحمائي" الذي يهدف إلى حماية مصالح أحد طرفي العقد في مواجهة الطرف الآخر، لاسيما عندما يمتلك هذا الأخير القدرة على فرض شروطه التعاقدية على المتعاقد الآخر كون الحرية التفاوضية بين المتعاقدين غير متحققة بسبب المركز الأقوى لأحد المتعاقدين على الآخر.

واليوم، غدت هذه الحرية التعاقدية بمفهومها الاجتماعي في الكثير من التشريعات حقيقة قائمة، أفضت خصوصية المفهوم عليها خصوصية في نطاق التطبيق.

[د. محمد عرفان الخطيب]

المبحث الثاني

نطاق التطبيق

لفهم نطاق تطبيق هذه الحرية، نبحث في نطاق تطبيقها السلبي، أي المجال الذي لا يمكن لها أن تتدخل فيه، كونه يشكل الحدود المؤطرة لعملها ونشاطها. ومن ثم نطاق تطبيقها الإيجابي كونه يشكل الميدان الرئيس لعملها ونشاطها^(٩٦).

المطلب الأول

نطاق التطبيق السلبي

يقصد بذلك مجموعة القيود التي تحدد، عمل ونشاط هذه الحرية، فلا يمكنها أن تتجاوز هذه القيود نظراً لطبيعتها. ولما كانت الحرية التعاقدية في مجال العمل، بالرغم من خصوصيتها، تخضع لذات القيود القانونية العامة التي تحكم الحرية التعاقدية في مجال العقود عامة، فيمكن أن نميز بين نوعين من القيود: الأول يندرج في إطار القيود العامة التي تحكم مختلف العقود، والثاني يتناول القيود الخاصة التي تراعي خصوصية العلاقة التعاقدية في تشريع العمل.

أولاً: القيود العامة (القانون المدني):

نظراً لكون عقد العمل لا يخرج في مضمونه العام عن كونه عقداً ولد من رحم القانون المدني، فإن هامش الحرية التعاقدية فيه يخضع لذات القيود العامة التي تخضع لها مختلف العقود، والتي يمكن حصرها في زمرتين: الأولى تتعلق باحترام الأركان العامة للعقد، والثانية تتصل باحترام النظام العام والآداب العامة.

(٩٦) قد يُستغرب البدء بالنطاق السلبي لهذه الحرية قبل نطاقها الإيجابي، وهذا حق كون الأصل في الأشياء الإباحة، غير أنه ونظراً لكثرة تدخل المشرع الاجتماعي في تنظيم علاقة العمل التعاقدية يغدو الأصل نطاقها السلبي أكثر منه نطاقها الإيجابي.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

١. احترام الأركان العامة للعقد:

بالاستناد إلى أحكام التشريع في كل من فرنسا وسورية فإن عقد العمل يخضع للقواعد العامة الناظمة للعقود في القانون المدني في كل من التشريعين^(٩٧)، أي الرضا والأهلية والمحل والسبب^(٩٨).

١-١-١ الرضا:

هو الركن الأهم بين أركان العقد، كونه الترجمة الفعلية لمفهوم سلطان الإرادة والمعبر الشرعي عنها وعن صدقها^(٩٩). به يمكن القول بصحة إرادة الشخص وصحة التزامه، من حيث قبول التعاقد من عدمه. ومن خلاله يُضمّن الطرفان العقد المبرم بينهما الشروط الاتفاقية التي يقبلون بها، من حيث الانعقاد والتنفيذ وصولاً إلى الإنهاء، دون أن يكون عليهما من سلطان سوى تراضيهما وإرادتهما الحرة التي يجب أن تكون خالية من أي عيب من العيوب التي قد تشوبها، كالغلط والإكراه والغبن والاستغلال والتدليس، حيث يمكن لمختلف هذه العيوب أن تطعن في صحتها وبالتالي في مصداقيتها. وإذا كانت هذه العيوب يمكن أن تعترى جوانب متعددة في

(٩٧) في التشريع الفرنسي تمت الإحالة بصريح النص بموجب نص المادة ١١٢١-١ L. من قانون العمل الفرنسي. في التشريع السوري لا نجد مقابل لهذا النص في قانون العمل، غير أنه نظراً لسكوت التشريع العمالي ولكون القانون المدني هو بحكم القانون العام لقضايا العمل، ناهيك عن أن عقد العمل هو في أصله وصيرورته من منظومة العقود التي خرجت من رحم القانون المدني فإنه يمكن الرجوع إلى قواعد القانون المدني بشكل غير مباشر.

(٩٨) القانون المدني السوري. المواد (٩٢-٩٣ الرضا) ١١٠ الأهلية [١٣٢] ١٣٦ المحل [١٣٧]- ١٣٨ السبب). القانون المدني الفرنسي. المواد:

Conditions essentielles pour la validité des conventions. (1108 à 1108-2). Le consentement. (1109 à 1122). La capacité des parties contractantes. (1123 à 1125-1). L'objet et de la matière des contrats. (1126 à 1130). La cause. (1131 à 1133).

(٩٩) القانون المدني السوري، المواد (٩٢-٩٣ الرضا). القانون المدني الفرنسي، المواد: Le consentement. (Articles 1109 à 1122).

[د. محمد عرفان الخطيب]

العقد في القانون المدني، ففي التشريع الاجتماعي غالباً ما تعتري شخص المتعاقد الآخر الذي يمكن أن يدخل الغش أو التدليس أو يستغل المتعاقد الآخر، أو يغبنه في حقوقه التعاقدية أو حتى يخطئ في شخصه. وقد اعتبر المشرع السوري مثل هذه الحالات من الأسباب الموجبة لفسخ العقد من قبل أحد الطرفين سواء أكان العامل أو صاحب العمل، كما لو انتحل العامل شخصية غير صحيحة أو قدم شهادات مزورة بقصد الحصول على العمل، أو إذا كان صاحب العمل قد خدع العامل حين التعاقد بشأن شروط العمل^(١٠٠).

والرضا، إما أن يكون صريحاً أو ضمناً، كما يمكن أن يشمل مختلف جوانب ومراحل العقد أو يقتصر على بعض جوانبه دون الأخرى. في مختلف هذه الحالات يمكن أن نسجل تمايزاً في مفهوم الرضا بين القانون المدني والقانون الاجتماعي، لاسيما الضمني منه. فإذا كان الرضا الصريح لا يثير أي مشكلة في كل من القانون المدني والاجتماعي كونه المعبر الصريح والأصدق عن إرادة الطرفين، فالأمر ليس كذلك في حال الرضا الضمني. فقد يُثار النزاع حول حقيقة هذا الرضا وهل هو رضا صادق أو مشتبه، كما يمكن أن يُثار الشك حول صحة هذا الرضا أو حتى نطاقه. هذه النقاط تطرح العديد من الإشكاليات في عقد العمل نظراً لطبيعته الممتدة

(١٠٠) قانون العمل السوري المادتان (٧٦-٧٧). لم ينص تشريع العمل الفرنسي على هذه الحالات، لكن الاجتهاد القضائي أشار إليها في مناسبات عدة:

Cassa. soc. 29 mai 2001, Bull. civ. V, 2001, n° 183 ; Cassa. soc. 22 novembre 2002, T.P.S, 2003, n° 2, n° 59, p. 17 ; Cassa. soc. 22 janvier 1998, Bull. civ. V, 1998, n° 29 ; Voir, Les motifs personnels de licenciement, panorama de jurisprudence (1990-1995), réalisé par la promotion Elf, Aquitaine de DESS Droit et Pratique des Relations de Travail, Faculté de Droit de Montpellier, pp. 47-86, Actes de la 2ème journée Prud'homale organisée à Montpellier le 13 mai 1995, par l'Institut d'Études Européennes et Internationales du Travail et de la Confédération de l'Artisanat et des Petites Entreprise du Bêtement, Litec. 1996.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

وتواجد رابطة التبعية فيه. وإذا كان كل من القانونين المدني والاجتماعي يمنحان القضاء سلطة البت والفصل في هذه المسائل، إلا أن نقطة التمايز بينهما تكمن في موقف كل منهما من مسألتي الإثبات والشك.

فيما يتعلق بالإثبات، من المعلوم أن القاعدة العامة في الإثبات في القضايا المدنية تقضي بأن البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر. على ذلك يتوجب على العامل في حال منازعته صاحب العمل أن يثبت هو صدق إدعائه. إلا أن تطبيق هذه القاعدة في المنازعات المتعلقة بالتشريع الاجتماعي من شأنه أن يشكك في فعالية مجمل النظام الحمائي لهذا التشريع، لذلك فهو يميل إلى تلطيف عبء الإثبات الملقى على عاتق العامل إلى حد قلب هذا العبء في بعض الحالات. ونلاحظ هنا أن المشرّع الفرنسي قد خطا خطوات واسعة في هذا المجال، إلى حد قلب عبء الإثبات على صاحب العمل في القضايا التمييزية، في حين أن المشرّع السوري لا زال حريصاً على تطبيق النظرية المدنية في هذا المجال بالرغم من محاولات الاجتهاد القضائي لتلطيف هذه الفكرة في مناسبات عدّة^(١٠١).

بالنسبة للشك، من المعلوم أن الشك في القانون المدني إنما يفسر لمصلحة المدين باعتبارها الأولى في الحماية كونه الطرف الواقع عليه الالتزام^(١٠٢). بالإسقاط على علاقة العمل فإن تطبيق النص يقضي بأن يفسر الشك لمصلحة صاحب العمل كونه الطرف المدين في العلاقة التعاقدية، غير أن تطبيق هذه النظرية في تشريع

(١٠١) نظراً للطابع الخاص لمفهوم الأجر، فقد عزز المشرع حماية الأجر بقواعد خاصة حماية له من أية اقتطاعات جائرة، سواء نتيجة دين مترتب لصاحب العمل على العامل، أو نتيجة عقوبات اتخذت بحق العامل. انظر في ذلك، أحكام المواد (٤٩-٥١-٥٢) من قانون العمل السوري. والقرار الوزاري رقم ٣٢٢ تاريخ ١٩٦٠/٦/٢٣ المتعلق في تحديد الشروط والأوضاع في إثبات تقاضي العمال لأجورهم.
(١٠٢) القانون المدني السوري. المادة (١٥٢).

[د. محمد عرفان الخطيب]

العمل فيه نسف كامل لأسس وغايات هذا التشريع الذي وجد أصلاً لتحقيق أفضل حماية ممكنة للعامل باعتباره الطرف الأضعف والأولى في الحماية حتى ولو كان هو الدائن. لذلك تبنى تشريع العمل قواعد خاصة ومستقلة في تفسير هذا القانون، من حيث التأكيد بأن الشك يفسر لصالح العامل، بغض النظر عن كونه دائناً أو مديناً. وهذا هو موقف المشرع في القانون الفرنسي^(١٠٣). في حين أن المشرع السوري بقي بعيداً عن هذه النظرية، بالرغم من بعض المحاولات الاجتهادية العربية المتواضعة^(١٠٤).

والحقيقة أن الاختلاف في هذه التوجهات بين المشرع السوري ونظيره الفرنسي إنما يعود إلى الاختلاف في النظريات، لاسيما تلك التي تحكم عمليتي انعقاد العقد وإنهائه. فانطلاق المشرع الفرنسي من نظرية منع التمييز في مجال الانعقاد ووجود السبب الحقيقي والجاد في مجال الإنهاء، دفع به إلى التلطيف الكبير لموقف العامل من إثبات هذه المسائل وزيادة التشديد على صاحب العمل من حيث تحميله المزيد من المسؤولية في مجالي الإثبات ودفع الشك. في حين أن المشرع السوري، كما

(103) Code du travail français, articles (L. 1225-3 & L. 1333-1 & L. 1235-1).

(١٠٤) انظر من القضاء اللبناني، تمييز، تاريخ ١٣/٤/١٩٩٣م، مجلة العدل، ١٩٩٣، عدد ٢، ص ٤٠٢؛ تمييز رقم ٤ تاريخ ٢٨/١/١٩٩٢؛ نبيلة زين، قضايا العمل، مؤسسة بحسون، بيروت، ١٩٩٢، ص ٢٥٣. مجلس عمل تحكيمي تاريخ ١٥/٢/١٩٨٩، جوزيف أديب صادر، صادر بين الاجتهاد و التشريع، قوانين العمل، صادر، بيروت، ص ٥٢، شرح ٣٩، بدون سنة نشر، وقد جاء في هذا القرار أنه "في قضايا العمل، وخلافاً للمبدأ العام القائل بأن المدين يستفيد من الشك، ترجح مصلحة الأجير على مصلحة صاحب العمل عند وجود مثل هذا الشك، سواء كان هذا الأجير دائناً أم مديناً، وتبرر ذلك اعتبارات عديدة منها كون الأجير هو الأضعف اقتصادياً ومالياً واجتماعياً وأن عقود العمل هي عقود موافقة وإذعان". انظر كذلك، حسن كيرة، قانون العمل، المرجع السابق، ص ٥٢؛ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٣٤؛ توفيق حسن فرج، قانون العمل، المرجع السابق، ص ٣٥ و ٣٦.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

هو الحال بالنسبة لغالبية التشريعات العربية^(١٠٥)، بقي مخلصاً للنظرية المدنية المتعلقة بالعقود وقيدها الوحيد لجهة منع التعسف في استعمال الحق^(١٠٦).

٢-١ الأهلية:

لِيُعْتَدَ بالإرادة التعاقدية يجب أن تكون الإرادة صادرة ممن هو أهل لها. وقد اعتبر القانون المدني أنّ كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يُحَدِّثَ منها بحكم القانون، فالأصل أهلية الشخص والاستثناء انعدامها^(١٠٧). غير أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه في قضايا العمل، حيث إن المشرّع ميّز بين أهلية صاحب العمل وأهلية العامل.

فيما يتعلق بأهلية صاحب العمل، لم يضع المشرّع الفرنسي أي قواعد قانونية خاصة بالنسبة لأهلية صاحب العمل التي بقيت محكومة بقواعد الأهلية العامة من حيث تمام الثامنة عشرة. أمّا المشرّع السوري فقد ميّز فيها بين قواعد قانون الأحوال الشخصية وقواعد القانون المدني. ففي قانون الأحوال الشخصية أقرّ المشرّع بأهلية صاحب العمل المقيدة اعتباراً من الثالثة عشرة، فسمح للقاصر متى بلغ الثالثة عشرة من عمره بالحق في إدارة ماله الذي كسبه من ماله الخاص فقط، على ألا يكون ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال. فالأهلية

(١٠٥) باستثناء تشريع العمل التونسي الذي أخذ بنظرية السبب الحقيقي والجاد، المواد (١٤←٢٧). مجلة الشغل التونسية، ١٩٩٧.
 (١٠٦) إن موقف المشرّع السوري في هذه الفرضية ما هو إلا امتداد لموقف المشرّع المصري. راجع: شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، تشريعات العمل والعمال، المرجع السابق، ص ٤٥٧ وما بعد. بخلاف ذلك فسم ضئيل من الفقهاء يرى إمكانية البحث في مفهوم جديد لإنهاء عقد العمل يقوم على "السبب المشروع". جمال زكي، الوجيز في قانون العمل، القاهرة، ١٩٦٠، ص. ٥١٦.
 (١٠٧) المادة (١١٠) القانون المدني السوري. المادة (١٦٢) قانون الأحوال الشخصية السوري. المادة (٤١٤) القانون المدني الفرنسي.

[د. محمد عرفان الخطيب]

هي خاصة مقيدة إنَّ لجهة التحقق أو لجهة المسؤولية^(١٠٨). فلجهة التحقق تفترض اكتساب القاصر مالاً من عمله الخاص كأن يعمل بالتجارة مثلاً، وأمّا لجهة المسؤولية فهي مقيدة بحدود المال المكتسب. أمّا في القانون المدني، فقد اعتبر المشرّع أنه إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون^(١٠٩).

والحقيقة، من وجهة نظرنا، أن هذين النوعين من الأهلية، وإن كانا قد حققا بعض الفائدة فيما مضى، لاسيما من حيث منح الصبي الحق بإدارة أمواله، فقد غدوا اليوم غير ذي قيمة كبيرة، لاسيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار توجه المشرّع السوري لرفع سن التعليم الإلزامي من الثانية عشرة إلى الثالثة عشرة وصولاً إلى الرابعة عشرة، والاستقرار اليوم على تمام الخامسة عشرة، الأمر الذي يتوافق مع الأهلية القانونية للعامل في التشريع الدولي وبما ينسجم مع معايير العمل الدولية ذات العلاقة، مما يجعل تفعيل هذا النص لجهة أهلية صاحب العمل صعب التحقق.

بالنسبة لأهلية العامل، فقد استقر كل من المشرّع الفرنسي والسوري على أن الأصل في أهلية العامل تمام الثامنة عشرة، وفقاً للقواعد العامة للأهلية. غير أنه ونظراً لخصوصية عقد العمل فقد لطف كل من المشرّعين من هذه القاعدة. فقد حدد المشرّع الفرنسي سن الأهلية بتمام السادسة عشرة^(١١٠) مع السماح بالقيام ببعض الأعمال ما بين سن الرابعة عشرة والسادسة عشرة وحظر بعض الأعمال ما بين

(١٠٨) المادة (١٦٩) قانون الأحوال الشخصية السوري.
 (١٠٩) المادة (١٦٤) قانون الأحوال الشخصية. المادة (١١٣) القانون المدني السوري.
 (١١٠) المادة (L. 4153-1) قانون العمل الفرنسي.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

سن السادسة عشرة وصولاً إلى الثامنة عشرة^(١١١). أما المشرع السوري فقد سمح للأطفال بالعمل بمجرد بلوغ السادسة عشرة^(١١٢). كما منح وزير الشؤون الاجتماعية والعمل سلطة تحديد الشرائح المختلفة للأعمال حسب نوعيتها من الأعمال الخفيفة إلى الأعمال المجهدة والخطرة. ومنحه الحق في السماح للأطفال في المرحلة العمرية ما بين الثالثة عشرة والخامسة عشرة بالعمل في الأعمال الخفيفة التي لا تضر بصحتهم. ومكّنه من منع الأطفال من القيام ببعض الأعمال ما لم يبلغوا سن السابعة عشرة أو الثامنة عشرة بموجب قرارات تصدر عنه^(١١٣).

٣-١: المحل:

في كل من التشريعين الفرنسي والسوري^(١١٤) يجب أن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعيين، من حيث معرفة العامل طبيعة العمل الموكل إليه. كما يجب أن يكون هذا العمل ممكناً فلا يمكن التعاقد على عمل مستحيل، أو أن يكون محور العقد القيام بعمل يحظره القانون كما لو كان الاتجار بالأعضاء البشرية أو بالمخدرات أو الترويج لكتب أو إعلانات إباحية.

- (١١١) المواد (D4153-7 à D4153-1) قانون العمل الفرنسي.
- (١١٢) المادة (١٢٤) قانون العمل السوري. يشار إلى أن هذه المادة قد عدلت بموجب القانون رقم (٢٤) تاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٠.
- (١١٣) استجابة لذلك صدر القرار الوزاري المنفذ للمادة (١٢٤) من قانون العمل والذي يحمل الرقم ٤١٧ تاريخ ٢٦/٨/١٩٥٩ والمعدل بموجب القرار رقم ١٢٠٦ تاريخ ١١/١٢/١٩٧٤ الذي حدد الأعمال التي لا يجوز للأطفال العمل بها قبل تمامهم سن السابعة عشرة. كما صدر القرار المنفذ للمادة (١٢٦) من قانون العمل الذي يحمل الرقم ٤١٥ لعام ١٩٥٩ بشأن الأعمال التي لا يجوز للأطفال العمل بها ما لم يكن بحوزتهم شهادة طبية تؤهلهم لممارستها.
- (١١٤) المواد (١٣٢←١٣٦) القانون المدني السوري. المواد (1126 à 1130) القانون المدني الفرنسي.

[د. محمد عرفان الخطيب]

٤-١. السبب؛

في التشريعين الفرنسي والسوري^(١١٥)، يجب أن يكون الباعث على التعاقد متوافقاً مع أحكام القانون وغير مخالف لأحكامه. وقد اعتبر المشرعان أن الأصل مشروعية الباعث حتى في حال عدم ذكر سبب الالتزام في العقد، ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك. كما اعتبر أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإن قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه. أما إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب فإن العقد يكون باطلاً. ولاشك أن كلاً من مفهومي المحل والسبب لهما ارتباط كبير بمفهوم النظام والآداب العامة.

٢. احترام النظام العام والآداب العامة؛

يتناول هذان المفهومان مجموعة القواعد القانونية الآمرة التي تشكل الإطار العام لمجموعة القيم المجتمعية والأخلاقية الآمرة التي لا يجوز مخالفتها. من خلال هذا التحديد تتضح لنا الطبيعة الخاصة لهذه القواعد القانونية من حيث صعوبة إيجاد تعريف موحد لها من جهة، وارتباطها الوثيق بالقيم المجتمعية في زمن معين وبلد معين من جهة ثانية. الأمر الذي يمنح هذه القواعد سمة التغيير والتقلب ضمن الزمن الواحد بين نظم قانونية مختلفة، وضمن البلد الواحد في فترات زمنية مختلفة. فإنّ ما يكون مخالفاً للنظام العام في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى والعكس بالعكس، فعلى سبيل المثال رفض التعاقد مع أحد العمال نظراً لميوله الجنسية قد يدخل ضمن أحكام النظام العام في سورية، لاسيما في حالة المثلية،

(١١٥) المادتين (١٣٧-١٣٨) القانون المدني السوري. المواد (١١٣١ à ١١٣٣) القانون المدني الفرنسي.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

الأمر الذي لا يعتبر كذلك في التشريع الفرنسي الذي شرعه في إطار قانوني متكامل⁽¹¹⁶⁾. في جميع الأحوال يجب على المتعاقدين مراعاة هذه القواعد وعدم مخالفتها تحت طائلة البطلان المطلق لعقدهما.

ثانياً: القيود الخاصة (قانون العمل):

تتعلق هذه القيود بطبيعة وفلسفة تشريع العمل التي تضي على الحرية التعاقدية فيه قيوداً تملئها هذه الطبيعة والفلسفة.

١. احترام النظام العام الحمائي⁽¹¹⁷⁾:

نظراً لخصوصية التشريع الاجتماعي فقد وضع له المشرعان الفرنسي والسوري قواعد قانونية خاصة تتسم بالصفة الأمرة النسبية كَونَتُ ما يسمى بـ: "النظام العام الحمائي" المختلف عن النظام العام التوجيهي، بحيث يمكن، من حيث الأصل، خرق قواعد دون أن يترتب على ذلك بطلان التصرف. ذلك أن الغاية من إقرار كل من النظامين مختلفة. فإذا كانت قواعد النظام العام التوجيهي وضعت لحماية القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع في الدولة بمختلف جوانبه القانونية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كونها المعبرة عن هوية المجتمع التي تحرص الدولة على المحافظة عليها وتمنع أي انتهاك لها أو تعديل فيها سواء أكان سلباً أم إيجاباً. فإن الغاية من قواعد النظام العام الحمائي هو حماية منظومة العمل الاجتماعي التي تهدف بدورها إلى حماية الطرف الأولى في الحماية بالعلاقة التعاقدية في قانون العمل ونعني بذلك العامل. هذه الغائية جعلت للنظام العام الحمائي خصوصية تميزه عن النظام العام التوجيهي، حيث إن النصوص الأمرة فيه

(116) Code civil français, articles 515-1 à 515-7-1.

(117) A. Jeammaud, Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente, Droit soc. 1999, février, n°17. Le régime de l'ordre public en droit du travail, Etude offertes a J. Ghestin, LGDJ, Montchrestien, 2001, p. 363. L. Rozes, Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Droit. soc. 1977, p. 331.

[د. محمد عرفان الخطيب]

إنما تشكل الحد الأدنى من الحماية القانونية المقررة للعامل والتي لا يجوز الانتقاص منها بأي حال من الأحوال تحت طائلة البطالان. غير أنه، وبذات الوقت يمكن مخالفة هذه القواعد، بالرغم من صفتها الأمر، إذا انطوت مخالفتها على رفع مستوى الحد الأدنى من الحماية المقررة في هذه القواعد.

فالنظام العام الحمائي يقبل خرق قواعد الأمر طالما أن هذا الخرق يؤمن حماية أكثر فاعلية للعامل، مما يترتب عنه تطبيق نظرية: "الشرط الأصح للعامل" التي تقوم على بطلان كل شرط يخالف التشريع الاجتماعي ما لم يكن أكثر فائدة للعامل^(١١٨). حيث يُشترط لتطبيق أحكام هذه النظرية شرطان متلازمان: الأول يتناول محور هذا التدخل والثاني يتناول الغاية منه. فمحوره يجب أن يكون حماية الحقوق القانونية المتصلة بالعامل فقط. فغني عن البيان أن قانون العمل يتناول مجموعة من القواعد القانونية المتعددة منها ما يتصل بالسياسة العامة للتشغيل أو السياسة الاقتصادية العامة وغير ذلك، ومنها ما يتصل بالحقوق القانونية للعمال، من حيث تنظيم أوقات العمل والراحة والإجازات والأجور. فالمخالفة في هذه الأخيرة جائزة كونها تتعلق بالحقوق القانونية للعامل، في حين أن الأولى لا يجوز أن تكون موضع اتفاق بين العامل وصاحب العمل، كونها تتعلق بالسياسة الاقتصادية والاجتماعية للدولة. كذلك يجب أن تكون غاية هذا التدخل، سواء أكان فردياً أم مشتركاً، ضمان حقوق أكثر فائدة للعامل، أي أن يتجاوز الحدود الدنيا للحماية القانونية المقررة في قواعد النظام العام الحمائي لا أن ينتقص منها.

(١١٨) المادة (٦) قانون العمل السوري. قانون العمل الفرنسي، المواد، (L2252-1) (L2251-1) (L2254-1) (L2253-1 à L2253-4).

٢. احترام البعد الشكلي لبعض العقود:

من المنفق عليه، فقهاً وقانوناً أن عقد العمل هو من العقود الرضائية، وبالتالي بمجرد تراضي الطرفين ينعقد العقد دون الحاجة للكتابة، فالأخيرة هي شرط إثبات للعقد لا شرط انعقاد. فالعقد يبقى قائماً دون وجود الكتابة. غير أن هذا التصور الأولي لمفهوم الرضائية في عقد العمل قد تطور بشكل كبير اليوم، لاسيما مع تطور وتعدد أشكال عقود العمل. بحيث إن مفهوم الرضائية أصبح يتناول مفهوم علاقة العمل أكثر منه مفهوم عقد العمل. بتعبير آخر الرضائية هي شرط ضروري ولازم لتحقيق وقيام علاقة العمل لا عقد العمل الذي يحتاج اليوم أكثر من أي وقت مضى إلى الكتابة سواء في الانعقاد كما في الإثبات، لاسيما بالنسبة للأشكال الثانوية من عقود العمل.

لتبسيط الأمر، يمكننا القول: إن أي علاقة عمل تقوم بالضرورة على الرضائية بين الطرفين على العمل وفق الشكل الأكثر شيوعاً لعقد العمل بين الأفراد والمقر به قانوناً و عرفاً بعقد العمل غير المحدد المدة، وبذلك تكون الرضائية هي السمة التي تميز علاقة العمل التي تبرز في عقد العمل غير المحدد المدة كونه التعبير الأكثر شيوعاً عن هذه العلاقة. هنا يغدو البعد الشكلي في عقد العمل أمراً ثانوياً، كما تغدو الكتابة شرط إثبات لا شرط انعقاد. في حين أن الرضائية لا تكفي وحدها للقول بوجود الأشكال الأخرى من العقود كعقد العمل غير المحدد المدة أو الموسمي أو العرضي أو المؤقت. فجميع هذه الأشكال من العقود تحتاج لتحقيقها إلى شرطي الشكل والكتابة، حيث تغدو الكتابة شرط انعقاد وإثبات. هنا، يجب على الإرادة أن تحترم الكتابة، بحيث أن انعدامها يفضي بالضرورة لانعدام وجود العقد والانتقال

[د. محمد عرفان الخطيب]

إلى الشكل الأكثر شيوعاً لعقد العمل الذي لا يشترط توافر الكتابة لتحققه وهو عقد العمل غير المحدد المدة.

واليوم تغدو الشكلية أكثر أهمية من أي وقت مضى في تشريع العمل الفرنسي الذي لا يعترف بوجود أي شكل من أشكال عقود العمل الأخرى ما لم تقترن بشرط الكتابة⁽¹¹⁹⁾، في حين أنّ المشرّع السوري اعترف بصحة هذه العقود دون الكتابة. ولاشك أن بين كلا الموقفين اختلافاً كبيراً، ذلك أنّ المشرّع الفرنسي لا يعترف بوجودها أصلاً فهي باطلة. في حين أن مثل هذه العقود في التشريع السوري تكون صحيحة وقابلة للإثبات بمختلف طرق الإثبات، من قبل العامل، فتبقى الكتابة فيها شرط إثبات لا انعقاد.

٣. منع التمييز في مجال العمل:

من أكثر المظاهر السلبية في سوق العمل الانتقائية في التعاقد أو التفضيل في التعاقد مع فرد دون آخر، لا لاعتبارات موضوعية تتصل بالكفاءة والمهارة وما إلى ذلك، بل لاعتبارات شخصية محضة كالجنس أو الجنسية أو اللون وما إلى ذلك. لذلك تعمل تشريعات مختلف الدول على وضع الضوابط القانونية الكفيلة بالحد من هذه الظاهرة التمييزية وصولاً إلى إلغائها، من خلال تقييد حرية صاحب العمل التعاقدية في هذا الإطار، بحيث لم تعد تملك هذه الأخيرة الحرية المطلقة في تحديد الطرف المقابل في العلاقة التعاقدية في العمل، بل يجب عليها أن تتناغم مع القواعد القانونية والاقتصادية والاجتماعية المقررة. بذلك يغدو الاعتبار الشخصي في عقد

(119) موقف مستقر منذ الثمانينيات من القرن الماضي، أعيد التأكيد عليه في تعديل قانون العمل لعام ٢٠٠٨. المواد: (L. 1242-12). Spé: (L. 1248-11). → (L. 1241-1)

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

العمل (Intuitut Personna)، لاسيما لجهة العامل، أمراً ثانوياً في مختلف التشريعات^(١٢٠). ويبقى لصاحب العمل الحق في أن يفرض قيدين أساسيين موضوعيين على مبدأ الحرية في التشغيل: الأول، يرتبط بشخص العامل ذاته: كالأهلية أو ممارسة عمل محدد أو عدم الجمع بين أكثر من عمل. الثاني، تفرضه طبيعة العمل المراد القيام به، كالشروط المتعلقة أو الخاصة بمهنة معينة، كالحصول على دبلوم معين أو شهادة خبرة أو ترخيص معين وما إلى ذلك^(١٢١).

غير أن الإشكالية التي يثيرها تطبيق هذا القيد تتمثل في مدى التحايل الفعلي على هذه الظاهرة الذي قد يعمد إليه أحد أطراف العقد، ونعني بذلك صاحب العمل. من حيث اللجوء إلى طرق ووسائل تمييزية أكثر تعقيداً مع الزمن. فإذا كان التمييز بشكله المباشر قد تضاعف دوره بشكل كبير، فإن التمييز غير المباشر لا يزال قائماً ويأخذ أشكالاً وصوراً متعددة مع تطور المجتمعات وانفتاح اقتصادات الدول وأسواقها بعضها على بعض. ومما يزيد من تعقيد الأمور أن المشرع الاجتماعي سواء الوطني أم الدولي لم يقدم، حتى حينه، تعريفاً واضحاً ودقيقاً لهذا القيد، الأمر الذي لا يساعد في ضبطه. ومن المتوقع أن يبقى هذا القصور التشريعي قائماً فترة طويلة من الزمن، نظراً للصعوبة التي تعترض وضع تعريف جامع مانع لهذا المفهوم، ونظراً لكونه يخضع للرؤية الاجتماعية والقانونية له من قبل السلطة

(١٢٠) يجدر التنويه بأن الاعتبار الشخصي لشخصية العامل -Intuitut Personna- بالنسبة لصاحب العمل في عقد العمل لا يُعدّ، في بعض الأحيان، خرقاً لمفهوم المساواة بين العمال أو شكلاً من أشكال التمييز، فمفهوم الثقة الضرورية المتبادلة بين صاحب العمل وبعض العاملين لديه قد تبرر هذا الهامش من المعاملة التفضيلية ولاسيما فيما يتعلق بالمناصب القيادية أو ما يسمى (Les emplois des cadres).

M. Peano, L'intuitu personae dans le contrat de travail, op. cite. M.-E. André, L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels, op. cite.

(١٢١) محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية)، سبقت الإشارة.

[د. محمد عرفان الخطيب]

القانونية المعنية بدراسته ويعبر عن فهم ورؤية الضمير الاجتماعي لهذه الظاهرة في كل مجتمع من خلال مجموعة من المعايير التي تحدد الإطار العام له بمعايير أقل ما يقال عنها أنها بقدر ما هي حصرية بقدر ما هي قابلة للتطور والانتساع مع تطور الفكر القانوني والاجتماعي والثقافي⁽¹²²⁾.

٤. احترام الحريات:

على الإرادة التعاقدية، لاسيما المتصلة بصاحب العمل، احترام الحريات المتصلة بشخصية العامل سواء منها ذات الطابع الفردي أو ذات الطابع الجماعي، فلا يمكن لأي منها أن تكون محوراً أو مرتكزاً للتعاقد أو عدم التعاقد.

ويقصد بالحريات ذات الطابع الفردي الحريات التي ترتبط بشخص العامل كفرد في المجتمع، كالحرية الدينية وحرية التعبير والرأي. فالحرية الدينية تقتضي حرية الإيمان أو الاعتقاد، والحرية في الانتماء لدين معين من عدمه، كما الحرية في ممارسة الطقوس الدينية. أما حرية التعبير والرأي فنقتضي أن يمتلك العامل الحرية في التفكير والتعبير داخل وخارج المنشأة بأي موضوع سواء أكان يتصل بعمله أم لا. ويمكن أن نضيف لهذه الحريات حرية الزواج والطلاق وحرية اللباس وغير ذلك من الحريات المرتبطة بالشخص⁽¹²³⁾. أما الحريات ذات الطابع الجماعي، فنعني بذلك الحريات المتصلة بخيار الشخص كفرد في المنشأة التي يعمل أو سيعمل

(122) Pour plus d'informations voir, "Des employeurs s'engagent contre les discriminations raciales" Entreprise & Carrières, numéro spécial, n°648, 10-16 décembre, 2002.

(123) Code du travail français. Les articles: (L1121-1) (L1131-1) (s L1132-1 à L1132-4) (s L1133-1 à L1133-4) (s L1134-1 à L1134-5) (L1141-1) (s L1142-1 à L1142-6)(s L1143-1 à L1143-3) (s L1144-1 à L1144-3) (s L1146-1 à L1146-3) (L1151-1)(s L1152-1 à L1152-6) (s L1153-1 à L1153-6) (s L1154-1 à L1154-2) (s L1155-1 à L1155-4) (L1161-1).

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

فيها، كالحرية النقابية وما يتفرع عنها من حرية الانتماء أو عدم الانتماء النقابي أو البقاء على الحياد. كذلك حرية ممارسة العمل والنشاطات النقابية دون الانتماء الفعلي للنقابة، كما هو الحال بالنسبة لممثلي العمال، إضافة إلى حرية التوقف المطالب عن العمل أو ما يسمى بالحق في الإضراب^(١٢٤). ومما لاشك فيه أن هناك تمايزاً بين هذين النوعين من الحريات، إن من ناحية ممارستها من قبل فرد أو أفراد. كما أن هذه الحريات تختلف من حيث نطاق تطبيقها، فالعديد من الحريات الفردية لا يشترط لممارستها صفة العامل، أي أنها قد تقيد من الحرية التعاقدية في مرحلة الانعقاد، كما يمكن أن تبرز خلال مرحلة تنفيذ العقد، كالحرية الدينية وحرية الرأي والتعبير. في حين أن الحريات الجماعية إنما ترتبط بالضرورة ببيئة العمل ويكون الفرد عاملاً في المنشأة. كما أن حجم هذه الحريات ومداهما في سوق العمل يرتبط بقوة سوق العمل في الدولة وتنامي ثقافة العمل فيها، فهي مؤثر حيوي على ثقافة الطبقة العاملة لديها ومدى وعيها لحقوقها.

وللأسف يمكن أن نسجل في هذا المجال تمايزاً واضحاً بين التشريع السوري والتشريع الفرنسي في الوعي لهذه الحريات وتفصيلها في أحكام ونصوص تشريع العمل. ففي حين أشار المشرع الفرنسي إلى مختلف هذه الحريات بشكل تفصيلي ضمن أحكام ونصوص قانون العمل، جاء قانون العمل السوري خالياً من الإشارة إلى أي نوع من هذه الحريات بمفهومها الفردي، في حين تمت الإشارة إلى الحريات بمفهومها الجماعي، مع التركيز على الحرية النقابية سواء من خلال

(١٢٤) في القانون السوري، راجع أحكام المرسوم التشريعي رقم ٨٦ لعام ١٩٦٨ المتعلق بالتنظيم النقابي والمرسوم التشريعي رقم ٤٩ لعام ١٩٦٢ المتعلق بلجان قضايا التسريح. في القانون الفرنسي راجع المواد (L2141-1 à L2141-12). بالنسبة للحق في الإضراب، راجع المادة (٢٠٩) من قانون العمل السوري والمادة (L. 2511-1) من قانون العمل الفرنسي.

[د. محمد عرفان الخطيب]

المرسوم التشريعي رقم ٨٦ لعام ١٩٦٨ المتعلق بالتنظيم النقابي أو المرسوم التشريعي رقم ٤٩ لعام ١٩٦٢ المتعلق بلجان قضايا التسريح. وبقيت الحرية بممارسة الحق في الإضراب في أدنى حدودها من حيث الاعتراف بالحق بهذه الممارسة ضمن قيود معينة دون التوسع في تنظيمها.

أخيراً، يجب التنويه إلى أن هذه الحريات، بشكليها الفردي والجماعي، لا تقيد الحرية التعاقدية في جميع الحالات وفي مختلف الظروف، حيث يمكن أن تتحلل الحرية التعاقدية من هذا القيد، إذا كانت هذه الحريات من العناصر الجوهرية في التعاقد نظراً لطبيعة عمل صاحب العمل أو طبيعة النشاط الذي سيوكل إلى العامل. كما هو الحال في المؤسسات ذات الطابع الديني أو التعليمي أو التنظيمي كالأحزاب والمنظمات. ففي هذه الفرضية يغدو الاعتبار الشخصي لهذه الحريات مبرراً كونه لا يعد مندرجاً تحت مفهوم الاعتبار الذاتي وإنما في إطار الاعتبار الموضوعي الذي تبرره مصلحة المنشأة، والأمثلة عديدة على ذلك في الاجتهاد القضائي الفرنسي والسوري^(١٢٥).

(١٢٥) استئناف دمشق ١٩٦٧/١/٢٨. أشارت المحكمة أنه: "نظراً لكون مفهوم العمل الذي اسند للعامل يقوم على الالتزام الفكري والعقائدي، (من حيث تأمين الوثائق والمعلومات والأحداث، [.....] عن الحياة الاجتماعية للعاملين، وظروفهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وعرضها بتقرير إلى المدير العام للمجلة)، هذا يحتاج إلى الثقة الكاملة بين الجانبين، وبالتالي في حال عدم وجود هذه الثقة، يمكن القول بوجود ما يبرر التسريح". محكمة استئناف دمشق، ١٩٦٧/١/٢٨ شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، تشريعات العمل و العمال، المرجع السابق، ص ٤٤٨.

Cassa. soc. 6 novembre 2001, RJS, 2002, n° 1, n° 8, p. 30. Cassa. soc. 18 février 1998, RJS, 1998, n° 4, n° 461, p. 289. CA Paris, 16 mars 2001, RJS, 2001, n° 11, n° 1252, p. 858. CA Paris, 13 mars 1984, D. 1984, IR, p. 297.

٥. احترام الحياة الخاصة^(١٢٦):

إن الحياة الخاصة للأفراد يجب أن تكون منفصلة عن حياتهم المهنية وخارج نطاق التفاوض في هذه الأخيرة. فلا يمكن، من حيث الأصل، التذرع بواقعة مستمدة من الحياة الخاصة وإسقاطها على الحياة المهنية، لاسيما لجهة التفضيل في التعاقد أو رفض التعاقد أو فض العملية التعاقدية. فتقييد العملية التعاقدية يجب أن يستند إلى سبب موضوعي لا صلة له بالحياة الخاصة للمرشح للعمل^(١٢٧). بمعنى أنه، حتى يمكن الادعاء في مواجهة الفرد بواقعة مستمدة من حياته الشخصية، كما هو الحال بالنسبة للحريات، يجب على صاحب العمل أن يثبت أن تصرفه مبني على أسباب موضوعية، من حيث أن التعاقد مع هذا الشخص سيؤدي إلى إيجاد حالة من الفوضى في المنشأة، وذلك نظراً لطبيعة المهام التي سيقوم بها العامل في المنشأة وللغايات التي تسعى المنشأة لتحقيقها.

وإذا كان المبدأ المستقر لزمن طويل، القبول ببعض التعديلات على حريات العامل وحياته الخاصة تحت مسمى ضرورات العمل وتبعية العامل لصاحب العمل، فإن الوضع أضحى معاكساً الآن، من حيث وجوب احترام الحياة الشخصية للعامل، وأن لهذه الأخيرة الحق بتقييد سلطة صاحب العمل على العامل المستمدة من علاقة التبعية سواء في مكان العمل أو خارجه^(١٢٨). فمن خلال عقد العمل، يضع العامل

(126) J-R. de la Tour, La vie personnelle du salarié: étude sur la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Rapport de l'activité de la Cour de cassation pour l'année 1999, La documentation française, 1999, pp. 191-205 ; G. Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, 1992, La documentation française, spé. pp. 159-169.

(127) G. Couturier, La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, in étude offertes à J. Ghestin, L.G.D.J, 2001, pp. 273-294, spé, p. 294.

(128) J-R. de la Tour, La vie personnelle du salarié: étude sur la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation, pré., spé. p. 205.

[د. محمد عرفان الخطيب]

قوته تحت تصرف صاحب العمل لا شخصه، كما أن صاحب العمل يملك جهد العامل لا شخصه^(١٢٩). هذا التوجه يعد اليوم شبه متسق في التشريعين الفرنسي والسوري. وإن كنا نسجل تمايزاً للقانون الفرنسي في هذا الخصوص، حيث نص على احترام الحياة الخاصة في كل من القانون المدني وقانون العمل، في حين جاء كلا القانونين خاليين من أي إشارة لذلك في التشريع السوري^(١٣٠).

٦. مراعاة خصوصية العمل لبعض الفئات في مجال العمل:

يقصد بذلك احترام القواعد القانونية الخاصة بتشغيل بعض الفئات من العمال كالنساء والأطفال والمعوقين، إن لجهة أهلية التشغيل وسن التشغيل أو لجهة تنظيم التشغيل، من حيث مدة العمل وأوقاته ونوعية الأعمال، أو لجهة إنهاء التشغيل. ففي مختلف هذه الحالات، تخرج هذه القواعد عن القواعد العامة للتشغيل المنصوص عنها في قانون العمل. فلا يمكن، من حيث الأصل، أن يتم التعاقد مع طفل دون السن القانوني للتشغيل التي حددها المشرع بتمام السادسة عشرة من العمر، كما لا يمكن تشغيل الطفل أكثر من ست ساعات عمل أو أربع ساعات عمل متواصلة، كما أن مختلف القواعد الاستثنائية في قانون العمل من حيث العمل الليلي أو العمل في يوم الراحة والعمل الإضافي وتجزئة الإجازة لا تنطبق على عمل الأطفال. كما لا يمكن تشغيل الأطفال في الأعمال المرهقة أو الخطرة أو المضرة بنموهم وحسن تربيتهم حتى بعد بلوغهم تمام السادسة عشرة، بل يجب أن يتموا سن الأهلية القانونية للعمل بتمام الثامنة عشرة. فجميع هذه الحالات تعتبر خارجة عن نطاق

(129) J. Rivero, Les libertés publiques dans l'entreprise, pré., spé., p. 424.

(١٣٠) القانون المدني الفرنسي، المادة التاسعة. قانون العمل الفرنسي، المادة (-1121 L) في حين لا نجد مقابل لهذه النصوص في التشريع السوري.

[د. محمد عرفان الخطيب]

خلالها حياة العقد منذ ولادته إلى مماته. لكن، من غير الخافي طبيعة عقد العمل الممتدة والمتجددة، مما لا يمكن الإرادة التعاقدية من الإلزام بمختلف الظروف التي قد تطرأ على حياة العقد، وهنا يبرز دور الإرادة التعاقدية التوجيهي للعقد الذي ينحصر وجوده خلال مرحلة تنفيذه فقط، من حيث القدرة على تعديله بما يتناسب مع الظروف المستجدة.

أولاً: الاشتراطات الاتفاقية^(١٣٤):

يقصد بذلك مجموعة الشروط التي يتفق عليها الطرفان كونها لا تمثل خرقاً لمفهوم المساواة والعدالة الاجتماعية. وهنا يجدر التنويه أنه بالرغم من الطابع الاتفاقي لهذه الاشتراطات إلا أنها تبقى مقيدة باحترام النصوص القانونية والتنظيمية التي تحكم علاقة العمل كاتفاقيات العمل. كذلك، ذات الانتقادات التي سبقت ووجهت لمفهوم الحرية التعاقدية في التعاقد لاسيما الانقاص من القدرة على التفاوض المتكافئ بين الطرفين لمصلحة صاحب العمل يمكن أن توجه لهذه الاشتراطات.

هذه الاشتراطات إما أن تكون مقررة من قبل صاحب العمل أو من قبل العامل.

١. الاشتراطات المقررة من قبل صاحب العمل:

١-١- عرض الاشتراطات:

اليوم، ومع تعدد نشاطات العمل الإنساني وتنوعه وتعدد وتنوع هذه الاشتراطات، فمنها ما هو تقليدي ومستقر، ومنها ما هو حديث أمله التطورات

(134) Pour plus d'informations voir, J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockes , Les grands arrêts du Droit du travail, Dalloz, 4ème éd., 2008, arrêts n°41 à 46 et 52 à 54. D. Emmanuel, Droit du travail, 3eme éd., Dalloz coll. Hypercours, 2008, § 101 s., 210 s., 464. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 23ème éd., 2006, Dalloz § 278 s. et 376. J. Pélissier, Pour un droit des clauses du contrat de travail, RJS 2005 p. 499. F. Clavel, F.M.Marignier, N. Frédérique, Les clauses du contrats de travail, Liaisons sociales, 25 mars 2005, pp. 3-93. N. Gache, Les clauses du contrat de travail, Revue pratique de droit social décembre 2003 n°704 p. 383. M.C. Escande-Varniol, La sophistication des clauses du contrat de travail, Droit ouv. n°591-592 décembre 1997 p. 478.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

الاقتصادية والاجتماعية في ظروف العمل، كذلك منها ما يتصل بمرحلة الإعداد للتعاقد أو تنفيذه ومنها ما لا ينتج آثاره إلا بانتهائه.

١-١-١ : الاشتراطات المتصلة بمرحلة الانعقاد،

يمكن أن نلاحظ هنا ثلاثة اشتراطات هم الأكثر شيوعاً في بيئة العمل وهم: شرط الحصريّة وشرط التأهيل وشرط الهدف أو النتيجة. بموجب شرط الحصريّة^(١٣٥) يقيد صاحب العمل حرية العامل في العمل لدى صاحب عمل آخر، من حيث منع العامل، خلال فترة سريان عقده، لاسيما خلال مرحلة الاختبار، من العمل لدى صاحب عمل آخر. أمّا شرط التأهيل^(١٣٦) فينطوي على تعطيل حق العامل في ترك العمل خلال فترة زمنية محددة، لجهة تمكين صاحب العمل بإلزام العامل الذي قام بتدريبه بالعمل لديه فترة زمنية معينة قبل تركه لعمل. فلقاء الالتزام المادي من قبل صاحب العمل هناك التزام مهني من قبل العامل بالعمل لمدة زمنية يتفق عليها الطرفان. أمّا شرط الهدف أو النتيجة^(١٣٧) فيهدف إلى إعادة تكييف مسؤولية العامل تجاه المنشأة التي يعمل بها. فمن المعلوم أن التزام العامل في المنشأة هو التزام بوسيلة وليس بغاية، فلا يسأل عن نجاح أو فشل المنشأة، إذ يستحق الأجر بغض النظر عن إنتاجية أو ربح المنشأة. غير أن هذا الشرط إنّما يرتب على العامل التزام بنتيجة من حيث التزامه بتحقيق هدف أو نتيجة معينة يسأل

(135) J.F Cesaro, Stipulations incompatibles: clauses d'exclusivité et contrat à temps partiel, note, JCP S, 28 juin 2005, pp. 22-23. M. Hautefort, Clause d'exclusivité, clause suspecte, JSL, 3 octobre 2000, pp. 11-13.

(136) F. Canut, Les clauses de dédit-formation: de la nullité des clauses illicites à la nullité des clauses excessives, JSL, 26 janvier 2005, pp. 4-8. Th. Tauran, Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale, JCP S, 25 avril 2006, pp. 13-17.

(137) P.H. Antonmattei, Clauses d'objectifs, Droit et patrimoine, 1èr mars 2001, pp. 118-119. R.P. Virginie, De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs: Évolution récente de la jurisprudence, RJS, 1er février 2001, pp. 99-104.

[د. محمد عرفان الخطيب]

عنها تجاه صاحب العمل، وفي حال عدم التحقق يكون موضع مساءلة.

٢-١-١: الاشتراطات المتصلة بمرحلة التنفيذ:

في هذه المرحلة يمكن أن نسجل اشتراطين شائعين، الأول يتصل بتغيير مكان العمل أو نوع العمل أي ما يسمى بشرط الحراك. والثاني يتعلق بالمقابل للعمل أو ما يسمى بإعادة تكييف الأجر. بالنسبة لشرط الحراك^(١٣٨)، بموجبه يقبل العامل بحق صاحب العمل في تغيير مكان ونوع العمل الموكل إليه. أي بالحراك المكاني من حيث الانتقال إلى أماكن عمل جديدة في فروع المنشأة التي قد تتواجد في محافظات أو أقاليم بعيدة عن مكان عمله الأصلي. أو الحراك المهني، ونقصد بذلك تغيير نوع العمل الموكل إلى العامل. وبذلك، لا ينطوي تغيير مكان العمل أو نوعيته على تعديل في عقد العمل بقدر ما يكون ذلك عمل من أعمال الإدارة التي ينهض بها صاحب العمل. فيما يتعلق بشرط إعادة تكييف الأجر^(١٣٩)، فبموجبه يقبل العامل بتأثر أجره بالوضع الاقتصادي للمنشأة التي يعمل بها، من حيث منح صاحب عمله الحق في إعادة تكييف أجره بناءً على المستجدات الاقتصادية التي تعترض عمله، بشكل يضمن عدم انخفاضه عن حد قانوني يتفق عليه الطرفان، وغني عن البيان أن هذا الحد الاتفاقي يجب أن لا يكون أدنى من الحد القانوني.

(138) S. Beal, Validité de la clause de mobilité, JCP E, 5 octobre 2006, pp. 1696-1698. M. Hautefort, Clause de mobilité: la zone de mobilité doit être définie de manière précise, JSL, 3 octobre 2006, pp. 9-10.

(139) N. Rerolle, Conditions de licéité d'une clause de variation de la rémunération, JSL, 24 octobre 2002, pp. 12-14. P-H Antonmattei, Retour sur les clauses de variabilité, JSL, 30 août 2001, pp. 2-6.

٣-١-١: الاشتراطات المتصلة بمرحلة ما بعد انتهاء العقد؛

في هذه المرحلة نجد شرطاً رئيساً هو شرط عدم المنافسة^(١٤٠) الذي يعد من أكثر الشروط التقليدية في ميدان العمل ومن أكثرها شيوعاً، حيث يلتزم العامل بعدم منافسة صاحب العمل في نطاق مكاني وزماني. ومما لاشك فيه أن هذا الشرط ينطوي على تقييد كبير لحرية العمل بالنسبة للعامل من حيث تقييد هذه الحرية زمانياً، خلال فترة محددة من الزمن، ومكانياً، في حيز جغرافي معين. وهنا يجب التمييز بين الالتزام بعدم المنافسة وشرط عدم المنافسة. فالأول يعد جزءاً لا يتجزأ من التزامات العامل تجاه صاحب العمل تملئها ضرورات تنفيذ عقد العمل بحسن نية وتتناول كامل فترتي انعقاد العقد وتنفيذه وتنتهي بانتهاء العقد. في حين أن ميدان الثاني هو مرحلة ما بعد انتهاء العقد.

ويمكن أن نضيف إلى مختلف هذه الشروط، الشروط المستمدة من مبدأ حسن النية في تطبيق العقود كشرط الأمانة والمحافظة على السرية. أو الشروط التي تملئها ظروف العمل في بعض المنشآت ذات الطبيعة الخاصة، كشرط اللباس الخاص أو شرط التوافق المعنوي أو الفكري أو المذهبي أو الديني أو السياسي وما إلى ذلك.

أخيراً، إن عدم النص على هذه الاشتراطات والاتفاق المسبق عليها لا يمنح صاحب العمل الحق بالاحتجاج أو الإدعاء بها لاحقاً، وكل تعديل يتناولها يعد تعديلاً

(140) M. Malaurie-Vignal, Contrat de travail et obligation de non concurrence, JCP E, 10 juillet 1997, pp. 306-308. J-Y Frouin, « Nullité de la clause de non-concurrence qui ne prévoit de contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur », JCP S, 19 septembre 2006, pp. 27-28. R. Vatinet, Les conditions de validité des clauses de non-concurrence: l'imbroglie, Droit soc., 1er novembre 2002, pp. 949-954.

[د. محمد عرفان الخطيب]

لعقد العمل يتطلب موافقة العامل، دون أن يكون مجبراً على القبول به، أو معاقباً عليه في حال رفضه، كما سنبين لاحقاً.

٢-١: شرعية الاشتراطات:

إن مختلف هذه الاشتراطات بالرغم من أهميتها لا يمكن الإقرار بها على حالها، بل يجب أن تكون محددة في حدود الضوابط الدستورية والقانونية. وفي هذا الإطار وضع المشرع الاجتماعي قيوداً رئيساً للإقرار بصحتها. الأول يستند إلى نظرية السبب والثاني إلى التناسب ما بين الاشتراط والغاية المراد منه^(١٤١). فيجب أن يكون لكل شرط سبب يبرره يستند إلى مصلحة المنشأة كشخص اعتباري مستقل عن مالكيها أو من يقوم بإدارتها وفق الفهم القائم على أن المنشأة إنما تكون وحدة اقتصادية واجتماعية مستقلة عن هؤلاء الأشخاص. لذلك، يجب ألا نخلط بين مصلحة المنشأة ومصالح القائمين عليها من ملاك ومدراء، مما يعبر عن التطبيق الفعلي لنظرية الفكر المؤسسي في عمل المنشأة الذي ينظر إليها بكونها مجموعة من المصالح المشتركة لمختلف الجهات المعنية الفاعلة فيها، وبكونها مؤسسة مجتمعية ذات طابع هرمي تسلسلي منظم يقبع في قمته المسؤول الأول: صاحب العمل، الذي يجب أن يديرها في إطار المصلحة العامة التي تستوعب ضمناً مصلحة العمال، فتغدو مصلحة المنشأة هي المصلحة المشتركة للعمال وأصحاب العمل.

(141) Ph. Waquet, La cause de la modification du contrat de travail, Liaisons. soc. maga, octobre 1998, n° 132, pp. 62-63. P. Moussy, Les motifs personnels de la modification substantielle du contrat de travail, Modification du contrat de travail et défense de l'emploi, Colloque organisé par le (SAF) le 2 décembre 1996 à l'université de Paris-Dauphine, Droit. ouv. n° 568, 1996, pp. 49-64, spéc., p. 53.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

بالنسبة للتناسب بين الشرط المفروض والغاية المبتغاة منه وهي حماية مصلحة المنشأة، فهو يضمن موضوعية هذه الاشتراطات ومصادقيتها، حيث لا يمكن القبول بها على إطلاقها وإنما يجب أن تكون مقيدة بما يخدم مصلحة المنشأة ودون أن تعطل الحريات في العمل وإلا اعتبر ذلك تعدياً على الحقوق.

هذا التناسب هو الذي يمنح الخصوصية في الصفة الموضوعية لكل اشتراط من الاشتراطات السابقة. فمثلاً بالنسبة لشرط عدم المنافسة لا يمكن القبول به ما لم يكن محدداً مكانياً وزمانياً، بحيث لا يكون لفترة طويلة من حياة العامل المهنية أو يتناول أماكن جغرافية لا تشكل تهديداً على النشاط المهني لصاحب العمل. كما أن المشرع الفرنسي وضع له قيوداً ثالثاً هو وجود المقابل المادي^(١٤٢)، في حين أن المشرع السوري لم يشترط ذلك، بل أكد على توافر الشروط العامة في هذا الالتزام من حيث طبيعة عمل العامل واكتمال أهليته^(١٤٣). كذلك الحال بالنسبة لشرط الحصرية الذي يجب أن لا ينطوي على انتهاك الحق القانوني للعامل بالعمل خارج النطاق الزمني لعلاقة العمل ما لم يكن هناك مبررات موضوعية تقتضي ذلك.

أخيراً، إن الكتابة تعد شرطاً ضرورياً لصحة مختلف هذه الاشتراطات، كما لا يمكن التذرع بهذه الاشتراطات في حال تم إنهاء العقد من قبل صاحب العمل دون أن يكون هناك أي خطأ من قبل العامل أو في حال قدم العامل استقالته جبراً نتيجة التضييق عليه من قبل صاحب العمل^(١٤٤).

(142) «Une clause de non concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitime de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».Cassa. soc. 10 juil. 2002, Bull. civ. n° 336.

(١٤٣) المادة (٦٥٢) القانون المدني السوري.
(١٤٤) المادة (٦٥٢) القانون المدني السوري.

[د. محمد عرفان الخطيب]

في الختام، يمكن أن نسجل ملاحظتين رئيسيتين: الأولى سعة الهامش التعاقدية لهذه الإرادة في الاشتراطات خلال مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، وتقيدتها الكبير خلال مرحلة الانتهاء. وهذا طبيعي وينسجم مع فلسفة قانون العمل، من حيث أن العامل خلال مرحلتي الانعقاد والتنفيذ يكون مرتبطاً بعقد العمل وتحت سلطة وإشراف صاحب العمل، مما يمكن من فرض مثل هذه الاشتراطات. أما بعد انتهاء العقد فيستعيد العامل كامل حريته في العمل، ولا يبقى من قيد عليه سوى عدم منافسة صاحب عمله السابق في حال وجود مثل هذا الاشتراط. الملاحظة الثانية، يمكن من خلالها الإشادة بالحضور اللافت للمشرع الفرنسي في تعزيز وتكريس مختلف هذه الاشتراطات في بيئة العمل، لاسيما الحديثة منها. مقابل غياب نسبي لهذه الاشتراطات في التشريع السوري. ولعل طبيعة هذه الاشتراطات التي ترتبها في وجودها كافية، باستثناء شرط الحصريّة^(١٤٥)، إلى الاجتهاد القضائي هو ما منح المشرع الفرنسي الحضور الأكثر والدور الفاعل في صياغتها وبلورتها، بخلاف الحال بالنسبة للاجتهاد القضائي السوري الذي لم يكتب له أن يسجل ذا الحضور.

٢. الاشتراطات المقررة من قبل العامل:

في الحقيقة إن البحث في هذه الاشتراطات لا يخلو من الصعوبة كونه، حسب رأينا، كالأبحار ضد التيار، فمن الصعب تصور إمكانية قيام العامل، الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية، بفرض شروط تعاقدية على صاحب العمل الطرف الأقوى في هذه العلاقة. غير أنه من الناحية النظرية لا شيء يمنع من القول بوجود

(145) Code du travail français. Article L. 7313-6.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

هذه الإمكانية القانونية، أما الحديث عن الإمكانية الفعلية فذلك موضوع آخر^(١٤٦). بالرغم من ذلك يمكن لبعض الفئات من العمال أن تضع شروطاً اتفاقية مع صاحب العمل مثل اشتراط عدم الحراك المكاني أو النوعي أو شرط الثبات في العمل أو الأجر وما إلى ذلك. كما يمكن تصور ورود بعض الشروط الاتفاقية التي تنظم حالات إنهاء العقد، من حيث استبعاد إمكانية التسريح من يد صاحب العمل أو الاستقالة من يد العامل وتطبيق ما يسمى بأحكام الإنهاء الاتفاقي، بحيث أن الإنهاء لا يفرض من قبل أحدهما، إنما ينتج عن اتفاق موقع من قبلهما يخضع لقواعد خاصة نص عليها المشرع لضمان سلامة إرادتهما^(١٤٧).

ثانياً: تعديل عقد العمل:

إذا أبرم عقد العمل بشكل صحيح فإنه يغدو بحكم القانون بالنسبة لأطرافه لا يمكن تعديله دون موافقتهما. غير أن الطبيعة الخاصة لهذا العقد، كونه من العقود الممتدة، تقتضي مواعنته مع مختلف الظروف التي تطرأ خلال فترة سريانه وبالتالي خضوعه لما يسمى بمبدأ "مرونة العقد" التي تعني القدرة على تعديل العقد للتكيف مع المستجدات والتي تقتضي توافر الإرادة التوافقية الجديدة لأطراف العقد، غير أن مدلول هذه المرونة في عقد العمل يختلف عن غيره من العقود إذ لا ينطوي بالضرورة على الإرادة التوافقية لطرفي العقد، بل على الإرادة المنفردة لصاحب العمل^(١٤٨) مما يجعل من هذه المرونة عبئاً جديداً على الحرية التعاقدية وخرقاً لها

(١٤٦) إن اشترط تمتع العامل ببعض الامتيازات في العمل من حيث الأجر الجيد والسيارة الخاصة أو المنزل الخاص لا تعتبر من قبل الأشرطيات التعاقدية بقدر ما هي من قبيل المزايا في العمل، لذلك أثرنا عدم التوسع بها، لاسيما إذا ما علمنا أن مختلف هذه المزايا تدخل في نطاق تحديد مستوى الأجر.

(147) Code du travail français. Article L. ١٢٣٧ -11-16.

(١٤٨) مما لا شك فيه أن موضوع تعديل العقد بشكل عام قد يطرح من قبل أي من طرفي العقد لكونهما يتمتعان بذات المركز التفاوضي، بخلاف الحال في عقد العمل الذي يتميز

[د. محمد عرفان الخطيب]

في بعض الحالات. هنا، وفي إطار إعادة مواعمة عقد العمل ودور الحرية التعاقدية فيه يمكن أن نميز بين نظريتين الأولى ذات طابع مدني والثانية ذات طابع اجتماعي^(١٤٩).

١. النظرية المدنية:

حكمت هذه النظرية موضوع تعديل عقد العمل فترة طويلة من الزمن، ولا تزال قائمة في العديد من التشريعات الوطنية ومنها السوري. لفهمها نعرض لها قبل البحث في الانتقادات التي وجهت إليها والتطبيقات التي تمت عليها.

١-١: عرض النظرية:

ذات المغالاة التي عانت منها النظرية المدنية في التعاقد في مرحلة الثورة الفرنسية من حيث الحرية المطلقة في التعاقد من عدمه، برزت في مسألة تعديل العقد، حيث كانت تمنح صاحب العمل سلطات واسعة في تعديل العقد دون رقيب،

بضعف المركز التفاوضي لأحد طرفي العقد (العامل) في مواجهة الطرف الآخر (صاحب العمل)، مما يجعل فرضية تعديل العقد أمراً متصوراً من قبل صاحب العمل أكثر منه من قبل العامل، وهذا ما تبين لنا من خلال دراسة هامش الاشتراطات التعاقدية التي يتمتع صاحب العمل بقدر كبير منها بخلاف العامل. لذلك فإن مختلف النظريات التي ناقشت موضوع تعديل عقد العمل ناقشته من زاوية صاحب العمل بهدف تنظيمه وضبطه رغبة في تأمين أكبر قدر من التلطيف لغلو مبدأ سلطان الإرادة في هذا المجال، وبالتالي إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية بين الطرفين من جهة والقدرة التفاوضية بينهما من جهة أخرى. لذلك وفي ضوء ما تقدم ستقتصر دراستنا التالية على موضوع تعديل عقد العمل من زاوية صاحب العمل كونها التي استرعت، وبحق، الجانب الأبرز من اهتمام رجال القانون والفقهاء.

(149) Pour plus d'information sur l'ancien régime voir, H. Blaise, Le refus d'une modification non substantielle du contrat de travail, RJS. 1992, n° 12, pp. 729-735 ; Sur le régime actuel voir, Ph. Waquet, Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail, Droit. soc, 1999, n° 6, pp. 566-581 ; La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, RJS, 1996, n° 12, pp. 791-795, spé., p. 795.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

مما كان يشكل خرقاً فاضحاً لمفهوم الحرية والعدالة التعاقدية. فمختلف هذه التعديلات كان العامل يقبل بها في إطار الإذعان كونها تأتي في إطار سلطة صاحب العمل في التوجيه والإدارة التي تمنحه القدرة على استئثار مستقبل العمل في المنشأة واتخاذ الإجراءات اللازمة حيال ذلك. فلم يكن يملك العامل القدرة على رفضها كون هذا الأخير كان يعتبر بمثابة العصيان لأوامر صاحب العمل، مما يبرر إنهاء عقد عمل العامل لخطأ منه⁽¹⁵⁰⁾. خلال هذه المرحلة، لا يمكن الإدعاء بوجود إرادة تعاقدية مشتركة لتعديل العقد، وإنما إرادة تعاقدية منفردة ومستقلة لصاحب العمل الذي كان يملك وحده سلطة التعديل من عدمه ومنحت المصادقية لما يدعيه بشكل مطلق. كما أن نطاق هذه السلطة كان يشمل مختلف جوانب العقد بما فيها الأجر الذي كان يمكن تعديله وفقاً لمتطلبات العرض والطلب في السوق دون أن يعتبر ذلك إخلالاً بالتزام قانوني أو تعديل جوهري في العقد⁽¹⁵¹⁾.

٢-١ : انتقاد النظرية:

هذا التوجه المتشدد لسلطة صاحب العمل كان يخالف في جوهره المرتكز الفلسفي للقانون المدني القائم على إلزامية العقود المبرمة بين الأفراد وعلى عدم جواز تعديلها دون توافر الإرادة المشتركة بين الأطراف. إذ كان يقبل بالسماح لصاحب العمل بتعديل العقد بمختلف مكوناته وإلزام العامل به من خلال إرادته المنفردة مما يتنافى مع مفهوم سلطان الإرادة وفلسفة الحرية الفردية التي تقرّ أن لا التزام للفرد خارج إرادته. فكان التطبيق الفعلي لنظرية العقد في ميدان التشريع الاجتماعي مشوهاً. إذ كيف يقرّ المشرّع المدني بتطبيق الفلسفة المدنية للعقود على

(150) Cassa. civ. 26 juin 1935, D. 1935, p. 460. Cassa. soc. 11 janvier 1957, Bull..civ. n° 31.

(151) Article 1781 (Abrogée en 1868) Code civil français.

[د. محمد عرفان الخطيب]

عملية إبرام العقد من حيث الإيمان المطلق بمبدأ سلطان الإرادة، ويخرج عن هذا المبدأ في إطار عملية تعديل العقد، حيث أنه تجاهل تماماً مفهوم سلطان الإرادة وأجبر العامل على القبول بهذا التعديل تحت طائلة إنهاء العقد لخطأ منه، مما جعل النظرية المدنية في احترام سلطان الإرادة والحرية والمساواة التعاقدية في عقد العمل موضع شك وتساؤل. فهي لم تتبنَ نظرية واحدة في عمليتي التعاقد والتعديل، وإنما كيفت توجهها في هذه النظرية بما يخدم طبيعة مصالح أحد الأطراف دون الآخر، بحيث أنها قبلت بالنظرية المدنية للعقود في إطار انعقاد العقد وتجاهلتها في إطار تعديل العقد، كما تجاهلت خصوصية عقد العمل في الانعقاد واعترفت بها محرفة في التعديل. مما مكن من الاستنتاج بأن النظرية التي كانت تحكم موضوع تعديل انعقاد العقد وتعديله كانت نظرية مدنية مشوبة بالمحاباة لصاحب العمل على حساب العامل. هذه الانتقادات دفعت بالمشرع المدني إلى التلطيف من هذه النظرية دون استبعادها.

٣-١: التلطيف؛

بعد أن لمس المشرع المدني خطورة التطبيق الفعلي لسلطة صاحب العمل في تعديل العقد وفق مدلول هذه النظرية، عمد إلى تلطيفها من خلال التمييز بين تعديل العناصر الجوهرية في العقد «Modification Des Eléments Substantielle» عن تعديل العناصر غير الجوهرية «Modification Des Eléments Non Substantielle»، وحصر سلطة صاحب العمل في التعديل بالمسائل غير الجوهرية فيه. وبذلك أضحى تعديل المسائل الجوهرية يتطلب الإرادة المشتركة للطرفين بشكل أُعيد فيه إحياء إرادة العامل كعنصر فاعل في تعديل العقد. فلا يمكن أن يتم تعديل هذه العناصر دون موافقة العامل، كما أن رفض العامل للتعديل لا يعد من قبيل الخطأ، بل يبقى للعامل

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

كامل الحرية في الرفض أو القبول، كما يبقى قائماً على رأس عمله. وفي حال إصرار صاحب العمل على التعديل، يعتبر العامل بحكم المسرح دون وجود الخطأ. أما العناصر الغير جوهرية فتبقى من اختصاص صاحب العمل كونها تدخل في نطاق سلطة التوجيه والإرادة التي يمتلكها وتتم بالإرادة المنفردة له، فما من حاجة لموافقة العامل عليها الذي لا يملك إمكانية رفضها، ذلك أنها تدخل في إطار سلطة صاحب العمل في التوجيه والإدارة التي توجب على العامل القبول بها، وإلا يمكن لصاحب العمل أن ينهي عقد عمل العامل لوجود الخطأ المستند لعدم الامتثال لأوامره.

اليوم، يعتمد المشرع السوري على هذه النظرية بشكل كبير، من حيث التمييز بين التعديل الجوهرى للعقد والتعديل الغير الجوهرى، فحظر على صاحب العمل القيام بالتعديل الجوهرى إلا بعد موافقة العامل، في حين ترك سلطة التعديل الغير جوهرى بيده. ويلاحظ أن المشرع السوري قصر إطار التعديل على المسائل المتعلقة بعمل العامل ولم يشملها لباقي النقاط الأخرى المتعلقة بالعمل كالأجر ومكان العمل. حيث ذهب إلى أنه لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج على القيود المشروطة في الاتفاق أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعاً لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه في حالة القوة القاهرة على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة. وله أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً^(١٥٢). وأمام اقتصار النص التشريعي على حالات التعديل المتعلقة بالتغيير بالعمل الموكل إلى العامل، يُثار التساؤل حول واقع التعديل الذي قد يرد على الجوانب الأخرى من العقد كالتعديل في الأجور أو في مكان

(١٥٢) المادة (٥٢) قانون العمل السوري.

[د. محمد عرفان الخطيب]

العمل، وتحديد سلطة صاحب العمل في التعديل دون موافقة العامل. في الحقيقة، ونظراً لكون عقد العمل لا يخرج في إطاره العام عن كونه عقداً تحكمه القواعد المدنية فقد تصدى القضاء السوري لمختلف هذه الفرضيات وفي أكثر من مناسبة معتبراً إياها بحكم التعديل على العقد الذي يقتضي موافقة العامل، لاسيما بالنسبة للمسائل المرتبطة بالأجور^(١٥٣).

أخيراً، بالرغم من البساطة الظاهرية لهذه النظرية من حيث التمييز بين العناصر الجوهرية وغير الجوهرية في العقد وحصر سلطة صاحب العمل بأحدهما دون الآخر، إلا أن الإشكالية برزت في تحديد المقصود بالمسائل الجوهرية وغير الجوهرية! وممن تحدد هذه العناصر؟! فوفق هذه النظرية صاحب العمل هو من يملك هذا التكييف للعناصر متذرعاً في ذلك في إطار ما يسمى بمصلحة المنشأة، لاسيما في حال عدم وجود الإرادة الصريحة، وهنا مكن الضعف في هذه النظرية لجهة إعادة السطوة في التعديل لصاحب العمل بشكل غير مباشر، مما دفع الكثير من المشرّعين بما فيهم الفرنسي إلى هجر هذه النظرية وتبني النظرية الاجتماعية.

٢. النظرية الاجتماعية :

بدأت ملامح هذه النظرية في التشريع الفرنسي منذ العام ١٩٩٢ بالنسبة لبعض الفئات من العمال^(١٥٤)، واستقرت في العام ١٩٩٦ الذي سجل انعطافاً كبيراً

(١٥٣) محكمة النقض السورية، قرار رقم ١٦٢٠ تاريخ ١٩٧٥/١٢/٢٢ أقرار رقم ٤٤٧/٧١٥ تاريخ ١٩٧٨/٨/٢٣ أقرار رقم ١٢٦٠/٢٠٥ تاريخ ١٩٧٥/٢/٢٦ أقرار رقم ٤٥١/٦٣٣ تاريخ ١٩٧٦/٥/٢٤. شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، تشريعات العمل والعامل، المرجع السابق، ص. ١١٦.

(154) Cassa. soc. 26 juin 1991. RJS. 1991, numéro 8-9, § n° 975.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

في نظرة المشرِّع الفرنسي لموضوع تعديل العقد^(١٥٥)، فأصبح أكثر ملامسة لطبيعة وخصوصية عقد العمل ولفلسفة التشريع الاجتماعي فيه. نظرية ذات طبيعة خاصة منحنتها جملة من الخصائص التي تميزها عن سابقتها من الطابع المدني، مما مكنها من توضيح معاييرها بشكل أكثر وضوحاً.

٢-١: عرض النظرية:

تعد هذه النظرية أكثر ملامسة لخصوصية التشريع الاجتماعي ولطبيعة عقد العمل، حيث تستند إلى التمييز بين تعديل عقد العمل «Modification Du Contrat De Travail» وتغيير شروط تنفيذ العمل «Changement Des Conditions D'exécution De Travail» بحيث إنه لا يمكن تعديل الأول دون موافقة العامل، في حين تبقى سلطة صاحب العمل في الثاني قائمة. بذلك، ميزت النظرية بين مصطلحين مختلفين: الأول يرتبط بالشق التعاقدى لعقد العمل "تعديل العقد" والثاني يرتبط بالشق التنظيمي له "تغيير شروط تنفيذ العمل". فأراد المشرِّع بهذه النظرية الفصل بين بعدين: البعد التعاقدى (العقد) والبعد التنظيمي (إدارة العمل). فالعقد لا يمكن تعديله بالإرادة المنفردة لصاحب العمل بل بإرادة الطرفين، أمّا الأمور التنظيمية فيمكن لصاحب العمل القيام بها بإرادته المنفردة وإن لامست بعض الأمور المتعلقة بعقد العمل، كونها ستلامس أموراً تتعلق بالشق التنظيمي للعقد لا بالشق التعاقدى له. وإذا كان البعض يعتبر أنّ هذه النظرية، في إطارها العام، امتداداً للنظرية المدنية القائمة على التمييز بين العناصر الجوهرية وغير الجوهرية^(١٥٦)، إلا أنها في مضمونها وجوهرها تختلف عنها.

(155) Cassa. soc. 10 juillet 1996, Bull. civ. n°278.

(156) J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, Droit du travail, op. cit., p. 465.

[د. محمد عرفان الخطيب]

٢-٢ : خصوصية النظرية :

تتسم هذه النظرية بجملة من الخصائص التي تميزها عن مثيلاتها من الطابع المدني، والتي يمكن أن نوجزها في ما يلي:

١. مرتكز التعديل في النظرية الاجتماعية هو الشق التنظيمي أي شروط العمل وليس عقد العمل الذي يبقى خارج سياق التعديل، بخلاف الحال بالنسبة للنظرية المدنية التي تركز في نظريتها في التعديل على عقد العمل بذاته، من حيث الرجوع إليه لتحديد ما هي العناصر الجوهرية فيه من غيرها.

٢. النظرية المدنية تقوم على الرجوع نظرياً، لاسيما في حال الإرادة المبهمة، إلى إرادة الطرفين في تحديد العناصر الجوهرية من غير الجوهرية في العقد مع إعطاء الأولوية في هذا التحديد لصاحب العمل، كونه من يملك سلطة التوجيه والإدارة متذرعاً بمصلحة المنشأة التي تقتضي هذا التعديل، وما على العامل سوى الخضوع في إطار مفهوم التبعية والإشراف^(١٥٧). في حين أن النظرية الاجتماعية تقوم على الاحترام الكامل للحرية التعاقدية للطرفين حتى في حال إبهامها في إطار عقد العمل، بحيث إنه لا يمكن تعديل العقد بالإرادة المنفردة لصاحب العمل، فتعيد سلطة صاحب العمل إلى نطاقها الطبيعي وهو تنظيم العمل دون أن تنكر مراعاة مصلحة المنشأة.

(157) Cassa. soc. 10 juillet 1953. Droit. soc. 1954, p. 35. Cassa. soc. 21 juillet 1986. Droit. soc. 1986, p. 865, obs. B. Teyssié. Cassa. soc. 9 mai 1990. J.C.P. 1991, éd. E, II, 126, note F. Taquet.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

٣. النظرية الاجتماعية ضيقت بشكل كبير من نطاق الحرية التعاقدية لصاحب العمل في التعديل بحيث إنها قصرته على المسائل التي تدخل في تعديل شروط العمل لا عقد العمل، أي المسائل التي تتصل بإدارة وتنظيم العمل، أمّا المسائل التعاقدية فبقيت خارج إرادة صاحب العمل. فأصبح محور التعديل ليس العقد بل الأمور التنظيمية المتعلقة بالعمل. فالعقد ظل خارج إطار أي عملية تعديل فردية وبقي التعديل التنظيمي الذي يلامس العقد مقبولاً.

٤. تطبيق النظرية الاجتماعية في التعديل يتسم بالعدالة والعمومية، بخلاف الحال بالنسبة للنظرية المدنية التي يتسم التعديل فيها باللاعلاقة والفردية، ففي هذه الأخيرة، إنّ تحديد العناصر القابلة للتعديل من عدمه يدخل ضمن سلطة صاحب العمل في إطار مفهوم التوجيه والإدارة، مما يسم عملية التعديل في العديد من الحالات بالطابع الفردي وغير الموضوعي، كونه يتعلق بتكييف صاحب العمل. فما قد يعتبر عنصراً جوهرياً لصاحب العمل قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لصاحب عمل آخر. كما أن ما يعتبر عنصراً يجب تعديله لأن مصلحة المنشأة تقتضي ذلك، قد لا يكون كذلك بالنسبة لصاحب عمل لآخر، فلكل صاحب عمل رؤيته المستقلة حول مصلحة منشأته، ولو كانت من ذات الطبيعة، انطلاقاً من استراتيجية العمل التي يسعى إليها. في حين أن النظرية الاجتماعية بتحديد معايير محددة يعتبر التدخل بها بحكم تعديل العقد والأخرى بحكم تعديل شروط تنفيذ العمل أخرجت سلطة صاحب العمل من مختلف هذه التجاذبات.

[د. محمد عرفان الخطيب]

٥. النظرية المدنية في التعديل بالرغم من موضوعيتها الظاهرة إلا أنها ذاتية بمضمونها وعمقها كونها تركز الإرادة العقدية لأحد طرفي العلاقة العقدية وتعني بذلك صاحب العمل، في حين أن النظرية الاجتماعية في تعديل العقد هي موضوعية في شكلها ومضمونها، إذ تراعي الإرادة العقدية لطرفي العقد.

٦. النظرية الاجتماعية أكثر قرباً لبيئة ومتطلبات العمل من النظرية المدنية، كونها تمثل امتداداً طبيعياً للنظرية التنظيمية والتعاقدية التي تحكم التزامات العامل المشتقة أصلاً من عقد العمل الذي يجمع التوصيفين العقدي والتنظيمي.

٧. أخيراً، النظرية الاجتماعية في إطارها الفلسفي تبقى أكثر إخلاصاً لفلسفة المشرع الاجتماعي، من حيث احترام الإرادة التعاقدية لطرفي العقد، وتجنب التطبيق المشوه للنظرية المدنية في العقود في إطار تعديل العقد، حيث احتفظت للعامل بحريته التعاقدية في قبول أو رفض التعديل.

٢-٣ : المعايير المميزة:

السؤال الذي يُثار هنا، متى يمكن القول: إننا أمام تعديل للعقد أو تعديل لشروط العمل. في الحقيقة إن المشرع الفرنسي لم يقدم نصاً قانونياً واضحاً، وإنما تبنى النص القانوني^(١٥٨) الذي كرسه المشرع الأوروبي في هذا المجال بموجب التوجيه الأوروبي لعام ١٩٩١ والذي حدد ما يمكن اعتباره بحكم العناصر الرئيسية

(158) Code du travail, article (L. 1242-12).

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

في العقد⁽¹⁵⁹⁾. كما أن الاجتهاد القضائي ساهم بشكل كبير في هذا الإطار⁽¹⁶⁰⁾، حيث استقر على مجموعة من المعايير التي تعتبر من محتويات عقد العمل بحيث لا يجوز المساس بها بالإرادة المنفردة وكل تعديل لها يعتبر تعديلاً لعقد العمل، الأمر الذي يقتضي بالضرورة موافقة العامل. ومنها الأجر⁽¹⁶¹⁾، ونوع العمل⁽¹⁶²⁾، وطبيعة عقد العمل، ومدة العمل⁽¹⁶³⁾، ومكان العمل⁽¹⁶⁴⁾. فأى تعديل في أي من هذه الأمور يعتبر بحكم تعديل العقد الذي لا يمكن لصاحب العمل القيام به دون موافقة العامل. أما باقي الأمور الأخرى مثل تعديل نظام ساعات العمل، أو إعادة توزيع كيفية حساب أجور العامل دون أن يؤدي ذلك إلى تدني أجره أو تحويل العامل من نظام العمل اليومي إلى نظام العمل الليلي، أو نقل العامل إلى حيز جغرافي متمم لمكان عمله الأصلي ضمن قيود جغرافية محددة، أو تغيير عمل العامل غير

- (159) Directive communautaire du 14 octobre 1991. Décret n° 94-76/n° 91/533/CEE. J.O, le 2 septembre 1994, pp. 12-31. Ph. Waquet, La modification du contrat de travail, à propos d'un tournant dans la jurisprudence de la Cour de cassation, C.S.B.P, 1993, n° 47, pp. 58-64.
- (160) Ph. Waquet, Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail, pré. La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail, pré., spé., p. 795.
- (161) G. Couturier, La rémunération, élément du contrat de travail, Droit. soc. 1998, n° 6, pp. 523-529. Voir aussi, Cassa. soc. 7 novembre 2001, n° 99-45. 099 D, Lamy social, 2003, n° 1295, p. 631.
- (162) Voir, M. Simonneau. et A. Desplat, Les clauses du contrat de travail, Liaisons. soc. quoti. pré. spé. p. 50 s ; B. Boubli, Le lien de subordination juridique, réalité ou commodité, J.S.L. 4 mai 1999, p. 4 s ; C. Ruigelier, La modification du contrat de travail, Economica, 1997, 23 s. Cassa. soc. 23 janvier 2001, Bull. civ. V. 2001, n° 18. Cassa. soc. 10 mai 1999, n° 97-41.497, Lamy Social, 2003, n° 1291, p. 626, spé., p. 627.
- (163) Cassa. soc. 24 novembre 1998, J.S.L. 19 janvier 1999, n° 28-3. Cassa. soc. 21 novembre 2000, Bull. civ. V. 2000, n° 381. Cassa. soc. 2 mai 2000, S.S.L, 31 juillet 2000, suppl. an. n° 992, p. 93.
- (164) Voir, M. Morand, Les clauses de stabilités contractuelles, T.P.S, 2001, n° 11, pp. 5-6. M. C. Aecande-Varniol, Sur la qualification juridique des changements d'heures ou de lieu du travail, Droit. soc. 2002, n° 12, pp. 1064-1072.

[د. محمد عرفان الخطيب]

الجوهري وغيرها من الحالات^(١٦٥)، جميعها تعتبر بحكم الأمور التي تدخل في إطار تعديل شروط العمل التي يملك فيها صاحب العمل كامل الحرية في التعديل بإرادته المنفردة.

خلاصة لما تقدم، سواء أكان تعديل عقد العمل في إطار النظرية المدنية أم الاجتماعية فثمة علاقة وثيقة ما بين القدرة على التفاوض ومبدأ سلطان الإرادة، فلأخيرة أثر وثيق لا يمكن تجاهله على تعديل العقد يصب في مصلحة صاحب العمل من حيث قدرته على فرض شروطه التي يترتبها للتعديل دون مناقشة تذكر من جانب العامل لاسيما في ضوء النظرية المدنية. في حين أنه كلما كان حضور المشرع الاجتماعي أكثر فاعلية كان أثر سلطان الإرادة على التعديل أضيق وأضعف والعكس صحيح. فحضور المشرع الاجتماعي إنما يشكل الحد الأدنى من الحماية القانونية للعامل، الأمر الذي يحد من سطوة سلطان الإرادة لصاحب العمل لمصلحة العامل معززاً للمركز التفاوضي له ومقللاً من هوة عدم التكافؤ بين الطرفين.

(165) Cassa. soc. 26 mai 1998, Liais. soc. quoti. n° 7882 du 22 juin 1998. Voir aussi, Cassa. soc. 8 janvier 1998, Liais. soc. quoti. n° 7791 du 19 janvier 1998. Cassa. soc. 10 octobre 2000, J.S.L. 7 novembre 2000, n° 67-2.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث واقع الحرية التعاقدية في تشريع العمل أو ما اصطلح على تسميته في التشريعات الحديثة بـ: "أزمة عقد العمل". حيث عرضنا لهذه الأزمة ببعديها التحليلي والمقارن. فبحثنا في خلفية الحرية التعاقدية في إطارها التاريخي والمخاض الذي مرت به والعثرات التي وقعت بها وصولاً إلى هيئتها الحالية، التي يمكن أن نصفها بالأكثر اتزاناً وأفضل الممكن، إن من حيث المدلول أو من حيث نطاق التطبيق. كما عرضنا لواقع هذه الحرية في ضوء التجربة التشريعية الفرنسية مسقطينها على الواقع السوري، رغبة منا في كشف واقعها في تشريعنا هادفين للارتقاء به. فتمكنا من أن نثبت، أنه وبالرغم من العديد من الانتقادات والشكوك.... حقيقة وجود هذه الحرية وخصوصيتها التي تتفرد بها عن مثيلاتها في التشريع المدني. وجوداً وخصوصيةً لا تزال تنسم بالضبابية في تشريع العمل السوري الذي يحتاج إلى الكثير من الجهد للارتقاء بهذه الحرية في تشريعه.

النتائج

أولاً: الحرية التعاقدية في القانون الاجتماعي... حقيقة قائمة!

إن كثرة التلطيفات (التعدييات) التي تعرضت لها الحرية التعاقدية والتي جعلت العديد من الفقهاء يتساءلون عن موقعها في تشريع العمل عامة وعقد العمل خاصة، وصولاً إلى التشكيك في مدلولها، بكونها التعبير الصادق عن إرادة أطرافها أم إرادة المشرِّع، لا تعدو أن تكون اليوم مجرد نظريات من الماضي. فالحرية التعاقدية لا تزال واقعاً قائماً بمدلولها ومفهومها الذي يختلف عن مثيله في القانون المدني. حرية، تمثل انعكاساً لروح وفلسفة التشريع الاجتماعي الذي يختلف عن مثيله من القانون المدني. حرية أملت على المشرِّع الاجتماعي منح المزيد من الاهتمام لها ومنع التعدي الفردي عليها ما لم يكن بهدف الارتقاء بها.

لذلك، فإن نفس مفهومها الخاص في تشريع العمل فيه مبالغة كبيرة وعدم إمام كافٍ بروح وفلسفة هذا التشريع، فالإرادة تبقى مصدر الالتزام فيه، وباللحظة التي تلتزم بها يكون الالتزام التعاقدية قد نشأ بغض عن القيود ومصدرها القانوني. فمن غير الممكن القول بأن عقداً نشأ بين طرفين لم يرتكز في مضمونه إلى إرادتهما. أضف إلى ذلك، لا يمكننا أن ننكر أن عملية التوجيه التعاقدية للإرادة في عقد العمل إنما كان نتيجة للعيوب التي اعترت المساواة الاقتصادية والاجتماعية في العقد، كما كان نتيجة للتطور الاقتصادي والاجتماعي للمجتمعات، الأمر الذي أدى إلى بروز مفهوم النظام العام الحمائي وتطبيق الشرط الأصلح للعامل الذي لطف بشكل كبير من مفهوم الإذعان الاجتماعي، من حيث جواز الاتفاق على ما يغاير قواعد قانون العمل الأمرة إذا كان هذا الاتفاق أصلح للعامل.

ثانياً: الحرية التعاقدية في التشريع السوري حقيقة تبحث عن خصوصيتها:

إذا كان المشرّع الفرنسي استطاع أن يُلبس، اليوم، هذه الحرية ثوبها الاجتماعي الخاص احتراماً منه لخصوصيتها التي تميزها عن شقيقتها الكبرى في القانون المدني، سواء في مرحلة الانعقاد أو التنفيذ وحتى الانتهاء. فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمشرع السوري الذي لا زال يُلبسها الثوب المدني (الملطف). فبالرغم من أن المنطلق الذي انطلق منه المشرعان في بلورة هذه الحرية واحد، "نظرية التعسف باستعمال الحق في القانون المدني"، إلا أن الخلاصات التي ارتقى إليها كل من المشرعين ليست واحدة في نطاق ودور هذه الحرية في الانعقاد والتنفيذ وصولاً إلى الانتهاء. فالمشرّع الفرنسي ابتعد عن النظرية المدنية في نطاق انعقاد العقد ليتبنى نظرية عدم التمييز، ولطف كثيراً من سلطة صاحب العمل في معرض تنفيذ العقد لاسيما في إطار عملية تعديل العقد، فهجر النظرية المدنية بتطبيقاتها القائمة على التمييز بين التعديل الجوهري والتعديل غير الجوهري، إلى تبني النظرية الاجتماعية القائمة على التفريق ما بين تعديل العقد وتعديل شروط تنفيذ العمل. كما أخرج مفهوم إنهاء العقد من النظرية المدنية القائمة على منع التعسف باستعمال الحق ليطبق النظرية الاجتماعية القائمة على وجود السبب الحقيقي والجاد. هذه الخلاصات بقيت بعيدة عن تشريع العمل السوري الذي لا زال يحكم مرحلتي الانعقاد والتنفيذ بالمفهوم المدني الملطف لنظرية التعسف باستعمال الحق، في أنه أخضع الحرية في مرحلة الانتهاء لنظرية حمائية متشددة عطّلت هذه الحرية لحساب طرف على آخر.

[د. محمد عرفان الخطيب]

التوصيات

أولاً: حرية تعاقدية بحاجة إلى المزيد من الاهتمام:

إنّ واقع الحرية التعاقدية في التشريع الاجتماعي اليوم، لا يمثل الصورة الفضلى التي نبحث عنها في تشريع العمل، فهو يمثل، كما بيّنا سابقاً، أفضل الممكن. الأمر الذي يحتم على المشرّع الاجتماعي المزيد من الاهتمام بهذه الحرية منعاً لها من الانجراف نحو الفردية من جديد، لاسيما بالنسبة لهامش الاشتراطات التعاقدية التي قد يبرمها الطرفان خصوصاً خلال مرحلة الانعقاد، لاسيما منها التي تمس العناصر الرئيسية في العقد كالحرية في العمل بالنسبة لشرط الحصرية والأجر بالنسبة لشرط إعادة تكيف الأجر، بحيث إنه لا يمكن أن يقبل بأن تعود النزعة المدنية للحرية التعاقدية في ثوب اجتماعي يبرز من خلال هذه الاشتراطات.

ثانياً: مشرّع اجتماعي بحاجة إلى المزيد من العمل:

لم يكن الثوب المدني مناسباً يوماً لهذه الحرية، فقد أثبتت التجارب أنه يثير الكثير من المشاكل. هذه الخلاصة تحتم على المشرّع السوري، اليوم وأكثر من أي وقت مضى، التدخل الفاعل لتوضيح صورة هذه الحرية بثوبها الاجتماعي في التشريع السوري. وسيكون من المفيد الاسترشاد بالتجربة الفرنسية في هذا المجال. هذه التجربة التي منحت الحرية التعاقدية خصوصيتها في مختلف مراحل العقد، ابتداءً بمرحلة الانعقاد فمرحلة التنفيذ وصولاً لمرحلة الانتهاء، كل ذلك مع مراعاة خصوصية بيئة العمل السورية وظروف ومتطلبات هذا المجتمع.

المراجع (١٦٦)

العربية :

- إسماعيل غانم، دروس في قانون العمل، ١٩٦٣.
- جلال علي العدوي و عصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.
- حسام الدين الأهواني، شرح قانون العمل، القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، ١٩٨٢.
- حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة الثالثة، ١٩٨٣.
- حسن كيرة، التعسف باستعمال الحق في القانون الفرنسي والمصري، الإسكندرية، ١٩٦٤.
- شفيق طعمة، التقنين المدني السوري، ملحق الجزء السادس، تشريعات العمل والعمال، المكتبة القانونية، سورية، ١٩٩٧.
- محمد عرفان الخطيب، مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن (المفهوم) (التطبيق والإثبات) (الحماية القانونية) ثلاثة أبحاث قانونية منشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاجتماعية الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، الأعداد ٢٤-٢٥-٢٦ على التوالي، للعامين ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

(١٦٦) نظراً لشمولية البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهم المراجع، علماً بأن كافة تفاصيل هذه المراجع مدونة في متون البحث.

[د. محمد عرفان الخطيب]

أسباب التسريح الفردي لدوافع شخصية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والسوري والمصري واللبناني، رسالة دكتوراه، فرنسا، ٢٠٠٣، مكتبة جامعة دمشق.

□ محمد فاروق الباشا، التشريعات الاجتماعية، قانون العمل، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٩.

□ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، جامعة دمشق، الطبعة العاشرة، ٢٠٠٤.

الفرنسية :

- A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, Le nouveau Code du travail, une réussite?, RDT 2007, p.356.
- A. Jeammaud, Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente, Droit. soc.1999, février, n°17.
- A. Mazeaud, Contractuel mais disciplinaire, Droit soc. 2003, n°2 p. 164-165.
- A. Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, Droit. soc. 2000, n° 2, pp. 131-145.
- B. Boubli, Le lien de subordination juridique, réalité ou commodité, J.S.L. 4 mai 1999, p. 4 s.
- B. Trentin : Un nouveau contrat de travail. Droit. soc. 1999, p. 473.
- C. Bonnetête, De la notion de faute à la notion de cause, la notion de cause dans la loi de 13 juillet 1973. D. 1974, chron. pp. 191-196.
- C. Minet, Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail. JCP, éd E, 2003.
- Ch. Rade, Les limites du tout contractuel, Droit. soc.2000, n° 9/10, p. 828-831.
- Cour d'histoire des relation du travail: Année 2008-009 note personnelles université de Montpellier I. 2009.
- D. Emmanuel, Droit du travail, 3^{ème} éd. D. coll. Hypercours, 2008.
- F. Canut, Les clauses de dédit-formation : de la nullité des clauses illicites à la nullité des clauses excessives, JSL, 26 janvier 2005, p. 4-8.

[الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"]

- ❑ F. Clavel, F.M. Marignier, N. Frédérique, Les clauses du contrats de travail, Liaisons sociales, 25 mars 2005, p. 3-93.
- ❑ F. Naude, Réflexion à propos du projet de la loi du 13 juillet 1973 modifiant le droit du licenciement, Droit. soc. 1973, n° 3, pp. 137-150.
- ❑ G. Lyon- Caen, Défense et illustration du contrat de travail, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1968, T. XIII.
- ❑ G. Lyon-Caen, Le rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, Rév. Trim. Dro. Cop.1974, p. 299.
- ❑ G. Picca, Droit civil et droit du travail : contrainte et légitimité, Droit. soc. 1988, p. 426.
- ❑ J. Audinet, Une réforme imparfaite, la loi du 13 juillet 1973 sur le licenciement, J.C.P, 1974, I, p. 2601.
- ❑ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockes , Les grands arrêts du Droit du travail, Dalloz, 4ème éd., 2008.
- ❑ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 23^{ème} éd. Dalloz, 2006.
- ❑ J. Pélissier, Pour un droit des clauses du contrat de travail, RJS 2005 p.499.
- ❑ J. Pelissier, Droit civil et contrat individuel de travail, Droit. soc. 1988, p. 387.
- ❑ J.E. Ray, Le noyau dur du contrat de travail, Revue de Gestion des Ressources Humaines, 2001, p. 91-96.
- ❑ J-R. de la Tour, La vie personnelle du salarié: étude sur la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Rapport de l'activité de la Cour de cassation pour l'année 1999, La documentation française, 1999.
- ❑ L. Rozes, Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Droit. soc. 1977, p. 331.
- ❑ Le régime de l'ordre public en droit du travail, Etude offertes a J. Ghestin, LGDJ, Montchrestien, 2001, p. 363.
- ❑ Liberté, Egalité et Fraternité et Droit du travail, Droit. soc. Numéro spé. Janvier 1990.
- ❑ M. Del Sol, Le contrat de travail: instrument de flexibilité et/ou de résistance ?, Bulletin social Francis Lefebvre , 1er mai 2002, p. 269-280.
- ❑ M. Peano, L'intuitu personae dans le contrat de travail, Droit. soc. 1995, p. 129.
- ❑ P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, p.771 et s.
- ❑ P. Durand et A. Vitu, Traité de droit du travail, Tome I, Les relations individuelles de travail, Dalloz, 1956.
- ❑ Durand, La particularisme du droit du travail, Droit. soc. 1945, p. 498.G.

[د. محمد عرفان الخطيب]

- Ph. Waquet, Le renouveau du contrat de travail, RJS, mai 1999, p. 383- 394.
- P-Y Verkindt, Révision du contrat de travail, éd. Juris-Classeur, 1997, fasc. 30-4, n° 3.
- Th. Tauran, Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale, JCP S, 25 avril 2006, p. 13-17.