

# مفهوم المناولة في قانون الشغل

ملتقى الجمعية التونسية لمتفقي الشغل

حول

ما الجديد في عقود المناولة و عقود الشغل محددة

المدة ؟

محاضرة الأستاذ حافظ العموري  
المعهد الوطني للشغل والدراسات الاجتماعية  
[hafedh.lamouri@planet.tn](mailto:hafedh.lamouri@planet.tn)

9 و 10 ماي 2024

## مفهوم المناولة في قانون الشغل

تنقسم المناولة الى مناولة عمل ومناولة يد عاملة حيث حاول المشرع في مجلة الشغل لتنظيم الاولى تحت عنوان " مناولة اليد العاملة الثانوية " بثلاثة فصول (28-29-30) ولكنه لم يوفق خاصة في العنوان المذكور الذي خلق خلطا مع مناولة اليد العاملة التي فرضها واقع التحولات الاقتصادية التي مرت بها تونس في فراغ قانوني شبه كلي افرز ممارسات غير قانونية ومشبوهة قاسمها المشترك الاستفادة من هذا التجاهل القانوني لمناولة اليد العاملة بين التجاهل القانوني في مجلة الشغل لإضفاء مشروعية على مرونة قصوى غير شرعية على التصرف في الموارد البشرية (جزء اول) بما يستوجب تأويل اجتماعي لهذا الواقع مفروض و اقتراح اطار قانوني منشود(جزء ثاني)

### الجزء الاول:

مناولة اليد العاملة بين التجاهل القانوني في مجلة الشغل

و الاعتراف الضمني في مصادر اخرى

### الفقرة الأولى: مناولة اليد العاملة: مفهوم قانوني غامض انعكاس لتجاهل قانوني متذبذب

يتمثل الوضع القانوني للمناولة أساسا في بعض الفصول القديمة المتعلقة بمناولة العمل في مجلة الشغل التي نقلت عن قانون الشغل الفرنسي القديم الذي تم مراجعتها سنة 1969 لعدم استجابتها للتطور الاقتصادي والاجتماعي<sup>1</sup>.

كما نجد محاولات متفرقة لتنظيم مناولة اليد العاملة في بعض النشاطات المهنية والخدمات بإدراج بعض الفصول الخاصة في نصوص عامة كالقانون المتعلق بممارسته الأنشطة الخصوصية المتعلقة بالحراسة ونقل العملة الثمينة والحماية البدنية للأشخاص والأمر المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

أما القانون التفاوضي فمزال عاجزا عن مواكبة الانتشار الواسع لمناولة اليد العاملة التي أصبحت واقعا لا مجال لتجاهله ومن الصعب التراجع فيه بل إن كل المؤشرات الاقتصادية والاجتماعية تدل على مزيد انتشار هذا الشكل من التشغيل بينما الأطراف الاجتماعية اقتصرت إلى حد الآن على تنظيم قطاع حراسة المؤسسات والسلامة ونقل العملة ضمن اتفاقية قطاعية مشتركة في غياب اطار قانوني خاص في مجلة الشغل.

### اولا: مجلة الشغل لم تنظم مناولة اليد العاملة بل مناولة العمل

هناك فرق بين مناولة اليد العاملة ومناولة العمل ففي ما يتعلق بالإطار القانوني الشغلي فهو مفقود في النمط الأول للعلاقات الشغلية وغير دقيق في النمط الثاني حيث كما ذكر انفا اقتصرت مجلة الشغل منذ صدورها سنة 1966 على ثلاثة فصول وهي: الفصول 28 و 29 و 30 تحت عنوان " مؤسسات اليد العاملة الثانوية " و المقصود بها تلك المشتغلة لدى المقاول الذي نصت عليه في الفصلين 29 و 30 حيث يخضع الاجراء الى تبعيته القانونية و الفعلية اضافة الى التبعية الاقتصادية للمقال الثانوي المنصوص عليه بالفصلين المذكورين و لا علاقة مباشرة لهم لا قانونية و لا فعلية بالمؤسسة المستفيدة طبقا لعقد المقاول المبرم بين هذه الاخيرة و المقاول الثانوي الذي بمقتضاه يقوم هذا الاخير بعمل او خدمة بمواصفات وفي اجل وبمقابل يتم الاتفاق عليهم مسبقا.

غير ان مجلة الشغل لم تخرج الشركة المستفيدة كليا من العلاقة الشغلية حيث حملتها مسؤولية احلالها محل المقاول الثانوي عند اخلاله بواجباته القانونية ازاء اجرائه.

<sup>1</sup> Les représentations du personnel dans l'entreprise en Tunisie, Hafedh LAMOURI th doctorat d'Etat en Droit, Paris-I- Sorbonne. 1991

قد حاولت الفصول الثلاثة المذكورة ضمان حقوق إجراء مؤسسات اليد العاملة الثانوية (المقاول الثانوي) خاصة في حالة إخلالها بواجباتها أو عجزها عن الإيفاء بحقوق أجراءها المتعلقة بالأجور والراحة الخالصة الاجر وبجبر أضرار حوادث الشغل والأمراض المهنية والتكاليف الناشئة عن أنظمة الحياطة الاجتماعية والمقصود بذلك المساهمات بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

ونرى انه يجب قراءة قائمة الحقوق المنصوص عليه على سبيل الذكر و لا الحصر بالرغم من ان المشرع لم ينص على ذلك بما يكسي هذه القائمة الطبيعة القانونية الحصرية اذا تم تطبيق الفصل المذكور بحرفيته ، الا اننا نرى ان النظام العام الاجتماعي في مفهومه الواسع و مقصد المشرع المتمثل في ضمان كل المستحقات الشغلية و الاجتماعية للأجراء تجيز التوسع في هذه القائمة لتشمل كل الالتزامات المترتبة عن تنفيذ و انتهاء عقد الشغل.

فمبدئيا ضمن المشرع حقوق إجراء مؤسسات اليد العاملة الثانوية و حتى ان التزمنا بالصيغة الحصرية لقائمة هذه الحقوق فهي من أهم الحقوق الناشئة عن العلاقة الشغلية.

ومن الطبيعي ربط المشرع ضمان هذه الحقوق بعجز مؤسسات اليد العاملة الثانوية عن الدفع باعتبارها المؤجر القانوني للأجراء المعنيين الا ان العجز عن الدفع يتطلب الإثبات القانوني الذي يقتضي إجراءات قانونية تتعقد في بعض الأحيان إضافة إلى مصاريف قد يعجز عن تحملها الأجير المطالب بهذا الإثبات ليس فقط بوصفه المدعي بل كذلك عملا بمبدأ براءة ذمة مؤجره حتى يثبت عكس ذلك ليتمكن من الرجوع على المؤسسة المستفيدة والمطالبة بهذه الحقوق.

كما نستنتج من خلال الفصل 28 الذي ينص على تحميل المؤسسة المستفيدة في حالة عجز مؤسسة اليد العاملة الثانوية عن الدفع جبر أضرار حوادث الشغل والأمراض المهنية والتكاليف الناشئة عن أنظمة الحياطة الاجتماعية أنه على الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الرجوع على المؤسسة المستفيدة لاستخلاص المساهمات المتخذة بذمة مؤسسة اليد العاملة الثانوية العاجزة عن الدفع بعنوان الأجراء الذين وضعتهم تحت تصرفها.

وللصندوق أن يرجع على المؤسسة المستفيدة لاستخلاص التعويضات التي دفعها للأجراء المتضررين من حوادث الشغل أو أمراض مهنية عملا بالفصل 5 من القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 المتعلق بنظام التعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية. وهذا الرجوع في الحالتين لا يكون إلا بعد الإثبات القانوني لعجز مؤسسة اليد العاملة الثانوية عن الدفع من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

وآلية الاستبدالية أو ما يسمى بآلية الحلول محل التي انتهجتها مجلة الشغل لا تكون ناجعة في مقصدها الحمائي للأجراء إلا متى اشترط المشرع التعاقد كتابيا بين مؤسسة مناولة اليد العاملة

الثانوية وأجرائها غيران الفصل 6 رابعا من مجلة الشغل لا يشترط الكتابة في عقد الشغل إلا عندما يتعلق التعاقد بعمل قار أي خارج حالات العمل الوقتي المنصوص عليها في فقرته الأولى<sup>1</sup> بينما المناولة من المفروض أن يكون مجال العمل بها بالأساس في هذه الحالات الوقتية للعمل .

والكتابة لا تكون فقط شرط اثبات الطبيعة القانونية محددة المدة لعقود الشغل بل أيضا تهدف الى التنصيص صلب عقد الشغل على الأجور وتوابعها لتجنب النزاعات المتعلقة بهذه الحقوق خاصة إذا كانت تفوق الحقوق القانونية الدنيا والمستحقة آليا باعتبارها تهم النظام العام.

كما أنه تخفيفا لعبء إثبات عجز او توقف مؤسسة مناولة اليد العاملة الثانوية عن الدفع الذي قد يصعب تحمله من طرف الأجير كما سلف ذكره يتعين تمتعيه بقرينة إثبات عدم حصوله على مستحقاته وأجوره في آجالها القانونية دون مطالبته بإثبات التوقف أو العجز عن الدفع قضائيا .

ومن جهته ينص الفصل 29 من مجلة الشغل على مسؤولية المؤسسة المستفيدة: " عن مراعاة جميع النصوص القانونية المتعلقة بشروط العمل وحفظ الصحة والأمن والعمل الليلي وخدمة النساء والأطفال والراحة الأسبوعية وأيام الأعياد عند إنجاز العمل في محلاتها كما لو كانوا عملتها ومستخدميها وتحت نفس الشروط " فما هو المقصود بمصطلح " شروط العمل " وهل تشمل الأجر؟

بالرجوع إلى الكتاب الثاني من مجلة الشغل بعنوان " شروط العمل " لا نجد الأجر ضمن أبواب هذا العنوان وأقسامه حيث يشمل مسائل أخرى كالسن الأدنى والفحص الطبي لتأهيل الصبيان للعمل وحماية الأمومة والأشغال تحت الأرض ونظام العمل والعمل لوقت جزئي وغيرها من المواضيع التي لا تمت بصلة للأجر الذي خصه المشرع بعنوان منفرد وهو العنوان الثاني في الكتاب الثاني.

وهذا التحديد في مجلة الشغل لمصطلح "شروط العمل" الذي استثنى الأجر يكتسي أهمية بالغة تكمن في عدم إمكانية اعتماده للقول أن المشرع سوى بين أجور أجراء المؤسسات المستفيدة وأجراء مؤسسات المناولة الذين لهم نفس الأقدمية والاختصاص

إضافة إلى هذا الإطار القانوني المنقوص في مجلة الشغل صدرت نصوص قانونية وترتيبية بشأن مجالات أخرى لكن لها علاقة ولو غير مباشرة بالمناولة بصيغتها (العمل و اليد العاملة).

1 خلافا لمجلة الشغل التونسية التي لم تنص على عقوبة ضد المؤجر الذي يخالف شرط الكتابة في عقد الشغل معين المدة فإن بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الفرنسي مثلا نص على عقوبة شديدة تصل إلى 7500 يورو / أو 6 أشهر سجنا لمن يخالف هذا الشرط ، الرجوع للفصلين 152 أولا و رابعا و 152 ثانيا من مجلة الشغل الفرنسية

وفي نفس اتجاه مجلة الشغل تواصل تجاهل الأمر المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية عدد 3158 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 لمناولة اليد العاملة و اقتصر تنظيم اللجوء لمناولة العمل كما فعلت مجلة الشغل.

**ثانيا: تجاهل مناوله اليد العاملة واجازة مناوله العمل بمقتضى الأمر عدد 3158 لسنة 2002 مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 متعلق بتنظيم الصفقات العمومية كما تم تنقيحه:**

لقد خصص هذا الأمر بابا كاملا للمناولة والمقصود بذلك مناوله العمل في عنوانه السادس المتعلق بتنفيذ الصفقات وحاول ضمان تنفيذ الصفقات طبقا لكراس

. الشروط بهذا الشأن ولذلك نص في فصله 109 على مبدأ منع مناوله الصفقات العمومية: " يجب على صاحب الصفقة أن يقوم بنفسه بتنفيذ الصفقة ولا يمكن أن يكلف غيره بتنفيذها..... غير أنه تماشيا مع توجهات الاقتصاد الدولي وانفتاح تونس على الاستثمار الخارجي وبالتالي تمكين المؤسسات الأجنبية من المشاركة في بعض الصفقات وتناغما مع التوجهات الاقتصادية الوطنية التي تحت على المساهمة في خلق مواطن الشغل ومزيد المرونة في الإجراءات وشروط المشاركة في الصفقات العمومية وتنفيذها نص الفصل المذكور على استثناء واسع لمبدأ منع العمل بالمناولة بالقول..... إلا أنه يمكن بالنسبة لصفقات الأشغال والخدمات أن يكلف غيره بتنفيذ بعض أجزاء منها بعد الحصول على ترخيص كتابي مسبق من قبل المشتري العمومي. فهذا الأمر يهدف إلى حسن تنفيذ الصفقات من خلال الترخيص المسبق للعمل بالمناولة وهو بذلك وسع مجال الصفقات العمومية ليتمكن تنفيذها بالمناولة وإن ربط ذلك بشرط إجرائي يتمثل في الترخيص السالف الذكر، كما مكن الفصل 110 من هذا الأمر من مرونة إضافية وذلك بتمكين المؤسسة الحاصلة على الصفقة من تغيير مؤسسة مناوله العمل شريطة الحصول على الموافقة الكتابية المسبقة بهذا الشأن حرصا على إنجاز الصفقة طبقا لشروطها..

الا ان القانون التفاوضي ( الاتفاقيات المشتركة) حاول سد الفراغ القانوني في مجلة الشغل بشأن مناوله اليد العاملة غير انه مازال يقتصر على قطاع الحراسة والسلامة ونقل العملة.

**ثالثا: اعتراف صريح بمناولة اليد العملة بالاتفاقية المشتركة القطاعية لأعوان مؤسسات الحراسة والسلامة ونقل العملة**

تم ابرام هذه الاتفاقية في 24 فيفري 1989 وخضعت لعدد المراجعات الدورية كسائر الاتفاقيات الأخرى ونص الفصل الثاني من هذه الاتفاقية على تطبيقها على العملة القارين وهو إقرار ضمني

بإمكانية وجود أعمال قارة وبالتالي عمال قارين في مؤسسات المناولة في هذا القطاع. وفي مؤسسات مناولة اليد العاملة عموما وتبعاً لذلك تخضع هذه المؤسسات في علاقتها مع أجراءها للفقرة الثانية من الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل بشأن ترسيم الأجراء بعد العمل لمدة اربع سنوات في مراكز عمل قارة وهو ما نصت عليه صراحة هذه الاتفاقية غير أن هذه مجرد قواعد عامة وبالتالي فالمحدد لتطبيقهما هي طبيعة العمل فإذا تبين أنه لا وجود لأجراء قارين بحكم الطبيعة الوقتية لعملم لا يمكن تطبيق حق الترسيم المنصوص عليه بخلاف التأجير حيث يتمتع كل أجراء هذه المؤسسات المنضوية تحت هذه الاتفاقية بشبكات الأجور المتضمنة لها تطبيقاً للفقرة الثالثة من الفصل 6 (رابعا) المذكور أنفاً بصرف النظر عن أحكام الفصل الثاني من هذه الاتفاقية السالفة الذكر.

و تدعم هذا التنظيم التعاقدي لمناولة اليد العاملة في قطاع الحراسة و توابعه بأمر ينظم هذه الهنة لكنه في نفس الوقت تطرق للمناولة

**رابعا: اعتراف ضمني بمناولة اليد العاملة بالقانون عدد 81 المؤرخ في 3 أوت 2002 بشأن ممارسة الأنشطة الخصوصية المتعلقة بالمراقبة والحراسة ونقل العملة الثمينة والحماية البدنية للأشخاص كما تم تنقيحه بمقتضى القانون عدد مؤرخ في 18 فيفري 2008:**

نظرا لحساسية الأنشطة المتعلقة بالفصل الأول من هذا القانون وهي: - إسداء الخدمات التي تهدف إلى مراقبة وحراسة المنقولات أو العقارات وضمن سلامة الأشخاص الموجودين بتلك العقارات. نقل العملة والمجوهرات والمعادن الثمينة وحراستها عند الشحن والتفريغ إلى غاية تسليمها الفعلي. فقد حاول المشرع تنظيم المؤسسات التي تقوم بها وهي مؤسسات مناولة بالأساس وان تخضع حاليا إلى اتفاقية مشتركة في علاقتها مع أجراءها. و أخضع الفصل 4 من هذا القانون ممارسة هذه الأنشطة إلى ترخيص مسبق من وزير الداخلية وفقا لصيغ وإجراءات يتم ضبطها بأمر كما حجر الفصل 9 من القانون المذكور مناولة هذه الأنشطة من طرف مؤسسة المناولة الأصلية الحاصلة على الرخصة

وفي ما يتعلق بالعلاقات التشغيلية بين هذه المؤسسات واجرائها فقد تطرق لها هذا القانون ولو جزئيا حيث نص بالفصل 11 على جملة من الشروط يجب أن تتوفر في الأجراء تتعلق أساسا بالحقوق المدنية والسياسية والسوابق العدلية وعلى إحالة قائمة أسمائهم إلى وزارة الداخلية قبل انتدابهم، كما نص على وجوب إخضاعهم إلى تكوين خاص في مركز تكوين تابع لوزارة الداخلية يختم بشهادة و على بطلان كل عقد شغل مخالف لهذه الشروط.

ومن جهته نص الفصل 12 من هذا القانون على الإنهاء الآلي والوجوبي لعقد الشغل إذا لم يعد الأجير يتوفر فيه أحد الشروط الرئيسية السالفة الذكر. يتضح من أحكام هذا القانون نية المشرع تنظيم هذا القطاع تنظيماً محكماً بحكم لاقته بالنظام العام بما في ذلك العلاقة الشغلية التي يجب أن تبرم كتابياً وتحل ونقطع وجوباً في الحالات المذكورة لكن هذا القانون لم يتدخل بشأن مدة العقد وبالتالي يتعين في هذا المجال الرجوع إلى مجلة الشغل والاتفاقية المشتركة المنظمة لقطاع الحراسة .

### الفقرة الثانية: ممارسات مشبوهة:

#### اولاً: فراغ قانوني افرز ممارسات مشبوهة

مقولة: " القانون يشرع والواقع يفرض". « La loi dispose et la pratique » تكرر عادة في حالات الفراغ القانوني و في المجالات غير المتعلقة بالنظام العام وايضا إذا كان القانون عاماً أو غامضاً أو غير مسير للتطور الاقتصادي وهو ما هو عليه حال مجلة الشغل في موضوع مناولة اليد العاملة والذي ما أفرز ممارسات مختلفة وغير متجانسة بسائر المؤسسات ومجامع المؤسسات الاقتصادية التي عرفت تطوراً كبيراً من ذلك:

- على مستوى مؤسسات المناولة: العديد من مؤسسات مناولة العمل واليد العاملة دأبت على انتداب إجراء تطلق عليهم صفة الوقيتين غالباً دون عقود شغل كتابية ودون بطاقات خلاص ولا انخراط بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بالرغم من أن القانون في هذا المجال عام ويطبق على كل المؤسسات دون استثناء ولا علاقة له بالفراغ القانوني في موضوع المناولة<sup>1</sup>.

ومؤسسات مناولة أخرى تتعاقد مع أجراءها كتابياً بعقود معينة المدة تنتهي عادة بانتهاء العمل موضوع العقود أو إنهاء عقد اسداء الخدمات الذي يربط المؤسسة المستفيدة بمؤسسة المناولة لأي سبب كان<sup>2</sup>. وتركز جل عقود شغل الأجراء بمؤسسات مناولة اليد العاملة على انتهاء هذه العقود آلياً دون سابق إعلام ليس فقط بانتهاء عقد الخدمات السالف الذكر أو قطعه بل كذلك بطلب من المؤسسة المستفيدة الاستغناء عن خدمات الأجير المعني بصرف النظر عن أسباب هذا الطلب ودون النظر لوجود خطأ ارتكبه الأجير من عدمه<sup>3</sup>

فمؤسسات مناولة اليد العاملة بحكم تطورها عددياً أصبحت تتنافس بطرق غير شرعية أحياناً إرضاء للمؤسسات المستفيدة ولذلك فهي تقوم بفصل أي أجير بمجرد طلب المؤسسة المستفيدة ذلك لأبسط الأسباب وحتى دون سبب وحجة هذه الأخيرة في عدم التعاقد مباشرة

1 الاتحاد العام التونسي للشغل، ندوة حول الأشكال الهشة للتشغيل ، سبتمبر 2003.

2 الاتحاد العام التونسي للشغل ، ندوة الشباب العامل، جانفي 2004.

3 الاتحاد العام التونسي للشغل ، ندوة حول المفاوضات الاجتماعية ، نوفمبر 2003.

بعقود معينة المدة لإنجاز أعمال قارة او حتى غير و اللجوء الى شركات مناولة اليد العاملة سواء:

- بانتداب الأجراء الذين تحتاجهم عن طريق مؤسسات مناولة اليد العاملة باعتبار انه يخلصها من كل تعاقد معهم<sup>1</sup>  
او

- بانتداب هؤلاء الأجراء مباشرة من طرفها ثم إحالتهم على مؤسسات مناولة اليد العاملة قبل تجاوزهم الأربع سنوات عمل لديها بحيث تتعاقد معهم لمدة متواصلة أو متقطعة أقل من السقف المذكور لتواصل تشغيلهم بعد ذلك لكن بمقتضى عقود شغل يبرمونها مع مؤسسات مناولة يد عاملة لقطع كل علاقة شغلية تعاقدية بهم<sup>2</sup> مستغلة في ذلك موقف بعض المحاكم في هذه المسألة المتمسك بالمبادئ المدنية العامة وفي مقدمتها إرادة الطرفين المتعاقدين في العقد<sup>3</sup>

وهذه المؤسسات تعمد عادة إلى عدم تجديد العقود معينة المدة مع أجراءها لكي لا تتجاوز الأربع سنوات في الأعمال القارة إلا بعد تعاقدهم مع مؤسسات مناولة اليد العاملة لمدة معينة بالرغم من مواصلتهم العمل لديها وذلك للدفع أمام القضاء عند الاقتضاء بتعاقد هؤلاء الأجراء مع مؤجر آخر طيلة هذه المدة قبل التعاقد معهم من جديد وتشغيلهم مدة أخرى لا تتجاوز الأربع سنوات مستفيدة كذلك من اعتماد بعض المحاكم عقود الشغل دون غيرها من الحجج وبالتالي إرادة الطرفين ورفض حجة التحايل على الفصل 6 (رابعاً) من مجلة الشغل المقدمة من الأجراء المعنيين<sup>4</sup>.

وقد استنبط بعض مجامع المؤسسات طرق أخرى للاستفادة من هذا الفراغ القانوني ومن تمسك بعض المحاكم بتطبيق إرادة الطرفين في عقود الشغل وتتمثل هذه الطرق أساساً في:

• تكوين شركة جديدة ضمن شركات المجمع مختصة في المناولة وخاصة مناولة اليد العاملة لتتولى وضع اليد العاملة اللازمة تحت تصرف باقي شركات المجمع عوضاً عن اللجوء إلى مؤسسات مناولة خارجية عن المجمع<sup>5</sup>.

• عدم تجديد العلاقة الشغلية لكي لا تتجاوز الأربع سنوات وإحالة الأجراء المعنيين للعمل لمدة معينة مع شركة أخرى من شركات المجمع لمدة معينة باعتبار أن شركات المجمع

1 الاتحاد العام التونسي للشغل الندوة التكوينية حول الأنماط الجديدة للتشغيل ، أفريل 2003

2 الاتحاد العام التونسي للشغل الندوة التكوينية حول الأنماط الجديدة للتشغيل ، أفريل 2003

3 قرار تعقيبي مدني عدد 2000 - 6679 بتاريخ 20-02-2001

4 قرار تعقيبي مدني عدد 80773/2020 بتاريخ 24-1-2020

5 انظر أعمال الملتقى السنوي للجنة الوطنية للدراسات والتوثيق للاتحاد العام التونسي للشغل ، ديسمبر 2003

تمثل ذوات قانونية مستقلة عن بعضها البعض وذلك للاحتجاج بتعاقد هؤلاء الأجراء مع مؤجرين آخرين قبل التعاقد معهم من جديد لمدة أربع سنوات أخرى<sup>1</sup>. وهذه الطريقة تتماشى خاصة مع بعض مجامع المؤسسات التي لها شركات تمارس نفس النشاط المهني في نفس المنطقة الجغرافية كالوكالات التجارية والنزل كما يمكن ممارسة هذه الطريقة مع الأجراء الذين ليس لهم أي اختصاص مهني حيث يمكن تشغيلهم في كل الأنشطة المهنية.

● قد يستغل بعض المؤجرين حاجة بعض الأجراء للعمل بإبقائهم في نفس الشركة شريطة إبرامهم عقود شغل صورية مع شركة من شركات المجمع ودفع أجورهم من طرف هذه الأخيرة لمدة معينة قبل إرجاعهم لوضعيتهم التعاقدية والتأجيرية السابقة بحيث تتم إحالتهم للعمل مع الشركة الأخرى سوريا.

وباستثناء قطاع الحراسة التي تحدد أجورهم طبق شبكات اجور الاتفاقية القطاعية فإن الفراغ قد يشجع المؤسسات على اللجوء إلى مناولة اليد العاملة لأنها تكون ملزمة فقط باحترام الأجور الدنيا المضمونة قانونيا إلا بالنسبة لمن قد يتوفر فيهم اختصاص مهني معين والذين قد يتمتعون حسب العرض والطلب بأجور أرفع من الحدود الدنيا وهي بذلك تتجنب تطبيق الفقرة الثالثة من الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل القاضي بالمساواة بين الأجراء القارين وغير القارين في الأجور والمنح<sup>2</sup> باعتبار أن أجراء مؤسسات المناولة لا تربطهم عقود شغلية مع المؤسسات المستفيدة وبالتالي لا يمكنهم المطالبة بالمساواة في التأجير مع أجراء هذه الأخيرة وهو ما ذهب إليه فقه القضاء بعدم تطبيق الفقرة الثالثة من الفصل 6 (رابعا) على أجراء مؤسسات مناولة اليد العاملة<sup>3</sup> ولم يصب في ذلك حيث كان بإمكانه الاجتهاد في اتجاه حماية الأجراء العاملين عن طريق المناولة بتأويل اجتماعي للإطار القانوني شبه الغائب بأعمال قاعدة القياس

### ثانيا: جمود فقه القضاء شجع ممارسات مشبوهة:

للتذكير لم تنتهج تونس من حيث المبدأ منهج الاختصاص القضائي ولكن بالرغم من مزايا عدم التخصص فإن نقائصه تبرز في بعض المجالات والاختصاصات التي منذ المرحلة الدراسية في الحقوق لم تأخذ حظها كباقي المجالات كما وكيفا وفي مقدمتها القانون الاجتماعي بفرعيه قانون

<sup>1</sup> أنظر الندوة العربية النقابية التكوينية في قطاع النفط ، تونس ديسمبر 2003

<sup>2</sup> En France. l'employeur encourt une amende de 3750 euros. portée à 7500 euros et/ou 6 mois d'emprisonnement en cas de non respect du principe l'égalité de traitement entre CDD et CDI en matière de rémunération et ce depuis le 20 janvier 2002. voir les anciens articles du code de travail français L. 152-1-4 et L. 152-2.

<sup>3</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 2405-2000 بتاريخ 13-12- 2000

الضمان الاجتماعي وقانون الشغل وفي المقابل يتم عادة التركيز على القانون المدني والقانون التجاري وبعض الفروع القانونية الأخرى.

وغياب الاختصاص القضائي وتكوين القضاة في القانون المدني والقانون التجاري و القانون الجزائي بالأساس يجعل من الصعب التعمق والاجتهاد في النزاعات الشغلية لتجاوز الفراغ القانوني وغموض النصوص في بعض المسائل حيث يتم الاكتفاء بتطبيق القواعد المدنية العامة والقواعد التجارية الخاصة بتكوين الشركات على هذه النزاعات الاجتماعية المختلفة في أسسها وأبعادها وفلسفتها عن النزاعات المدنية العامة والنزاعات التجارية<sup>1</sup>.

وعدم الاجتهاد في استنباط الخصوصيات الاجتماعية للنزاعات الشغلية يبرز مثلا من خلال الأحكام الصادرة في مجال المناولة. ففي ما يتعلق بترسيم إجراء مؤسسات مناولة اليد العاملة لم تصب المحاكم إلا جزئيا عند وصفهم بالوقتيين حتى وإن تجاوزوا العمل مدة الأربع سنوات وذلك بإخضاعهم للفقرة الأولى من الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل<sup>2</sup> التي تنص على الحالات الخمسة

التي يمكن التعاقد بشأنها بحرية بعقود معينة المدة وهي: "

- القيام بالأشغال الأولى لتركيز المؤسسة أو بأشغال جديدة.

- القيام بالأعمال التي تستوجبها زيادة غير عادية في حجم العمل التعويض الوقتي لعامل قار متغيب أو توقف تنفيذ عقد شغله.

- القيام بأشغال متأكدة لتفادي حوادث محققة أو تنظيم عمليات إنقاذ أو لتصليح خلل بمعدات أو تجهيزات أو بناءات المؤسسة القيام بأعمال موسمية أو بأنشطة أخرى لا يمكن حسب العرف أو بحكم طبيعتها اللجوء فيها إلى عقود لمدة غير معينة "

بينما من المفروض عدم تجاوز العمل في هذه الحالات الأربع سنوات باعتبار أنها حالات بطبيعتها محدودة في الزمن باستثناء حالات محدودة يتجاوز العمل فيها هذه المدة بالجمع بين فترات متقطعة فرضتها طبيعة العمل حيث يكون التقطع نابعا عن ضرورة العمل وطبيعته غير أن بعض المحاكم تطبق على مؤسسات مناولة اليد العاملة الفقرة الأولى من الفصل المذكور بصفة آلية حتى لو تجاوز الإجراء العمل بعقود معينة المدة الأربع سنوات بالرغم من أن هذا التقطع بين هذه العقود غير نابع عن ضرورة العمل وطبيعته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 2000/4156 بتاريخ 05-01-2001

<sup>2</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 2002/11618 بتاريخ 04-10-2002

<sup>3</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 2000 - 3661 بتاريخ 2000-11-24

قرار تعقيبي مدني عدد 19475-2002 بتاريخ 03/01/2003

كما أن هذا التطبيق الآلي يشمل في بعض الأحيان اجراء هذه المؤسسات الذين يقومون بإدارتها وغير موضوعين على ذمة مؤسسات مستفيدة. ولذلك نرى أنه من الأصوب التمييز بين صنفين من اجراء مؤسسات المناولة:

• الذين يوضعون على ذمة مؤسسات مستفيدة بعقود متقطعة في الزمن بحكم حاجيات وضرورة العمل بصرف النظر عن المدة الفاصلة بين العقد والعقد حيث لا يجوز الجمع بين العقود لأن ذلك يتعارض مع مقصد المشرع وتعريف العمل الوقتي وكذلك الشأن للذين يوضعون على ذمة المؤسسات المستفيدة على أساس عقود الخدمات التي تربط المؤسسات المستفيدة بمؤسسات اليد العاملة الثانوية لا يخضعون للفقرة الثانية من الفصل المذكور حتى وإن تجاوزوا مدة العمل الجملي بمختلف عقودهم وفي مختلف المؤسسات المستفيدة الأربع سنوات و لا يمكن اعتبارهم اجراء قارين اعتمادا على الطبيعة الوقتية لعملهم على معنى الفقرة الأولى من الفصل السالف ذكره

• الذين يعملون بدون انقطاع ولو بعقود متتالية أو بانقطاعات غير مبررة بطبيعة العمل وضرورياته حيث من المفروض انتدابهم مباشرة وكذلك الذين يعملون بإدارة مؤسسات المناولة وتجاوزوا الأربع سنوات عمل، يدخلون تحت طائلة الفقرة الثانية من الفصل 6 (رابعا) التي تنص على أنه: " يمكن إبرام عقد الشغل لمدة معينة في غير الحالات المذكورة بالفقرة السابقة بالاتفاق بين المؤجر والعامل على أن لا تتجاوز مدة هذا العقد أربع سنوات بما في ذلك تجديده و كل انتداب للعامل المعنى بعد انقضاء هذه المدة يقع على أساس الاستخدام القار ودون الخضوع لفترة تجربة "

ويمكن القياس على ما ذهبت إليه إحدى دوائر محكمة التعقيب بشأن اجراء مؤسسات البناء والأشغال العامة عموما ومؤسسات مناولة العمل حين اعتبرتهم اجراء قارين إذا عملوا لمدة تتجاوز الأربع سنوات بعقود معينة المدة ولو متقطعة إذا لم يقع تبرير هذا التقطع بضرورة العمل بالرغم من انتقالهم مع مؤجرهم من حضيرة إلى أخرى<sup>1</sup>.

ولكن هذه المحكمة غير مصيبة في بعض القرارات التي اعتمدت فيها اختصاص الأجير لتكييف العلاقة الشغلية التي تربطه بالمؤسسة حيث اعتبرت أن الاجراء غير المختصين غير قارين بخلاف الاجراء المختصين<sup>2</sup> وكان من الأصوب الاستناد إلى طبيعة العمل ومدته فعامل التنظيف أو عامل الحراسة غير مختص لكن طبيعة العمل قارة حيث لا يمكن لأي مؤسسة أن تبقى دون

<sup>1</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 98 - 5571 بتاريخ 28 - 12 - 1998

<sup>2</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 60107 مؤرخ في 22 فيفري 1992

تنظيف وبدرجة أقل دون حراسة خلافا لما ذهبت إليه جل المحاكم التي لم تعتمد إلا عقود الشغل في فصل النزاع<sup>1</sup>.

نرى إذا تعلق الأمر بأجراء تم انتدابهم من طرف المؤسسات المستفيدة مباشرة بعقود معينة المدة لإنجاز أعمال قارة ثم أحالتهم على مؤسسات مناولة يد عاملة قبل تجاوز الأربع سنوات مع مواصلتهم العمل في نفس مراكز عملهم أنه يمكن للقضاء تجاوز عقد الشغل الذي انتهى مع المؤسسة المستفيدة وأبرم مع مؤسسة اليد العاملة لتأسيس أحكامه على مكان العمل واستقراره باعتبار أن نية التحايل واضحة من طرف المؤسسات المستفيدة لتجنب ترسيم الأجراء الذين تجاوزوا العمل بها في مواطن شغل قارة الأربع سنوات وبالتالي تصبح عقود شغل هؤلاء المبرمة مع شركات المناولة عقودا صورية.

ولا نرى أنه من الصواب الاستناد على صفة المؤجر القانوني لإخراج المؤجر الفعلي أي المؤسسة المستفيدة والتي لها صفة المؤجر الأصلي من القضية التي يرفعها الأجراء عند فصلهم عن العمل ضدها أو بالتضامن ضدها و ضد مؤسسة مناولة اليد العاملة التي لم تجدد عقود شغلهم أو قطعها تعسفا، ففي هذا النوع من النزاعات يمكن الاستناد إلى صفة المؤجر الفعلي والأصلي (المؤسسة المستفيدة وعدم التمسك بالمؤجر القانوني لأنه صوري) مؤسسة اليد العاملة الثانوية أو على الأقل القضاء بالتضامن في المسؤولية بين المؤجرين بإسناد الغرامات للأجير المعني المترتبة عن القطع التعسفي للعقد الذي يمكن إعادة تكييفه غير معين المدة تأسيسا على الفقرة الثانية من الفصل 6 (رابعا) المذكور أعلاه.

وكذلك الشأن بالنسبة لإحالة الأجير للتعاقد لمدة معينة مع مؤسسة مناولة اليد العاملة مع بقاءه يعمل لدى المؤسسة المستفيدة ثم إدماجه بها من جديد حيث أن نية التحيل صارت بدرجة من الوضوح تسمح للقاضي بوصف العلاقة التشغيلية بين الأجير والمؤسسة المستفيدة بالمتواصلة واحتساب مدة تعاقد مع مؤسسة يد العاملة الثانوية وكأنها أبرمت مع المؤسسة المستفيدة.

أما في ما يتعلق بمجامع المؤسسات فالقانون لم ينظمها إلا حديثا ولكنه لم يتعرض إلى العلاقات التشغيلية بها بالرغم من خصوصياتها واقتصر على الجوانب التجارية.

وإشكالية المناولة بمجامع المؤسسات تتمثل أساسا في خلق مؤسسة مناولة تابعة للمجمع أو في نقلة الأجير بين مؤسسات المجمع لكي لا يكتسب أربع سنوات أقدمية في مؤسسة واحدة من هذه المؤسسات لا يمكن حلها بدون تجاوز فقه القضاء للحدود القانونية التجارية التي تفصل مؤسسات المجمع بعضها عن بعض باعتبارها ذات قانونية مستقلة ليؤسس اجتهاده على الوحدة الاجتماعية

<sup>1</sup> قرار تعقيبي مدني عدد 2000 - 6162 بتاريخ 20-04-2001 و قرار تعقيبي مدني عدد 82555.2019 بتاريخ 25-9-2020

والاقتصادية التي يمثلها مجمع المؤسسات على مستوى العلاقات الشغلية ، كما فعل فقه القضاء الفرنسي منذ سنة 1970 في قرار محكمة التعقيب المتعلق بمجمع "Les wagons-lits" الذي اسس تأويلا اجتماعيا لقانون الشركات التجارية متناسقا مع خصوصيات القانون الاجتماعي وهو ما يتطلبه الواقع المفروض لشركات مناولة اليد العاملة سدا للفراغ القانوني في انتظار اقتراح الاطار القانوني المنشود .

## الجزء الثاني:

### تأويل اجتماعي لواقع مفروض و اقتراح اطار قانوني منشود

#### الفقرة الاولى: تأويل اجتماعي لواقع مفروض

إمكانية التأويل الاجتماعي الحمائي للإطار القانوني الحالي لمناولة العمل المطبق بالقياس على مناولة اليد العاملة والمتسم بالغموض والفراغ لا يحول دون ضرورة تنظيم مناولة اليد العاملة لاحقا بأحكام قانونية أو تعاقدية صريحة لان القانون دأب أن يكون لاحقا ينظم وضعا سابقا فإذا ظهر وضع اجتماعي أو اقتصادي وانتشر يتدخل القانون في مفهومه الواسع لينظمه حماية للأطراف المعنية به وللمجتمع ككل.

واعتبارا أن مناولة اليد العاملة أصبحت واقعا اجتماعيا واقتصاديا من الصعب التخلي عنه بل على العكس من ذلك فهو مرشح للتطور ومزيد الانتشار كما سلف بيانه ،صار من الضروري التأويل الاجتماعي للإطار القانوني لمناولة العمل المنظم قياسا لمناولة اليد العاملة والتوسع فيه على مستويات عدة أهمها مجال العمل والعلاقة الثلاثية بين الأجراء ومؤسسات مناولة اليد العاملة والمؤسسات المستفيدة .

#### اولا: تحديد مجال العمل بمناولة اليد العاملة:

يبدو أن الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل يهدف ولو ضمريا إلى إيلاء العقد غير معين المدة مرتبة المبدأ والعقد معين المدة مرتبة الاستثناء بالرغم من أنه ورد ليقنن هذا الأخير ولم يتطرق مباشرة للعقد غير معين المدة ولكن الضمانات التي نص عليها عند التعاقد لمدة معينة لفائدة الأجير تشير كلها إلى أن هذا العقد يمثل استثناء بالنسبة للعقد غير معين المدة نظرا لأن المشرع دأب على إحاطة الاستثناءات في كل القوانين بضمانات عدة لكي لا يقع التوسع فيها فتصبح قاعدة وهو ما فعله بالنسبة للعقد معين المدة في الفصل المذكور وإطلاق الفصل 6 (ثانيا) من مجلة الشغل حرية الاختيار بين العقدين يدخل في باب المبادئ العامة التي يتم تنظيمها في فصول لاحقة كما هو الشأن للفصل 6 (رابعا) الذي نظم الحرية الواردة بالفصل 6 ( ثانيا ) المذكور

وتأسيسا على قاعدة المبدأ والاستثناء يمكن القول أن المناولة سواء للعمل أو لليد العاملة استثناء بالنسبة للأصل المتمثل في انجاز العمل عن طريق إجراء المؤسسة القارين أو عند الاقتضاء انتداب مباشر لأجراء غير قارين في إطار الفصل السالف الذكر.

فالأصل إذن عدم اللجوء للمناولة بالمحافظة على العمل داخل المؤسسة وإنجازه عن طريق إجراءات والاستثناء اللجوء للمناولة بإخراج العمل عن النطاق التعاقدية للمؤسسة وإنجازه عن طريق إجراء غير تابعين لها إذا تطلبت طبيعة العمل ومدته وذلك حماية لاستقرار مواطن الشغل الذي هو ركيزة أساسية للاستقرار الاجتماعي والاقتصادي للأجراء وللمجتمع ككل<sup>1</sup> وهو ما يحتم تحديد مجال العمل بالمناولة.

### (1) تحديد مجال مناولة العمل:

التحولات الاقتصادية والتكنولوجية السريعة تفرض مزيدا من المرونة<sup>2</sup> وهو ما يبرر التمييز بين مناولة العمل ومناولة اليد العاملة لتمكين أصحاب العمل من مناولة العمل بصرف النظر عن طبيعته سواء كانت قارة أو غير قارة<sup>3</sup>

وهذه المرونة من شأنها أن تؤثر لأصحاب العمل مجالا أوسع للتأقلم مع متغيرات الأسواق الداخلية والخارجية وسرعة أكبر للاستجابة لهذه المتغيرات كما قد تدعم موقعهم التنافسي خاصة وأن السوق التونسية انفتحت كليا على المنافسة الخارجية. بينما يمكن أن تقتصر مناولة اليد العاملة مبدئيا على الحالات المنصوص عليها بالفصل 6 رابعا من مجلة الشغل السالفة الذكر.

### (2) تحديد مجال مناولة اليد العاملة:

بالنسبة لمناولة اليد العاملة نرى أنه تناسقا مع إرادة المشرع عند مراجعة مجلة الشغل سنة 1996 من أن المبدأ كما سلف ذكره تحديد مجال العمل بها في الإطار الذي سمح به المشروع بالفصل 6 (رابعا) الفقرة الأولى بالنسبة للعقود معينة المدة.

فالمشرع بتنظيمه لعلاقات العمل معينة المدة أراد حمايتها من التهميش وعدم الاستقرار بما يمكن تحديد مجال اللجوء لمؤسسات مناولة اليد العاملة بمجال تطبيق الفصل 6 ( رابعا ) أي بالأعمال غير القارة تطبيقا لمبدأ العقد القار ( غير معين المدة) للعمل القار والذي نستشفه من خلال الفقرة

<sup>1</sup> Voir dans ce sens la loi française n° 2003-6 du janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques.

<sup>2</sup> Voir Hatem KOTRANE, op.cit.

<sup>3</sup> La Tunisie et l'espace Pan Euro-méditerranéen: Risques et opportunités. François Marie GRAU, conférence annuelle du textile/habillement, Tunis, juin 2003.

الأولى من الفصل المذكور بصفة مطلقة اوبصفة ضمنية ومقيدة بأربع سنوات من خلال الفقرة الثانية من هذا الفصل كما ذكر آنفا

فقاعدة اللجوء إلى العقود معينة المدة إلا لإنجاز أعمال غير قارة من الطبيعي أن تنطبق آليا على مناولة اليد العاملة باعتبارها حالة من التعاقد الظرفي والوقتي حتى وإن تعلق الأمر بمؤسسة مناولة يد عاملة تكونت خارج أو في إطار مجمع مؤسسات ومنتمية له بصرف النظر عن مجال عملها سواء لفائده أو لقائدة مؤسسات خارجة عنه وهو ما يطرح إشكالية العلاقة الثلاثية بين الأجراء ومؤسسات المناولة والمؤسسات المستفيدة وضرورة تنظيمها.

### ثانيا: تنظيم العلاقة الثلاثية بين مؤسسات المناولة والأجراء والمؤسسات المستفيدة

كما سلف ذكره حاول المشرع تنظيم هذه العلاقة في الفصول 28 و 29 و 30 من مجلة الشغل المتعلقة بمناولة العمل لكن هذه الأحكام أصبحت غير كافية لتنظيمها حيث تشعبت منذ تاريخ إدراجها بمجلة الشغل سنة 1966 وكان بالإمكان تغطية جانب كبير من هذا الفراغ التشريعي والتعاقدي عند تقديم مشروع تنظيم خاص بمناولة اليد العاملة من طرف الحكومة بمناسبة مراجعة مجلة الشغل سنة 1996 لكن هذا المشروع الا انه تم رفضه من طرف الاتحاد العام التونسي للشغل من حيث المبدأ بحجة انه يرفض تشريع السمسة باليد العاملة لأنه يعتبر مناولة اليد العاملة سمسة.

و نتيجة لذلك بقيت مناولة اليد العاملة الموضوع الحاضر الغائب في الدراسات الفقهية المتعلقة بقانون الشغل واختلقت في المحاكم في تأويل الفصول المذكورة لتطبيقها بالقياس على النزاعات الشغلية الفردية المترتبة عنها وهو دليل على مدى أهمية هذه المسألة في العلاقات الشغلية في القطاعين العام والخاص وضرورة تنظيمها تشريعا أو تعاقديا<sup>1</sup>.

### (1) العلاقة الشغلية:

علاقة أجراء مؤسسات المناولة بمؤجريهم من حيث الترسيم تستوجب التمييز بين مؤسسات مناولة العمل التي يمكن ولو بشيء من التعسف مقارنتها بسائر المؤسسات الاقتصادية الأخرى وإخضاعها للفقرتين الأولى والثانية من الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل السالف ذكرهما ولا يمكن الاحتجاج بارتباط عملها بالمؤسسات المستفيدة لإخضاع أجزائها للفقرة الأولى وإقصائهم من الفقرة الثانية من

<sup>1</sup> إلى غاية شهر جانفي 2004 لم يتم إبرام الاتفاقية الإطارية المشتركة التي من المفروض أن تبرم سنة 2002 ومن ضمن نقاط الاختلاف موضوع المناولة ، أنظر الندوة الدراسية التي نظمها الاتحاد العام التونسي للشغل حول الحوار الاجتماعي والديمقراطية، ديسمبر 2003.

الفصل المذكور لأن كل المؤسسات الاقتصادية مرتبطة بأسواق خارجية أو داخلية وبعرض وطلب.

أما بالنسبة لمؤسسات مناولة اليد العاملة نرى أن علاقتها بأجرائها تختلف عن مؤسسات مناولة العمل لأن المناولة بالنسبة لها تتعلق بالعامل وليس بعمله حيث يمكن للمؤسسة المستفيدة أن تستغني عن خدمات الأجير الذي وضع تحت تصرفها من طرف مؤسسة المناولة دون قطع عقد المناولة الذي يربط بين المؤسستين إما لأنها لم تعد في حاجة لخدمات هذا الأجير أو لأنها تريد تغييره بأجير آخر بصرف النظر عن أسباب ذلك ، خلافا للعلاقة التي تربط مؤسسة مناولة العمل بالمؤسسة المستفيدة وهي مبدئياً علاقة تحقيق نتيجة وإنجاز خدمة لا دخل لهذه الأخيرة في تسيير أجراء مؤسسة مناولة العمل وبالتالي في فصلهم عن العمل الشيء الذي يمكن أن يضيف على العلاقة التشغيلية بين مؤسسة مناولة العمل وأجرائها الصبغة القارة كسائر المؤسسات الأخرى.

وهذا التمييز يدعم رأينا بخصوص صعوبة الحديث عن أعمال قارة في مؤسسات مناولة اليد العاملة طالما أن عقد شغل الأجير المستخدم لدى هذه المؤسسات يخضع لا فقط لعقد المناولة الذي يربطها بالمؤسسات المستفيدة بل وكذلك للإرادة المنفردة لأصحاب العمل في هذه المؤسسات وبالتالي من الصعب إخضاع العلاقات التشغيلية بها إلى الفقرة الثانية من الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل باستثناء العلاقة التي تربطها بأجرائها المكلفين بتسيير أعمالها لأنهم لم ينتدبوا لوضعهم على ذمة مؤسسات أخرى<sup>1</sup>.

وفي ما يتعلق بالعلاقة بين المؤسسات المستفيدة ومؤسسات المناولة فهي مجرد علاقة تجارية ينظمها عقد اسداء خدمات كما أنه لا وجود لعلاقة تشغيلية تعاقدية مباشرة بينها وبين هؤلاء الأجراء كما سلف ذكره خلافا للنظام التأجيري .

## (2) العلاقة التأجيرية:

في ما يتعلق بالعلاقة التأجيرية نرى أنه يمكن تأويل الفقرة الثالثة من الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل التي تنص على أن: " يتقاضى العملة المنتدبون بمقتضى عقود شغل لمدة معينة أجورا أساسية ومنحا لا تقل عن الأجور الأساسية والمنح المسندة بمقتضى نصوص ترتيبية أو اتفاقيات مشتركة للعملة القارين الذين لهم نفس الاختصاص المهني " تأويلا واسعا.

<sup>1</sup> Au sujet des difficultés d'application de l'art 6-4 du code du travail voir, le régime juridique des contrats de travail à durée déterminée difficultés d'applications colloque organisé par l'association Tunisienne des inspecteurs de travail. Tunis juin 2003. et plus précisément. le recours au personnel temporaire dans les entreprises publiques. Mansour HELLAL

ففي هذه الفقرة وردت عبارة "الانتداب" مطلقة وما ورد مطلقا يجري علي اطلاقه خاصة وأن ميزة قانون الشغل على القوانين الأخرى تتمثل في إمكانية التأويل الانفع للعبارات المطلقة لفائدة الأجراء وذلك قد يبرر تطبيق عبارة "المنتدبون" في مفهومها الواسع لتشمل الانتداب المباشر والانتداب غير المباشر عن طريق مؤسسات مناولة اليد العاملة.  
وهذا التأويل الواسع متناغم مع ما ورد في الرائد الرسمي لمداوات مجلس النواب بشأن القانون 1996 وفي المنشور عدد 13 الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعية مؤرخ في 10 جويلية 1997.

غير ان غياب القراء المعمقة لتأويل لعبارة "المنتدبون" كما سلف ذكره لم يقع تمتيع الأجراء الذين يتم انتدابهم عن طريق مؤسسات مناولة اليد العاملة بنفس الحقوق التأجيرية التي يتمتع بها الأجراء المنتدبون مباشرة من طرف مؤسسة تنفيذ العمل بعقود معينة المدة وهي نفس الحقوق التي يتمتع بها نظرائهم القارون<sup>1</sup>.

وفي ما يتعلق بتأجير أجراء مؤسسات مناولة العمل التي تعمل في كل الميادين الفلاحية وغير الفلاحية التي قد لا يمكن إخضاعها إلى اتفاقية مشتركة قطاعية معينة فان نظام تأجير هؤلاء الأجراء يضبط في عقد الشغل دون ان يقل عن الاجر الأدنى المضمون بأوامر حسب طبيعة النشاط فلاحي او غير فلاحي اما الأجراء الذين يتقاضون اجورا أعلى من الأجور الدنيا ولكنهم يعملون في أنشطة غير خاضعة الى اتفاقية مشتركة قطاعية او مؤسسات لا يمكن النزول بأجورهم دون الحد المضمون بأمر خاص.

هنا أيضا يمكن بحكم انتماء قانون الشغل للقانون الاجتماعي تأويل مصطلح "المؤسسة" الوارد في هذا الفصل تأويلا قانونيا اجتماعيا والابتعاد عن التأويل القانوني التجاري السائد ليشمل كل الأجراء العاملين في المؤسسة أو لفائدتها بما في ذلك أجراء مؤسسات مناولة العمل واليد العاملة وهو ما يدعم ما ذهبنا له بالنسبة لأجراء هذه الأخيرة بتأويلنا لعبارة "المنتدبون" تأويلا واسعا.  
فالمقصود تطبيق الاتفاقية المشتركة على المؤسسة ليست المؤسسة بالمعنى التجاري كذات معنوية لها الشخصية القانونية بل كذات ووحدة اجتماعية تشمل كل الأجراء العاملين بها أو لفائدتها بصرف النظر عن علاقتهم التعاقدية.

هذا التأويل يتدعم بفلسفة التعاقد الجماعي التي تهدف مجموع الأجراء العاملين بالمؤسسة أو لفائدتها ولذلك تدخل المشرع سنة 1996 بإضافة الفصل 6 (رابعا) إلى مجلة الشغل ليسوي بين

<sup>1</sup> الرجوع للمنشور الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعية تحت عدد 13 ، المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد 8.

الأجراء المتعاقدين لمدة معينة والأجراء القارين على مستوى أهم الحقوق الا وهي المساواة في التأجير.

كما أن هذا التأويل يكسب قانون الشغل مزيد الاستقلالية إزاء قانون الشركات الجارية والقانون التجارية و حتى المدني ليكون مرجعية اجتماعية خاصة به عند تأويل أحكامه الغامضة وذلك بالرجوع في تطبيق الاتفاقيات المشتركة إلى المؤسسة في مفهومها الاجتماعي السالف الذكر.

وعلى هذا الأساس يمكن تطبيق الاتفاقيات المشتركة بخصوص التأجير في مفهومه الواسع على كل العاملين بالمؤسسة المعنية بها أو لفائدتها دون النظر إلى عقود شغلهم هذه الاتفاقيات مع من أبرمت وبذلك يصبح المرجع الوحدة الاجتماعية والاقتصادية أي المؤسسة المستفيدة باعتبارها أيضا المؤجر الفعلي وليس المؤجر القانوني السوري الذي أبرم عقود الشغل.

وهذا الجانب التأجيري الاقتصادي للعلاقة الشغلية الذي ربطناه بالمؤسسة المستفيدة من العمل كذات اجتماعية واقتصادية يجد أيضا أسسه في علوية المفهوم الاجتماعي لقانون الشغل على المفهوم التجاري له وفي مبدأ قيمة العمل المتساوي مقابل الأجر ذي القيم المتساوية و لو كان مختلفا.

هذا التأويل للفقرة الثالثة من الفصل 6 (رابعا) لا يتعارض مع باقي أحكام مجلة الشغل بما في ذلك الفصول 28 و 29 و 30 المتعلقة بمؤسسات اليد العاملة الثانوية ولا مع مقصد المشرع من خلال مداولات مجلس النواب ولكنه قد يتعارض مع جانب كبير من فقه القضاء السائد الذي مازال متمسكا بتطبيق القواعد القانونية المدنية والتجارية على العلاقات الشغلية كما سلف ذكره دون الاجتهاد لاستنباط قواعد فقه قضائية تستجيب لخصوصيات وجذور وفلسفة قانون الشغل كقانون اجتماعي مختلف تماما في بعض الجوانب عن خصوصيات وفلسفة وجذور القانون المدني والقانون التجاري بما في ذلك قانون الشركات التجارية.

فلا جدال حول ضرورة التمسك بالشكليات القانونية للمؤسسة كوحدة قانونية مستقلة بشخصيتها وذاتها المعنوية عندما يتعلق الأمر بنزاع تجاري أو مدني تعاقدية أما إذا كان النزاع اجتماعيا يتعلق باستقرار العلاقة الشغلية وبالأجور يصبح من الضروري النظر للمؤسسة كوحدة اجتماعية واقتصادية وتجاوز المظاهر والتقسيمات القانونية التجارية التي قد تخفي هذه الوحدة الاجتماعية والاقتصادية خاصة إذا تعلق الأمر بمجمع مؤسسات حيث نرى من غير الصائب الاستناد إلى القواعد التجارية للقول أن الأجير لا يحق له الترسيم على معنى الفقرة الثانية من الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل بالرغم من تجاوز مدة العمل بمركز عمل قار الأربع سنوات بحجة أنه لم يعمل كامل المدة في مؤسسة واحدة من مؤسسات المجمع.

وكان من الأصوب تجاوز المنطق القانوني التجاري بالاستناد على الطبيعة الاجتماعية للنزاع للقول أن المؤجر واحد وهو المجمع كوحدة اقتصادية واجتماعية ممثلا في رئيسه وما المديرون العاملون لمؤسسات المجمع إلا إجراء لديه يقومون بدور المؤجر بالوكالة عنه. وفي إطار هذا التأويل الاجتماعي لأحكام قانون الشغل وقانون الضمان الاجتماعي نرى أن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي قد أصاب حين صنف آليا مؤسسات مناولة العمل واليد العاملة من حيث نظام الانضواء والانخراط بالصندوق إلى النظام غير الفلاحي لأنها تتعاقد مع شركات في كل القطاعات وبالتالي اجرائها غير مستقرين في قطاع مهني وحيد كما انه النظام الأنفع للأجراء من حيث المنافع الاجتماعية سواء قصيرة أو طويلة الأمد<sup>1</sup>.

اصبح من الضروري تدقيق الاطار القانوني لمناولة العمل ووضع اطار قانوني لمناولة اليد العاملة يوفقان بين توفير مزيد مرونة التصرف في الموارد البشرية للمؤسسة وحماية حقوق الاجراء.

#### الفقرة الثانية: اقتراح اطار قانوني منشود

اولا: مراجعة الفصول 28 و 29 و 30 من مجلة الشغل بشأن مناولة العمل  
نقترح تغيير العنوان الثاني "مؤسسات اليد العاملة الثانوية" ليصبح "مقاولات العمل الثانوية" أو "مقاولات مناولة العمل" ونحبذ العنوان الاول للقطع مع مصطلح المناولة تجنبنا لتوسعه ليشمل مناولة اليد العاملة ومراجعتة لمزيد تدقيقه وتمييزه عن مناولة اليد العاملة.

الفصلان 29 و 30 من مجلة الشغل استعمالا مصطلح "المقاول الثانوي" نقلا عن القانون الفرسي القديم الذي له شديد التأثير على هذه المجلة التي صدرت سنة 1966 قبل أن تعرف تونس مناولة اليد العاملة التي فرضها الواقع الاقتصادي لإعانة المؤجرين على مواجهة المنافسة الخارجية جراء انفتاح تونس على الاقتصاد العالمي.

وانتشرت مناولة اليد العاملة بنسق سريع بعد مراجعة مجلة الشغل سنة 1996 بحثا من المؤجرين على مزيد المرونة التي ضيقت فيها هذه المراجعة خاصة فيما يتعلق بالتعاقد لمدة محددة في الأعمال القارة الذي حددته بأربع سنوات والمساواة في الأجر والمنح بين الأجراء القارين وغير القارين.

والأسباب الرئيسية لمراجعة هذا العنوان من مجلة الشغل تتمثل بالخصوص في:

- إرجاع هذه الفصول 28 و 29 و 30 إلى ما وضعت من أجله وإضافة ثلاثة فصول جديدة لتفتين بأكثر دقة ووضوح اللجوء الى المقاولات الثانوية لإنجاز أعمال أو خدمات

1 الانماط الجديدة للعمل والضمان الاجتماعي الندوة الوطنية حول الأنماط الجديدة للعمل وتأثيرها على التشغيل محمد شعبان، تونس، جانفي 2003.

و نصت مجلة الشغل في الفصول الثلاثة المذكورة على أحكام تحمي إجراء المقاول الثانوي في حالة عدم احترامه للقانون بشأنهم وذلك بإحلال الشركة المستفيدة محله في التكفل بهذه الحقوق الشغلية والاجتماعية و نجد مصدر هذه الحماية بالفصول 245 ومن 881 إلى 886 من مجلة الالتزامات والعقود.

- وضع حدّ للخلط بين مناولة العمل أو الخدمة ومناولة اليد العاملة التي تفتقر لأي مصدر قانوني في مجلة الشغل وهذا الفراغ القانوني دفع القضاء على إعمال قاعدة القياس لفصل النزاعات المتعلقة بهذه المناولة كما سلف ذكره.

- ربط مجال تطبيق مناولة الأعمال أو الخدمات خاصة بما نصت عليه النصوص المنظمة للصفقات العمومية وبالأعمال الخارجة عن النشاط الرئيسي للمؤسسة وغير المصنفة في الاتفاقيات المشتركة مجال تطبيقها المهني.

- وضع حدّ لعدم التناسق بين مجلة الشغل من جهة والقوانين والنصوص الترتيبية الاقتصادية ذات الصلة بمناولة اليد العاملة.

فمن ناحية هناك غياب كامل في مجلة اشغل والاتفاقيات المشتركة لتنظيم مناولة اليد العاملة، ومن ناحية أخرى نجد مصادر لها في القوانين الاقتصادية كمصطلح "كراء اليد العاملة" في السجل الوطني للشركات ومصطلحات أخرى مختلفة بعضها متعارض كلياً مع الموثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان واتفاقيات المنظمة الدولية للعمل التي تؤكد على أن العمل ليس سلعة قابلة للمساومة والكراء من طرف وسطاء - وضع حدّ للغموض الحالي بين حقوق وواجبات كل من الشركة المستفيدة المقاول الثانوي بالتنصيص على أنه المؤجر القانوني والفعلي لأجرائه بمقتضى عقد المقاول المبرم بينه وبين الشركة المستفيدة موضوعه تحقيق نتيجته بمواصفات وأجال محددة ومقابل مالي متفق عليها مسبقاً بحيث لا علاقة واقعية أو قانونية بين إجراء المقاول والشركة المستفيدة التي لا يحق لها إخضاعهم إلى تبعيتها القانونية بإسداء أوامر لهم ولو متعلقة بالعمل.

ويمكن المحافظة على الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 28 وعلى الفصلين 29 و 30 لأنهم يوفرون الحماية لأجراء المقاول الثانوي بإحلال الشركة المستفيدة محله في حقوق الأجراء التي أخل بها مؤجرهم ولها الرجوع بها عليه.

- عدم الخلط بين المقاول الثانوي للعمل و المقاول من الباطن. فالمقاول الثانوي هو الذي طلبت منه الشركة المستفيدة تنفيذ عمل معين بمواصفات وأجال محددة. و مقاوله من الباطن هو الذي يمكن للمقاول الثانوي بعد ترخيص من الشركة المستفيدة ان يعهد له تنفيذ جزء من العمل الذي كلفته به الشركة المستفيدة

### ثانياً: إضافة في مجلة الشغل عنوان ثان(مكرر) "مؤسسات العمل الوقتي":

هذا العنوان يأتي بعد العنوان الثاني الذي اقترحنا مراجعته لمزيد التدقيق وغيرنا عنوانه من "مؤسسات اليد العاملة الثانوية" إلى "مقاولات العمل الثانوية" المنظمة بالفصول 28-29 و 30 من مجلة الشغل.

و تهدف هذه المراجعة بالأساس الى القطع مع مناولة اليد العاملة التي أسيء استعمالها من بعض شركات المناولة والمؤجرين المستفيدين منها وكذلك لتمييزه عن العنوان الثاني المتعلق بالمقاولات الثانوية للعمل

فهذا العنوان الثاني (مكرر) موضوعه وضع إطار قانوني لتشغيل اليد العاملة من طرف مؤسسات عمل وقتي بوضعها على ذمة المؤسسات التي بحاجة لها بصفة مؤقتة وتسمى المؤسسات المستفيدة.

ولكي تكون العلاقات التعاقدية واضحة يبرم **عقد وضع على الذمة** وهو عقد تجاري بين مؤسسة العمل الوقتي والمؤسسة المستفيدة ينص صراحة على عدد الأجراء واختصاصاتهم المهنية ومدة الوضع على الذمة وكامل حقوقهم الشغلية والاجتماعية مع إمكانية تغيير هذا العدد بالزيادة أو النقصان حسب حاجة المؤسسة المستفيدة.

كما يبرم كتابيا عقد عمل وقتي بين مؤسسة العمل الوقتي والأجير المزمع وضعه على ذمة المؤسسة يسمى " **عقد شغل قيام بمهمة**" لا تتجاوز مدته 18 شهرا قابل للتجديد كتابيا وبفس الحقوق على إلا تتجاوز مجموع مدد عقود العمل الوقتي 36 شهرا لدى نفس المؤسسة المستفيدة. ويتعين التنصيص إجباريا في هذا العقد على تدقيقات و حدود حماية لحقوق واجبات الأطراف المتعاقدة.

وتأجير عملة المناولة في صيغتها الحالية من العوامل الرئيسية التي تفسر الضرورة العاجلة لاقتراح إطار قانوني حماية للأجراء من استغلال بعض شركات المناولة وبعض المؤجرين مع ضرورة تمكين المؤسسات الاقتصادية من المرونة التي توفرها لهم هذه العقود.

ودون حاجة للحجج التي ذكرناها انفا او الرجوع إلى القانون المقارن ( ألمانيا، فرنسا... ) بشأن المساواة في تأجير اجراء المناولة مع اجراء الشركة المستفيدة، يكفي الاستناد على الاتفاقيتين الدوليتين المصادق عليهما من طرف تونس رقمي 100 بشأن تساوي الأجور وملحقاتها بين المرجل والمرأة عند تساوي قيمة العمل المنجز حتى وإن كان مختلفا (تنطبق هذه الاتفاقية أيضا على العاملين من نفس الجنس) والاتفاقية رقم 111 المتعلقة بتحجير كل أشكال التمييز بما في ذلك التمييز في الأجر مهما كان مرده.

وتأسيسا على الفصل 74 من الدستور الذي نقل عن دستوري 1959 و 2014 مبدأ علوية الاتفاقيات والمواثيق الدولية المصادق عليها من طرف تونس على القوانين الوطنية باستثناء الدستور فإن التمييز بين إجراء الشركة المستفيدة وإجراء شركة العمل الوقتي الذين يقومون بعمل ذي نفس القيمة و لو كان مختلفا يتعارض مع هذا الفصل من الدستور .  
و تأسيسا على الفصل 74 من الدستور لا يمكن الاستناد على ما نصت عليه الاتفاقيات القطاعية المشتركة أو اتفاقيات المؤسسات من أنها **تتطبق على إجراء المؤسسة** لأن هذه الفصول المتعلقة بمجال تطبيقها الشخصي مخالفة للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها تونس وهي بالتالي باطلة.  
وبمفهوم القانون المقارن والاتفاقيات الدولية فإن الاتفاقيات القطاعية المهنية ( Convention de branche ) و اتفاقيات المؤسسات لا تنطبق فقط على مؤسسات القطاع بل على كل العاملين في القطاع المهني بصرف النظر عن عقد الشغل مع من أبرم.

وتأسيسا على ما سبق فإن إبرام اتفاقية مشتركة لقطاع العمل الوقتي وكذلك الاتفاقية القطاعية لأجراء الحراسة السارية المفعول لا يحولان دون تطبيق المساواة في الأجر باستثناء حالة عدم وجود مركز عمل مماثل له نفس القيمة في الشركة المستفيدة يمكن القياس عليه للمساواة في الأجر. وفي حالة نزاع للقاضي تعيين خبير لتقييم قيمة العمل.

والمساواة في الأجر تضع حدا للتمييز المؤسس على صفة المؤجر المبرم لعقود الشغل مع الأجراء الذين يقومون بنفس العمل أو له نفس القيمة حتى لو كان مختلفا.

ووضع إجراء على ذمة مؤسسة مستفيدة عن طريق مؤسسات العمل الوقتي في الصيغة المقترحة تهدف إلى تمكين الشركات المستفيدة من التمتع بالمرونة التي يوفرها هذا الشكل من التشغيل بالزيادة أو النقصان في عدد الأجراء الموضوعين على ذمتها إضافة إلى التخلص من عبء التصرف الإداري في هؤلاء الأجراء و ليس بهدف التقليل المباشر من كلفة الإنتاج او الخدمات بدفع أجور اقل من تلك التي يتقاضاها اجرائها القارين أو غير القارين الذين يقومون بعمل ذي نفس القيمة و لو كان مختلفا الذي يقوم به الأجراء الوقتيين الموضوعين على الذمة . والعمولة التي تتقاضاها مؤسسات العمل الوقتي من الشركات المستفيدة هي مقابل هذه المرونة و مناولة التصرف الاداري و المالي في الأجراء المعنيين.

كما أن المساواة في الأجر تعوض لأجير العمل الوقتي انعدام الاستقرار المهني والمالي وبالتالي الاجتماعي والنفسي والمجهود الإضافي الذي يبذله للتأقلم مع بيئة العمل الجديدة كلما تم انتهاء عقد وضعه على ذمة مؤسسة مستفيدة ونقله إلى مؤسسة أخرى إضافة الى عدم حصوله على تسهيلات مالية من طرف البنوك ومن طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الذي يشترط للحصول على قرض شخصي ضمان المؤجر والذي عادة ما يرفض نظرا للصبغة الوقتية للعمل.

وهذه الأسس هي تقريبا نفسها التي بني عليها المشرع إضافة الفقرة الثالثة من الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل عند مراجعتها سنة 1996 و التي تنص على "تقاضى العملة المنتدبون بمقتضى عقود شغل لمدة معينة أجورا أساسية ومنحا لا تقل عن الأجور الأساسية والمنح المسندة بمقتضى نصوص ترتيبية أو اتفاقيات مشتركة للعملة القارين الذين لهم نفس الإختصاص المهني".  
ومؤسسات العمل الوقتي ليست مكاتب وساطة خاصة في التشغيل بين المؤجر وطالبي الشغل بحكم تحجير هذه المكاتب في تونس باستثناء مكاتب تشغيل التونسيين في الخارج بترخيص مسبق من وزارة التكوين المهني والتشغيل والذي ينص على منع هذه المكاتب من الحصول على عمولة أو أي مبالغ مالية بأي وجه من طالبي الشغل.

بينما إذا قامت مؤسسات العمل الوقتي بإجراء تنقية *sélection* من بين طالبي الشغل يمكنها وضعهم على ذمة الشركة المستفيدة دون ان تدخل تحت طائلة منع الوساطة الخاصة في التشغيل شريطة عدم الحصول على مقابل من الأجراء.