PROFESSEURE AGRÉGÉE DE DROIT PRIVÉ
ET SCIENCES CRIMINELLES
DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

الطبيعة القانوّنية للاتفاّقية المشتركة بين غموض النصّ واجتهاد فقه القضاء

سناء سويسي
أستاذة محاضرة بكليّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس ومحامية

1- يتميّز قانون الشّغل بتنوّع مصادره نتيجة تعدّد الأطراف المشاركة في وضع القواعد القانونيّة المنطبقة على العلاقات الشغليّة : المشرّع من جهة بسنّه لمجلّة الشغل ومختلف النصوص القانونية المكمّلة لها والواردة طبقا للأصناف القانونية المختلفة ، والأطراف الاجتماعيّة من جهة أخرى بتدخّلها في وضع الاتفاقيّات المشتركة للعمل[1].

2-وتعتبر الاتفاقيات المشتركة للعمل أحد أهم مصادر قانون الشغل ، والتي رغم قيام المشرع بتنظيمها وتحديد مفهومها و وظيفتها وعيا منه بأهميّة دورها كأداة لتحقيق السلم الاجتماعي وتجنب انفراد الدولة بتنظيم العلاقات المهنية[2]، فإنّها لم تكن بمعزل عن إثارة عدد من المسائل الخلافيّة، لعلّ أهمّها على الاطلاق تحديد طبيعتها القانونيّة ، خاصّة في ظلّ غياب هذا التحديد بصورة واضحة في ظلّ التشريع ، وارتباط الطبيعة القانونية بمسألة التأويل.

3- وقد شكّلت الطبيعة القانونية للاتفاقية المشتركة محلّ اهتمام الفقه منذ ظهورها[3]، فاتّجه جانب منه إلى الإقرار بطبيعتها كعقد مدني، طالما أنّها تجد أساسها في الإرادة المشتركة للأطراف الاجتماعية التي أبرمتها وترتب مجموعة من الالتزامات التي يجب عليهم تنفيذها تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد[4]. وفي ظلّ ما جوبه به أصحاب هذا الموقف من صعوبات قانونية تتعلّق بالأساس بتفسير انصراف آثار الاتفاقية إلى جميع العمال والمؤجرين الذين يدخلون في مجال تطبيقها ، دون أن يصدر عنهم أيّ تعبير بالموافقة على أحكامها، لجئوا في مرحلة أولى لتبرير ذلك بالاعتماد على مؤسسة الوكالة اعتبارا أنّ النقابة عند إبرامها للاتفاقية إنّما تتصرّف كوكيل عن أعضائها إذ تفعل ذلك بإسمهم ولحسابهم. ولقد بيّن هذا التعليل قصوره بالنظر إلى أنّ آثار الاتفاقية لا تنسحب فقط على منخرطي النقابة بل وأيضا على غيرهم من الأشخاص[5]. وقد حدا هذا القصور بأنصار هذا التوجّه للبحث عن تفسير ثان ، فوقع الاستناد إلى مؤسّسة الاشتراط لمصلحة الغير، ليبقى هذا التعليل بدوره عاجزا عن التفسير السليم ، طالما أنّ مضمون الاتّفاقيّة المشتركة لا يقتصر على إنشاء حقوق لفائدة العمّال، وإنّما يتضمّن أيضا مجموعة التزامات تقع على عاتقهم ، فضلا عن أنّ الشخص الذي يشترط

---

[1] رياض الجمل ، الاشكالات المتعلقة بالاتفاقيات المشتركة القطاعية من خلال فقه القضاء ، إشكالات في قانون الشغل (الجزء الثاني) ، جمعية الحقوقيين بصفاقس، مجمع الأطرش للكتاب المختصّ ، 2020 ، ص. 23

[2] M.Tarchouna, La négociation collective en Tunisie, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université Paris I.

[3] يراجع في هذا الشأن :

P. Durand, Le dualisme de la convention collective, RTD Civ., 1939, p.353, M . Despax, Négociations , conventions et accords collectifs, Dalloz, 1989.

[4] M.J. Cruege, Le concept contractual et les négociations collectives , Thèse, Paris I, 1974,. J.Pélissier, A.Supiot et A.Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, 2002, p865.

[5] يراجع : النوري مزيد ، محاضرات في قانون الشغل ، كلية الحقوق بصفاقس، السنة الجامعية 2002-2003 ، ص, 221 .

لفائدته بمكنه التعبير دائما عن رفضه له بما يجعل الشرط لا عمل عليه في حقه ، وهو غير ممكن في الاتفاقيات المشتركة[6]. .

في المقابل ذهب اتّجاه ثان للتمسّك بالصبغة الترتيبيّة للاتّفاقيّة المشتركة ، معتبرا عدم إمكانيّة التعاطي معها على ضوء النظريّة العقديّة ، فلا يمكن تكييفها بالعقد ، بل يجوز اعتبارها نصّا ترتيبيّا[7]. وبناء على ذلك يتعيّن احترامها والالتزام بأحكامها من جميع الأشخاص التابعين لتلك المهنة بغضّ النظر عن قبولهم بها من عدمه بصدور رضاهم عنها أم لا ، لتنصرف لكافة الأشخاص المنتمين للنّشاط الذي تحكمه . ولم يسلم هذا التصوّر بدوره من النقد ، بالنّظر إلى إهماله مرحلة تكوين الاتّفاقيّة ، التي تنبثق من إرادة الطرفين المتعاقدين، ولا تمثّل من حيث نشأتها سوى ثمرة تفاوض بين الأطراف الاجتماعيّة المتعاقدة ، كما هو الشأن بالنسبة للعقود ، كما لا يمكن للسلطة العموميّة أن تتدخّل لفرض حصول مثل ذلك الاتّفاق أو تغييره. .

ومحاولة للتوفيق بين النظريّتين ، أصبح الفقه يكاد يكون مجمعا على ما يعرف بالطبيعة المزدوجة للاتّفاقيّة المشتركة ، فهي تنشأ كعقد وتخضع بالتالي للقواعد العامّة المتعلّقة بشروط تكوين العقد ، لكنّها تقترب من حيث آثارها من النصّ الترتيبي أو القانون في مفهومه الواسع ، حيث تتضمّن أحكام تتوفّر فيها شروط القاعدة القانونيّة من حيث اتّصافها بالعموميّة والتجريد والإلزام ، فتتجاوز بذلك دائرة الأطراف الموقّعة عليها ، وتنسحب أحكامها على جميع الأشخاص الخاضعين لها بقطع النظر عن انتمائهم من عدمه للمنظمة النقابية[8]،.

4-يبقى أنّ هذا الحسم نظريّا للطبيعة القانونيّة المزدوجة للاتفاقيّة المشتركة ، قد يصطدم تطبيقيّا بصعوبات ناتجة عن غياب نظام قانوني يتطابق مع الطبيعة المزدوجة، خاصّة في علاقة بمسألة التأويل. فالثابت أن تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقية المشتركة للعمل يشكّل العنصر المحدّد لقواعد التأويل التي سيقع تطبيقها من القاضي. فهل سينظر إليها كعقد مدني على أساس تعريفها من قبل المشرّع بالفصل 31 من مجلة الشغل بأنّها " اتّفاق متعلّق بشروط العمل مبرم بين المؤجرين المنظمين لكتلة أو القائمين شخصيّا من جهة وبين مؤسسة أو عدّة مؤسسات نقابية للعمّال من جهة أخرى" ، وهو ما يفرض معه حتما ضرورة تطبيق قواعد تفسير العقد الواردة بالنصّ العامّ ، أم يجب

---

[6] يراجع : النوري مزيد ، محاضرات في قانون الشغل ، كلية الحقوق بصفاقس، السنة الجامعية 2002-2003 ، ص, 221 .

[7] براجع:

J.Pélissier, A.Supiot et A.Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, 2002, p865.

[8] يراجع في هذا الشأن :

P. Durand, Le dualisme de la convention collective, RTD Civ., 1939, p.353

تناولها من زاوية النصّ الترتيبي بما يجعلها في حكم النصّ القانوني بمعناه الواسع ، وهو ما يرتّب وجوبا اعتماد قواعد تأويل القانون المنصوص عليها أيضا صلب النصّ العامّ ؟.

5- تفرض الاجابة على هذا التساؤل ضرورة الوقوف عند ما ميّز التعاطي مع الطبيعة القانونية للاتفاقيّة المشتركة من تردّد (الجزء الأوّل) ، أصبح يفرض ضرورة حسمه في الاتجاه الأصوب (الجزء الثاني).

الجزء الأوّل: التردّد بين الصبغة العقدية والصبغة الترتيبيّة للاتفاقيّة المشتركة للعمل

6- تتأرجح الاجتهادات القضائية في تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقية المشتركة للعمل بين موقفين متضاديّن، حيث تبنى اتّجاه أوّل صبغتها التعاقديّة (أ) في حين تمسّك الاتّجاه الثاني بصبغتها الترتيبية (ب).

أ- الموقف المتشبّث بالطبيعة العقديّة للاتفاقيّة المشتركة للعمل:

7- اختارت محكمة التعقيب في بعض قراراتها توصيف عقديّا للاتفاقية المشتركة للعمل طغى على صبغتها الترتيبيّة ، و قد اعتمدت هذا التكييف بصورة **صريحة** تارة وبصورة **ضمنيّة** تارة أخرى.

8- ولقد مثّل التشبّث الصريح بالطبيعة العقدية للاتفاقية المشتركة تجسيدا له صلب القرار التعقيبي المدني عدد 12226 المؤرّخ في 16 فيفري 2015 [9]، الذي قرّر بصورة قاطعة وجازمة بأنّ " الاتفاقيّات القطاعيّة وإن تخضع لمبدأ مصادقة الوزير المكلّف بالشؤون الاجتماعيّة كشرط لدخولها حيّز التطبيق فإنّها مع ذلك تحافظ على صبغتها التعاقدية باعتبارها عقدا جماعيّا بين ممثلي العمال وممثلي الأعراف لتنظيم العلاقات المهنيّة في نشاط مهني معين والاتفاقيّات القطاعية بهذا المعنى يصنّفها فقهاء القانون الاجتماعي ضمن المصادر المهنية لقانون الشّغل ".

9-ويبدو أن محكمة التعقيب قد أسّست استنتاجها لهذا التكييف بناء على عدد من العناصر،إذ اعتمدت على التصنيف الذي يمنحه فقهاء القانون الاجتماعي للاتفاقيّة باعتبارها أحد المصادر المهنية لقانون الشغل، طالما أنّها تنشأ نتاج تفاوض بين الأطراف الاجتماعيّة وانطلاقا من واقع العلاقات الشغلية ذاتها ، فهي بمثابة الاقرار التلقائي الناتج عن تفاعلات المحيط الشغلي[10] . كما

[9] قرار غير منشور ، يراجع سناء سويسي ، الطبيعة القانونية للاتفاقية المشتركة للشغل من خلال القرار التعقيبي عدد 12226 بتاريخ 16 فيفري 2015 ، قراءات في اجتهادات قضائية 2، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، 2020 ، ص.137 وما يليها.

[10] M.Despax, Traité du droit du travail : conventions collectives , T. VII, 1966, p.19

ارتكزت على أنّ تدخّل وزير الشؤون الاجتماعية بموجب المصادقة على الاتفاقية هو فقط شرط لدخولها حيز التطبيق .

10- ولم تحد محكمة التعقيب في مناسبة لاحقة عن هذا المنحى في تكييف الاتفاقية المشتركة للعمل صراحة بالعقد معتبرة في قرارها التعقيبي عدد 38334 مؤرخ في 13 مارس 2017[11] على أنّ " الاتفاقات المهنية وإن مثّلت عقودا جماعية فإنّها لا تخرج عن النظريّة العامّة للعقد..." .ولعلّ المحكمة بهذه العناصر تكون قد اكتفت بظاهر العبارات التي يستعملها المشرّع حين يعرّف الاتفاقيّة بأنّها " اتّفاق" ويشير إليها بصورة متواترة باعتماد عبارة " العقود الجماعيّة" ويصف تكوينها بالابرام كما ورد صلب الفص 38 م.ش..، وهي جميعها مصطلحات ذات دلالة عقدية.

11- في المقابل يجد التشبّث الضمني بالطبيعة العقديّة للاتفاقية المشتركة مكانا له في فقه القضاء من خلال القرار التعقيبي المدني عدد 20073 المؤرخ في 2 فيفري 2008[12] ، والذي جعل من إجراء المصادقة على الاتفاقية مجرّد إجراء شكلي لا غير، حين أقرّ اعتماد التاريخ المنصوص عليه صراحة صلب الاتفاقية كتاريخ لدخولها حيز التنفيذ مرتّبا تبعا لذلك تطبيقها بمفعول رجعي بغضّ النظر عن تاريخ المصادقة والنشر ، حيث اعتبرت المحكمة أنّ " حصول المصادقة على الاتفاقية المشتركة ثمّ نشرها بتاريخ لاحق من شأنه أن يجعل لحقّ العامل المحفوظ بمقتضى تلك الاتفاقية قوة تنفيذيّة بداية من تاريخ دخولها حيز التنفيذ ، وما صدور قرار المصادقة إلّا للتأكيد على تنفيذها منذ ذلك التاريخ وأنّ الأمر لا يتعلّق بتطبيق الاتّفاقية بمفعول رجعي بقدر ما يتعلّق بالتأكيد على تطبيق مقتضياتها من خلال ما نصت عليه صراحة ". فمصادقة وزير الشؤون الاجتماعية بهذا المعنى لا يمكن أن يتجاوز دورها مجرّد **التأكيد على تنفيذ الاتفاقية**. وهو الحلّ الذي خالفته المحكمة في قرار آخر وهو القرار عدد 2813 مؤرخ في 10 جوان 2013 تمسّكت فيه بأنّ تاريخ المصادقة هو تاريخ دخول الاتفاقية حيز التنفيذ [13] ، وهو ما أكّده الفقه الذي يعتبر أنّ " قرار المصادقة هو الذي يحدّد بداية تطبيق الاتفاقية ، فهي لا تدخل حيز التنفيذ إلّا عند صدور قرار المصادقة في الرائد الرسمي رغم أنّ مفعول الاتفاقية قد يكون رجعيا إذا نصت الاتفاقية على ذلك" [14]. ويؤسّس بذلك اختزال دور المصادقة في مجرد إجراء شكلي وتهميش دور السلطة الترتيبية إلى تغليب الصبغة العقدية للاتفاقية.

12- ولقد انعكس اختيار الطبيعة العقديّة للاتفاقية المشتركة على نظام التأويل المنطبق، حيث أفرز ذلك آليّا تطبيق قواعد تفسير العقد على الغموض الذي يحفّ بأحكام بعض الاتفاقيات

---

[11] غير منشور

[12] قرار تعقيبي عدد 20073 مؤرخ في 2 فيفري 2008 ، ن. م. ت. 2008 ، ص. 389 .

[13] قرار غير منشور

[14] النوري مزيد، محاضرات في قانون الشغل ، 2019-2020 ، ص. 225.

وإقصاء قواعد تأويل النصوص القانونية . فلم تتردّد محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 2015 المومإ إليه سابقا بمناسبة ممارسة سلطتها التأويلية بقصد تحديد ميدان انطباق الفصل 49 من الاتفاقية المشتركة القطاعية من استبعاد قواعد تأويل النصوص القانونيّة صراحة حين قضت بأنّ "القرار المطعون فيه قد خالف مقتضيات القانون حين اعتمد الفصل 533 م.ا.ع. المتعلّق بتأويل النّصوص القانونيّة ... وكان عليه اعتماد قواعد تفسير العقود الواردة بالفصل 513 وما بعده من م.ا.ع.". وقد رتّب اعتماد أحكام الفصل 515 م.ا.ع. في التأويل الوصول إلى نتائج مختلفة عمّا اهتدت إليه محاكم الأصل بمناسبة تطبيقها لقاعدة الفصل 533 م.ا.ع. المتعلّقة بتأويل النصّ القانونيّ لا التّعاقدي. (تعلّق النزاع بتحديد المقصود بعبارة العمّال المحالين على التقاعد حتى يمكن المطالبة بمنحة الإحالة على التقاعد المنصوص عليها بالفصل 49 : هل تقتصر على إحالة العامل على التقاعد بموجب بلوغ السنّ القانونية أم تشمل بصورة أوسع صورة التقاعد الإرادي بطلب من العامل لأسباب شخصية –وهي مناط النزاع– أو حتى على التقاعد لأسباب اقتصادية؟ . و بناء على اعتماد قواعد تفسير العقد الواردة بالفصل 513 م. ا. ع. وما بعده وتحديدا أحكام الفصل 515 من م.ا. ع الذي ينصّ على أنّ " العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب "وإقصاء أحكام الفصل 533 من ذات المجلّة الذي ينصّ على أنّه " إذا جاءت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها"، انتهت المحكمة إلى اعتبار أنّ **المقصد** من استعمال الاتّفاقيّة للعبارة مناط النزاع هو "بلوغ العامل السنّ القانونيّة الّتي توجب قانونا إحالة العامل على التّقاعد" في إقصاء لصورة التّقاعد الإرادي بطلب من العامل لأسباب شخصيّة حيث اعتبرت أنّ "النصّ موضوع التفسير ذو طبيعة عقديّة" ، وأنّ ميدان انطباق الفصل 49 من الاتفاقية القطاعيّة بخصوص منحة الإحالة على التقاعد لا يشمل كافّة حالات الإحالة على التقاعد ويقتصر فقط على صورة الإحالة على التقاعد بموجب بلوغ السنّ القانونيّة. و قد نقضت بذلك محكمة التعقيب ما اهتدت إليه محاكم الأصل التي طبقت قواعد تأويل القانون والتي على أساسها قضت باستحقاق العاملة لمنحة الاحالة على التقاعد "بناءً على أحكام الفصل 533 من م.ا.ع. اعتبارا للصبغة الإطلاقيّة للفصل 49 من الاتفاقيّة القطاعيّة المنطبقة" والذي يجعله شاملا لمختلف حالات التقاعد التي ميّزها المشرّع") .

13– ولم يمنع تمسّك القضاء في جانب من اجتهاداته بالطبيعة العقدية للاتفاقية من وجود توجّه ثان يرجّح طبيعتها كنصّ ترتيبي بما يوجب ضرورة إخضاعها لقواعد تأويل القانون عند مشوب نزاعات بشأن غموض أحكامها.

ب–**<u>الموقف المتشبّث بالطبيعة الترتيبيّة للاتفاقية المشتركة للعمل:</u>**

14- احتفظت محكمة التعقيب في عدد من قراراتها بطبيعة الاتفاقية المشتركة كنص ترتيبي، فتناولتها في عدد من المناسبات بالتكييف والتحليل من زاوية النصّ القانوني، وهو ما يمكن الاستدلال عليه من خلال القرار عدد 72519 المؤرّخ في 18 ماي 2012[15] ، الذي اختارت فيه المحكمة صراحة تكييف الاتفاقية المشتركة لموزعي الأدوية بالجملة ونصف الجملة والواقع الاستناد من محاكم الأصل على الفصل السادس منها للترفيع في مكافأة نهاية الخدمة المتنازع في شأنها " **بالنصّ القانوني المعتمد** في غرامات الطرد بناء على نشاط المؤسّسة المؤجرة"، وهو ما ذهبت إليه بدورها محكمة الاستئناف بصفاقس في قرارها عدد 68375 المؤرّخ في 29 نوفمبر 2017[16] بمناسبة نزاع نشب حول تحديد الاتفاقية المشتركة القطاعية المنطبقة ، حيث دأبت المحكمة على اعتماد عبارة " النص التشريعي المنطبق ".

15- ولقد كان فقه القضاء أكثر جرأة في مناسبات أخرى ، إذ لم تتوان محكمة التعقيب على التأكيد فيها على **الصّبغة المتّصلة بالنّظام العامّ** لأحكام الاتّفاقيّة المشتركة[17]، لتصبح هذه الأخيرة بمثابة القانون المتضمّن لأحكام آمرة، لا يجوز الاتّفاق على استبعادها أو تعديلها أو تعويضها بأحكام مغايرة صلب عقد الشّغل إلاّ إذا كان من أجل إقرار بنود أصلح للأجير تطبيقا لمفهوم النّظام العامّ الاجتماعي.

16- ولقد سمح هذا المنحى لمحكمة التّعقيب أن تتعاطى مع تفسير الاتّفاقيّة باعتباره مسألة قانونيّة لا واقعيّة، لتتّجه لبسط رقابتها بصفة كاملة على تأويل قضاة الأصل لأحكام الاتّفاقيّة المشتركة سواء أثيرت المسألة أمامها من قبل الخصوم أو تعرّضت لها المحكمة من تلقاء نفسها بمناسبة تأويل الاتّفاقيّة[18].

17- فمن جهة أولى، لم تتوان محكمة التّعقيب عن قبول النّظر في الطّعون القائمة على خرق أحكام الاتّفاقيّة المشتركة[19]، ونقض القرارات الّتي جاءت مخالفة لهذه الأحكام [20]، متعاطية بذلك مع

---

[15] غير منشور.

[16] قرار استئنافي شغلي ، أورده رياض الجمل ، المقال السابق، ص. 37.

[17] قرار تعقيبي مدني عدد 6829 مؤرخ في 9 جوان 1982 ،ن.م.ت.1982 ، ج.3 ، ص. 14، قرار تعقيبي مدني عدد 18020 مؤرخ في 22 جويلية 1987 ، ن,م.ت. 1987 ، ص. 13

[18] ذهبت محكمة التّعقيب الفرنسيّة بدورها في هذا الاتجاه انظر في هذا الشأن:

Cass. ass.plén. 6 février 1976, J.C.P. 1976, II- 18481, note **Groutel**.

وأيضا :

Pélissier (J.), Auzero (G.) et Dockès (E.) : Droit du travail, 26ème éd., Dalloz, coll. « Précis », 2012, n° 1252.

[19] قرار تعقيبي مدني عدد 11917 مؤرخ في 11 أكتوبر 1984 ، ن.م.ت.، 1984 ، ج.2، ص. 31 ، قرار تعقيبي مدني عدد 10733 مؤرخ في 17 ديسمبر 1984 ، ن.م.ت.1984 ، ج.2، ص. 41، قرار تعقيبي مدني عدد 22720 مؤرخ في 20 فيفري 1989 ،ن.م.ت. ، ج.2،ص.60.

خرق مقتضيات الاتّفاقيّات كصورة من صور خرق القانون[21] أو الخطأ في تطبيقه، ومجسّدة لاختصاصها الذي يتوقّف حسبما أكّده القرار عدد 72535 المؤرخ في 10 مارس 2014 "على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله أو تجاوز الاختصاص أو الإفراط في السّلطة أو عدم مراعاة الصيغ الشكلية الّتي رتّب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط"، كما أنّها تؤيّد القرارات المطابقة لأحكام الاتّفاقيّة على أساس تطبيقها للنصّ القانونيّ تطبيقا سليما[22].

وقد أكّدت المحكمة في هذا السّياق على أنّ "الاتّفاقيّات المشتركة تحكم العلاقات المتولّدة عن عقود العمل ويتعيّن احترامها وفقا للفصل 31 من مجلّة الشّغل"[23]، ليعكس هذا الاستناد على مقتضيات الفصل 31 من مجلّة الشّغل أنّ الاتّفاقيّة في نظر محكمة التّعقيب لا تعدو إلاّ أن تكون بمثابة النصّ المتمّم للتّشريع بما يبرّر اتّساع مجال السّلطة الرقابيّة للمحكمة على تطبيقها وتأويلها[24]. وقد لا يكون هذا الاستناد قائما في جميع الحالات لتبرير الرقابة بل قد تنقض المحكمة القرارات المخالفة لأحكام الاتّفاقيّة دون ضرورة المرور بأحكام النصّ المذكور[25]

18- وسبق، من جهة ثانية، أن قامت محكمة التّعقيب بالتعرّض من تلقاء نفسها ودون طلب من الخصوم إلى تأويل الاتّفاقيّة بغرض تدعيم قضاة الأصل[26] في حجّة على اقتراب الاتّفاقيّة من النصّ التّرتيبي أو القانون بالمفهوم الواسع أكثر من اقترابها من العقد. فالثّابت أنّه من الفوارق القائمة بين الصنفين أنّ نظر المحاكم يختلف في حالتي العقد والقانون، إذ ليس للقاضي الاستناد لعقد لم يتمسّك به من كان طرفا فيه بينما يجوز له أن يستند في حكمه على الوسائل القانونيّة خاصّة إذا كانت ماسّة بالنّظام العامّ[27]. وتسنّى لمحكمة التّعقيب في هذا الإطار وبمناسبة قضيّة تهمّ مؤجّرا يسيّر

---

[20] قرار تعقيبي مدني عدد 9979 مؤرخ في 18 أكتوبر 1984 ، ن.م.ت. 1984 ، ج.2، ص. 23 ، قرار تعقيبي مدني عدد 19492 مؤرخ في 23 أفريل 1990 ،ن.م.ت.1990 ، ص.59 ، فرار تعقيبي مدني عدد 34544 مؤرخ في 27 أوت 1992 ،ن.م.ت1992، ص. 13.

[21] عرّفت محكمة التّعقيب صورة الخطأ في تطبيق القانون صلب قرارها عدد 70115 المؤرّخ في 1999/11/29، ن.م.ت.، 1999، ، ص 49 : "إنّ خطأ محكمة الموضوع في تكييف الدعوى وتحديد القاعدة المنطبقة عليها هي صورة من صور الخطأ في القانون المعروف فقها بأنّه ترك العمل بنصّ قانونيّ لا يحتمل التأويل أو الخلاف في وجوب الأخذ به..."

[22] قرار تعقيبي مدني عدد 8963 مؤرّخ في 2014/01/17 (غير منشور) "حيث أنّ ما تمسّكت به الطاعنة لكونها لا تخضع لأحكام الاتّفاقيّة المشتركة لتجارة وتوزيع النفط ومشتقّاته لكون نشاطها يدخل تحت طائلة مواد البناء في غير طريقه لكون الاتّفاقيّة المشتركة المشار إليها صريحة في عباراتها.

وحيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه قد **طبقت القانون تطبيقا سليما** وعلّلت حكمها تعليلا بما هو مستساغ قانونا ومؤدّ منطقيّا وعللت حكمها تعليلا بما هو مستساغ قانونا ومؤدّ منطقيّا للنتيجة الّتي انتهت إليها...".

[23] قرار تعقيبي مدني عدد 4542 مؤرخ في 19 أفريل 1984 ، ن.م.ت.1984، ص. 22 ، قرار تعقيبي عدد 9792 مؤرخ في 20فيفري 1984 ،ن.م.ت، 1984، ص.60.

[24] النوري مزيد، القاضي وقانون الشغل، محاولة تحليلية لدور القاضي في النزاعات الشغلية ، منشورات رؤوف يعيش، 2002 ،ص. 85.

[25] قرارتعقيبي مدني عدد 19866 مؤرخ في 2 مارس 1988 ،ن.م.ت. 1988 ،ص.135 .

[26] قرار تعقيبي مدني عدد 4723 مؤرخ في10 فيفري 1982 ،ن.م.ت.1982، ص.331.

[27] محمد المالقي ، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي ، مركز النشر الجامعي ، 2003، ص. 36.

مقهى من الصنف الأوّل رفض فيها تطبيق الاتّفاقيّة المشتركة للمقاهي والحانات والمطاعم على أحد العمّال التابعين له باعتبار أنّ تلك الاتّفاقيّة لا تنسحب على مقاهي الصّنف الأوّل بشأن المقهى الذي يسيّره، أن أقرّت أنّه طالما أنّ الاتّفاقيّة المذكورة لم تستثن أيّ صنف من أصناف المقاهي صراحة أو ضمنيّا فلا مجال والحال كذلك للتمسّك بعدم انطباقها على الصّنف الأوّل من المقاهي[28].ولعلّ هذا التوجّه الذي اختارته محكمة التّعقيب في العديد من قراراتها بتهميش الصّبغة التّعاقديّة للاتّفاقيّة المشتركة يفسّر ما اعتمدته من تطبيق لقواعد تأويل القانون وتحديدا لقاعدة الفصل 536 م.ا.ع. في أحد قراراتها حين قضت بأنّ : "ما اعتبرته محكمة القرار المطعون ومن قبلها محكمة الدرجة الأولى فإنّه مخالف للصواب لأنّ عدم الإدلاء من الطالبة في الأصل أو المستأنفة بقرار اللجنة الاستشاريّة الذي لا يضبط منحة لباس الشّغل لا يمنع المحكمة من تطبيق مقتضيات القانون وخاصّة مقتضيات الفصل 44 من الاتّفاقيّة المشتركة لصناعة الخشب والموبيليا ومنح العاملة مستحقّاتها الواجبة قانونا وذلك عملا بالقاعدة المنصوص عليها **بالفصل 536 م.ا.ع.** الذي ينصّ على "أنّ ما حكم به القانون لسبب معيّن جرى العمل به كلّما وجد السّبب المذكور"[29] **فتطبيق قاعدة الفصل 536 م.ا.ع. للقضاء بما نصّت عليه الاتّفاقيّة المشتركة** يندرج في نطاق تمشّ فضّلت محكمة التّعقيب في قرارها المؤرّخ في 2 جانفي 2015 التخلّف عن الاقتداء به، وإقصاء القواعد المنطبقة في ظلّه لتتبنّى في المقابل مجموعة قواعد انصبّ الاهتمام معها على ترجيح الصّبغة التّعاقديّة للاتّفاقيّة أثبتت هشاشة في الاعتماد عليها، وأصبح لزاما معه ضرورة الحسم.

الجزء الثاني : ضرورة الحسم في اتجاه ترجيح الصبغة الترتيبية للاتفاقية المشتركة

19- تبدو الاتفاقية المشتركة للعمل أقرب للنصّ الترتيبي منها إلى العقد ، وهو ما يقتضي ترجيح صبغتها الترتيبيّة الذي يتوافق مع نصّ التشريع (أ) وروحه (ب) .

أ-تناسق الصبغة الترتيبيّة للاتفاقية المشتركة مع نصّ التشريع:

20- إنّ القول بمحافظة الاتفاقية المشتركة على صبغتها التعاقدية رغم خضوعها لمصادقة وزير الشؤون الاجتماعية ينطوي على تجاهل للقواعد المنظمة للاتفاقية صلب مجلّة الشغل ، حيث تتضافر الأدلّة والشواهد التي يمكن الاستناد عليها للاستدلال على اقتراب الاتفاقية المشتركة من النص الترتيبي أو القانون بمفهومه المادي الواسع أكثر من اقترابها من العقد شكلا وأصلا.

21- **1-من حيث الشكل:** يسمح تفحّص الفصول المنظّمة للاتفاقية المشتركة بالوقوف عند **تعدّد الوظائف المسندة للسلطة الترتيبيّة** ممثّلة في وزير الشؤون الاجتماعيّة ، **واتّساع نفوذه** في

[28] النوري مزيد ، المرجع السابق ، ص.85.
[29] قرار تعقيبي مدني عدد 80828 مؤرخ في 30 جانفي 2014 ، غير منشور.

مجال الاتفاقيات المشتركة منذ قيامها وإلى حدود إنهاء العمل بها أهمّ الحجج التي تثبت تفوّق السلطة الترتيبيّة على إرادة الأطراف الاجتماعية المتعاقدة ، حيث تحظى في إطارها بوظائف الإنشاء والرقابة والمراجعة والمتابعة والإنهاء.

أوّلا: وظيفة الإنشاء : يمكن الاستدلال على أهمية دور السلطة الترتيبيّة في مرحلة نشأة الاتفاقية من خلال مقتضيات الفصول 37 و38 فقرة أخيرة و39 و44 فقرة أولى من مجلّة الشغل ، **حيث يبقى الوجود القانوني للاتفاقية رهين تدخّل وزير الشؤون الاجتماعية بالمصادقة والتي بدونها تعتبر في حكم المعدوم** قانونا . فأحكام الفصل 37 من مجلّة الشغل تبقي إبرام الاتفاقية معلّقا على قرار وزير الشؤون الاجتماعية يضبط بمقتضاه نطاق تطبيقها المهني والترابي ، وهو ما يعني أنّ الإرادة التعاقدية لا تملك في غيابه إنشاء الاتّفاقية.

وقد ينازع في هذا المعطى بالقول إنّه واقعيّا يلاحظ أنّ الاتفاقيات المشتركة هي التي تحدّد النشاطات المهنية التي تنسحب عليها ، وأنّ تدخّل وزير الشؤون الاجتماعية يتمّ بصورة لاحقة عبر قرار المصادقة ليعلن أنّ أحكام الاتفاقية تنطبق في كامل تراب الجمهورية على النشاطات المذكورة فيه بما من شأنه أن ينسّب من دور السلطة الترتيبية ، إلّ أنّ نصّ الفصل 38 من مجلة الشغل في فقرته الأخيرة لا يترك مجالا للشك أنّ تدخّل السلطة الترتيبية هو العنصر الحاسم والمحدد في وجود الاتفاقية ، إذ اقتضى أنّه " **وعند رفض الموافقة على الاتفاقية لا يمكن العمل بها حتى بين الأطراف المتعاقدة "، وهو ما يعني أنّ المصادقة ليست فقط شرط لتطبيق الاتفاقية بل هي شرط لوجودها،** يمكن الحديث معه عن المفعول المنشئ للاتفاقية إذ بدون المصادقة لا تنتج الاتفاقية آثارها حتى بين أطرافها.

ثمّ إنّ تدخّل السلطة الترتيبية في تحديد الطرف المؤهّل لإبرام الاتفاقية يقوم حجة إضافية على أهمية دور هذه السلطة في نشأة الاتفاقية . فأن يعيّن وزير الشؤون الاجتماعيّة بموجب قرار المنظمة النقابية التي تتولى إبرام الاتفاقية المشتركة القطاعية عند حصول خلاف في معرفة أيّ منظمة من المنظّمات النقابية التي لها أفضلية التمثيل طبقا لأحكام الفصل 39 من مجلة الشغل لا يمكن إلّا أن يدفع في اتجاه التشكيك في الصبغة التعاقدية للاتفاقية.

و تؤكّد مقتضيات الفصل 44 من مجلّة الشغل بدورها "المفعول المنشئ لقرار وزير الشؤون الاجتماعية"، حيث لا يمكن وفي غياب اتفاقية قطاعية إبرام اتفاقية مشتركة للمؤسسة إلّا بقرار من السلطة الترتيبيّة، فلا يسمح أصلا للأطراف المتعاقدة بإبرام اتفاقية إلّا بإجازة سابقة تمنحها الوجود .

والثابت أخيرا أنّ قرار المصادقة هو الذي يؤدي إلى تعميم مفعول الاتفاقية لتنسحب على كافة أعضاء المهنة الذين يدخلون في دائرة تطبيقها بغض النظر عن رضاهم من عدمه بنص الاتفاقية طبقا لأحكام الفصل 38 من مجلة الشغل.

ثانيا: وظيفة الرقابة : **تمنح أحكام الفصل38 من مجلة الشغل لوزير الشؤون الاجتماعية وإن بصورة غير مباشرة وظيفة الرقابة أو الدفع بمراجعة الاتفاقية المشتركة** . فلئن كان النصّ واضحا بإسناده الحق في إصدار قرار بالقبول أو الرفض المعلّل دون أن يجوز له تغيير نصّ الاتفاقية المعروضة عليه, فإنّه وبصفة غير مباشرة ومن خلال عدم المصادقة له أن يدفع بالأطراف إلى تغيير نصّ الاتفاقية ، وهو ما يعني أنّ المشرع عند تفويضه لسلطاته للأطراف الاجتماعية في تنظيم العلاقات الشغلية لا يقوم بذلك بصورة مطلقة أو غير قابلة للرجوع فيها[30].

ثالثا: وظيفة الإنهاء: تبدو أقصى درجات تفوّق السلطة الترتيبية على الإرادة العقدية ما يخوّله الفصل 41 من مجلة الشغل من حقّ السلطة الترتيبية في إنهاء وجود الاتفاقية بصورة آحادية ، إذ ينصّ على أنّه " يمكن لكاتب الدولة للشباب والرياضة والشؤون الاجتماعية **...من تلقاء نفسه...** سحب الموافقة التي وقع منحها لاتفاقية مشتركة بمقتضى قرار...". و لا شكّ أنّ مفعول هذا السحب الذي يمكن أن يصدر عن طرف أجنبيّ دون طلب من المنظّمة النقابيّة للعملة أو الأعراف، وبالرّبط مع أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 38 م.ش. يجعله في حكم الرفض ، والرفض يرتّب انعدام الاتّفاقيّة حتّى بين الأطراف المتعاقدة. ويعدّ تدخّل وزير الشؤون الاجتماعيّة من جهة أخرى لوضع حدّ للاتفاقيّة بناء على طلب أحد الأطراف المعنيّة بها عبر سحب قرار الموافقة المسند قرينة على اتّساع صلاحيّاته بما قد يفقد الحقّ المعترف به للأطراف المتعاقدة في الإنهاء المباشر للاتفاقيّة كلّ معنى طبقا لأحكام الفصل 33 من مجلة الشغل[31].

رابعا: وظيفة المتابعة: لا يمنع ممارسة المنظمات النقابية كطرف في اتفاقية مشتركة لحقها في وضع حد للاتفاقية ، السلطة الترتيبية من الاضطلاع بوظيفة المتابعة ، طالما أنّ الفصل 43 من مجلة الشغل يفرض وجوبا توجيه إعلام بالإنهاء لفائدتها تطّلع بمقتضاه على مآل الاتّفاقية.

---

[30] M.Tarchouna, thèse précitée, p. 1113.

[31] ينصّ الفصل 33 م.ش. على أنّه "يمكن دائما وضع حدّ للاتفاقيّة المشتركة ذات المدّة غير المعيّنة برغبة من أحد الأطراف وبالنسبة له فقط ويشترط عليه أن يعلم جميع أطراف الاتفاقيّة بعزمه هذا وذلك قبل شهر على الأقلّ"

ويشكّل اقتران شكلية المصادقة بوجوبية إجراء النشر بالرائد الرسمي ، الذي يهمّ قرار المصادقة ونصّ الاتّفاقية، دليلا مضاعفا على اكتساب الاتفاقية طبية القاعدة القانونية بما يفرض تبعا لذلك نشرها لدخولها حيز النفاذ.

22- -**2**-من حيث الأصل: إنّ اقتراب الاتفاقية المشتركة من النصّ الترتيبي ثابت بالنظر إلى أثرها المطلق من جهة وطابعها التقعيدي من جهة أخرى ، وهي آثار من شأن تكييف الاتفاقية بالعقد تجاهلها.

أوّلا : الأثر المطلق :إنّ اقتراب الاتفاقية المشتركة من النص الترتيبي ثابت ، نظرا لتجاوزها للأثر النسبيّ للعقود وتكريسها في المقابل أثرا مطلقا، حيث يترتّب عنها إنشاءً لوضعيّة قانونيّة موضوعيّة بدلا عن مجرّد وضعيّة شخصيّة وتتضمّن قواعد تتّصف بالعموميّة والتجريد والإلزام تتجاوز دائرة الأطراف الموقّعة عليها وتجعلها تفرض أحكامها على جميع الأشخاص الّذين يشملهم مجال تطبيقها بقطع النّظر عن إرادتهم[32]. فيحدث العقد الجماعي، وبصورة مشابهة للنص القانوني، حقوقا والتزامات لفائدة أو على كاهل مجموعة موسّعة من الأطراف الموجّهة لهم. والمؤكّد أنّها أطراف قد تتوفّر فيهم الصفة النقابيّة وقد لا تتوفّر، لتنطبق عليهم بذلك صفة الغير الأجانب على التفاوض والذين لم يكونوا معنيّين بالإمضاء ورغم ذلك تلزمهم الاتّفاقيّة.

وبناءً على هذه الخصائص أجمع الفقه على تماثل الاتّفاقيّة واقترابها من النصّ القانونيّ فأضحت توصّف بـ"القانون المنظّم للقطاع الاقتصادي المعنيّ بالتنظيم"[33]. ولعلّ ذلك ما يبرر توجّها يكيّفها اليوم بأنّ لها " صبغة ترتيبية واقعية" بناء على طابعها العامّ والمجرّد ، وما تنتجه من آثار متماثلة إزاء الغير المنخرط منهم في النّقابات وغير المنخرط والحاليّ والمستقبليّ، وخاصّة نتيجة فرض أحكامها بصورة آمرة على العلاقات الفرديّة والجماعيّة.

ثانيا: الطابع التقعيدي للاتفاقية : تبرز الاتفاقية المشتركة كأحد المصادر الأساسيّة في التّنظيم القانونيّ للعلاقات الشّغليّة. ويجد هذا الطابع أساسا له صلب أحكام الفصلين 247 من مجلة الشغل الذي يقتضي إبرام الاتفاقيات المشتركة " طبق الشروط المبينة بالأحكام الضابطة للعقود

---

[32] **Durand (P.)** : Le dualisme de la convention collective, R.T.D. civ., 1939, p. 353.

انظر أيضا :

Flour (J.), Aubert (J.-L.) et Savaux (E.) : Les obligations, 1, L'acte juridique, 16ème éd., Sirey, 2014, p. 525.

[33] **Morin (M.-L.)** : La loi et la négociation collective, concurrence ou complémentarité, Dr. Soc., n°5, 1998, p. 419.

المشتركة " و42 من مجلة الشغل، الذي ينصّ على وجوبيّة تضمّن الاتّفاقيّات لجملة من الأحكام المنصوص عليها كحدّ أدنى كالأجور والحرية النقابيّة وحرية الرّأي وشروط الانتداب والإعفاء...

وتبرهن هذه النّصوص على أنّ مشاركة الأطراف الاجتماعيّة في وضع قواعد تتعلّق بشروط العمل **رهينة إرادة المشرّع وبمقتضى تفويض منه** قد تستعير معه في حالات مضمون النصّ التّشريعي ذاته. وقد سبق لمحكمة التّعقيب في قرارها عدد 4723 المؤرّخ في 10 فيفري 1982 أن أشارت لهذا المنهج حين أكّدت ما ذهبت إليه الاتّفاقيّة من أنّها "أبرمت تطبيقا للتّشريع الجاري به العمل وفي نطاق الاتّفاقيّة المشتركة الإطاريّة وهي تنظيم العلاقات بين المؤجّرين وجميع أصناف عمّال المطاعم والمقاهي والحانات ومحلاّت بيع المشروبات والمؤسّسات المشابهة لها".

وتحيل مختلف النّصوص الآنفة الذكر **لنظريّة التّفويض التّشريعي للسّلطة في العلاقات الاجتماعيّة**، وهي النّظريّة الأكثر تلاؤما مع المنطق الذي يقوم عليه التّنظيم القانونيّ التّونسي للاتّفاقيّات المشتركة بصورة لا تجد هذه الأخيرة لها الوجود القانونيّ إلاّ انطلاقا من الإجازة الصّريحة أو الضّمنيّة للمشرّع. فالسّلطة الّتي تتمتّع بها الأطراف الاجتماعيّة في تنظيم العلاقات الشّغليّة إنّما يكمن أساسها في تفويض الدّولة لجزء من سلطتها التشريعيّة بما لا يسمح للسّلطة التنظيميّة للأطراف المهنيّة بهذا المعنى أن تمارس إلاّ في حدود التّفويض الممنوح.

23-وتجتمع مختلف هذه الحجج على التدليل على ضرورة الحسم في اتجاه تكييف الاتفاقية بالنص الترتيبي ، وهو تكييف قد يتأكد أكثر في ظلّ تناسقه مع روح التشريع

ب-تناسق الصبغة الترتيبية للاتفاقية المشتركة مع روح التشريع :

24-يتجافى حصر التعامل مع الاتفاقية المشتركة والمبالغة في تحليلها بمنطق تعاقدي بحت مع الروح الحمائية لقانون الشغل، والناجمة أساسا عن البعد الانساني والطابع الشخصي للعلاقات الشغلية موضوعه. ذلك أنّ اعتماد الطبيعة العقدية للاتفاقية وما يترتب عن ذلك من ضرورة التفسير طبقا لقواعد العقد عند نشوب نزاع حول غموض بعض أحكام الاتفاقية من شأنه أن يولّد نتائج خطرة[34]. فهل سيقع وفي إطار تطبيق قواعد تفسير العقد ، التمسك بقاعدة الفصل 529 من مجلة الالتزامات والعقود والتي تقتضي أحكامها أنّ " التفسير عند الريب يكون بما هو أخفّ على المدين بيمينه"؟ أو ليس المدين هو المؤجر في هذا السياق ؟ أسينتفع المؤجر بالشك عند الغموض، في مخالفة للمبدأ الخاص الذي يحتكم إليه في التأويل في قانون الشغل وهو الذي يفترض أن يؤول الشكّ لفائدة الأجير؟ .

[34] سناء سويسي، المقال السابق، ص. 159 وما يليها.

25–فاعتماد قواعد تفسير العقد بناء على اعتبار الاتفاقية عقدا يتنافر بهذا المعنى مع خصوصيات قانون الشغل الذي يقوم على قاعدة الأصلح للأجير في ارتباطه بمفهوم النظام العام الاجتماعي. كما يتأكّد عدم التلاؤم وغياب الانسجام القائم بين اللجوء للتقنيات العقدية بغاية تطبيقها على الاتفاقيات المتركة انطلاقا من معطى أساسي يتعلق بطبيعة العقود التي تنطبق عليها القواعد المضمنة بالفصول 513 من مجلة الالتزامات والعقود وما يليها ، إذ تهمّ هذه الأخيرة بالأساس العقود المالية ، وهو ما يتنافر مع طبيعة الاتفاقيات التي لا تنتمي لهذا الصنف . فعلى الرغم من توفر البعد المالي صلبها، إلّا أنّه لا يمكن أن تختزل فيه لأهمية الالتزامات الشخصية بما يفرض ضرورة عدم اللجوء بشأنها لقواعد تفسير العقد.

26– ويكون بذلك ترجيح الصبغة الترتيبية وما يستتبعه من تطبيق لقواعد تأويل القانون هو الحلّ الأمثل في تكييف الاتفاقية المشتركة ، والذي يضمن التناسق مع الروح الحمائية لمجلة الشّغل، خاصة في ظلّ صرامة الرقابة التي تمارسها محكمة التعقيب عند تعلّق الأمر بنصّ قانوني ، خلافا لمرونتها عند تعلّق الأمر بتفسير العقد ، حيث ينحصر دورها في مراقبة التحريف المحتمل لبنود العقد الواضحة والدقيقة ليحظى قضاة الأصل في المقابل بسلطة تقديريّة واسعة في تفسير القواعد الاتّفاقيّة ، حيث يبقى هذا العمل موكولا لاجتهاد محاكم الموضوع باعتباره مسألة تهمّ الواقع لا القانون.