

الملخص

تتناول هذه الدراسة موضوع التمييز بين الموظف و العامل اثناء فترة التجربة ، و ذلك كدراسة قانونية مقارنة بين الاحكام الواردة في القانون الاداري و قانون العمل ، و تحاول الدراسة من خلال ذلك بيان نطاق و حدود الاختلاف بين النظام القانوني للموظف و العامل في اطار تنظيم تلك القوانين لحالة التجربة .

فمن المتفق عليه ان الموظف في علاقته بالدولة في مركز تنظيمي يستمد حقوقه وواجباته مباشرة من نصوص القانون واللوائح المنظمة للوظيفة العامة وذلك لتنظيم سير العمل في المرفق العام وتطويره واداء واجبات الوظيفة باحسن صورة لذلك استلزم الوضع وجود نظام عام للوظيفة،ومن ثم فان الروابط القانونية التي تنظمها هذه القوانين تختلف عن تلك التي تنطبق على عقد العمل بين العامل ورب العمل ومن هذا المنطلق جاء البحث ليميز بين المركز القانوني للموظف والعامل اثناء فترة التجربة وليعالج مدى التباين والتشابه بين العلاقتين ويكشف عن حجم التغيرات والتأثير بينهما، وكيف ان القانون الاداري استعار بعض القواعد والاحكام الخاصة بالعلاقة العقدية في بداية تنظيمه لعلاقة الموظف العام مع الادارة ، ومن ثم استقل بنظام قانوني متكامل ، فلا يأخذ من احكام القانون الخاص الا للضرورة وبقدر، بحيث لا يكون للقاعدة المستعارة اي كيان على كميات القانون الاداري واستقلاله، مع التأكيد على حظر القياس بين القانونيين الخاص والعام، ومرد هذا الخطر الى اختلاف النشاط لدى النظامين والغايات التي تهدف الى تحقيقها كل منهما .

تضمن هذا البحث العديد من الافكار و الاراء التي نعتقد انها تبين جليا الاختلافات القانونية بين كلا النظامين ، و تضمن ايضا خاتمة احتوت على بعض النتائج و المقترحات التي نعتقد بوجود فائدة عملية من الاخذ بها في اطار الحياة القانونية .

Summary

research is : the distinction between the employ and worker during the experiment time , a comparative study , it's trying to explain the scope and boarders of the different between the legal system of employ and worker by the labor law and administrative law.

It is agreed that the employee in his relation with the state, in a regular centre which takes its rights and duties from acts of low which regulate the public labor in the public utility in order to improve it in the best way. Therefore , it must exists a general system for the labor, then the legal relations which is regulated by these rules are different from those which are applied on the contract between the employer and the employee from this basis , this research is trying to distinguish between the legal centre for the employee and the worker during the period of the experiment to deal with the differences and similarities between the two relations and how the administrative law borrow some rules and private judgments about the contractual relation at the beginning of its establishment of the relation between the employee and the complete system. In this case, it does not take any rule from the judgments of the private low only if necessary in condition that there will be no entity for the borrowed rule and make sure that will be a prevention of measurement between the public and private low. This prevention is attributed to the difference of the activity for the two system and the ends which they would aim to achieve.

This research contains many important ideas and opinions which put a legal different of both system , and conclusion which contains some result and suggestions which may be benefit in practical legal life .

المقدمة

يدق التمييز احيانا بين المركز القانوني للموظف العام و العامل ، اذ يحصل الخلط بينهما خصوصا حين فترة التجربة ، فالموظف و لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة التي تبغي الادارة تحقيقها من خلال المرفق العام ، لا يثبت الا بعد مضي مدة تتأكد من خلالها الادارة من صلاحيته للقيام بمهام و أعباء الادارة ، لأنه الاداة الاساسية للوصول الى المصلحة العامة التي تبغي تحقيقها ، و العامل ايضا لا يتم تثبيته الا بعد ان يتأكد رب العمل من صلاحية هذا العامل للعمل الذي سيضطلع به ، و هذا الوضع تولى القانون تنظيمه في اغلب جوانبه و لم يترك المشرع للطراف المتعاقدين في عقد العمل ان يحددا اراديا و بصورة مطلقة احكام هذه المدة و ما ينتج عنها من اثر في زوال حالة القلق و عدم الاستقرار التي تراود الموظف و العامل طيلة فترة التجربة ، و بالملاحظة الدقيقة للاحكام الخاصة لكلا النظامين نجد ان كافة المسائل التي تولى المشرع تنظيمها في مجال الموظف تحت التجربة هي نفسها ايضا التي تولى المشرع تنظيمها في العامل تحت التجربة ، و وضع احكاما تتناسب و الوضع او المصلحة او اطراف العلاقة التعاقدية او التنظيمية ، و هذا ما قامت هذه الدراسة بغية بيانه و التركيز عليه .

وقد انتهجت الدراسة منهج التحليل و المقارنة بين النصوص التشريعية في القوانين ذات الشأن بموضوع البحث من جهة ، و بين موقف القضاء سواء العراقي منه او المقارن ، بغية اعطاء البحث الروح العملية التي نبغي ان يظهر بها ، مبينين الاراء الفقهية التي

ادلى بها الفقهاء في المسائل التي تناولها موضوع البحث موضحين مضمونها من جهة ، و مقيمين لها من جهة اخرى ، لتتبين من خلال ذلك اهمية الموضوع من الناحيتين العملية و النظرية .

كل ذلك و غيره حاولنا بيانه من خلال خطة علمية قسمنا من خلالها الدراسة الى ثلاثة مباحث ، تناولنا في الاول منها دراسة الطبيعية القانونية لعلاقة الموظف بالادارة و تناولنا فيه المركز القانوني للموظف تحت التجربة وبحثنا في النظريات القانونية التي قيلت بصدد بيان طبيعة ذلك المركز ، ثم بينا بعد ذلك علاقة العامل تحت التجربة مع رب العمل، اما المبحث الثاني فخصصناه لبيان السلطة المختصة في انهاء علاقة الموظف او العامل تحت التجربة ، و تناولنا فيه سلطة الادارة في انهاء خدمات الموظف تحت التجربة ، و سلطة رب العمل في انهاء خدمات العامل بالنسبة للعامل تحت التجربة ، اما المبحث الثالث فعقدناه لبيان احكام فترة التجربة والتي اوضحنا فيها مدة التجربة و المصلحة المتوخاة من تطبيق فترة التجربة و الاثر المترتب على تطبيق فترة التجربة و اثر اثبات الكفاءة و ذلك في مطالب اربعة.

و قد اختتمنا البحث بخاتمة تضمنت ابرز النتائج و المقترحات التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة.

المبحث الاول

الطبيعية القانونية لعلاقة الموظف بالادارة و مقارنتها مع علاقة العامل التعاقدية

ان الموظف يعد أداة الادارة في ممارسة نشاطها ، فالدولة لا تتصرف الا من خلال موظفيها وهنا نلاحظ ، انه بالتحاق الموظف بالعمل المعين فيه و قيامه بواجباته الوظيفية الملقاة على عاتقه اقتضى قيام علاقة قانونية بينه وبين الادارة التابع لها وهذه العلاقة هي التي تحدد حقوق و واجبات كل منهما . و يثبت الحكم ليطبق على العامل عند التحاقه بعمله ، حيث تقوم هنالك علاقة بين العامل وصاحب العمل و التي تحدد حقوق و واجبات كل منهما ، لكن علاقة الموظف تحت التجربة بالدولة تختلف عن علاقة العامل تحت التجربة برب العمل وهذا ما سنوضحه في المطلبين الاتيين الذين نتناول في المطلب الاول منهما المركز القانوني للموظف تحت التجربة ، و في المطلب الثاني نبين علاقة العامل التعاقدية برب العمل.

المطلب الاول

المركز القانوني للموظف تحت التجربة

بعد صدور قرار تعيين الموظف وقبل تثبته يوضع الموظف فترة تحت التجربة ، و ذلك بنص القانون فقد اشترط قانون الخدمة المدنية العراقي المرقم 24 لسنة 1960 المعدل في المادة 14 منه بقولها " يكون الموظف عند اول تعيينه تحت التجربة لمدة سنة واحدة في خدمة فعليه ويجب اصدار امر تثبته في درجته بعد انتهاءها اذا تأكدت كفاءته و الا تمدد مدة تجربته ستة اشهر اخرى" ، و مما تقدم يتضح ان الموظف يكون تحت التجربة بنص القانون وليس بارادته او بارادة الاداره، ومن ثم يمكن القول ان قيد التجربة منصوص عليه ولا اجتهاد في مورد النص ، فلا تملك الادارة اعفاء الموظف من شرط التجربة كما لا يملك هو نفسه، التهرب من الشرط ذاته ، كما لا يملك الاتفاق على خلاف النص فهو مقرر لمصلحة الوظيفة ، و لا يجوز التنازل عنه في حين فترة التجربة في عقد العمل اتفاقية يجوز التنازل عنها⁽³⁴⁾ ، و هنا نلاحظ ان الموظف تحت التجربة في علاقته بالادارة في مركز تنظيمي يحدد حقوقه و واجباته مباشرة من

نصوص القانون و اللوائح المنظمة للوظيفة العامة⁽³⁵⁾ ، الا ان مركز الموظف المعين تحت التجربة مركز قلق وهذا في الواقع من السمات الجوهرية للمركز المذكور⁽³⁶⁾ ، على اعتبار ان الوضع القانوني للموظف تحت التجربة لا ينفذ الا بصدور قرار من جهة الادارة يحدد الصلاحية في الوظيفة من عدمها .

وقد اختلف الفقه والقضاء حول تكييف العلاقة القانونية التي تربط الموظف بالدولة وقد مر هذا الاختلاف بمرحلتين :-

المرحلة الاولى: وفيها اتجه الفقه مؤيداً بالاجتهاد القضائي صوب القانون الخاص وتم تكييف هذه العلاقة القانونية على انها علاقة قانونية مدنية أي علاقة تعاقدية.

المرحلة الثانية: وفيها اتجه الفقه والقضاء الى العدول عن الفكرة السابقة وابتدع القضاء الاداري فكرة العلاقة التنظيمية، و تبنى التشريع الفكرة ذاتها وتم تأصيلها لتلائم وطبيعة القانون الاداري. لذلك سنبحث تطور العلاقة بين الادارة والموظف فقهاً وقضاءً و سنتناول بالعرض و التقييم الاراء التي قيلت بهذا الصدد تباعاً في الفقرات الاتية :

اولاً - النظرية التعاقدية المدنية:

ذهبت طائفة من الفقه الإداري بادئ الرأي الى تكييف العلاقة القانونية التي تربط الموظف بالادارة على انها رابطة تعاقدية من روابط القانون الخاص، اذ يرتبط الموظف العام بالادارة بعقد من عقود القانون الخاص، ويختلف هذا العقد باختلاف نوع العمل المطلوب انجازه فيعد هذا العقد المدني عقد اجاره خدمات اذا عهد للموظف القيام بأعمال مادية ، وعقد وكالة اذا عهد للموظف القيام بمهمة اجراء تصرفات قانونية ، و من مؤيدي هذا الاتجاه الأستاذ " PERRIQUET " الذي يرى ان ممارسة الوظائف العامة عقد وكالة ، الا انه لا يطبق فكرة الوكالة على العمال والمستخدمين الذين تقتصر مهماتهم على إعداد القرارات او تنفيذها دون ان يكون لهم اية سلطات خاصة⁽³⁷⁾ ، و يحدد هذا العقد حقوق طرفي العقد و التزاماتهما المتبادلة فكل من الطرفين يستمد مركزه القانوني من هذا

العقد فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله او فسخه إلا بإرادة طرفيه.

أما التقييم الخاص بهذا الاتجاه فنقول ان هذه النظرية قد تعرضت لسهام النقد القانونية من الناحيتين الشكلية و الموضوعية. فمن الناحية الشكلية تتركز فكرة العقد في القانون المدني على تحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي العقد في العقد وبتلاقي الايجاب والقبول ينشأ العقد ويؤسس الاتفاق باعتباره ثمرة التفاوض بين الطرفين ولا وجود لمثل هذه العملية عند تعيين الموظف العام فالحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي العلاقة القانونية محددة بموجب القوانين والانظمة ، فالمشرع هو صاحب القول الفصل في تحديد هذه الحقوق والالتزامات وتقيدتها دون الحاجة الى الحصول على موافقة طرفي العقد، لذا يلاحظ غياب دور ارادة طرفي العلاقة العقدية في تحديد مضمون هذه العلاقة القانونية التعاقدية ويشير الفقيه دوكي الى ان العقد يشترط اتفاقا بين ارادة طرفيه وارتباط احدهما بالآخر ارتباط دائم ومدين ويكون لكل ارادة وغاية تغايران غاية الاخر وارانته ولا وجود لمثل هذا الامر في تعيين الموظف فلا يوجد دائن ومدين وليس ثمة اتفاق مسبق بل ان وجود مثل هذا الاتفاق يعد باطلاً⁽³⁸⁾.

وبالتأسيس على ذلك فان مركز المتعاقدين غير متساو ومن ثم يتعين وصف العقد بانه عقد مدني .

ومن الناحية الموضوعية فان الرضا في القانون الخاص يعد المرتكز الاساسي للعملية التعاقدية حيث ينبغي توافر الرضا والتقاء الايجاب والقبول لابرام العقد فهو شريعة المتعاقدين ولا يجوز تعديله او نسخه بارادة منفردة خلافاً لما استقر عليه الامر في القانون العام⁽³⁹⁾ إن الاخذ بما سبق يتعارض مع القواعد والمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة إذ إن الاسس التي يقوم عليها النظام القانوني للمرافق العامة تتمثل في:

ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد ؛ قابلية المرافق العامة للتعديل والتغيير و التبديل .

ومن سياق ما تقدم قد يقتضي حسن سير المرافق العامة على اكمل وجه ، تعديل وتغيير في قواعد التوظيف واسسه وحقوق طرفي العلاقة القانونية والتزاماتها ولا يستطيع الموظف العام مناقشة مشروعية هذا التغيير او هذا التعديل إذا كان مجحفاً به فلا يملك الادعاء بحقوق مكتسبة او الدفع بقوة العقد الملزمة ولقد اشار الفقيه الفرنسي "هوريو" الى انه يعد قبول الموظف بالوظيفة المعين فيها إقراراً واعترافاً منه للالتحاق في سلك الوظيفة العامة وليس قبولاً منه لإيجاب الإدارة على الوجه المعروف في التعاقد المدني⁽⁴⁰⁾ وينشئ العقد المبرم اثاراً قانونية وفق منطوق الفكرة التعاقدية في مواجهة طرفيه ، بينما لا نجد أثراً لهذا القول في قرار التعيين في الوظيفة العامة⁽⁴¹⁾.

ثانياً- النظرية التعاقدية الإدارية:

إزاء الانتقادات السابقة التي تعرضت لها النظرية التعاقدية المدنية حاول انصارها التخفيف من غلواء هذا النقد، فاتجهوا الى القول بأن العلاقة العقدية نوع من عقود القانون العام . وفي حقبة من الزمن تأثر مجلس الدولة الفرنسي بهذا التكييف القانوني، وقد اشار الى ذلك مفوض الدولة تار ديبه في قضية (فنكل) لعام 1909 بشأن الاضراب عن الوظيفة العامة. إن العاملين التابعين للمرفق العام تحت اية تسمية اياً كان إضرابهم لا يرتكبون خطأ فردياً ولكنهم يضعون انفسهم بأنفسهم بعمل جماعي خارج مجال تطبيق القوانين واللوائح الموضوعه بهدف ضمان ممارسة الحقوق الناشئة لكل منهم عن عقد القانون العام الذي يربطهم بالادارة وانه في حالة التخلي عن المرفق العام بصفة جماعية او بالتباطؤ تلتزم الادارة باتخاذ التدابير العاجلة وتقوم باحلال من يحل محلهم فوراً⁽⁴²⁾

والتعديل الوحيد الذي ادخلته قضية (فنكل) منذ 1950 كان ذا طبيعياً قانونية خالصة فكانت فكرة عقد الوظيفة العامة التي استند اليها مجلس الدولة لسنة 1909 محل جدل شديد فقد اتفق الفقه على اعتبار الرابطة التي تربط الموظف العام بالادارة باتخاذ التدابير

العاجلة وتقوم باحلال من يحل محلهم فوراً بانها ليست في مركز تعاقدية وإنما في مركز تنظيمي لأحي. وإذا كان بالإمكان القول بان تكييف عقد الوظيفة العامة عقد من عقود القانون العام فهذا يعني انه يسمح بتعديل العقد بارادة منفردة دون اشتراط قبول المتعاقد مع الادارة وعندئذ يصبح من السائغ قبول هذا التكييف ، الا ان هذا المفهوم لم يدوم طويلاً وقد هجره الفقه والقضاء واتجه الى تبني النظرية التنظيمية التي تربط الموظف بالدولة باعتبار ان الحقوق والالتزامات لكل من طرفي العقد محددة سلفاً بالقوانين والانظمة فلا يجوز الاتفاق على خلافها .

ثالثاً- النظرية التنظيمية:-

إن قصور النظرية التعاقدية عن تلبية النتائج القانونية المترتبة على مركز الموظف القانوني جعل كلاً من الفقه والقضاء يتجه صوب النظرية التنظيمية التي وجدا فيها نظرية صالحة تعالج النقص الذي اعترى النظرية السابقة، وفحوى هذه النظرية ان الموظف يرتبط مع الادارة بعلاقة قانونية تخضع لأحكام الوظيفة العامة وتشريعاتها بما تنشئ من حقوق وما تفرضه من التزامات . اما بشأن موقف القضاء الاداري في العراق فقد استقر القضاء على اعتبار العلاقة التي تربط الموظف بالإدارة علاقة تنظيمية و يكون في ذلك قد شايع موقف القضاء الفرنسي و القضاء المصري.

المطلب الثاني

علاقة العامل تحت التجربة مع رب العمل

تحدد القواعد في القانون الخاص طبيعة العلاقة التي تربط العامل برب العمل ، فالتراضي هو ارادة المتعاقدين في انشاء العقد والالتزام باثاره (43) ، و بعبارة اخرى هو توافق ارداتين على احداث اثر قانوني ، و وجود التراضي يكفي لوجود العقد مع وجود الاركان الاخرى ، و لكنه لا يكفي لصحته، فالقاعدة الاساسية التي يركز

عليها القانون الخاص ، هي ان العقد شريعة المتعاقدين وقوة العقد الملزمة للجانبين ، ويتضح مما سبق ان مركز العامل تحت التجربة، هو مركز تعاقدى لا تنظيمي لكن ما مدى اشتراط النص صراحة على ان العامل تحت التجربة اذا ان ثمة تساؤلاً فقهيًا يثار في هذا الشأن مفاده: هل يشترط لتمام التراضي في هذا العقد ان ينص فيه صراحة على اثر التجربة بحيث يؤدي تخلف هذا الشرط الى ثبوت صفة عقد العمل البات له وتخلف قيد التجربة باعتباره وصفاً عرضياً لا بد من الافصاح عنه؟ ام انه يجب ان ينص عليه في العقد كتابتاً لحماية العامل من ادعاء صاحب العمل على غير الحقيقية من ان العقد هو عقد عمل تحت التجربة تهرباً من قواعد الانتهاء المقررة في عقد العمل وفي هذه الحالة لا يمنع تخلف هذا الشرط في ابرامه اتصافه بهذا الوصف كما لا يوجد ما يمنع من اثبات ان عقد العمل تحت التجربة على الرغم من عدم النص الصريح على ذلك في العقد⁽⁴⁴⁾ ومن وحي ما تقدم يتضح ان إرادة الطرفين هي الفيصل في تحديد عقد العمل تحت التجربة وان التراضي والارادة هما اللذان يرسمان نطاق التزامات الطرفين العامل ورب العمل فمركز العامل تحت التجربة مركز تعاقدى تقرره ارادته الحرة المبصرة.⁽⁴⁵⁾

المبحث الثاني

السلطة المختصة في إنهاء خدمات الموظف او العامل تحت التجربة
و سنستعرض إنهاء خدمات الموظف تحت التجربة في قوانين الخدمة المدنية في مطلب اول ، ثم نرجع الى بيان حكم المسألة في قانون العمل في مطلب ثان كالاتي :

المطلب الاول

سلطة الإدارة في إنهاء خدمات الموظف تحت التجربة

ان الجهة المختصة باتخاذ قرار انتهاء خدمات الموظف في اثناء التجربة ، هي الجهة المختصة بتقدير صلاحيته ، و ان الجهة التي تملك تقدير صلاحية الموظف تحت التجربة لشغل وظيفة بشكل دائم هي السلطة التي تملك التعيين ، فلهذه السلطة وحدها حق تقدير صلاحيته للوظيفة او عدم صلاحيته لها .

واعطى المشرع العراقي حق تقدير صلاحية الموظف تحت التجربة للإدارة التابع لها ، التي يجب ان تفهم انها الجهة التي تملك تعيين الموظف لان من يملك التعيين هو الذي يملك إنهاء الخدمة عملاً بقاعدة توازي الاختصاص .

وتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في تقدير كفاءة الموظف تحت التجربة ومدى صلاحيته للاستمرار في الوظيفة التي يشغلها ، فيما ان الإدارة هي التي تتولى مهمة تسيير المرافق العامة بانتظام و اطراد و هي المسؤولة عن قيام الموظفين باداء واجباتهم على اكمل وجه وبما يحقق المصلحة العامة فان لها الحرية في اختيار ما تراه مناسباً منهم لهذا الغرض و ابعاد ما تراه غير صالح منهم لذلك ، وقد درج القضاء الاداري على منح الجهات الادارية ذات العلاقة سلطات واسعة في تقدير مدى صلاحية الموظف تحت التجربة لشغل الوظيفة بشكل دائم .

فمن المسلم به ان الإدارة تمارس اختصاصاً تقديرياً فيما يخص الموظف خلال مدة الاختبار بحيث يكون لها ان تقرر إنهاء خدماته اذا ثبت لها عدم صلاحيته لشغل المنصب (25) و إنهاء خدمات الموظف في هذه الحالة هو قرار متخذ لمصلحة العمل تلك المصلحة التي لا

يجوز للموظف تحت التمرين او التجربة الاحتجاج إزاءها بأي حق في اتمام التجربة (26).

والحكمة من منح الادارة هذه السلطة الواسعة في تقرير صلاحية الموظف تحت التجربة هي لتمكين الادارة كونها مسؤولة عن ضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد و تقديم الخدمة للجمهور على افضل وجه ، في اختيار من ترى فيه القدرة على مساعدتها في اداء هذه المهمة و ابعاد من تراه غير اهل لذلك ، لاسيما في ظل اقبال الافراد المتزايد على شغل الوظائف الحكومية وفيهم من هو اهل لذلك او غير اهل ، و بينت ذلك محكمة القضاء الاداري في مصر بقولها ((ان المسؤولية الملقاة على الحكومة من ادارة الشؤون العامة و رعاية مصالح الدولة يقضي بان يكون لها وحدها الحق في اختيار الموظفين ممن ترى فيهم الصلاحية لمعاونتها على اداء مهمتها في الحدود المرسومة قانوناً)) .

كما تقضي تبعاً لذلك ان يكون لها حق مراقبتهم، و فصل من تراه منهم غير صالح للعمل مراعاة للصالح العام و بدون محاكمة تأديبية ، الا ان حقها في ذلك ليس مطلقاً ، و انما تستعمله في حدود المصلحة العامة فان تعدت هذه الحدود و أصدرت قرار الفصل عن هوى كان عملها غير مشروع (27).

وكذلك أبرزت محكمة العدل العليا الحكمة من وضع الموظف تحت التجربة ومنح الإدارة سلطة تقدير صلاحيته للعمل بقولها ((نجد ان المشرع قد أعطى للحكومة حق مراقبة الموظف الذي يعين لأول مرة تحت التجربة لمدة سنتين وذلك لغاية التعرف على حسن ادائه لواجباته وسرعة تكيفه بالنسبة لمتطلبات الوظيفة التي عين فيها واكتشاف صلاحيته للاستمرار في الخدمة او الاستغناء عن خدماته)) (28).

المطلب الثاني

سلطة رب العمل في انتهاء خدمات العامل تحت التجربة

ان القواعد الخاصة بانتهاء عقد العمل تحت التجربة تفيد وجوب ان يتم الانهاء قبل انقضاء فترة التجربة ، و هذا يمثل القيد الاول على هذه السلطة ، اما اذا انقضت فترة التجربة دون استخدام أي من

الطرفين حقه و مكنته في إنهاء علاقة العمل ، اصبح العقد باتا و خضع في انتهائه الى القواعد العامة الواردة في هذا الشأن ، و ذلك بحسب الاتفاق على ما كان محدد المدة او غير محدد المدة ، ويصبح الاتفاق على تقيد الحق في الانهاء خلال مدة معينة من المدة الاجمالية للتجربة ممكناً بحيث يخول الاطراف الحق بالانهاء بعد ذلك الى ما قبل انقضاء مدة التجربة . بينما اذا اتفق على جواز انهاء عقد العمل تحت التجربة طيلة الفترة المقررة لذلك فان هذا يدل على الارادة المشتركة للمتعاقدين انما اتجهت الى ابرام عقد عمل بات ومحدد المدة (29) ، و هنا يلاحظ ان استمرار العامل في عمله بعد انتهاء مدة التجربة يعد عقد عمل لمدة غير محددة وتحسب مدة التجربة ضمن مدة خدمة العامل لدى صاحب العمل .

أما القيد الثاني فمفاده ان يصدر الانهاء ممن تقرر الاختبار لمصلحته ، لان الاطراف متساوون فيمن يقرر شرط التجربة لمصلحته ، و هنا نلاحظ انه يحق لصاحب العمل انهاء استخدام العامل تحت التجربة دون اخطار او تعويض خلال مدة التجربة (30) ، و هذا هو مسلك المشرع العراقي و جميع التشريعات العربية تتفق على انهاء عقد العمل تحت التجربة خلال مدة الاختبار من قبل كلا الطرفين ، اذا نص في العقد على اعطاء شرط الاختيار للطرفين او احدهما دون التقيد بشرط الإخطار او التعويض ، اما اذا انتهت مدة الاختبار دون تمتع الطرفين بحق انهاء العقد انعقد عقد عمل عادي و لمدة غير محددة ، إلا اذا تم الاتفاق على غير ذلك ، و يلاحظ هنا ان المشرع العراقي في قانون العمل رقم 151 لسنة 1970 الملغى يؤكد على ان يكون العامل حائز على شهادة مهنية تثبت كفاءته في العمل من الناحية الفنية وان الشهادة المهنية ليست سوى اثبات للكفاءة المهنية فقط (31) ، و لكن المشرع العراقي وفي القانون اعلاه اعتبر الحق في إنهاء عقد العمل تحت التجربة لأي من طرفيه حق مقيد وليس حقاً مطلقاً ، بحيث حدد له القانون سبباً موضوعياً لمشروعيته هو ثبوت عدم كفاءة العامل ، أي متى ما كان العامل حاصلاً على شهادة مهنية تثبت كفاءته في العمل فأن وضعه قيد الاختبار او التجربة ، يكون امرا محل نظر ، و ان تقدير ثبوت الكفاءة من عدمها لا يمكن ان

يكون في القانون العراقي من صلاحيات صاحب العمل وانما يجب ان يخضع لرقابة القضاء الذي عليه ان يتأكد من كفاءة العامل فنياً⁽³²⁾ ، و بهذا قضت محكمة العمل العليا في قرارها المرقم (510) اول / 1973 بتاريخ 1973/8/5 ، على وجوب التثبت من عدم كفاءة العامل تحت الاختبار قبل الاقدام على انتهاء عقد عمله ، و الا يعد الإنهاء تعسفياً و يحكم ببطلانه⁽³³⁾ ، الا ان قانون العمل العراقي النافذ رقم 71 لسنة 1987 لم يتطرق لهذا الموضوع أي انه سكت عن موضوع وجوب توفر شهادة مهنية للعامل تثبت كفاءته. وقد تبنى الفقه والقضاء وجوب إخضاع عقد العمل تحت التجربة الى الرقابة القضائية اللاحقة مع اعفاء صاحب العمل من الاخطار والتعويض فالمشرع العراقي أطلق لرب العمل الحق في انتهاء عقد العمل تحت التجربة ولم يشترط عدم صلاحية العامل لامكانية انتهاء العقد تحت التجربة. و نرى انه حين اعطى المشرع العراقي الحق لرب العمل في الانهاء ودون الزامه بالاخطار و التعويض و انما قصد ان يمارس رب العمل سلطته في الانهاء وفقاً للغاية من ابرام العقد (علة التأكد من صلاحية العامل وهي تدور مع الحق وجوداً وعدمياً) .

المبحث الثالث

أحكام فترة التجربة للموظف والعامل

نظم قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 المعدل الأحكام الخاصة بفترة التجربة في عدد من المواد وكذلك نظم قانون العمل رقم 71 لسنة 1987 المعدل أحكام فترة التجربة بالنسبة للعامل في مواد معينة لذلك نستعرض أحكام مدة التجربة في كلا القانونين .
مبينين مدة التجربة في المطلب الأول ثم المصلحة المقررة من مدة التجربة في مطلب ثانٍ ثم نعرض الى بيان الأثر المترتب على انتهاء مدة التجربة في مطلب ثالث ، ثم نبين أخيراً اثر أثبات الكفاءة في المطلب الرابع .

المطلب الاول

تحديد مدة التجربة

نص المشرع في قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة 1960 على جعل مدة التجربة سنة واحدة قابلة للتمديد لسنة اشهر اخرى بموجب نص المادة (14)، في حين ان مدة التجربة في قانون الخدمة المدنية رقم (103) لسنة 1930 الملغى سنة واحدة قابلة للتمديد ستة اشهر اخرى عند عدم التأكد من كفاءة الموظف. وفي قانون الخدمة المدنية رقم (64) لسنة 1939 الملغى فان مدة التجربة سنة و نصف في خدمة فعلية ، اما في قانون الخدمة المدنية رقم (55) لسنة 1956 الملغى سنتين في خدمة فعلية و تمدد ستة أشهر أخرى في حالة عدم التأكد من كفاءة الموظف ، و الملاحظ ان المدة المقررة في القوانين الملغية كانت مدة مبالغ فيها وهي طويلة حتى لو تدرع البعض بان طول المدة يعطي للإدارة فرصة تقرير مدى صلاحية الموظف للوظيفة (1) ، الا ان مدة السنة هي الافضل كحد اقصى لفترة التجربة (2)،

و قد يرد علينا بأن الادارة تملك سلطة تقديرية في تثبيت الموظف تحت التجربة قبل انتهاء المدة المقررة في القانون.
الا ان الوصف الدقيق لحياة الموظف تحت التجربة يؤكد انها تمر بمرحلتين مختلفتين ففي المرحلة الاولى يكون الموظف خالياً من

ضمانات (فترة التجربة) والمرحلة الثانية وهي تلي فترة التجربة ويمنح فيها الموظف ضمانات كافية عندما يصدر قرار تثبيته ، و نعتقد ان بقاء الموظف مدة سنة ونصف قيد التجربة ودون ضمانات حقيقية يجعل حياة الموظف غير مستقره نفسياً مما يعوق ادائه لخدماته.

وهذا ما ذهبت اليه الهيئة العامة من مجلس شورى الدولة في قرارها المرقم 22/77 في 2006/6/17 الى (ان مدة التجربة تسري على الموظف المعين لأول مرة ولا تسري على وظائف الدرجات الخاصة باعتبار ان من يشتغل تلك الوظائف يقتضي ان تكون له خدمة طويلة و خبرة في مجال العمل) ، و كذلك المادة (15) من قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة 1960 المعدل فقد نصت على " يوضع الموظف غير المثبت تحت التجربة من جديد اذا اعيد توظيفه بعد استقالة او الغاء الوظيفة او الاستغناء عنه ... " (3).

و الملاحظ ان نص المادة (15) من قانون الخدمة المدنية لسنة 1960 المعدل حددت حالات الاعادة الى الوظيفة بعد الاستقالة او الغاء الوظيفة او الاستغناء عن الخدمات وان هذا التحديد ذكر على سبيل المثال لا الحصر، وبالتالي لا نتردد في سحب الحكم المذكور على من يعاد تعيينه بعد الفصل او الحرمان من الخدمة لاي سبب ؛ كما لو فصل من الخدمة فصلاً تأديبياً او حرم من الخدمة نتيجة الزواج باجنبي او اجنبية وبهذا يشمل النص جميع حالات اعادة التعيين دون استثناء⁽⁴⁾ ، كذلك يخضع لمدة التجربة الموظف المرفع لوظيفة اعلى من وظيفته التي يشغلها لكن هذه المدة تكون سته اشهر فقط اما الدرجات الخاصة فان شاغلها لا يخضع لهذه المدة على اعتبار ان من يشغل تلك الوظائف يجب ان تكون له خدمة طويلة و خبرة في مجال العمل .

اما بشأن المدة التي يتعين وضع العامل فيها تحت التجربة ، فقد نصت المادة (31) من قانون العمل العراقي رقم (71) لسنة 1987، على وضع حد اقصى لمدة الاختبار لا يجوز تجاوزه حيث يجب ان لا تزيد هذه المدة على (3) اشهر، و استناداً الى هذا النص فقد ذهب بعض الفقه الى القول بان تحديد فترة التجربة في العقد ركناً جوهرياً

يؤدي تخلفه الى عدم صحة العقد وبالتالي بطلان عقد العمل تحت التجربة ، الا اننا نؤيد ما ذهب اليه غالبية الفقه بان تحديد المدة في العقد انما هو شرط للإثبات المقرر بشأن عقد العمل ، و ليس شرطا للانعقاد ، و هنا يثار التساؤل الاتي:

اذا اتفق العامل و رب العمل على مدة تزيد على (3) اشهر فهل يعد هذا الاتفاق باطلاً ؟ فهنا مادام اعتبار هذه المدة هي الحد الاقصى الذي نص عليه القانون ، و من ثم فان النص ذو صفة أمر لا يجوز الاتفاق على خلافه فان كل اتفاق على خلافه باطل⁽⁵⁾. فحرية المتعاقدين في تحديد المدة هنا ليست مطلقة وانما مقيدة بقيدتين ؛ الاول لا يجوز تعيين العامل اكثر من ثلاث اشهر . و الثاني لا يجوز تعيين العامل اكثر من مرة واحدة لدى صاحب عمل واحد.

اما بالنسبة للقيد الاول :- فلا يجوز تعيين العامل تحت الاختبار اكثر من ثلاثة اشهر فقد نصت القاعدة (66) من القرار القضائي الصادر من محكمة الشؤون الجزئية في القاهرة على انه " لا يجوز تعيينه العامل تحت الاختبار لمدة تزيد عن ثلاثة اشهر واذا تضمن عقد الاستخدام تحديد مدة الاختبار لمدة تزيد على ثلاثة اشهر فان هذا الشرط يعد باطلاً " (6) ، فهذه المدة ملزمة في اكثر التشريعات العربية والغاية من هذا القيد جعل اي اتفاق بين طرفي العقد على اطالة المدة باطلاً.

اما بالنسبة للقيد الثاني :- فيما يتعلق بعدم جواز تعيين العمال تحت التجربة اكثر من مرة واحدة لدى صاحب عمل واحد فالغاية منه سد مجال التحايل.

لكن ما هو الموقف اتجاه العمال الذين حولوا الى موظفين بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (150) في 1987/3/17⁽⁷⁾ يمكن القول ان نص المادة (16) من قانون العمل رقم 151 لسنة 1970 الملغى أجازت إخضاع العامل لفترة تجربة لا تزيد على الشهرين اذا لم تكن لديه شهادة مهنية تثبت كفاءته في العمل الذي تعاقد عليه ، واستنادا لذلك فان العامل الذي ابرز شهادة معينة تثبت كفاءته قبل اكتساب صفة الموظف لا يخضع لتجربة التعيين لان

كفاءته تكون قد حسمت بالشهادة المهنية ولا يخضع ايضاً من وضع قيد الاختبار واجتازه بنجاح قبل ان يكتسب صفة الموظف ، اما العامل الذي وضع تحت الاختبار ومن ثم اكتسب صفة الموظف قبل اكماله مدة الاختبار فانه لا شك يخضع للتجربة المنصوص عليها في المادة (14) سالفه الذكر حاله حال من يعين لأول مرة ، و هنا تكون قد راعينا مصلحة العامل الذي اكتسب صفة الموظف ومصلحة الدائرة التي يعمل فيها⁽⁸⁾ .

و واضح ان العلة في تحديد مدة التجربة هو منع تحايل الإدارة او صاحب العمل على القواعد العامة في انهاء عقد العمل عن طريق اطالة مدة التجربة والقول ذاته - مع مسوغاته - ينصرف على الإدارة حتى لا يبقى الموظف تحت رحمة الإدارة تنهي خدماته متى تشاء.

وقد ذهب بعض الفقه الى ضرورة النص الصريح بطريقة مكتوبة على شرط التجربة ولا يجوز الاتفاق عليه ضمناً والا عومل معاملة عقد بات⁽⁹⁾ ، بيد ان هذا الرأي منتقد ، لاشتراطه ما لم يستلزمه النص ، علاوة عن خلطه بين النص في العقد كتابة على شرط التجربة من ناحية وبين اشتراطه اتجاه النية المشتركة بين المتعاقدين الى ارتباط بعقد عمل تحت التجربة ، و بما ان تكييف العقد يستخلصه القاضي في استجلائه لشروط التعاقد ومن استظهاره لنية المتعاقدين ؛ غير مقيد في ذلك بما يطلقه المتعاقدان في تسمية العقد فان شرط التجربة لا يمنع تحقق التراضي على ابرام عقد تحت التجربة.

ومما لا شك فيه ان اتجاه ارادة الافراد بطريقة جازمة الى ابرام عقد عمل تحت التجربة ينبغي ان تكون واضحة لا لبس فيها ولا غموض، ويستوي في ذلك ان تكون صريحة او ضمنية او ما يجري عليه العرف او المهنة في تقرير ذلك⁽¹⁰⁾

المطلب الثاني

المصلحة المتوخاة من تطبيق فترة التجربة

ان المصلحة المقررة لعقد العمل تحت التجربة مقررة للطرفين فبالنسبة لصاحب العمل يتمكن من التحقق من صلاحية العامل بالمعنى الواسع ومن كفاءته لاداء العمل المتفق عليه (11) ، و كذلك فان الحكمة من تحديد مدة الاختبار هي حماية العامل من تحايل ارباب العمل وذلك لان ابرام العقد تحت الاختبار يعطي لصاحب العمل الحق في انهاءه في أي وقت خلال الفترة المذكورة دون ان يلتزم بأخطار العامل قبل الانهاء او يدفع له مكافأته عن خدمته ، فهو يوفر لصاحب العمل مزايا لا يحصل عليها في العقد البات ومن ثم فان تحديد المدة في القانون جاء لمصلحة العامل (12) . كذلك فان تحديد حد اقصى لمدة التجربة يسمح للطرفين المتعاقدين الاتفاق على مدة تقل عن هذا الحد ومثل هنا الاتفاق يكون لمصلحة العامل ومن ثم يكون من الجائز استنادا للمادة التاسعة من قانون العمل رقم (71) لسنة 1987 والتي تنص ((تمثل الحقوق الوارد في هذا القانون الحد الاقصى لحقوق العامل وفيما وجد تطبيق خاص لعلاقات العمل تطبيق على العمال احكام هذا القانون او احكام تنظيم الخاص اليها افضل)) (13).

و الاصل ان عقد العمل تحت التجربة مقرر لمصلحة طرفيه بينما نجد ان الشرط في الموظف تحت التجربة مقرر دائماً لمصلحة الادارة باعتبار الموظف ذو مركز تنظيمي لائحي ، الهدف منه خدمة المرفق العام وضمان سيره بانتظام ، لذلك فان شرط التجربة متصل المرفق العام وهنا تسمح مدة التجربة للإدارة التعرف عن كثب عن حسن اداء الموظف لواجباته وسرعة تكيفه بالنسبة لهذه الوظيفة وصلاحية للاستمرار في الخدمة او ضرورة الاستغناء عنه في نهاية مدة التجربة للتعيين (14).

المطلب الثالث

الأثر المترتب على مدة التجربة

يتعين على السلطة الادارية المختصة اتخاذ قرار تثبيت الموظف او عدم تثبيته بعد انقضاء مدة التجربة ، و لا يعد الموظف مفصول بحكم القانون اذا لم يصدر قرار تثبيته في الخدمة من المرجع المختص بالتعيين ، و اذا كانت فترة التجربة سنة ونصف تبدأ من تاريخ مباشرة الموظف المعين للعمل في الوظيفة ، فتملك السلطة الادارية المختصة انهاء خدمة الموظف في اثناء مدة التجربة ، و على ذلك يعد مرور فترة التجربة دون صدور قرار بإنهاء الخدمة اثنائها اعتبار الموظف مثبتاً حكماً دون الحاجة لصدور قرار تثبيته⁽¹⁵⁾ .

وهنا نلاحظ انه بأنتهاء مدة التجربة - و دون صدور قرار تثبيت الموظف او انتهاء خدماته - يعد قراراً ضمناً بتثبيت الموظف تحت التجربة⁽¹⁶⁾، أي لا تستطيع الادارة انهاء خدمات الموظف بعد انتهاء المدة ، لانه بعد مثبتاً بحكم القانون مالم تعير الادارة صراحة عن رغبتها بانهاء خدماته⁽¹⁷⁾ . و يؤيد مجلس الانضباط العام في قرار له هذا الاتجاه بقوله (يعد الموظف مثبتاً في وظيفته بحكم القانون اذا مرت سنة على تعيينه)⁽¹⁸⁾ ، و أخيراً فان الموظف في اثناء مدة التجربة يتقاضى راتباً يساوي درجته فيما لو تم تثبيته بحسب منطوق الفقرة (1) من المادة (16) من قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة 1960 المعدل ، و هنا يرى جانب من الفقه انه اذا تأكدت الادارة ان الموظف ليس له المقدرة على تحمل اعباء الوظيفة او صدر منه سلوك يتنافى و أخلاقياتها ألزم عليها ان تنتظر انتهاء مدة التجربة لتقرر الاستغناء عن الموظف فيحق لها ذلك سواء خلال السنة الاولى او خلال مدة التمديد⁽¹⁹⁾ ومصدر هذا الرأي هو نص المادة (14) من قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 المعدل التي تنص على انه (يستغني عن الموظف اذا تأكد لدائرته انه لا يصلح للعمل المعين فيه خلال مدة التجربة)⁽²⁰⁾ .

بينما أتجه قسم من الفقه الى القول بانه ليس للادارة الاستغناء عن الموظف اثناء مدة التجربة بل الانتظار الى حين انتهاء مدة التجربة ليتمكن الموظف من اثبات كفاءته⁽²¹⁾ .

وهنا نقول ان قرار الاستغناء عن الموظف يجب ان يصدر بأنتهاء مدة التجربة والبالغة سنه ونصف ، و ذلك لكي يفتح المجال للموظف لاثبات قدرته حتى نهاية مدة التجربة ، و ذلك لان السماح للادارة بالاستغناء عن الموظف وفصله خلال مدة التجربة قد يدفعها الى ان تتعسف في استعمال الحق المقرر لها ، و لكن اذا ثبتت للادارة عدم صلاحية الموظف المهنية او الاخلاقية او عدم التزامه بتعليمات العمل او أي عنصر اخر تستقل بتقديره فيكون لها الاستغناء بما تملك من سلطة تقدير .

اما بالنسبة للعامل فأن قانون العمل لسنة 1987 ؛ لم ينص على حكم يعالج موضوع انهاء صاحب العمل عقد العمل تحت الاختبار وفيما انه عقد معلق على شرط فاسخ هو عدم الرضا عن كفاءة العامل ، فإذا تحقق شرط الفاسخ انفسخ العقد واذا تخلف اصبح العقد باتاً ، و ذلك تطبيقاً لنص المادة 290 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل والتي تقضي بانه " اذا تحقق الشرط واقفاً كان او فاسخاً ، استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين او من طبيعة العقد ان وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط " . و بما ان عقد العمل من العقود التي لا يتواءم مع فكرة الاثر الرجعي فأذا تحقق الشرط الفاسخ فان الالتزام يزول من وقت تحقق الشرط ، وتعد كل الاثار التي انتجها العقد صحيحة ، و بما ان قانون العمل خلا من نص ينظم انهاء عقد العمل تحت الاختبار مما يلزم معه الرجوع الى احكام القانون المدني الخاصة بالعقد المعلق على شرط فاسخ ، فان انهاء العقد من قبل صاحب العمل يخضع لاحكام الفقرة الاولى من المادة (7) من القانون المدني التي تقضي بان (من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان) ، و بما ان تقرير الصلاحية يختص بها رب العمل فإذا تمكن العامل من اثبات ان صاحب العمل قد انهي العقد لاسباب لا علاقة لها بالكفاءة بمعناها الواسع استحق العامل تعويضاً تقدره المحكمة ، و يشمل الاخير ما لحق العامل من خسارة وما فاتته من كسب استناداً الى الفقرة الثانية من المادة (169) من القانون المدني (22) .

المطلب الرابع اثر اثبات الكفاءة

إنّ الكفاءة اذا ما توفرت في اثناء فترة التجربة تعتبر كافية للزوم عقد العمل ؛ فالمشرع في قانون العمل رقم (71) لسنة 1987 اخذ بالمفهوم الواسع للكفاءة و جعلها شاملة لسلوك العامل وانضباطه في عمله و كذلك حسن تعامل والثقة المتبادلة والسلوك مع الرؤساء في العمل ومراعاة قواعد وانضباط العمل⁽²³⁾.

والحكم ذاته ينطبق على الموظف العام ، حيث ان فترة التجربة يراد منها التأكد من مدى كفاءة الموظف المهنية وحسن اخلاقه الوظيفية ، و هذا واضح من نص المادة 14 فقرة (1) من قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 المعدل .

و بعد انتهاء التجربة اذا اثبت انه اهمل واجباته فان الاجراءات التأديبية التي تطبق على الموظف هي ذاتها التي تطبق على العامل فيملك رب العمل معاقبة العامل بتأديبه لارجاعه الى جادة الصواب اذا اهمل القيام بعمله ، و يؤخذ على نص المادة 14 من قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 المعدل انه لم يحدد الجهة التي تملك حق التثبيت، الا انه يمكننا القول ان الجهة التي تمتلك سلطة التعيين تمتلك سلطة التثبيت. كذلك فان نص المادة السابقة لم يحدد الطريقة التي يمكن من خلالها التثبيت من كفاءة الموظف المعين تحت التجربة ، و الملاحظ ان بعض دوائر الدولة تستخدم التقارير السرية لغرض التثبيت من كفاءة الموظف بالاضافة الى غرضها الرئيسي والمتمثل بالترفيغ والعلووة السنوية .

ونحن لا نؤيد اتجاه الدوائر الرسمية باستعمال التقارير السرية لغرض التثبيت من كفاءة الموظف ، وذلك لانه لا يوجد نص قانوني يبيح استعمال التقارير السرية لغرض التثبيت من كفاءة الموظف خلال فترة التجربة ، و نرى ضرورة اعداد نماذج ومعايير معتمدة من قبل الجهاز الاداري⁽²⁴⁾ .
وهنا يتبين لنا ان شرط اثبات الكفاءة هو شرط ابتداء وشرط انتهاء وانه بوصفه شرط ابتداء لازم لغايات التثبيت من صلاحية الموظف او العامل ، اما بوصفه شرط انتهاء يستهدف الى تمكين رب العمل والادارة من اعمال الرقابة سواء على الموظف او العامل .

الخاتمة

فقد توصلنا من خلال هذه الدراسة الى العديد من النتائج المهمة ، و التي من ابرزها :

1- ان العلة في تحديد مدة التجربة هو منع تحايل الإدارة او صاحب العمل على القواعد العامة في انهاء عقد العمل عن طريق اطالة مدة التجربة والقول ذاته - مع مسوغاته - ينصرف على الإدارة حتى لا يبقى الموظف تحت رحمة الإدارة تنهي خدماته متى تشاء.

2- الاصل ان عقد العمل تحت التجربة مقرر لمصلحة طرفية بينما تجد ان الشرط في الموظف تحت التجربة مقرر دائماً لمصلحة الإدارة باعتبار الموظف ذو مركز تنظيمي لائحي ، الهدف منه خدمة المرفق العام وضمان سيره بانتظام .

3- ان شرط اثبات الكفاءة هو شرط ابتداء و شرط انتهاء وانه يوصف شرط ابتداء لازم لغايات التثبيت من صلاحية الموظف او العامل ، اما بوصفه شرط انتهاء سيهدف الى تمكين رب العمل والإدارة من اعمال الرقابة سواء على الموظف او العامل .

4- ان حق الإدارة في عدم تثبيت الموظف ليس مطلقاً ، و انما تستعمله في حدود المصلحة العامة فان تعدت هذه الحدود و أصدرت قرار الفصل عن هوى كان عملها غير مشروع ، يمكن ان يندرج تحت طائلة التعسف في استعمال الحق ، اما الحق في الانهاء في عقد العمل فيمكن ان يصدر الانهاء ممن تقرر لمصلحته ، و بما ان الاطراف متساوون فيمن يقرر شرط التجربة لمصلحته ، فهنا يحق لصاحب العمل انهاء استخدام العامل تحت التجربة و للعامل ايضاً مكنة الانهاء لكن بشرط ان يكون ضمن المدة المحددة للتجربة .

5- ان الموظف تحت التجربة في علاقته بالإدارة في مركز تنظيمي يحدد حقوقه و واجباته مباشرة من نصوص القانون و اللوائح المنظمة للوظيفة العامة ، بينما تحدد القواعد العامة في القانون الخاص طبيعة العلاقة التي تربط العامل برب العمل ، و التي هي علاقة تعاقدية قائمة على التراضي الذي تتساوى فيه ارادة المتعاقدين في انشاء العقد و الالتزام باثاره .

أما المقترحات :

1. فان الملاحظ ان بعض دوائر الدولة تستخدم التقارير السرية لغرض التثبيت من كفاءة الموظف و نحن لا نؤيد هذا الاتجاه لعدم وجود نص قانوني يبيح استعمال التقارير السرية لغرض التثبيت من كفاءة الموظف خلال فترة التجربة ، حيث نقترح إعداد نماذج لبيانات واضحة متعلقة بمهام الوظيفة او اداء الموظف ، او تبني معايير موضوعية من قبل الجهاز الإداري لتقييم الموظف بصورة شفافة و واقعية .
2. وكذلك يلاحظ ان بعض دوائر الدولة تعمل وبعد مضي مدة التجربة الاصلية (سنة واحدة) ومدة التمديد (6 اشهر) على اصدار قرارات ادارية بتثبيت الموظفين الجدد مع العلم ان انتهاء فترة التجربة بنجاح او انقضائها دون صدور قرار بانتهاء خدمات الموظف تحت التجربة انه مثبت بحكم القانون وبالتالي لا توجد هنالك ضرورة في اصدار قرارات التثبيت اللاحقة على انتهاء مدة التجربة الاصلية ومدة التمديد.

الهوامش

- (1) ينظر المادة (33) من قانون العمل المصري رقم (12) لسنة 2003.
- (2) ينظر د. علي خاطر شطناوي ، دراسات في الوظيفة العامة ، منشورات الجامعة الأردنية، 1988، ص96.
- (3) تقضي الفقرة (س) من المادة (6) من قانون الخدمة الجامعية رقم (142) لسنة 1976 الملغى بوضع موظف الخدمة الجامعية الذي يعين لأول مرة او ينتقل من دوائر الدولة او القطاع لاشتراكي لأحدى الجامعات او هيئة التعليم التقني تحت التجربة لمدة عام دراسي واحد علماً بأن الجامعات وهيئة التعليم التقني في غفلة من هذا النص لانها تخضع موظف الخدمة الجامعية المعين لأول مرة الى التجربة المنصوص عليها في المادة(14) من قانون الخدمة المدنية في حين ان نص فقرة (س) من المادة(6) من قانون الخدمة الجامعية يعد نصاً خاصاً تقييد الحكم العام الوارد في المادة (14) من قانون الخدمة المدنية. ينظر د. غازي فيصل مهدي شرح احكام قانون الخدمة الجامعية رقم (142) لسنة 1976 المعدل، مطبعة اوفيسست ابن الهيثم بدون سنة طبع ص 21-29 اما مدة التجربة التي يخضع لها القاضي المتخرج في المعهد القضائي فهي سنة واحدة وذلك عملاً بالفقرة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 20 في 1996/2/7.
- (4) ينظر د. غازي فيصل مهدي في بحثه وضع الموظف تحت التجربة في قانون الخدمة المدنية دراسة مقارنة، منشور في مجلة التقني ، العدد الثاني ، السنة الثانية 1989 ص⁶ هامش رقم (2).
- (5) ينظر د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، قانون العمل، ط²، مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1989 ، ص244.
- (6) ينظر د. عصمت الهواري ، الموسوعة القضائية في منازعات العمل الجزء الأول، 1959- 1960، ص 73-74.
- (7) منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3143 في 1981/3/30.
- (8) ينظر د. غازي فيصل مهدي، بحثه وضع الموظف تحت التجربة في قانون الخدمة المدنية ، المصدر السابق ، ص 605.

- (9) ينظر د. منصور العتوم ، شرح قانون العمل الاردني ، عمان ، 1996 ، ص162 .
- (10) ينظر د. محمود جمال الدين ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1983 ، ص124-125 .
- (11) ينظر د. همام زهران ، قانون العمل ، دار المطبوعات الجامعية ، القاهرة ، 1998 ، ص165 .
- (12) ينظر د. عبد الناصر توفيق ، شرح أحكام قانون العمل مؤسسة السيتاتي للطباعة ، 1989 ، ص58-59 .
- (13) ينظر د. عدنان العابد و د. يوسف الياس ، المصدر السابق ، ص400 .
- (14) ينظر د. حمدي سليمان سحيمات القبيلات ، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب في القانون الأردني ، رسالة دكتورا ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001 ص77 .
- (15) ينظر د. يوسف الياس ، المرجع العملي في شرح قانون الخدمة المدنية والانضباط والتقاعد المدني ، ط1 ، مطبعة العمال المركزية بغداد ، 1984 ، ص72 .
- (16) ينظر د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، سكوت الادارة العامة في القانون العراقي ، مجلة العلوم القانونية ، العدد 2 ، سنة 1994 ، ص199 .
- (17) ينظر د. يوسف الياس - المصدر السابق ، ص79 .
- (18) ينظر قرار مجلس الانضباط العام رقم 199 / 1980 في 1980/7/9 منشور في مجلة الاحكام العدلية ، ع3 ، 1980 ، ص199 .
- (19) ينظر د . علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 1993 ، ص379 . وينظر د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القانون الاداري ، مطبعة التعليم العالي ، الموصل 1989 ، ص135 .

- (20) ينظر د. شاب توما منصور ، التعيين والترفيح في قانون الخدمة المدنية العراقي رقم 24 لسنة 1960 المعدل ، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية ، ع3، 1969 ، ص128 .
- (21) ينظر د. يوسف الياس ، المصدر السابق ، ص425 .
- (22) ينظر د. عدنان العابد و د . يوسف الياس ، المصدر السابق ، ص425.
- (23) ينظر د. توفيق حسن فرج ، قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد ، الدار الجامعية ، 1986، ص228-229 .
- (24) ينظر د. غازي فيصل مهدي ، تقارير تقييم أداء الموظفين بين نظرية وتطبيق بحث منشور في مجلة جامعة نهرين مجلد 5 ، عدد 74 ، سنة 2001 ص102-111.
- (25) ينظر د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثالث ، قضاء التأديب دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، 1987، ص261 .
- (26) C.E. U Janvier 1930. Mariani . Rec. pu. CE 25. Janvier 1933. Dacourau, Rec, P. 102
- (27) محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم 4/21 ق - في 1950/6/15 س4، ص904
- (28) حكم محكمة العدل العليا المصرية بتاريخ 1983/3/6، مجلة ثقافية المحامين المصرية، 1983، ص1356.
- (29) ينظر د. جلال العدوي ، قانون العمل، منشاه المعارف بالاسكندرية، 1995، ص154. و د. عبد الواحد كرم ، قانون العمل ، دار الثقافة ، عمان، 1998، ص76 و د. منصور العتوم ، شرح قانون العمل الاردني ، دراسة مقارنة ، عمان، 1986، ص164.
- (30) ينظر د. سيد عيد نايل، قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 ، ص136.
- (31) ينظر د. يوسف الياس ، المصدر السابق ، ص118 .
- (32) ينظر د. يوسف الياس ، مصدر سابق ، ص119 .
- (33) قضاء محكمة العمل العليا العراقية، المجلد الثاني، قرارات صادرة خلال سنة 1973، الهيئة القضائية الاولى ، رقم الاضبارة 510/ اول ، 1973 بتاريخ 1973/8/5 .

- (34) ينظر د. السيد عيد نايل، المصدر السابق ص136 وينظر د. احمد السعيد الزقود ، الوجيز في قانون العمل ، (شرح قانون العمل الجديد رقم (12) لسنة 2003)، المنصورة، 2004، ص135 .
- (35) ينظر د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1978، ص648 .
- (36) ينظر د. وهيب عياد سلامة، الفصل بغير الطريق التأديبي ورقابة القضاء ، دراسة مقارنة ، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، بدون سنة الطبع، ص416 .
- (37) ينظر: موقف هذا الفقيه في مؤلف د. عبد الحميد كمال حشيش ، دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، بدون سنة طبع ص42 .
- (38) Dugut: Trante. De Droit . Constition Nel PARIS 1968, Tomes. I. P 116.
- (39) A. Palntey. Traite, Partique de fonction publiue 1973.l.g dj.tom no.17.
- (40) M. Houriom precis de. Droit Admenistratif 1962. P 610.
- (41) قد يقال ليس كل حالات التعيين تكون على شكل قرارات وانما يمكن ان تكون بعقود ادارية (عقد توظيف) بيد ان العقد الاداري قد تم الاتفاق على انه عقد شكلا ولائحة مضموناً ثم ان الموظف يصبح مركزه تنظيمياً تحدد حقوقه والتزاماته بموجب انظمة الوظيفة العامة ويبدو ان عقد العمل الجماعي يصبح اكثر اقتراباً من العقد الاداري على اعتبار انه يتضمن شقين تعاقدية وآخر تنظيمي . ينظر في ذلك د. سلمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية ، الفكر العربي ، 1983 ص، 17، وينظر د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص135.
- (42) C.E.A.OUT 1909 .WINKELL RES.826 CONCL TARDIER.

ينظر القرارات الآتية بشأن موقف مجلس الدولة الفرنسي من علاقة الموظف بالدولة :

- C.E 18 AVR, 1974, JARRIQLOU, REC, 148 .
- C.E 17 MARS 1,12 DELLE MON DOT , ET, OUTRESREC304 .

(43) ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط من شرح القانون الحديث، دار النهضة العربية، الجزء الأول ، ص172 .

(44) د. عبد الحميد الحكيم، الموجز في شرح القانون الحديث العراقي، الجزء الاول، في مصادر الالتزام شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد 1969، ص56.

(45) ينظر د. عبد الواحد كرم، قانون العمل ، دار الثقافة عمان ، 1998، ص73.

المصادر

اولاً. باللغة العربية

- د. احمد السعيد الزقود، الوجيز في قانون العمل ، (شرح قانون العمل الجديد رقم (12) لسنة 2003) ، المنصورة ، 2004
- د. السيد عبد نايل، قانون العمل الجديد، درا النهضة العربية، القاهرة، 2004
- د. توفيق حسن فرج، قانون العمل في القانون اللبناني والقانون المصري الجديد، الدار الجامعية ، 1986
- د. جلال العدوي، قانون العمل الاردني، دراسة مقارنة ، عمان 1986
- د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري ، الكتاب الثالث ، قضاء التأديب ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي 1987. د. سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية دار الفكر العربي، - 1983
- د. شاب توما منصور ، التعيين والترفيغ في قانون الخدمة المدنية العراقي رقم 24 لسنة 1960 المعد ، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية ع³ ، س¹¹ 1969
- د. طعمه الجرف ، القانون الاداري ، دار النهضة العربية القاهرة 1987
- د. عبد الحميد كمال حشيش ، دراسات في الوظيفة العامة في النظام الفرنسي ، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية الجزء الاول .
- د. عبد الناصر توفيق العطار ، شرح احكام قانون العمل، مؤسسة السناني للطباعة، 1989.
- د. عبد الواحد كرم ، قانون العمل ، دار الثقافة ، عمان، 1998.
- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الاول في مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد، 1969.
- د. عدنان العابد و د. يوسف الياس ، قانون العمل، ط² ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد، 1989.
- د. عصمت الهواري ، الموسوعة القضائية في منازعات العمل الجزء الاول 1959 ، 1960
- د. علي خطار شنتاوي ، دراسات في الوظيفة العامة ، منشورات الجامعة الاردنية ، 1998
- د. علي محمد بدير ، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، د. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، جامعة بغداد، كلية القانون، 1993
- د. منصور العتوم ، شرح قانون العمل الاردني ، دراسة مقارنة ، عمان، 1986.

- د. محمود جمال الدين ، قانون العمل ، ط2 ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1983.
- د. همام زهران ، قانون العمل ، دار المطبوعات الجامعية القاهرة، 1998.
- د. وهيب عياد سلامة ، الفصل بغير الطريق التأديبي ورقابة القضاء، دراسة مقارنة / مكتبة الانجلو المصرية ، القاهرة .
- د. يوسف الياس ، المرجع العلمي في شرح قوانين الخدمة المدنية و الانضباط والتقاعد المدني، ط¹، مطبعة العمال المركزية ، بغداد، 1984.
- د. غازي فيصل مهدي ، وضع الموظف تحت التجربة في قانون الخدمة المدنية، دراسة مقارنة مجلة التقني ع³ ، س²، 1989.
- د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، سكوت الادارة العامة في القانون العراقي، مجلة العلوم القانونية، العدد2، 1994.

ثانيا // المراجع و القرارات الأجنبية:.

- Dagait , traite de De Droit , constitutionnel paris ,Tom.I. 1968 .
- J. Rivero , Precis De Droit , Admimistratie, Parisa palloze 1976
- 18 AVR, 1974 , JARRLQLOU . REC , 148
- C.E 14 MARS 1.12 DELLEMOWDOT , ET OVTRESREC 304.