

تحول عقد الشغل من محدد المدة إلى غير محدد المدة في فقه القضاء

The transformation of the employment contract from a fixed-term to an indefinite-term in the jurisprudence of the judiciary

إشراف التومي¹ ،

¹ كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس

البريد الإلكتروني: ichraftoumi@gmail.com

تاريخ النشر: 2021/12/31

تاريخ القبول: 2021/12/20

تاريخ الاستلام: 2021/09/25

ملخص:

لفقه القضاء دور في تثبيت العامل في عمله خاصة مع تنوع وإختلاف أوجه التشغيل بإعتماد المناولة ومجمع الشركات وغيرهما، وذلك من خلال إعادة تكييف عقد الشغل بأنه غير محدد المدة وبالتالي إعطائه الوصف الصحيح كلما إتضح أن المؤجر قد عمد إلى بعض الوسائل التحيل بصفته أو بمدة العمل الفعلية، والتي يرجو من وراءها أن يكون العقد الرابط بينه وبين الأجير عقدا محدد المدة، لكون هذا الأخير لا يمثل نموذجا للعمل القابل بالعكس هو في حقيقة الأمر مثال للعمل المهمش وغير المستقر. فلا يكفي أن نوفر للأجير عملا وأن نحقق له ظروف طيبة وملائمة به، فلا بد من تظافر جهود الساحة القانونية لضمان بقاء الأجير في مركز عمله وضمان تطورها وتطويره.

الكلمات المفتاحية : تحول عقد الشغل، فقه القضاء، تأويل الجمع بين مدد العمل، تأويل صفة المؤجر، مؤسسات المناولة.

Abstract:

The jurisprudence of the judiciary plays a role in stabilizing the worker in his work, especially with the diversity and different aspects of employment by adopting the subcontractor, the companies complex, and others, by re-adjusting the employment contract as having an unlimited period and thus giving it the

* المؤلف المرسل

correct description whenever it becomes clear that the lessor has used some means to refer to his capacity or With the actual period of work, behind which it is hoped that the contract linking him and the wage-earner will be a fixed-term contract, since the latter does not represent a model for permanent work, but on the contrary is in fact an example of marginalized and unstable work. It is not enough to provide the wage-earner with a job and to achieve good and appropriate conditions for him. Efforts of the legal arena must be combined to ensure that the wage-earner remains at the center of his work and to ensure its development and development.

Keywords :

job contract shift; Jurisprudence; Interpretation of the combination of work periods ; Interpretation of the property of the lessor ; handling establishments.

مقدمة:

يمكن اعتبار مسألة تحول عقد الشغل من محدد المدة إلى غير محدد المدة بحكم القضاء، من أهم ما جاء به الهيكل القضائي من منافع لفائدة الأجير. و القاضي هنا لا يقوم مقام المشرع بإتيانه لحالات تحول لم ينص عليها القانون، ففي ذلك خرق واضح لمبدأ التفريق بين السلط. وإنما معناه طريقة تعامل فقه القضاء مع النصوص القانونية في الصور التي يطال فيها الغش، وذلك عن طريق التكييف القانوني¹ للعلاقات التعاقدية. فالقاضي غير ملزم بإعتماد التكييف الأولي للعقد، الأمر الذي يدفعه إلى إعطاء الوصف الحقيقي لتلك الرابطة القانونية في حالة مخالفته بإعادة التكييف وذلك من منظور

¹ التكييف هو تقنية توجد في كل فروع القانون يسعى من خلالها المشرع إلى تحقيق العدالة التي من أجلها وضع النص القانوني. و التكييف لغة هو مصدر لفعل كلف، يكف، يقال كيف الشيء أي عوده، على نهج معين وإتباع طريقة معلومة بحيث يجعله ذا طبيعة خاصة. واصطلاحا تشترك التعريفات في أن التكييف هو العملية القانونية التي تخلى تصنيف وضعية قانونية تحت صنف قانوني، وهو بالتحديد العملية الذهنية التي يطابق من خلالها القاضي بين وضعية واقعية ومفهوم قانوني أي الوسيلة التي يحول من خلالها القاضي القانون من التجريد إلى الواقع والعكس. و قانونيا التكييف له معنيان، فإما أنه ينص على تحديد طبيعة علاقة قانونية عبر وضعها في أحد الأصناف القانونية الموجودة وإما على تحديد الصنف العام أو القالب العام الممكن تطبيقه على حالة واقعية معينة.

التصدي لهشاشة التشغيل وتكريس لمبدأ إستقرارية الشغل إعتقاداً على معايير مختلفة طبقاً للقواعد القانونية المنصوص عليها بمجلة الشغل²، ليتم بذلك إقرار عدة حالات لتحول عقد الشغل من محدد المدة إلى غير محدد المدة وذلك بفضل التوسع في تأويل الجمع بين مدد العمل المحددة بأربع سنوات (المبحث الأول) وكذلك في تأويل صفة المؤجر من خلال تبني صفة المؤجر القانوني والتخلي عن صفة المؤجر الفعلي (المبحث الثاني) والتي شهدت بدورها تأرجحاً بين الإستقرار والتنازع بين المحاكم أحياناً.

المبحث الأول

التوسع في تأويل الجمع بين مدد العمل

إن تصور تأويل إرادة طرفي عقد الشغل واعتباره عقداً غير محدد المدة أمراً ممكن في إطار قواعد التأويل المدنية، بشرط مراعاة خصوصيات المادة الشغلية وإقتناع القاضي بضرورة حماية حقوق طرفي العقد، وهذا التصور يمكن أن يكون في صورتين : صورة أولى : في حالة سكوت الطرفين حول مدة العقد أين يتزايد دور القاضي في حماية الأجير، بالإلتجاء إلى العرف وهو عرف المهنة لتحديد مدة العقد وإكمال إرادة طرفي العقد أو للأحكام العامة للتأويل خاصة بالنسبة للقطاعات الشغلية المستحدثة بموجب التطورات الإقتصادية والتشريعية.

و الصورة الثانية : في حالة التصريح بإرادة بقيت غامضة حول مدة العقد حيث يمكن أن تكون الشروط المتصلة بالمدة أو الأجل غامضة أو متناقضة وعندها تكون محل تأويلات عديدة ومختلفة فعلى القاضي البحث عن الإرادة الحقيقية للطرفين³.

و إعتباراً إلى أنه لا تشترط مدة محددة من العمل الفعلي في حالة التحول التي

² قرار تعقيبي مدني عدد 847.2013 صادر بتاريخ 21 فيفري 2014، غير منشور.

³ عبد الحكيم الجفالي : " عقد الشغل غير محدد المدة "، رسالة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، السنة القضائية 2000-2001، ص 26.

نص عليها الفصل 17 من مجلة الشغل، فقد أرسى المشرع شرطا رئيسيا يتعلق بمدة العمل لتحويل الأجير الوقتي إلى القارو التي لا بد أن تتجاوز الأربع سنوات لدى المؤجر بمقتضى عقد أو عدة عقود محددة المدة ينجز من خلالها أعمالا قارة بطبيعتها حسب منطوق الفقرة الثانية من الفصل 6 رابعا من مجلة الشغل.

إلا أن المشرع لم يكن واضحا عند سهه لعبارات هذا النص بحيث ترك مجالا للنقائص، مما يطرح في خصوصه العديد من التساؤلات التي من الممكن أن تجابه المؤجر والأجير على أرض الواقع. وهو ما أنتج بطبيعة الحال تجاوزات وقع للجوء إليها من قبل المؤجرين قصد التفصي من تطبيق أحكام مجلة الشغل المتعلقة بتحويل عقد الشغل من محدد المدة إلى غير محدد المدة.

و بالرجوع إلى الأساليب المختلفة التي توخاها المؤجرون لتجاوز الشرط الرباعي لعقد الشغل المحدد المدة دون ترسيم الأجراء يمكن القول أنها تتمحور في نقطتان أساسياتان:

النقطة الأولى تتمثل في اللجوء إلى عقود شغل محددة المدة بصفة غير مسترسلة و بالتالي ضرورة تأويل مسألة تعدد العقود و عدم إسترسالها في الزمن (أ) و نقطة ثانية هي تغيير علاقة شغلية غير محدودة المدة إلى علاقة شغلية محدودة المدة (ب). بمعنى هل يمكن في هذه الحالة أن يتمتع العامل بحقه في الترسيم لتجاوز عمله في تلك المؤسسة الأربع سنوات أم أنه تخلى عن ذلك الحق بمجرد إبرامه لعقد شغل محدد المدة خصوصا إذا لم تتجاوز مدة عمله بالمؤسسة بمقتضى ذلك العقد الجديد الأربع سنوات؟.

المطلب الأول: تعدد العقود وعدم إسترسالها في الزمن

تثير مسألة مدة العمل جدلا يدور حول إنقطاعها و إسترسالها، فقد أشارت الفقرة الثانية من الفصل 4-6 من مجلة الشغل إلى أن تلك المدة المحددة بأربع سنوات تتعلق "

بالعقد بما في ذلك تجديده، "، وقد أُلِي تَضارب الآراء حول مدلول تلك العبارة إلى إستغلال هذه الوضعية من قبل المؤجرين الذين يمكنهم "إنهاء العقد لتفادي إبرام عقد غير محدود المدة وبالتالي التخلص من تبعات الإنهاء قبل الأوان لهذا النوع من العقود"⁴.

فقد يكون تاريخ إنتهاء العقد مثلا قبل يوم أو يومين فقط من تجاوز الأجير لمدة الأربع سنوات من العمل بالمؤسسة وهو ما قد يدل على نية المؤجر بعدم رغبتة في ترسيمه. وقد يخضع المؤجر الأجير الوقتي إلى فترة إنقطاع أو توقف عن العمل قبل إنتدابه بمقتضى عقد جديد و العمل بتعدد العقود المحددة المدة وإلى غيره من الأعمال التي من شأنها أن تجنب المؤجر تحول الأجير الوقتي إلى أجير قار.

ومما لا شك فيه، فقد تدعمت هذه الممارسات كنتيجة للإتجاه الذي إتخذته المحاكم التونسية في هذا الموضوع بإقرارها للتواصل والإسترسال كشرط من شروط إحتساب مدة الأربع سنوات لتحول العقود المحددة المدة إلى غير محددة المدة كيفما وردت ضمن أحكام الفقرة الثانية من الفصل 4.6 من مجلة الشغل.

من ذلك ما أقرته محكمة التعقيب في إحدى قراراتها⁵، حيث نصت على أنه " طالما ثبت أن العلاقة الشغلية التي تربط المعقب ضده بالطاعة تعتمد على عقود شغل محدودة المدة فإن تلك العلاقة تنتهي بإنهاء المدة المحددة بكل عقد وذلك تطبيقاً لأحكام الفصل 14 من مجلة الشغل الذي ينص على أن عقد الشغل المبرم لأجل معين ينتهي بإنهاء الأجل المتفق عليه.

بحيث إذا عمل المعقب ضده لدى الطاعة على أساس الصبغة الوقتية فإن طول المدة الفاصلة بين كل عقد من العقود أو قصرها أو تعدد تلك العقود لا تأثير له على

⁴ عبد الحميد عبد الله: " عقد الشغل محدود المدة". رسالة: شهادة دراسات معمقة: قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 1997. 1998، ص 87.

⁵ قرار تعقيبي مدني عدد 54536 صادر بتاريخ 24 أكتوبر 1996، نشرية محكمة التعقيب سنة 1996، ص 209.

صبغة العمل ولا يحول العامل إلى عامل قار وبالتالي لا يمكن الإستنتاج من عدد العقود ومن قصر المدة الفاصلة بين عقود الشغل المبينة أو المبرمة لأجل معين سوء نية المؤجر. كما أن العامل من حقوقه خاصة وأن هذه العقود هي محل إتفاق بين الطرفين ولم يطعن أحدهما فيها وما دامت هذه العقود إنعقدت على الوجه الصحيح فإنها تقوم مقام القانون بينهما طبق أحكام الفصل 242 من مجلة الإلتزامات و العقود وتنتهي بأمرها وبالتالي لا وجود للطرد وبالأحرى التعسف في ذلك الطرد."

مع الإشارة إلى أن المدة الفاصلة بين العقد والآخر في هذه القضية لم تكن تتجاوز الثلاثة أيام لكي تصل في أقصى الحالات إلى 30 يوم فحسب.

فهل يكفي للمؤجر أن يوقف الأجير عن عمله لمدة 3 أيام فحسب ثم يعيد إبرام عقد شغل جديد محدد المدة معه لكي يتمتع بفرصة جديدة في إحساب الأربيع سنوات دون الإكتراث بما قضاه هذا العامل قبل إبرام ذلك العقد الجديد؟ أم أنه على المحكمة أن تقدر إذا كان هذا الإنقطاع تبرره حاجة العمل كما ورد بالمنشور عدد 13 المؤرخ في 10 جويلية 1997، حول تطبيق أحكام مجلة الشغل الخاصة بعقد الشغل لمدة معينة بعد تنقيحها بالقانون عدد 62 المؤرخ في 15 جويلية 1996 أو كان الهدف منه تجنب إنتداب العامل بصفة قارة؟.

و في قرار آخر أقرت محكمة التعقيب⁶ أن انتداب العامل بمقتضى عقود شغل محددة المدة وإستمرار العمل بهذه العقود لا تحول العامل الوقتي إلى عامل قار وأسست رأيها هذا على أحكام الفصل 562 من مجلة الإلتزامات و العقود الذي ينص على أن : "الأصل بقاء ما كان على ما كان وعلى من ادعى تغييره الإثبات."

اذن على ما يبدو، لا تراعي محكمة التعقيب المدة الفعلية التي يقضيها العامل في خدمة المؤسسة بقدر ما تراعي المدة القانونية التي قضاه في إطار عقد الشغل محدد

⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 39942 صادر بتاريخ 13 ماي 1996، نشرية محكمة التعقيب سنة 1996، ص 196.

المدة.

وقد تدخلت الدوائر المجتمعة في قرارها سنة 1999 بتدعيمها لنفس الإتجاه القائل بوجود توفر التواصل والإسترسال في عقود الشغل محددة المدة وبالتالي عدم تأثير تعدد العقود والمدة الفاصلة بينها على صفة العامل بالمؤسسة بأن أقرت في القضية الأولى " أنه يتبين من العقد المبرم بين الطرفين أنه مبرم لمدة معينة ينتهي بإنهاء الأجل المتفق عليه، وتبعاً لما تقدم وحيث أن إبرام عقود سابقة عن ذلك العقد لمدة معينة لا يكتسب معها العامل صفة العامل القارطالما ان إنتدابه في كل مرة حسب إتفاق الطرفين كان لمدة معينة وأن تجديد العقد في كل مرة ينقضي معه العقد السابق طبق الفصل 357 من مجلة الالتزامات والعقود.

وحيث أن ما ذهبت إليه محكمة الحكم المنتقد من كون تعدد العقود وإستمرار العلاقة بين الطرفين يجعل تلك العلاقة غير محددة المدة ليس له سند صحيح من الواقع والقانون... إذ أن تفسير العقد له ضوابط ولا يتناول العبارات الواضحة فلا إجتهاد مع وضوح العقد ووجب التمسك بمعناه الواضح دون إعطائه معنى مغايراً بحجة أن ذلك يتفق والنية الحقيقية للطرفين"⁷.

وقد أكدت الدوائر المجتمعة موقفها من هذه المسألة في قضية ثانية عدد 52341 المؤرخة في 21 أكتوبر 1999 حيث أقرت بأن " العقد يستمد قوته من الإرادة الحرة لطرفيه وهو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد فلا يجوز تعديله من القاضي بدعوى أن التعديل تقتضيه العدالة والإنصاف... وحيث أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة ففي هذه الحالة تنطبق شروط العقد كما هي ولا يجوز لمحاكم الموضوع أن تنحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر لأن الإنحراف عن التعبير

⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 58767 مؤرخ في 10 جوان 1999. قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1998.1999. منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص 189.

الواضح يعتبر تحريفا لها ومسحا وتشويها مما يستوجب نقض الحكم وهو المعنى الذي إقتضاه الفصل 513 من مجلة الالتزامات والعقود " ⁸.

وبالتالي على الرغم من تعدد عقود الشغل و إنفصالها بمدد غير متباعدة من الزمن في هذه القضية فإن الدوائر المجتمعة إعتبرت أن ذلك لا يضفي على العلاقة الشغلية صفة الإستمرارية ولا يعطي للعامل صفة العامل القارمتي كانت هذه العقود مبرمة إبراما صحيحا لمدة محددة عملا بمبدأ سلطان الإرادة.

وهو ما كررته كذلك في نطاق القرار الصادر عنها تحت عدد 66012 والمؤرخ في 21 أكتوبر 1999 للتشابه الكبير في وقائع كل من القضيتين.

وقد إستمر في قرار تعقيبي آخر سنة 2014 إدراج نفس الموقف في إعتبر أنه " إذا عمل العامل على أساس الصبغة الوقتية فإن طول المدة الفاصلة بين كل عقد من العقود أو قصرها أو تعدد تلك العقود لا تأثير له على وضعية العامل ولا يحول من عامل وقتي إلى عامل قاري إعتبر أن هذه العقود هي محل إتفاق بين طرفين ولم يقع الطعن فيها بأي وجه من الأوجه و تقوم بالتالي مقام القانون بين طرفيها تطبيقا للفصل 242 من مجلة الإلتزامات والعقود " ⁹.

لتكون بذلك المدة الفاصلة بين العقود لا تأثير لها على وضعية العامل دون تقرير لسوء نية المؤجر من خلال تعدد العقود التي يبرمها مع الأجير وخاصة المدة الفاصلة بين العقد والآخر حيث يقع تطبيق شرط التواصل والإسترسال بصفة آلية.

إلا أن ذلك لم يمنع بعض القضاة من عدم الإقتناع بمثل هذا التأويل لعبارات الفقرة الثانية من الفصل 4-6 من مجلة الشغل، بمحاولتهم في كل مرة تقدير الغاية التي كان يرمي إليها المؤجر من خلال إبرامه للعديد من العقود محددة المدة وذلك خاصة

⁸ نزار كرمي: " فقه قضاء الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب من 1961 إلى 2016 " ، الطبعة الأولى 2017، ص 232.

⁹ قرار تعقيبي مدني عدد 7189.2013 صادر بتاريخ 4 أفريل 2014، غير منشور.

إذا كانت المدة الفاصلة بين العقد والآخر قصيرة نوعا ما.
و يمكن ملاحظة ذلك في الطور الإبتدائي¹⁰ أو حتى الإستثنائي¹¹ في تحديد طبيعة العمل القار، وعدم تطبيق تلك المبادئ الواردة ضمن قرارات الدوائر المجتمعة التي تقضي بإشتراط ضرورة التواصل والإسترسال، وذلك بناء على النظرة المغايرة التي يعتمدون عليها في هذا النطاق، حيث يعتبرون أن تفسير قانون الشغل يجب أن يكون مستقلا عن قواعد تفسير القانون المدني وذلك لخصوصية قانون الشغل ومميزاته.
فتفسير العقد بصفة جامدة دون الأخذ بعين الإعتبار لأطرافه وموضوعه والظروف التي أبرم فيها لا يتماشى مع قانون الشغل الذي تراعى فيها المؤسسة ومصصلحة العامل بدرجة أولى.

فكيف يمكن الحديث في إطار عقود شغل قد تكون أحيانا عقود نموذجية معدة ومهيئة مسبقا قد لا تناقش جميع فصول الإتفاق فيها، مما قد يرسم نقطة إستفهام حول الإرادة الحرة للعامل وإمكانية التخلي عن حقوقه أو إبقاءها.
" فالعقود في مثل هذه القضايا هي موقع عليها بصيغة المصادقة والقبول من طرف العامل وقد تضمنت تحديد أمد كل عقد منها كأن يردف بمثيله عند نهاية من سبقه من العقود أثناء علاقة شغلية قائمة بين الطرفين بإستمرار ينقطع في فترات إختلفت قصرا أو طولا من فترة إلى أخرى لكنها لا تلبث أن تنقضي ليقع التماذي على العلاقة بين الطرفين وخصوصا بالنسبة إلى العامل بنفس الصفة والمركز وفي ذات المؤسسة"¹².
وهو ما لم يقع مراعاته من قبل محكمة التعقيب، حيث تواصل على التأكيد بأن تعدد عقود الشغل لمدة معينة مع وجود فواصل زمنية لا يكسب العامل صفة القار

¹⁰ حكم إبتدائي في القضية عدد 55082 صادر بتاريخ 25 جانفي 2017 عن الدائرة الشغلية بسوسة، غير منشور.

¹¹ حكم إستثنائي مدني عدد 4722 صادر بتاريخ 26 جانفي 2015 عن محكمة الإستئناف بالكاف، غير منشور.

¹² ملحوظات المدعي العام بمحكمة التعقيب في إطار القرار التعقيبي عدد 58767 مؤرخ في 10 جوان 1999، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1999/1998، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص 215.

فالعقد ينتهي فقط بإنهاء أجله. مما قد يشجع المؤجرين على التعاقد مع العمال بمقتضى عقود شغل محددة المدة تتخللها فترات إنقطاع متفاوتة المدة حتى يتمكنوا من عدم ترسيمهم وبالتالي تجاوز أحكام الفقرة 2 من الفصل 4-6 من مجلة الشغل ليجد العامل نفسه في نفس مركز عمله وفي نفس المؤسسة طيلة عدة سنوات دون التمتع بحقه في الترسيم.

فهل يمكن لنا الحديث بعد كل هذا عن إمكانية تحول العامل الوقتي إلى عامل قار؟، خاصة و أننا قد نقف أمام حالات قد يعمل فيها الأجير في إطار علاقة شغلية غير محدودة المدة وذلك طيلة عدة سنوات ثم وبطلب من مؤجره يبرم ذلك العامل عقد شغل جديد يكون محدد المدة وذلك في نفس مركز عمله السابق دون أن تتجاوز مدة العقد الأربع سنوات ويتم إيقافه عن العمل بمجرد حلول تاريخ إنتهاء العقد المحدد المدة.

فهل يمكن في هذه الحالة أن يتمتع العامل بحقه في الترسيم لتجاوز عمله في تلك المؤسسة الأربع سنوات أم أنه تخلى عن ذلك الحق بمجرد إبرامه لعقد الشغل المحدد في الزمن خصوصا إذا لم تتجاوز مدة عمله بالمؤسسة بمقتضى ذلك العقد الجديد الأربع سنوات؟.

المطلب الثاني: تغيير علاقة شغلية غير محددة المدة إلى علاقة شغلية محددة المدة
للإجابة عن هذا التساؤل يمكننا الرجوع إلى بعض القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب التي أبرزت فيها موقفها من هذه المسألة مبينة مثلا أنه " بصرف النظر عن طول المدة السابقة للعقد المبرم لمدة محدودة يعتبر تنازلا إختياريا عن مدة العلاقة الشغلية السابقة ولا يمكن بالتالي أن يتمسك بوصولات الخلاص التي تمكن منها في ظل العلاقة السابقة طالما أنه خرى تغيير علاقته بمؤجره من علاقة غير محدودة المدة إلى

علاقة محدودة المدة¹³.

بمعنى أنه مهما كانت المدة التي قضاها الأجير بالمؤسسة قبل إبرامه للعقد محدد المدة أي سواء كانت تلك الفترة طويلة أو قصيرة وسواء تجاوزت الأربع سنوات أو لم تتجاوز، فإن إمضاء الأجير على عقد شغل محدد المدة بعد مرور تلك الفترة الأولى يعتبر تخلياً منه على حقوقه السابقة بما في ذلك حقه في الترسيم. ونفس الأثر " للعامل الذي انقطع عن العمل لأي سبب كان و التحاقه للعمل لدى مؤجر جديد ينهي علاقته بصفة كلية بالمؤجر السابق و إن اعادة انتدابه من قبل مؤجره السابق بعد أن إلتحق للعمل لدى الغير يعد انتداباً جديداً و يخضع لأحكام مجلة الشغل دون امكانية التمسك بالأقدمية على أساس عقود الشغل محددة المدة السابقة"¹⁴.

فالإشكال بالنسبة إلى المحكمة لا يتمثل في إثبات العلاقة السابقة لإبرام العقد محدد المدة بقدر ما يتمثل في الإلتزام بالأثار القانونية المنبثقة عن إرادة الطرفين، فمبدأ سلطان الإرادة في نظر المحكمة هو من المبادئ القانونية التي لا يمكن تجاهلها¹⁵.
إلا أن هنالك عدم إستقرار في فقه القضاء حول مكانة مبدأ سلطان الإرادة في عقد الشغل وهو راجع لإختلاف في الآراء الفقهية حول هذه المسألة مما سيجعل فقه القضاء يتنقل بينها. بالرغم من أنه لا شك ولا إستغراب من اللجوء الى المبادئ المدنية العامة كلما دعت الحاجة إلى ذلك، بوصف قانون الشغل فرع من فروع القانون المدني.
هذا ما دفع برأي يدعو إلى ضرورة العودة لقواعد القانون المدني ومن بينها مبدأ سلطان الإرادة وذلك لأن قانون الشغل مازال لم يكون لنفسه نسيجاً من القواعد التي تخول له الإستقلال عن قواعد القانون المدني¹⁶.

¹³ قرار تعقيبي مدني عدد 1996-54866 صادر بتاريخ 17 أكتوبر 1996، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1996، ص 205.

¹⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 2016-34184 صادر بتاريخ 14 نوفمبر 2016، غير منشور.

¹⁵ قرار تعقيبي مدني عدد 2001-9630 صادر بتاريخ 7 ديسمبر 2001، غير منشور.

و مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسته محكمة القانون "هو مبدأ يتضمن معادلة تجسم الحرية الفردية والحرية التعاقدية و إن كان يبدو طبيعياً بحكم الإتجاه التحرري للإقتصاد العالمي و الإقتصاد التونسي إلا أنه لا يستقيم واقعا وقانونا مع إتجاه قانون الشغل لأنه لا يمكن الحديث عن توازن تعاقدى بين متعاقدين أحدهما أقوى إقتصاديا من الآخر¹⁷.

و من هذا المنطلق يمكن القول، أن الموقف الذي تبنته محكمة التعقيب هو موقف لا يراعي البتة المدة الزمنية الفعلية التي قضها العامل في خدمة المؤجر في إطار عقود شغل محددة المدة، كل ذلك من أجل المكانة الخاصة التي توليها المحكمة لمبدأ سلطان الإرادة حتى ولو كان ذلك على حساب مصلحة الأجير. فالإتجاه الذي إتخذته محكمة التعقيب هو إتجاه قد يخالف فلسفة قانون الشغل من ناحية ويشجع المؤجر على تجاوز القانون من جهة أخرى.

و تطبيق أحكام المجلة المدنية على نزاعات الشغل وخصوصا مبدأ سلطان الإرادة من شأنه أن يعرقل تطبيق القواعد الحمائية للأجير التي جاءت بها مجلة الشغل. لذلك كان على المحكمة بوصفها محكمة قانون أن تراعي فلسفة قانون الشغل لتتجاوز ذلك العقد المحدد المدة الذي أبرم لاحقا بين الطرفين لتعتمد في حكمها على المدة الفعلية التي قضها الأجير بالمؤسسة.

و في المقابل، نجد رأياً يرفض الإقرار بوجود مبدأ سلطان الإرادة في عقد الشغل و يتجاهل تبعا لذلك كل مبدأ يتفرع عنه و بالتالي لا يفرض إحترام القوة الملزمة للعقد بشكل آلي و عشوائي متمسكا في ذلك بخصوصية عقد الشغل¹⁸ و اعتبار هذا المبدأ يتطلب

¹⁶ سنية البجاوي : " تحول العامل الوقي إلى عامل قار حسب مقتضيات الفصل 4-6 فقرة 2 من مجلة الشغل ،"

محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين الفرع الجهوي بتونس، السنة القضائية 2006-2007، ص 50.

¹⁷ سنية البجاوي : المرجع السابق، ص 59.

¹⁸ Jean-Claude Javillier : "Manuel de droit du travail" , Paris, L.G.D.J, 4ème édition, 1992, p 29.

وجود مساواة بين الطرفين و الحال أننا أمام إتفاق بين إرادتين تملي الواحدة منها شروطها على الأخرى نظرا لتفوقها عليها¹⁹.

و نجد تماهيا لمحكمة التعقيب مع هذا الرأي حيث عدلت عن موقفها في مسألة حرية الأجير في التخلي عن حقه في الترسيم من خلال التقصي عن إمكانية سوء نية المؤجر بتحريه لعقود شغل محددة المدة بعد صيرورة الأجير عاملا قارا بحكم القانون وقد اعتبرت في أحد قراراتها أنه "... و حيث أن محكمة القرار اعتبرت أن مطالبة المدعي بإمضاء عقد شغل محدود المدة بعد ثبوت استرسال العلاقة الشغلية يؤول على أنه صورة من صور القطع التعسفي وحيث أن قضاء محكمة القرار كان سليم المبني واقعا وقانونا..."²⁰.

و في قرار تعقيبي آخر عدد 43685.2016 صادر بتاريخ 10 نوفمبر 2017 إعتبرت أن "الإذعان" بإمضاء عقد شغل محدد المدة بعد أن صار الأجير قارا مخالفا لأحكام الفصل 4.6 من مجلة الشغل وإعتبر ذلك متعلق بالنظام العام ولا يجوز الإتفاق على ما يخالفها و يكون باطلا كل إتفاق من شأنه أن يحرم العامل من أقدميته و صفته التي أضحت مكتسبة بإنقضاء مدة تعاقد تجاوزت الأربع سنوات و أن ما ذهبت إليه محكمة الحكم في قضائها في طريقه عند إعتبر قطع العلاقة الشغلية بصفة تعسفية لإخضاع المعقب ضده لعقد محدد المدة وإعلامه بذلك من قبل الطاعنة مما يجعله محقا في طلب الغرم عملا بالفصلين 23 و 23 مكرر من مجلة الشغل..."

و بالتالي فرفض الأجير إمضاء عقد شغل محدد المدة بعد إكتسابه لصفة القار لا يعد خطأ فادحا ولا قطعاً من جانبه للعلاقة الشغلية بل هو هضم لحقوقه²¹.

¹⁹ زياد بن الحاج: زياد بن الحاج: " تحول عقد الشغل المحدد المدة إلى غير محدد المدة "، مذكرة للتحصل على شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2009-2010، ص 111.

²⁰ قرار تعقيبي مدني عدد 2491.2013 صادر بتاريخ 14 فيفري 2014، غير منشور.

²¹ قرار تعقيبي مدني عدد 18883.2007 صادر بتاريخ 12 جانفي 2008، غير منشور.

كما ذهبت محكمة التعقيب في قرار لها عدد 2015 . 31346 صادر بتاريخ 21 مارس 2016 إلى حد الإعتراف " بصحة شرط إحساب المؤجر لأقدمية العامل في العمل لدى المؤجر السابق و اعتباره شرطا صحيحا منتجا لآثاره القانونية و يرجع بداية العلاقة الشغلية إلى تاريخ نشأتها مع المؤجر السابق وتمثل بذلك إحدى الضمانات التعاقدية للعامل عند الانتقال من مؤسسة إلى أخرى". و اعتبرت في نفس القضية أن " طبيعة الشرط العقدي المتعلق بالأقدمية لا تتماشى قانونا إلا مع عقود الشغل غير محددة المدة وبالتالي كان قضاء محكمة القرار المطعون فيه في طريقه طالما أن العلاقة الشغلية غير محددة المدة"²².

وقد اعتبر فقه القضاء الفرنسي أن العلاقة مستمرة في الزمن و ابرام هذه العقود المحددة هو " ضرب من ضروب التحيل على حقوق العامل و حرمانه من أقدميته في العمل لدى نفس المؤسسة لما تتضمنه من حرمان العامل من اكتساب صفة القار و بالتالي الحصول على التعويضات المترتبة عن الطرد التعسفي في صورة انتهاء العلاقة الشغلية بإرادة منفردة من المؤجر دون وجود سبب جدي و حقيقي يبرر ذلك"²³.

إذن، لقد حاول المشرع التونسي مراعاة جملة الحقوق و الإهتمام بها من أجل أن يحضى العامل بالترسيم داخل المؤسسة التي يعمل بها من خلال توفر بعض الشروط التي فرضتها أحكام مجلة الشغل²⁴.

ومن هذه الشروط وجود عقد شغل محدد المدة رابط بين الأجير والمؤجر حول القيام بأعمال ذات صبغة قارة بطبيعتها، إلا أن هذا الشرط الذي فرضه المشرع حتى يتمكن العامل الوقي من التحول إلى عامل قار، دفع بعض المؤجرين على محاولة تجاوز

²² نزار كرمي: " فقه قضاء حديث " ، الطبعة الأولى 2017، ص 33.

²³ عصام الأحمر: " إشكالات في نزاعات الشغل "، الحلول القانونية والإجتهادات القضائية"، سيفاد للنشر، 2008 ، ص

هذا الشرط حتى يتم إستغلال العمال في نطاق عقود شغل محددة المدة وذلك في مواطن شغل قارة بصفة دائمة ومتواصلة في الزمن وبالتالي عدم ترسيمهم بالمؤسسة كما يفرضه القانون.

فعمومية الفصل 4-6 من مجلة الشغل ساهمت في الإضرار بمصالح العمال إلى حد ما نظرا لخضوعه لأكثر من تأويل، إضافة إلى العديد من المسائل التي نذكر منها الإشكال المتعلق بالمفهوم الحقيقي لكلمة المؤجر وأي المعايير اعتمد القضاء لتأويل صفة المؤجر؟.

المبحث الثاني

التوسع في تأويل صفة المؤجر

بداية تسند صفة المؤجر إلى كل شخص طبيعي و معنوي يشغل عاملا أو أكثر مقابل أجر، فإذا كان المؤجر شخصا طبيعيا فهو عادة ما يكون في نفس الوقت المالك للمؤسسة و هو ما نجده بالخصوص في إطار المؤسسات الصغرى، أما إذا كان المؤجر شخص معنويا فهذا يستوجب وجود شخص طبيعي يمارس عن الشخص المعنوي، بموجب تفويض، صلاحياته في الإدارة و التأديب بحيث يكون للشخص الطبيعي صفة الممثل القانوني وهو ما نجده في إطار المؤسسات الكبرى، حيث يمكن للشخص أن يساهم في رأسمال الشركة دون أن يكون ممثلها القانوني²⁵.

لذلك يرى الفقهاء أنه لتحديد صفة المؤجر يجب الإعتماد على عدة معايير نذكر منها على سبيل المثال : معيار التبعية، فالمؤجر هو الطرف المتبوع في عقد الشغل و التبعية هي التزام من جانب الأجير مما يحتم عليه إسداء خدماته للمؤجر طبقا للتعليمات التي يتلقاها.

أما المعيار الثاني الذي يمكن اعتماده لتحديد صفة المؤجر فيتعلق بالإنتداب حيث يعد

²⁵ Younès Ghajati : " comprendre le code du travail ", édition C.L.E 1999, p 13.

مؤجرا كل شخص يتولى القيام بعملية الإنتداب التي تهدف إلى توفير اليد العاملة. و بالإضافة إلى معياري التبعية و الإنتداب اعتمد بعض الفقهاء²⁶ ، معيارا آخر لتحديد صفة المؤجر وهو معيار السلطة، و قد درجت محكمة التعقيب الفرنسية على انتهاجه معتبرة أن المؤجر هو الذي يمارس السلطة التنظيمية و الإدارية بالمؤسسة. و عليه فإن التسيير و مراقبة العمل و تحمل الإلتزامات تجاه الأجراء تمثل معايير أساسية و محددة لصفة المؤجر، فإثبات السلطة يكون بإدارة العمل ومراقبته من جهة و تحمل التزامات المؤجر من جهة أخرى.

إلا أنه قد يحدث في الواقع أن لا تجتمع في المؤجر كل هذه المعايير في آن واحد. فيتوفر معيار منهم دون البقية ومن هنا جاءت إمكانية تجاوز شروط ترسيم الأجير من خلال تبني المفهوم القانوني للمؤجر دون المفهوم الواقعي أو الفعلي، وهذا ما يمكن تجليه في نطاق مؤسسات المناولة (المطلب الأول) أو في نطاق مجمع الشركات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مؤسسات المناولة

إن انفتاح الأسواق التونسية على المنافسة العالمية وتقلبات الأسواق الخارجية و خاصة تضخم الأسواق الموازية جعلت المؤجر يبحث بشتى الوسائل عن الطرق التي من شأنها أن تساعده على الضغط على نفقاته من ناحية وإحكام التصرف في الموارد البشرية للمؤسسة من ناحية أخرى، وبالتالي التهرب من ترسيم العامل إذا ما تعلق الأمر بعمل قار تجاوزت مدته الأربع سنوات. لتصنف بذلك مؤسسات المناولة من الطرق الناجعة التي وجدها المؤجر لتجنب تطبيق أحكام الفقرة الثانية من الفصل 6-4 من مجلة الشغل. وهو ما يحتم ضرورة البحث في مرحلة أولى عن الإطار القانوني لهذه المؤسسات (أولا) ثم في مرحلة ثانية على كيفية تعامل فقه القضاء مع هذه المسألة (ثانيا).

²⁶ Isabelle Vacarie : "L'employeur ", bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, tome 6, édition Sirey, paris 1979, p 15.

أولاً: الإطار القانوني لمؤسسات المناولة

مثلت المناولة وسيلة مرنة للتصرف في الموارد البشرية حسب تقلبات العرض والطلب داخليا وخارجيا لتمكين المؤسسة من المحافظة على القدرات التنافسية عن طريق التأقلم السريع وبالتالي إمكانية تحقيقها توازنا ماليا و قدرتها على عرض منتج بسعر قادر على المنافسة.

وفي خضم هذا التطور و لكي لا يكون التشريع التونسي بمنأى عنه، فقد سارع المشرع منذ سنة 1994 ثم خلال سنة 1996 بتعديل مجلة الشغل بالفصول 28 و 29 و 30 تحت عنوان مؤسسات اليد العاملة الثانوية، وذلك في محاولة لإستيعاب المفاهيم الجديدة قصد التأكيد على التوازن في العلاقات الشغلية حماية لمصلحة المؤسسة وكذلك مصلحة العامل وبالتالي خدمة للإقتصاد الوطني وهو ما تجسم من خلال المرونة والحركية التي أدخلت على قانون الشغل وتطور الطبيعة التعاقدية لهذا الفرع من القانون.

و للفهم السليم لهذا النمط من العمل وقبل التوغل في دراسة الإطار القانوني لمؤسسات المناولة، لا بد أن نبين المفهوم الحقيقي له و بالتالي تمييزه عن بقية المفاهيم المشابهة لها.

و بالرغم من عدم وجود تعريف موحد للمناولة في التشريعات الأجنبية بحكم تعدد أشكالها، مما حال دون إصدار اتفاقية دولية بشأن هذا الشكل من العمل والإكتفاء بتوصية بشأن التعاقد من الباطن محاولة من منظمة العمل الدولية قصد تقريب تشريع وممارسات الدول الأعضاء من بعضها البعض²⁷، " يمكن أن نعرفها على المستوى القانوني على أنها :

- تعاقد تجاري بين مؤسسة مستفيدة أي مؤسسة أصلية ومؤسسة مناولة أي

²⁷ الرجوع إلى تقرير المكتب الدولي للعمل - الوثيقة الأساسية الفنية الصادرة عن لجنة الخبراء سنة 2000.

ثانوية تقوم لفائدتها بتنفيذ عمل أو إنجاز خدمة أو تضع على ذمتها إجراء للقيام بأعمال معينة مقابل مبلغ مالي يحدد مسبقا تدفعه الأولى للثانية.

- وتعاقد شغلي بين مؤسسة المناولة والأجراء بحيث لا يربطهم أي تعاقد شغلي أو غيره مع المؤسسة المستفيدة التي تدخل في باب الغير بالنسبة إليهم.

ففي هذه العلاقة القانونية الثلاثية هناك حلقة تعاقدية مفقودة بين المؤسسة المستفيدة وأجراء مؤسسة المناولة²⁸.

ولا تقتصر المناولة على هذا الشكل المؤسساتي المهيكّل بل تشمل أيضا ولو بدرجة أقل تكليف بعض الأشخاص الذين يعملون في محلاتهم السكنية أو غيرها لحسابهم الخاص والذين لهم صفة العمال المستقلين بإنجاز بعض الأعمال²⁹.

كما يتبين من نص الفصل 28 من مجلة الشغل أن الصيغة القانونية لمؤسسة اليد العاملة الثانوية تشمل شكلين من عملية توفير اليد العاملة وهما إسداء الخدمات و ذلك من خلال عبارة " لتقديم بعض المصالح " و مناولة العمل و ذلك من خلال عبارة " لتنفيذ بعض الخدمات"³⁰، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم المناولة إلى نوعين : مناولة العمل ومناولة اليد العاملة.

• مناولة العمل :

و الذي يمكن أن نعبر عنه بأنه شكل من أشكال المناولة القديم، الذي قام بتقنينه المشرع الفرنسي منذ سنة 1945 لينقله المشرع التونسي عنه ويضمنه بأحكام مجلة الشغل.

²⁸ حافظ العموري : " إشكالية المناولة بين التقنين والتهميش"، المجلة التونسية للقانون الإجتماعي عدد 9 لسنة 2004، ص 22.

²⁹ Voir dans le sens le rapport préparé par le BIT : réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans les situations où ils sont besoin de protection, document technique de base, Genève 2000.

³⁰ المنجي طرشونة : " محكمة التعقيب وإعادة تكييف عقود الشغل المبرمة لمدة معينة"، مجلة القضاء والتشريع عدد خاص : قانون إجتماعي، جوان 2009، ص 50.

وتقع مناولة العمل عبر إبرام عقد لإنجاز خدمات تلتزم بموجبه مؤسسة المناولة أو ما يسمى في بعض التشريعات "بالمقاول الفرعي" قصد القيام بأشغال تعتبر عموماً ثانوية بالمقارنة مع النشاط العادي للمؤسسة المستفيدة.

أما الأجراء الذين ينفذون العمل سواء كان ذلك داخل المؤسسة المستفيدة أو خارجها فلا يخضعون إليها قانونياً أو إقتصادياً إنما يخضعون إلى مؤسسة المناولة التي أشار إليها المشرع في إطار الفصول 28 و 29 و 30 من مجلة الشغل والمعبر عنها بمؤسسات اليد العاملة الثانوية. فالمؤسسة المستفيدة تكتفي بمراقبة النتيجة وليس في كيفية إنجازها والتي تكون مرتبطة بإنجاز عمل معين بمواصفات معينة حسب عقد المناولة الرابط بين المؤسستين.

و المقصود بمؤسسات اليد العاملة الثانوية كما حددته مجلة الشغل في إطار الفصول الآتية الذكر هي مؤسسات مناولة العمل وليست مؤسسات مناولة اليد العاملة³¹ أو ما يسمى بمؤسسات العمل الوقتي³² في بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الأمريكي والياباني، والتي تهمنا بدرجة أولى في إطار هذا البحث بإعتبارها وسيلة من وسائل تجاوز شروط ترسيم العمال أي تجاوز أحكام تحول عقد الشغل من محدد المدة إلى غير محدد المدة.

• مناولة اليد العاملة :

تعد شكلاً حديثاً نوعاً ما من المناولة لم يعرفه المشرع الفرنسي سنة 1945 ولا المشرع التونسي سنة 1966. وتتم بمقتضى إبرام عقد توفير يد عاملة بين مؤسسات مناولة اليد العاملة وبين المؤسسات المستفيدة تضعها مؤسسة المناولة على ذمة المؤسسة المستفيدة

³¹ حافظ العموري : المرجع السابق، ص 24.

³² يعتبر مصطلحاً أوروبياً بالأساس حيث إنبثق رسمياً عن إجتماعات اللجنة الإقتصادية الأوروبية سنة 1982 والتي حاولت تعريفه على أنه وضع اجراء من طرف مؤسسة عمل "وقتية" على ذمة مؤسسة معينة لانجاز عمل معين و مؤقت.

التي تكلفهم بإنجاز مهام أو خدمات تشرف هي بنفسها على تنفيذها وتراقب وسائل القيام بها ونتائجها³³.

وعلى هذا الأساس وسواء كنا في إطار مناولة عمل أو مناولة يد عاملة فالمناولة تنتج علاقة تجارية بين مؤسسة المناولة والمؤسسة المستفيدة وعلاقة أخرى شغلية بين مؤسسة المناولة والأجير³⁴.

إلا أنه وخلافا لمؤسسات مناولة العمل يخضع الأجراء في إطار مؤسسات مناولة اليد العاملة إلى تبعية إضافية للتبعية العقدية القانونية لمؤسسة المناولة، وهي التبعية الفعلية للمؤسسة المستفيدة نظرا لخضوعهم إلى نظامها الداخلي مع ممارسة سلطتها التأديبية بما فيها الطرد وإشرافها على إنجاز العمل من قبل هؤلاء العمال.

وعلى الرغم من تواجد هذه المؤسسات وأهمية الدور الذي تقوم به في الواقع إلا أن المشرع لم يمنعها ولم يقيم بتنظيمها، عكس ما نجده عند الرجوع إلى بعض القوانين المقارنة، حيث يتضح أن المشرع المغربي تولى تنظيم مؤسسات العمل الوقتي التي عرفها بالفصل 495 من مجلة الشغل، بكونها كل شخص معنوي مستقل عن السلطة العمومية يقتصر نشاطه على انتداب الأجراء قصد وضعهم بصفة وقتية على ذمة شخص آخر يسمى "المستعمل" الذي يحدد مهامهم ويراقبهم عند التنفيذ.

أما القانون الفرنسي فنظم مؤسسات العمل الوقتي بالفصل 1. 124 وما بعده من مجلة الشغل الفرنسية ووضع جملة من الشروط والضمانات التي من شأنها حفظ حقوق العملة المنتدبين من قبل مؤسسات العمل الوقتي.

³³ حافظ العموري: " العمل بالمناولة في تونس، الواقع والافاق"، الندوة الوطنية حول الأنماط الجديدة للعمل وآثارها على التشغيل، تونس أيام 21. 23 جاتفي 2003، التي وقع تنظيمها بالتعاون بين المركز العربي لإدارة العمل و التشغيل بتونس ووزارة الشؤون الاجتماعية و التضامن ووزارة التشغيل.

³⁴ زياد بن الحاج: المرجع السابق، ص 118.

غير أن المشرع المصري إعتد إعتد توجهها مغايراً يخضع مناولة العمل ومناولة اليد العاملة لنظام موحد إذ اقتضت المادة 79 من قانون العمل الموحد المصري أنه : "إذا عهد صاحب عمل إلى صاحب عمل آخر بتأدية عمل من أعماله أو جزء منها وذلك في منطقة عمل واحدة وجب على هذا الأخير أن يسوي بين عماله وعمال صاحب العمل الأصلي في جميع الحقوق ويكون الأخير متضامناً معه في ذلك."

والهدف من إقرار هذه القاعدة هو: " غلق الطريق على التحيل الذي قد يلجأ إليه صاحب العمل الأصلي الذي يسند كل أو بعض أعماله إلى مقاول آخر قصد التخلص من الحقوق والإلتزامات التي حصل عليها عماله ."

وفي غياب نصوص قانونية بالتشريع الوطني تنظم مناولة اليد العاملة واجهت الساحة القانونية اختلافاً في الآراء الفقهية حول مدى شرعية هذه الممارسة³⁵ ، فمن الفقهاء من اعتبر مناولة اليد العاملة ضرباً من ضروب الممارسات غير الشرعية فيما أقر البعض الآخر شرعية هذه الممارسات وحاول إدراجها ضمن بعض الأطر القانونية.

حيث يرى أصحاب الرأي الأول، أن مناولة اليد العاملة تمثي محاولة من المؤسسة لإخفاء صفة المؤجر الحقيقي وبالتالي تجنب التبعات الناتجة عن عقود العمل فتتولى مؤسسة المناولة انتداب اليد العاملة الضرورية لتضعها على ذمة المؤسسة المستفيدة التي تتولى إدارة ومراقبة تنفيذ عقود الشغل.

وهو ما قد يؤثر سلباً على حقوق العامل الذي يتعذر عليه الحصول على المنح والمستحقات التي ينتفع بها باقي العملة بنفس المؤسسة بموجب أحكام الإتفاقيات القطاعية التي تخضع لها المؤسسة المستفيدة من العمل.

ولتبرير هذا الموقف يستند أصحابه إلى عدة مبررات منها :

- أن المشرع منع بالفصلين 284 و 285 من مجلة الشغل التوسط في إنتداب اليد العاملة

³⁵ عصام الأحمر: المرجع السابق، ص 120.

وألغى مكاتب التشغيل الخاصة سواء كانت بأجر أو بدونه.

- أن المشرع ألغى الأمر المؤرخ في 18 فيفري 1954 المتعلق بحماية الشغلين الواقع إستخدامهم من طرف المقاولين في اليد العاملة وهو ما يعتبر منعا صريحا لهذه الممارسة.
- أن الفصول 28 و29 و30 من مجلة الشغل تمك صياغة جديدة لأحكام الفصول 1 و2 و3 من الأمر المؤرخ في 18 فيفري 1954 غير أن المشرع تخلى عند إصدار مجلة الشغل عن أحكام الفقرة الأولى من الفصل 2 من الأمر المذكور التي تنص على أنه: "عندما يكون الإتهاق بين المقاول الفرعي ورئيس المقاوله متعلقا بالخصوص بإنتداب اليد العاملة لإنجاز الأشغال المزمع القيام بها..." ومعنى ذلك أن المشرع تخلى عن تنظيم مناولة اليد العاملة بما يؤكد منعها.

في حين ذهب أصحاب الرأي الثاني الداعي للإقرار بشرعية مناولة اليد العاملة، إنطلاقا من مبدأ للتمييز بين التوسط في إستخدام اليد العاملة ومناولة اليد العاملة. فالتوسط يقتضي ربط الصلة بين الأجير والمؤجر سواء بمقابل أو بدونه دون تحمل إلتزامات معينة عدا المتعلقة بضمان وجود وجدية العرض، في حين أن مناولة اليد العاملة تقتضي وجود عقد شغل يربط الأجير بالمؤسسة المناولة التي تتولى توجيهه ووضعها على ذمة المؤسسة المستفيدة. وبالتالي تكون مؤسسة مناولة اليد العاملة طرفا رئيسيا ومتعاقد مع الأجير وكذلك مع المؤسسة المستفيدة بما لا يجوز معه إخضاعها إلى قواعد المنع المتعلقة بالتوسط في إستخدام اليد العاملة.

زيادة على أن صياغة الفصل 29 من مجلة الشغل باللغة الفرنسية تقر بكل وضوح مناولة اليد العاملة وذلك بالتصيص على مسؤولية رئيس المؤسسة الإقتصادية أو التجارية لمراعاة القواعد المتعلقة بتنظيم العمل بالنسبة لعملة المناول في اليد العاملة الذين يستخدمهم بمحلاته :

« Le chef d'entreprise est responsable avec le sous-entrepreneur de main-d'œuvre de l'observation de toutes les prescriptions ... »

وتأسيسا على ذلك وفي غياب نص صريح يمنع مناولة اليد العاملة و في محاولة لتجاوز هذا الفراغ التشريعي، انتهى أصحاب هذا الرأي إلى إقرار شرعية هذه الممارسة وإمكانية إخضاعها لأحكام الفصول 28 و 29 و 30 من مجلة الشغل لتشابهه الوضعيات بخصوص العلاقات الثلاثية للعمل في الحالتين، مناولة العمل ومناولة اليد العاملة. وذلك بالتوسع في مجال تطبيق الضمانات الواردة بهاته الفصول على إجراء مؤسسات مناولة اليد العاملة³⁶ التي كان من المفروض تسميتها مؤسسات العمل الوقي وذلك لظرفية العمل المنجز من ناحية والإبتعاد عن شبهة المتاجرة باليد العاملة من ناحية أخرى. فمؤسسات العمل الوقي تقوم بإبرام علاقة شغلية وقيية مع الأجراء لتشغيلهم وقييا لدى المؤسسة المستفيدة التي تربطها بها علاقة تجارية بحتة بمقتضى عقد إسداء خدمات.

إضافة إلى ضرورة التمييز بين مؤسسات مناولة اليد العاملة ومؤسسات أخرى شبيهة كمؤسسات الإنتقاء ومكاتب التشغيل الخاصة.

حيث تقوم مؤسسات الإنتقاء مثلا بإختبار مترشحين للعمل لفائدة مؤسسة مستفيدة، بمعنى أن مؤسسة الإنتقاء لا تتعاقد مع الأجراء الذين تنتقيهم لفائدة المؤسسة المستفيدة التي طلبت منها ذلك بل تكتفي بتنظيم الإختبارات التقنية أو النفسية للمترشحين قصد إنتقاء أفضلهم للمؤسسة المستفيدة مقابل مبلغ معين من المال.

أما مكاتب التشغيل الخاصة فقد نصت مجلة الشغل صراحة في فصلها 285 على تحجيرها سواء كانت بأجر أو بدونه لكن مجلة الشغل لم تجرم عمل هذه المكاتب حيث لم تنص على أية عقوبة ضد من يخرق هذا الفصل. هذا بالإضافة إلى كون هاته

³⁶ حافظ العموري : " إشكالية المناولة بين التقنيين و التهميش " ، المجلة التونسية للقانون الإجتماعي عدد 9 لسنة 2004 ص 26.

المكاتب تختلف عن مؤسسات مناولة اليد العاملة نظرا لعدم تمتعها بصفة المؤجر وذلك على خلاف مؤسسات مناولة اليد العاملة التي تحظى بتلك الصفة بالنسبة إلى الأجراء الذين تتعاقد معهم حيث تبقى علاقتهم متواصلة طالما أن عقود الشغل التي تربطهم بهم سارية المفعول، فمؤسسات مناولة اليد العاملة ليست وسيطا كمكاتب التشغيل بل هي مؤجرة لليد العاملة.

ويوضح مما سبق عرضه أنه في غياب تنظيم قانوني لمناولة اليد العاملة فإن إقرار شرعية هذه الممارسة من عدمها تبقى مسألة إجتهادية على أن لا تتحول إلى وسيلة للإضرار بمصالح الأجير.

و تبعا لما ورد ذكره، فالإطار القانوني لمؤسسات المناولة³⁷ يتمثل بالأساس في بعض الفصول القديمة من مجلة الشغل التي تحتاج لمواكبة التطور الإقتصادي والإجتماعي الحالي وبعض النصوص القانونية الأخرى ذات الصلة بالمناولة مثل القانون عدد 81 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 المتعلق بممارسة الأنشطة الخصوصية المتعلقة بالمراقبة والحراسة ونقل العملة الثمينة والحماية البدنية للأشخاص لم تحاول ولو بطريقة غير مباشرة التضييق في اللجوء إلى شركات المناولة المعنية بهذا القانون واقتصرت على وضع شروط لحماية النظام العام³⁸.

³⁷ وفي محاولة لتقصي تطور الإطار القانوني لمؤسسات المناولة في تونس يمكن الإشارة إلى أهم المحطات التاريخية :

-الأمر المؤرخ في 18 فيفري 1954 المتعلق بحماية الشغلين الواقع استخدامهم من طرف المقاولين في اليد العاملة -الفصول 28 و29 و30 من مجلة الشغل.

-مشروع القانون المتعلق بتنقيح وإتمام مجلة الشغل لسنة 1996 الذي تضمن ضبط الإطار القانوني لمؤسسات العمل الوقتي غير أنه تم حذف هذه الفصول لعدم اتفاق الأطراف الاجتماعية.

أما على المستوى الدولي فقد تضمنت اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 181 المتعلقة بوكالات الإستخدام الخاص و الاتفاقية رقم 88 بشأن مصلحة التشغيل"

³⁸ الرجوع أيضا إلى القرار الوزاري المؤرخ في 11 جوان 2003 بشأن ممارسة الأنشطة الخصوصية المتعلقة بالمراقبة و الحراسة ونقل العملة الثمينة و الحماية البدنية للأشخاص.

ونفس المنحى نجده في الإتفاقية المشتركة القطاعية لأعوان مؤسسات الحراسة والسلامة ونقل العملة التي تم إبرامها في 24 فيفري 1989، وهي الإتفاقية الوحيدة التي تنظم أحد أهم قطاعات مناولة اليد العاملة ألا وهو قطاع الحراسة ولكن هذا التنظيم اقتصر بالأساس على علاقة شركات المناولة بأجرائها من حيث التأجير بالخصوص. وكرست المرونة المطلقة لهذه العلاقات التي تخضع لقاعدة العرض والطلب من طرف المؤسسات المستفيدة بحجة أن نشاط المناولة بطبيعته وقي ليستجيب لطلبات متغيرة ومتقلبة تمكن الشركات المستفيدة من التأقلم السريع مع التقلبات الاقتصادية.

ونفس التوجه الإقتصادي التحرري تؤكد النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية من ذلك الأمر عدد 3158 لسنة 2002 مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية كما تم تنقيحه بالأمر عدد 515 لسنة 2012 مؤرخ في 2 جوان 2012، وحيث إن منع مبدئيا مناولة إنجاز الصفقات إلا أن هذا التضييق لا علاقة له بمناولة اليد العاملة بل مقتصر حسب سياق النص على مناولة الإنجاز عن طريق مقال ثانوي. وبالرغم من أن هذا التضييق لا يمس من الحرية المطلقة التي تتمتع بها المؤسسة المنجزة للصفقة في اللجوء لإنجازها عن طريق إجراء مناولة فإن الأمر المذكور وضع إستثناء له أصبح عمليا القاعدة المتمثلة في حرية مناولة إنجاز الصفقة عن طريق مقال ثانوي بعد الحصول على ترخيص من قبل المشتري العمومي.

و كنتيجة للغموض التشريعي المتعلق بمؤسسات مناولة اليد العاملة خاصة، أرى بالمؤسسات المستفيدة إلى الإستغناء عن ترسيم أجريها وذلك عن طريق الإلتجاء إلى عدة خيارات³⁹:

- أولها إنتداب الأجراء الذين تحتاج لهم للقيام بأعمال قارة داخل المؤسسة عن طريق مؤسسات مناولة اليد العاملة وبالتالي تتخلص من كل رابطة تعاقدية يمكن أن تربطها

³⁹ سنية البجاوي : المرجع السابق، ص 44.

بالأجراء، فالمؤجر في هذه الحالة هو المؤجر القانوني أي مؤسسة المناولة التي قامت بالتعاقد وليس المؤجر الفعلي أي المؤسسة المستفيدة وإن كان العمل يتم لديها وتحت إشرافها ورقابتها.

- أما الخيار الثاني المتاح للمؤسسات المستفيدة في إنتداب هؤلاء الأجراء مباشرة من طرفها ثم إحالتهم على مؤسسات مناولة اليد العاملة قبل تجاوزهم الأربع سنوات عمل لديها.

بمعنى أن المؤسسة تتعاقد مع الأجير بمقتضى عقد أو عدة عقود محددة المدة وذلك بصفة متواصلة أو متقطعة شريطة عدم تجاوز الحد الأقصى الذي أقره المشرع في إطار الفقرة الثانية من الفصل 4-6 من مجلة الشغل، ثم يواصلون العمل لديها داخل إطار مؤسستها لكن بمقتضى عقود شغل محددة المدة يبرمها الأجير مباشرة مع مؤسسة المناولة وذلك لقطع كل علاقة شغلية تعاقدية بين المؤسسة المستفيدة والأجراء. وبطبيعة الحال تغلب هنا أيضا صفة المؤجر القانوني المتعاقد مع الأجير على صفة المؤجر الفعلي المتمثل في المؤسسة المستفيدة، فمصلحة هذه الأخيرة تفترض أن يتواصل عمل الأجير بعد إنقضاء المدة المذكورة حيث يكون هذا العامل قد اكتسب خبرة كبيرة وتستمر كفاءته بدون إنقطاع لكي لا يقع الإخلال بسير العمل. كل ذلك دون اللجوء إلى ترسيم العامل حيث يكفي فقط للمؤسسة أن تلتجئ إلى مناولة اليد العاملة فتنتفع بخبرة الأجير طيلة عدة سنوات دون الوقوع في الترسيم وتحمل آثاره.

وهو ما أدى بالبعض إلى الحديث عن فرقة عقد الشغل أو المجموعة العمالية⁴⁰ بحيث تصبح المؤسسة الواحدة تحتوي على صنفين من الأجراء: صنف أول يتكون من النواة الصغيرة للعمال القاريين ذوي الكفاءة العالية وتكون المؤسسة في حاجة إلى خدماتهم بصفة مستمرة، وصنف آخر يضم العمال العرضيين ويشمل العمال غير

⁴⁰ سنية البجاوي: المرجع السابق، ص 45.

القارين والعمال الخارجين الذين لا ينتمون للمؤسسة رغم وجودهم داخلها وتقديمهم لخدماتهم لفائدتها.

فالمشرع حين لم يستثني بعض الأنشطة من مجال تطبيق أحكام الفقرة الثانية من الفصل 6-4 من مجلة الشغل كمؤسسات المناولة يكون قد أفرغ النص من محتواه وبالتالي مكن المؤسسات من استغلال أجراء عرضيين للقيام بأعمال قارة بصفة مستمرة في الزمن تتجاوز بكثير الأربع سنوات.

و بقدر ما تهمنا مؤسسات المناولة كوسيلة أستغلت لعدم ترسيم العمال، يهمننا أيضا الضمانات التي توفرها لأجرائها. فما هي هذه الضمانات التي وفرها القانون للعامل في هذا الإطار؟

لقد حاول المشرع التونسي في إطار الفصول 28 و29 و30 من مجلة الشغل أن يضمن حقوق الأجراء الذين أخل أو عجز مؤجرهم أي مؤسسة المناولة عن الإيفاء بحقوقهم فعوضه في تلك الحالة بالمؤسسة المستفيدة التي تكون ملزمة بتنفيذ كل حقوق العملة الناشئة عن العلاقة الشغلية كالأجور والإستراحة الخالصة وجبر أضرار حوادث الشغل والأمراض المهنية والتكاليف الناشئة عن أنظمة الحيطرة الإجتماعية شريطة عجز مؤسسات المناولة بصفتها المؤجر القانوني عن الدفع.

"والعجز عن الدفع يتطلب الإثبات القانوني الذي يقتضي إجراءات قانونية تتعقد في بعض الأحيان إضافة إلى مصاريف قد يعجز عن تحملها الأجير المطالب بهذا الإثبات بوصفه المدعي وعملا ببراءة ذمة مؤجره حتى يثبت عكس ذلك للتمكن من الرجوع على المؤسسة المستفيدة والمطالبة بهذه الحقوق"⁴¹.

⁴¹ حافظ العموري : " إشكالية المناولة بين التقنين والتمهيش"، المجلة التونسية للقانون الإجتماعي عدد 9 لسنة 2004، ص 36.

هذا وتشتترط مجلة الشغل عبر الفصل 29 منها أن تقوم المؤسسة المستفيدة بمراعاة "جميع النصوص القانونية المتعلقة بشروط العمل وحفظ الصحة والأمن والعمل الليلي وخدمة النساء والأطفال والراحة الأسبوعية وأيام الأعياد بمناسبة العمل في مؤسساته ومخازنه أو حضائره بالنسبة إلى عملة المقال الثاني كما لو كانوا عملته هو نفسه ومستخدميه وتحت نفس الشروط".

فهل تشمل عبارة "شروط العمل" الأجر الذي يجب أن يتقاضاه الأجير أم أنها تتعلق فقط بأشياء أخرى وردت في الكتاب الثاني من مجلة الشغل بعنوان شروط العمل؟.

بالرجوع إلى العنوان الأول من الكتاب الثاني من مجلة الشغل بعنوان شروط العمل لا نجد ضمن أبوابه أو أقسامه الأجر إنما مسائل أخرى تتعلق بالسن الأدنى والفحص الطبي وحماية الأمومة وغيرها من المواضيع التي لا تمت للأجر بصلة والذي خصص له المشرع العنوان الثاني من الكتاب الثاني في مجلة الشغل.

فإستثناء عنصر الأجر من مصطلح شروط العمل يدفع بنا الى القول أن المشرع لم يسوي بين أجور أجراء المؤسسات المستفيدة وأجور أجراء مؤسسات المناولة الذين لهم نفس الأقدمية والإختصاص.

هذا وقد نصت الإتفاقية المشتركة القطاعية لأعوان مؤسسات الحراسة والسلامة ونقل العملة، على أن تطبيقها يقع على العملة القارين وفي ذلك " إقرار ضمني بإمكانية وجود أعمال قارة وبالتالي عمال قارين في مؤسسات المناولة... وتبعاً لذلك تخضع هذه المؤسسات في علاقتها مع أجرائها للفقرة الثانية من الفصل 6-4 من مجلة الشغل بشأن ترسيم الأجراء بعد العمل لمدة أربع سنوات في مراكز عمل قارة"⁴².

⁴² حافظ العموري : المرجع السابق، ص43.

و بناء على ما ذكر، نجد أنفسنا أمام إطار قانوني غامض وغير مكتمل فيما يتعلق بمؤسسات مناولة اليد العاملة إضافة إلى تشعب في العلاقات الشغلية التي لم تعد تخضع بالضرورة لمعاري التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية في شكلها التقليدي على الأقل، لتتفاقم التجاوزات القانونية للمؤجرين على أرض الواقع.

ثانيا: المناولة بين الواقع وفقه القضاء

رغم إنتشار ظاهرة العمل بالمناولة في عديد القطاعات الإقتصادية ، لا يزال فقه القضاء يقف متأرجحا أمام هذه الظاهرة ولم يبدد الغموض الذي يكتنفها⁴³. وقد أتيح لمحكمة التعقيب بقرار لها عدد 17179 الصادر بتاريخ 6 أكتوبر 2014، الفرصة لتعريف مناولة العمل و مناولة اليد العاملة، و لإبداء موقفها حول شرعية اللجوء الى مناولة اليد العاملة أو مؤسسات العمل الوقتي إلا أنها فوتت على نفسها فرصة تبديد الغموض حول مفهوم المناولة و سد الفراغ حول مدى شرعيتها و اكتفت بالإستناد إلى بعض جوانب مناولة العمل بالفصول من 28 إلى 30 من مجلة الشغل مع إبقاءها خاضعة للأحكام العامة للإلتزامات طالما لم تتضمن ما من شأنه مخالفة القانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة. رغم أن غموض النص القانوني من شأنه أن يكون مناخا ملائما لإجتهد فقه قضائي خلاق يتماشى والخصوصيات الإجتماعية للنزاعات الشغلية⁴⁴.

و هذا ما زاد من تعقيد عملية ترسيم أجراء مؤسسات مناولة اليد العاملة حيث لم تصب المحاكم إلا جزئيا عند وصفهم بالعملة الوقتيين بإخضاعهم للفقرة الأولى من الفصل 4-6 من مجلة الشغل بصفة آلية حتى لو تجاوز الأجراء العمل بعقود معينة المدة

⁴³ محمد باللطيف : " المناولة في قانون الشغل على ضوء قرارات محكمة التعقيب "، مجلة القضاء و التشريع عدد خاص : قانون اجتماعي، جوان 2009، ص 62.

⁴⁴ محمد باللطيف : المرجع السابق، ص 63.

الأربع سنوات بالرغم من أن هذا التقطع بين هذه العقود غير نابع عن ضرورة العمل وطبيعته بإعتبار أن الحالات الخمسة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل المذكور حالات بطبيعتها محدودة في الزمن" ⁴⁵.

فما يجب توضيحه في هذا الإطار، أننا نقف أمام صنفين من أصناف مناولة اليد العاملة وجب التمييز بينهما:

الصنف الأول : الذي تكون فيه الأشغال من قبيل الأعمال الوقئية بطبيعتها مما يحتم علينا تطبيق أحكام الفقرة الأولى من الفصل 4-6 من مجلة الشغل، والتي تفرض عدم تجاوز العمل في هذه الحالات الأربع سنوات بإعتبار أنها حالات محدودة في الزمن، وحتى إن تم تجاوز هذه المدة فذلك يكون بالجمع بين فترات متقطعة فرضتها طبيعة العمل أي أن التقطع نابع عن ضرورة العمل وطبيعته. ولا يمكن للأجير في هذه الحالة المطالبة بترسيمه بمؤسسة المناولة كعامل قاربها للصبغة الوقئية لنشاطه.

وتأسيسا على ذلك تكون المحاكم التونسية غير مصيبة في أحكامها عندما تعتبر إجراء مؤسسات مناولة اليد العاملة من الأجراء الوقيتين بصفة آلية وذلك دون التثبت من طبيعة عملهم.

أما **الصنف الثاني** من مؤسسات مناولة اليد العاملة فهي مؤسسات المناولة التي تكلف أجراءها بالقيام بأعمال قارة بطبيعتها لمدة تتجاوز الأربع سنوات وذلك إما في إطار إدارة مؤسسات المناولة فيعتبر عاملا قارا الأجير المكلف بإدارة تلك المؤسسة لفترة تتجاوز الأربع سنوات خصوصا أنهم غير موضوعين على ذمة مؤسسات مستفيدة، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى نجد الأجراء الذين تنتدبهم مؤسسة المناولة للقيام بأعمال قارة بطبيعتها لفائدة مؤسسات مستفيدة، فكل هؤلاء هم من العمال الوقيتين الذين يتحولون

⁴⁵ حافظ العموري : المرجع السابق، عند إشارته إلى القرار التعقيبي المدني عدد 2000 . 3661 الصادر بتاريخ 24 أكتوبر

إلى عمال قارين بمجرد تجاوز مدة عملهم الأربع سنوات لتوفر شروط الفقرة الثانية من الفصل 4-6 من مجلة الشغل في جانبهم.

وعلى ذلك الأساس يكون من المفروض أن تعتمد المحاكم معيارين أساسيين لتكييف العلاقة الشغلية أولها هو المعيار المتعلق بطبيعة العمل والثاني هو المعيار المتصل بمدة ذلك العمل.

وبالتالي تكون المحكمة غير مصيبة عند اعتمادها لمعيار إختصاص الأجير لتكييف العلاقة الشغلية بأن تعتبر الأجراء غير المختصين غير قارين بخلاف الأجراء المختصين الذين تعتبرهم قارين بالمؤسسة⁴⁶.

هذا وقد ساهمت المحاكم كذلك في تجاوز أحكام الفقرة الثانية من الفصل 4-6 من مجلة الشغل من قبل المؤجرين بتبنيهم لمفهوم المؤجر القانوني وعدم اعتمادها لصفة المؤجر الفعلي أو الواقعي.

فتأملها في الوقائع وجوابها عن الإشكال القانوني المطروح اتسم بنوع من الهروب نحو الشكل القانوني الظاهري الرابط بين أطراف العلاقة الثلاثية وإعتماده في تكييف العلاقة الشغلية وتحديد المؤجر في هذا الإطار⁴⁷.

من ذلك أن محكمة التعقيب في قرار لها عدد 13509 الصادر بتاريخ 12 جانفي 2008 أكدت على أنه " طالما ابرم العامل علاقة مع شركة مناولة فإنه لا مجال لقيامه ضد مؤجره الذي لم يعد كذلك مثلما يثبت ذلك من بطاقات الخلاص و التصريح المقدم بإسمه لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي".

ولا شك أن عقود العمل و بطاقات الخلاص و التصاريح المقدمة إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي تمثل حججا متفاوتة القيمة لإثبات العلاقة الشغلية وتحديد صفة

⁴⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 60107 صادر بتاريخ 22 فيفري 1992، نشرة محكمة التعقيب 1992، ص 33.

⁴⁷ محمد باللطيف: المرجع السابق، ص 64.

المؤجر.

وقد تكون هذه الحجج غير كافية لوحدها لإثبات العلاقة الشغلية أو نفيمها خاصة في ظل علاقة ثلاثية أنتجتها مناولة اليد العاملة، ليكون لزاما تبعا لذلك الغوص في أعماق العلاقات القانونية الرابطة بين الأجراء و مؤسسات المناولة و المؤسسات المستفيدة دون الإكتفاء بالشكليات القانونية الظاهرة كعقود العمل و غيرها من الحجج التي قد يتخفى وراءها المؤجر الحقيقي. خصوصا أن مختلف الحجج هي في الأساس من صنع المؤجر فهو الذي يحررها و يسلمها إما للعملة كبطاقات الخلاص أو للهياكل الإدارية كالصندوق الوطني للضمان الإجتماعي مثل شهادات التصريح بالأجور.

إلا أن محكمة التعقيب إعتمدتها كوسائل إثبات كاملة دون تدعيمها أو وقوفها على العناصر الواقعية المحيطة بالعلاقة الثلاثية والتي من شأنها أن تساعد على تكييف العلاقة الشغلية و تحديد المؤجر الحقيقي الفعلي و الواقعي ⁴⁸.

إن الإستناد على صفة المؤجر القانوني لإخراج المؤجر الفعلي أو الأصلي هو بمثابة التمسك بمؤجر صوري لم يلتجئ إليه المؤجر الفعلي سوى للتحايل على القانون والتفصي من الخضوع لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 6-4 من مجلة الشغل قصد عدم ترسيم العمال الذين ينجزون أعمالا قارة بطبيعتها مدة زمنية تتجاوز الأربع سنوات.

إلا أنه لم يكتف المؤجرون باللجوء إلى مؤسسات المناولة فحسب لتجاوز أحكام مجلة الشغل التي تقضي بتحول عقد الشغل من محدد المدة إلى غير محدد المدة وإنما وقع الإلتجاء إلى ذلك أيضا في إطار مجمع الشركات.

المطلب الثاني: مجمع الشركات

كما هو الشأن بالنسبة إلى مؤسسات المناولة يكمن الإشكال بمجمع الشركات في صعوبة تحديد المؤجر خصوصا أن التعرف على صفته هو الذي سيمكننا من معرفة إذا

⁴⁸ قرار تعقيبي مدني عدد 64731. 2011 صادر بتاريخ 5 ديسمبر 2011، غير منشور.

ما وقع تجاوز أحكام الفقرة الثانية من الفصل 4-6 من مجلة الشغل من عدمه. فإذا أبرم الأجير عقد شغل مع مؤجر ما، ثم يتم انهاء ذلك العقد قبل الأربع سنوات فالعامل لن يحظى بالترسيم إلا إذا أثبت هذا الأخير أن مؤجره السابق ومؤجره الجديد هو نفس المؤجروأن مدة عمله لديهما قد تجاوزت الأربع سنوات.

فما هو المقصود بالمؤجر حسب القانون في إطار مجمع الشركات حتى يمكن بيان مدى تجاوزه لترسيم الأجراء (أولا) وما هي بالتالي إنعكاسات ذلك على مكانته القانونية (ثانيا).

أولا: المؤجر في مجمع الشركات

يعتبر تجمع الشركات حسب الفصل 461 من مجلة الشركات التجارية الذي وقعت إضافته بمقتضى القانون عدد 117 لسنة 2001 المؤرخ في 6 ديسمبر 2001 أنه " مجموعة من الشركات لكل واحدة منها شخصيتها القانونية تكون مرتبطة بمصالح مشتركة وتمسك إحداها، وتسمى الشركة الأم، بقية الشركات تحت نفوذها القانوني أو الفعلي وتمارس عليها رقابتها بشكل يؤدي إلى وحدة القرار".

وتأسيسا على ذلك يعتبر المجمع مجموعة من الشركات التي تكون في الظاهر مستقلة إلا أنها خاضعة إلى وحدة إقتصادية حيث تكمن خصوصيته في محافظة كل شركة من شركاتها على إستقلاليتها القانونية مع خضوعها إلى سلطة قرار موحدة. وهكذا تتصف كل شركات المجمع بالوحدة على المستوى الإقتصادي والتعددية على المستوى القانوني.

وقد يؤدي تركيز أو جمع عدة شركات أو مؤسسات تحت نفوذ الشركة الأم إلى صعوبة إدراك العلاقات الشغلية بين الأجير والمؤجر حيث لم تعد المؤسسة على ما كانت عليه، فعلى عكس ما نجده في إطار المؤسسة التقليدية حيث يخضع العامل إلى سلطة المؤجر الذي يتمتع وحده بالشخصية القانونية. أما في نطاق مجمع الشركات فنلاحظ

تفرقة بين البنية القانونية للمؤسسة والواقع الإقتصادي والإجتماعي مما قد ينتج عنه تشعب في علاقات السلطة داخل المجمع.

فعللاقة التبعية المترتبة في العادة عن الرابطة الشغلية بين الأجير ومؤجره تضحل في إطار مجمع الشركات بسبب تشتت أصحاب العمل وأربابه. و على الرغم من أن الشخص الذي أبرم عقد الشغل مع العامل هو الذي يحظى بصفة المؤجر القانوني إلا أنه في الواقع لا يمسك سوى جزء من السلطة داخل تلك المؤسسة حيث تتخذ جل القرارات الهامة من طرف قطب آخر وهو الشركة الأم.

ونظرا لتعددية الشخصية المعنوية في إطار مجمع الشركات وكذلك الحركية الدائمة للأجراء داخله يكون من الصعب الإعتماد على عقد الشغل وحده دون غيره من المعايير الأخرى لتحديد صفة المؤجر⁴⁹. وهو ما من شأنه ان يفتح الباب امام عديد التساؤلات :

فما هو المقصود بالمؤجر في إطار مجمع الشركات ؟ هل هو المجمع بأكمله أم أنه الشركة الأم التي مكنها القانون من نفوذ قانوني أو فعلي على بقية الشركات التابعة للمجمع أم أنه الشركة الفرعية التي يمارس فيها العامل لعمله ؟. وبالتالي هل يمكن الإكتفاء بالعقد لتحديد صفة المؤجر أم أنه يجب الإعتماد على إعتبرات ومعايير أخرى؟.

بالرجوع إلى فقه القضاء الفرنسي يمكن ملاحظة وجود اتجاهين مختلفين⁵⁰ :
الإتجاه الأول يعتبر أن كل شركات المجمع هي بمثابة المؤسسة الواحدة خصوصا إذا تفتى القاضي بأن الشركة الفرعية هي مجرد شركة صورية نفس الشيء في حالة وجود خلط

⁴⁹ Nouri Mzid : " Groupes de sociétés et relations de travail ", revue de la jurisprudence et de la législation, Novembre 2000, p 13.

⁵⁰ سنية البجاوي: المرجع السابق، ص 51.

في خصوص هوية مسيري الشركات أو مقرها الإجتماعي أو قيامها بنشاط مهني موحد وخاصة إذا تبين للقاضي وجود مصالح مشتركة بين مختلف شركات المجمع وفروعه. أما الإتجاه الثاني فيعتبر أن أغلبية المؤسسات المندمجة في إطار مجمع الشركات هي شركات فرعية متميزة يكون فيها المؤجر هو صاحب السلطة وليس بالضرورة الشركة أو الفرع التي قامت بالتعاقد مع الأجير أو التي كلفت بخلاص أجرته. فالمؤجر هو المؤسسة أو الفرع الذي تربطه بالعامل علاقة تبعية بحيث يخضع هذا الأخير لإدارة ورقابة الشركة أو المؤسسة الفرعية.

فالمعيار المعتمد هنا من قبل القضاة لتحديد صفة المؤجر هو معيار السلطة الفعلية أو الواقعية وليس معيار السلطة القانونية فلا يهم من له سلطة إبرام عقود الشغل أو خلاص الأجور بقدر ما يهمنا معرفة السلطة الفعلية للمؤجر المتمثلة في مراقبة العامل وإدارته وتسييره.

فما هو إذن موقف المشرع التونسي تجاه هذه المسألة الهامة ؟ بمعنى آخر ما هو المعيار المحدد لصفة المؤجر في القانون التونسي في إطار مجمع الشركات ؟ فهل يعتبر مؤجرا المؤسسة التي أبرمت العقد مع الأجير؟ أم أن المؤجر هو الشركة الفرعية التابعة للمجمع والتي تمارس رقابة فعلية عليه بحيث تقوم بتسييره وتوجيهه ؟.

لم توضح مجلة الشغل ولا حتى مجلة الشركات التجارية بعد تنقيحها في ديسمبر 2001 المفهوم الحقيقي للمؤجر في إطار مجمع الشركات. حيث أشارت مجلة الشغل كما سبق بيانه إلى دور المؤجر بصفة مقتضبة دون تحديد المقصود بالمؤجر في إطار كل صنف من أصناف المؤسسات أو الشركات.

أما مجلة الشركات التجارية فقد إكتفت بتعريف مجمع الشركات دون التطرق أيضا إلى مفهوم المؤجر أو معايير تحديده وهو ما أدى إلى إنحلال الموقع القانوني للمؤجر وبالتالي التأثير على تحول الصفة الوقتية للأجير إلى الصفة القارة. فهل استطاع فقه القضاء

تجاوز ذلك بالتوسع في تأويل صفة المؤجر؟.

1. إنحلال الموقع القانوني للمؤجر في مجمع الشركات

إن الغاية القصوى لكل المؤجرين هو تحقيق الربح المادي، وهذا أمر معقول، لكن الغير معقول هو أن يصبح الأجير مطية لتحقيق هذا الربح بإيهام القانون والقاضي بأن العلاقة التشغيلية محددة المدة و الحال أنها عكس ذلك. وبالتالي التهرب من ترسيم الأجراء الذين اشتغلوا معهم في مواطن عمل قارة لمدة زمنية تجاوزت الأربع سنوات.

وفي هذا الاطار فقد تم إستغلال، الفراغ التشريعي المتعلق بتحديد المعايير المعتمدة للتعرف على صفة المؤجر في إطار مجامع الشركات، كما هو الحال في مؤسسات المناولة وخاصة منها مناولة اليد العاملة.

بحيث تجدهم يلتجؤون مثلا إلى " تكوين شركة جديدة ضمن شركات المجمع مختصة في مناولة اليد العاملة لتتولى وضع اليد العاملة اللازمة تحت تصرف باقي شركات المجمع عوضا عن اللجوء إلى مؤسسات مناولة خارجة عن المجمع"⁵¹، أو أنهم يقومون بتشغيل الأجراء في إحدى شركات المجمع بمقتضى عقود شغل محددة المدة لا تتجاوز الأربع سنوات ثم يحيلونهم بعد ذلك للعمل لمدة معينة مع شركة أخرى من شركات المجمع ثم يرجعونهم من جديد قبل تجاوز الأربع سنوات إما إلى الشركة الأولى التي كانوا يعملون بها أو يلحقونهم بشركة ثالثة من الشركات التابعة للمجمع لمدة لا تتجاوز الأربع سنوات⁵².

و تستعمل هاته الممارسات الغير قانونية، لغاية تجاوز أحكام مجلة الشغل من قبل مسيري شركات المجمع معتمدين في ذلك على الرأي القائل بأن كل شركة من شركات المجمع تمثل ذاتا قانونية مستقلة عن الشركات الأخرى التابعة له، فيحتجون بعقد

⁵¹ الإتحاد العام التونسي للشغل : أعمال الملتقى السنوي للجنة الوطنية للدراسات و التوثيق، ديسمبر 2003.

⁵² سنية البجاوي : المرجع السابق، ص 53.

الشغل المبرم بين الأجير ومؤجره القانوني متخلين بطبيعة الحال عن صفة المؤجر الواقعي أو الفعلي لعدم ترسيم الأجراء.

خاصة بالنسبة إلى الحالات التي تمارس فيها شركات المجمع نفس النشاط المهني، حيث غالبا ما تكون العقود المبرمة مع الشركات الثانية التابعة للمجمع عقود صورية وهي "وضع قائم على عمل ظاهر يلجأ إليه الطرفان ليسترا عملا آخر أراداه حقيقة"⁵³. والغاية إصطناع مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني و على هذا الأساس تقع إزاحة التصرف الظاهر والكاذب والأخذ بالتصرف الخفي والحقيقي⁵⁴.

فالتباين المقصود بين العقد الظاهر و العقد الحقيقي السري يجعل من الصورية مجرد كذب مدبر من الطرفين من شأنه أن يضر بمصالح الغير و بمصداقية العقود و في ذلك خطر جسيم على إستقرار المعاملات و على سلامتها⁵⁵.

و يقسم الفقهاء عادة الصورية الى أربعة أنواع بإعتبارها قد تتعلق إما بوجود العقد وهي التي لا يكون فيها للعقد الظاهر وجود في الحقيقة و يقتصر فيها الكتب السري إن صح التعبير، بالتنصيص على أن العقد الظاهر إنما هو عقد وهمي لا وجود له واقعا و قانونا، أو بطبيعة العقد وهي الحالة التي يتفق فيها الطرفان على إخفاء نوع المعاملة و ذلك بإضهارها في شكل معاملة أخرى، أو بشخص أحد المتعاقدين والتي تتمثل في التغلب على مانع قانوني بالنسبة لأحد الأطراف يحول دون إتمام معاملة معينة، في حين أن النوع الأخير للصورية فيتمثل في إخفاء الأطراف لمحل التزام أحدهم⁵⁶.

إلا أن المقصود بصورية عقود الشغل، وربما كان ذلك راجع لخصوصية العلاقة الشغلية، هو غير المتعارف عليه في الأوساط القانونية، ذلك أنها ليست نتيجة لإتفاق

⁵³ خليل جريح: " في نظرية الصورية"، مجلة القضاء والتشريع عدد 10، ص 23.

⁵⁴ المنجي طرشونة: المرجع السابق، ص 56.

⁵⁵ Jean Carbonnier: " Droit civil : les obligations", tome 4, Thémis, P.U.F, 12 éme édition, 1985, p 158.

⁵⁶ محمد الزين: " النظرية العامة للإلتزامات العقد"، مطبعة الوفاء، الطبعة الثانية، تونس 1997، ص 380 وما يلها.

طرفي العقد وإنما هي على العكس من ذلك، حيث تكون أحادية الجانب من طرف المؤجر و ضد الأجير وذلك لإضفاء الشرعية على عدم تحول عقد الشغل من محدد المدة إلى غير محدد المدة أو بمعنى آخر ايجاد السندات القانونية من قبل المؤجر لإبقاء العامل وقتيا داخل المؤسسة⁵⁷.

و تجدر الإشارة إلى أنه تم اللجوء أيضا إلى نظرية الصورية في عقود المناولة لحرمان الأجير من حقه في التعويض و بالتالي وجب إلزام كافة المتدخلين في عملية التشغيل بالتعويض للعامل عن الطرد التعسفي⁵⁸.

وقد تعرضت المحاكم في عدة مناسبات إلى مثل هاته الممارسات من قبل المؤجرين في إطار مجمع الشركات ومنها من انتهى بتفطن القضاء، حيث جاء في هذا الشأن قرار تعقيبي مدني عدد 14230 صادر بتاريخ 5 جانفي 2008 جاء فيه أنه "... و حيث تضمنت بطاقات خلاص شهر اكتوبر 1998 بالطالع اسم شركة مروة كمؤجرة و تضمنت في نفس الوقت ختم شركة الأحباب (المعقب ضدها) و تمسك الأجير المعقب ببقاء عقد الشغل قائما بين الطرفين بعد انفصال الشريكين المساهمين في شركة مروة المؤجرة الأصلية وتكوين شركة الاحباب الطاعنة و التحاقه للعمل لدى هذه الاخيرة دون أن تقوم محكمة الحكم المطعون فيه بالتحريات اللازمة والأبحاث الموصلة للحقيقة بثبوت تواصل العلاقة الشغلية بين الطرفين بناء على المؤيدات المدلى بها من لديهما... الأمر الذي يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه".

و جاء في سياق قرار تعقيبي آخر صادر بتاريخ 4 أفريل 2014⁵⁹ أنه "... خلافا لما تمسك به نائب الطاعنتين فإنه يتضح من خلال مضموني السجل التجاري لكل من

⁵⁷ زياد بن الحاج : المرجع السابق، ص 89.

⁵⁸ عصام الاحمر: المرجع السابق، ص 109.

⁵⁹ قرار تعقيبي مدني عدد 7189. 2013. صادر بتاريخ 4 أفريل 2014، غير منشور.

الشريكتين وجود ارتباط فعلي بينهما على مستوى النشاط و المتمثل في صناعة الأجر و كذلك المقر (طريق جمال زمردين) ولهما نفس الشكل القانوني ويمثلان وحدة اقتصادية ينتميان لنفس المجمع لصناعة الأجر التابع لعلي مهني و إن احالة المعقب ضده للعمل لدى شركة بورا ماي بعد أن كان يعمل لدى شركة بامي التي انتدبتة في بداية العلاقة كان على أساس نفس المؤجر و لا شيء بالملف يفيد تغيير نشاط العامل أو مقر عمله أو خطته مما يتعين رد الدفع لعدم جديته.."

و رغم تماهي الحكمين الإبتدائي و الإستئنائي في هاته القضية و القضاء بإستمرارية العلاقة الشغلية إلا أن محكمة التعقيب رغم إقرارها بوجود ترابط فعلي بين الشريكتين فقد إعتبرت أنه " طالما ثبت أن العلاقة الشغلية تعتمد على عقود شغل محددة المدة (من ماي 2002 إلى أفريل 2006) فإن تلك العلاقة تنتهي بإنهاء الأمد المحدد بكل عقد تطبيقا للفصل 14 من مجلة الشغل".

كما أن هنالك بعض المواقف المتباينة للمحاكم في هذا الشأن، ففي إطار الحكم الإبتدائي في القضية عدد 29506 الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2004، التي تفيد وقائعا عموما أنه وقع إنتداب العامل من قبل إحدى شركات المجمع بمقتضى عقود شغل محددة المدة إنطلقت في جانفي 2000 و إنتهت في شهر فيفيري من نفس السنة ثم في شهر مارس 2000 وقع إنتدابه من طرف شركة أخرى من شركات المجمع بمقتضى عقود شغل محددة المدة أيضا إنطلقت من مارس 2000 تاريخ الإنتداب إلى غاية 28 فيفري 2004 تاريخ إنتهاء آخر عقد رابط بين الأجير والشركة الثانية التابعة للمجمع.

و كما هو الشأن في أغلب الحالات لم يقع تجديد عقود الشغل من قبل الشركة الثانية حتى لا يتجاوز العامل مدة الأربع سنوات من العمل القار في نفس المؤسسة. مما أدى بالأجير إلى رفع قضية لدى مجلس العرف طالبا الحكم له بغرامة الطرد التعسفي معتبرا أنه من العمال القارين بالمؤسسة الثانية لتجاوز عمله لدى الشركتين الأربع

سنوات.

وحيث إعتبرت دائرة الشغل أنه " وبخلاف ما تمسك به نائب المطالبة فإنه من الثابت من بطاقات خلاص المدعي المضافة إلى ملف القضية والصادرة عن المطالبة أن أقدمية هذا الأخير في عمله تعود إلى أول جانفي 2000 وليس إلى 29 مارس 2000 وإستمر في عمله دون إنقطاع".

بمعنى أن محكمة الدرجة الأولى إعتبرت بصفة ضمنية أن عمل الأجير لدى شركتين مختلفتين من شركات المجمع لا يؤثر على إحتساب المدة الرباعية. فكأن بالمحكمة تعترف بوجود مؤجر واحد هو المجمع وبالتالي لم تأخذ بعين الإعتبار إختلاف الشخصية القانونية للشركتين من حيث العقد التأسيسي لكل منهما ونشاطهما ومقرهما الإجتماعي، وما يهم المحكمة إذا هو وجود علاقة شغلية مع فرعين من فروع المجمع تواصلت لمدة تتجاوز الأربع سنوات مما يمكن العامل من الترسيم والحصول على حقوقه الشغلية في حالة طرده التعسفي.

أما محكمة الدرجة الثانية فكان موقفها في هذه القضية بالحكم الإستئنائي عدد 18377 الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 2005، موقفا مغاير تماما لموقف محكمة الدرجة الأولى حيث إعتبرت أنه : " خلافا لما ذهب إليه الطاعن فقد تجلّى بالإطلاع على بطاقات الخلاص المدلى بها من طرفه في الطور الإبتدائي والمتعلقة بشهري جانفي وفيفري 2000 أنها صادرة عن الغير بصورة لا يمكن معها إتمادها في مواجهة المستأنف ضدها والتي إحتكمت إلى سند صحيح لإثبات بداية العلاقة الشغلية تمثل في عقود محددة المدة من 25 مارس 2000 وإنهاء يوافق 29 فيفري 2004 يستخلص منها أن مدة العمل لم تتجاوز الأربع سنوات بما ينزع الواجهة في دفعات الطاعن".

وتأسيسا على ذلك تكون محكمة الدرجة الثانية قد إعتمدت على عقود الشغل دون غيرها لتحديد صفة المؤجر وبالتالي لم تقم بإحتساب المدة التي إشتغلها الأجير مع

الشركة الأولى معتبرة أنها "غير" وهو موقف من شأنه أن يضر بالعمال الذين يجدون أنفسهم مرغمين على التحول من فرع إلى آخر لمدة تتجاوز الأربع سنوات دون الحصول على الترسيم.

فلا شك ولا إختلاف في ضرورة التمسك بالشكليات القانونية للمؤسسة كوحدة قانونية مستقلة بشخصيتها وذاتها المعنوية إلا أنه وفي إطار النزاعات الشغلية التي يطغى عليها الطابع الإجتماعي حيث يتعلق الأمر بإستقرار العلاقة الشغلية والأجور، فإنه يصبح من الضروري أن تنظر المحاكم للشركات والفروع التابعة للمجمع كوحدة إجتماعية وإقتصادية. و بالتالي تجاوز التقسيمات القانونية التي قد تخفي هذه الوحدة، فالقول بأن الأجير لا يحق له الترسيم على معنى الفقرة الثانية من الفصل 4-6 من مجلة الشغل بالرغم من تجاوز مدة العمل الأربع سنوات بمركز عمل بحجة أنه لم يعمل كامل المدة في مؤسسة واحدة من مؤسسات المجمع لا يكون صائباً.

و في إطار قضية شغلية أخرى عدد 29982 بتاريخ 3 فيفري 2005، حيث كان الأجير يعمل كسائق شاحنة بإحدى شركات نقل البضائع بمقتضى عقود شغل محددة المدة منذ شهر فيفري 1996 إلى غاية شهر جويلية 2000، ثم أبرم بعد ذلك عقود شغل جديدة مع شركة ثانية من شركات المجمع حيث واصل العمل معها في نفس خطة عمله السابق وعلى نفس الشاحنة التابعة للشركة الأولى إلى غاية شهر ماي 2004 تاريخ إيقافه عن العمل لإنقضاء آخر عقد يربطه بالشركة الثانية. و كالمعتاد إتجه الأجير نحو القضاء حتى يتمكن من إثبات صفته كعامل قار بالمؤسسة وبالتالي الحصول على حقوقه القانونية الناتجة عن الطرد التعسفي.

قضت محكمة البداية بالموقف السابق مؤكدة على أن " المدعي عمل فعلياً منذ إنتدابه سنة 1996 لدى الشركة الأولى المدعى عليها وتواصلت علاقته بها بنفس مركز عمله وب نفس خطته وتعهد المطلوبة تغيير تسمية المؤجر في كل مرة إنما كان الهدف منه

قطع أقدمية المدعي وإقامة الحجة على نهاية العلاقة الشغلية بين الطرفين منذ سنة 2004 وارتباط المدعي بعلاقة شغلية بالشركة الثانية وهي شركة مستقلة عن المطلوبة. وحيث أن الشركة الأولى والشركة الثانية يتحدان في العلاقة التجارية وفي الإدارة والتسيير ولم تقم الحجة على خلاف ذلك حتى أنه ثبت من جملة بطاقات خلاص المدعي في أجرته تتم كل مرة بإسم شركة ويتسلم بطاقة خلاص بإسم شركة حال أنه من المفروض أنه يعمل لدى الأخرى وهو ما يقيم الدليل على وحدة الإدارة في الشركتين وما إستقلالهما إلا صوريا بالنسبة إلى عمل المدعي وعليه أضحى من المسلم به أنه عمل لدى الشركة المطلوبة بصفة فعلية منذ إنتدابه إلى تاريخ إيقافه عن العمل واتجه تجاوز دفع المطلوبة من هذه الناحية".

بمعنى أن محكمة الدرجة الأولى تعتمد معيار السلطة والإدارة والتسيير لتحديد صفة المؤجر فإستقلال فروع المجمع هو إستقلال صوري لوحدة الإدارة التي يخضع لها كل أجزاء المجمع وهو إتجاه لم تجارها فيه محكمة الإستئناف في حكمها عدد 19078 الصادر بتاريخ 4 مارس 2006 عند سبها في القضية حيث إعتبرت أن " بطاقات الخلاص المدلى بها والصادرة عن الشركة الأولى فيما كان البعض الآخر صادر عن الشركة الثانية حتى وإذا تمسكت نائبة المتسأنف ضده بأن الشركتين المذكورتين تمثلان كيانا واحدا وتكونان مجمع شركات ذات تواصل إقتصادي لم يكن ذلك ليضفي الواجهة عن القيام ضد المستأنفة في المطالبة بالغرم عن قطع علاقة شغلية أبرمت مع غيرها دون إغفال الإشارة إلى كون طلب تحميل شركة تبعات إلتزامات تعهدت بها شركة أخرى على أساس أنهما تكونان تجمعا للمصالح الإقتصادية لا يستقيم قانونا".

وتأسيسا على ما سبق بيانه تصر محكمة الدرجة الثانية على إعتبار إرادة الطرفين أي عقد الشغل، المحدد الوحيد لصفة المؤجروالتالي عدم مراعاة معيار السلطة والإدارة أو النفوذ الذي تتمتع به شركات المجمع على الأجراء مما يؤدي بالضرورة إلى حرمانهم من

حق الترسيم.

و نجد أن هذا التوجه مؤكد أيضا في قرار تعقيبي آخر سنة 2015 حيث اعتمدت محكمة التعقيب على عقود الشغل التي كانت سندا للحكم المطعون فيه وقضت بأنها صادرة عن شريكين مختلفتين لا من حيث التسمية فحسب وإنما من حيث رقم السجل التجاري و رقم الإنخراط بالصندوق الوطني للضمان الإجتماعي بما ينفي الترابط بينهما وإستمرارية العلاقة الشغلية عكس ما اعتبرتهما محكمة البداية كمجمع واحد⁶⁰.

ولعل مأساة العامل الوقتي لا تقف عند هذا الحد بل تتواصل من خلال عدة تجاوزات أخرى قد يلتجئ إليها بعض المؤجرين حتى يتمكنوا من عدم ترسيم العمال في غياب تأويل إجتماعي حمائي للإطار القانوني الحالي المتسم بالفراغ و الغموض في انتظار ضرورة تنظيم مثل هذه الوسائل التشغيلية بأحكام قانونية أو تعاقدية صريحة توحد فقه القضاء في أسس قواعد لتحول عقد الشغل من محدد المدة إلى غير محدد المدة.

و تظل إمكانيات تحول عقد الشغل من محدد المدة إلى غير محدد المدة التي وردت مع الإهتمام القانوني وبعض إجتهادات فقه القضاء محاولة لإيلاء أهمية لمعيار الزمن في العلاقة الشغلية، والعمل على وضع حد أقصى لإستعمال عقود الشغل محددة المدة ليصبح المؤجر بعدها مخيرا بين الإنتداب القار أو الإستغناء عن العامل.

و بالتالي فإكتساب الأجير لصفة القار سوف تنتقل معه الطبيعة القانونية لعقده بداية و نهاية له و لحقوقه داخل المؤسسة و بالتالي إنعكاسات جديدة على طرفي العلاقة الشغلية.

⁶⁰ قرار تعقيبي مدني عدد 2014. 21445 صادر بتاريخ 30 أكتوبر 2015، غير منشور.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية :

الكتب :

-عصام الأحمر: " إشكالات في نزاعات الشغل "، الحلول القانونية و الإجهادات القضائية"، سيفاد للنشر، 2008.

-محمد الزين : " النظرية العامة للإلتزامات العقد"، مطبعة الوفاء، الطبعة الثانية، تونس 1997، ص 380 وما يليها.

-نزار كرمي : " فقه قضاء الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب من 1961 إلى 2016 " ، الطبعة الأولى 2017.

المذكرات :

-زياد بن الحاج: " تحول عقد الشغل المحدد المدة إلى غير محدد المدة "، مذكرة للتحصل على شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2009-2010.

-سنية البجاوي : " تحول العامل الوقتي إلى عامل قرحسب مقتضيات الفصل 6-4 فقرة 2 من مجلة الشغل "، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنية للمحامين الفرع الجهوي بتونس، السنة القضائية 2006-2007

-عبد الحكيم الجفالي : " عقد الشغل غير محدد المدة "، رسالة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، السنة القضائية 2000-2001.

-عبد الحميد عبد الله : " عقد الشغل محدود المدة"، رسالة : شهادة دراسات معمقة : قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 1997. 1998.

المقالات:

-حافظ العموري: " إشكالية المناولة بين التقنين والتهميش"، المجلة التونسية للقانون الإجتماعي عدد 9 لسنة 2004.

-محمد باللطيف : " المناولة في قانون الشغل على ضوء قرارات محكمة التعقيب "، مجلة

القضاء و التشريع عدد خاص : قانون اجتماعي، جوان 2009.

-ملحوظات المدعي العام بمحكمة التعقيب في إطار القرار التعقيبي عدد 58767 مؤرخ في 10 جوان 1999، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1999/1998، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية.

-المنجي طرشونة : " محكمة التعقيب و إعادة تكييف عقود الشغل المبرمة لمدة معينة "، مجلة القضاء والتشريع عدد خاص : قانون اجتماعي، جوان 2009.

ملتقيات :

-الإتحاد العام التونسي للشغل : أعمال الملتقى السنوي للجنة الوطنية للدراسات و التوثيق، ديسمبر 2003.

-حافظ العموري : " العمل بالمناولة في تونس، الواقع و الافاق "، الندوة الوطنية حول الأنماط الجديدة للعمل و آثارها على التشغيل، تونس أيام 21 . 23 جاتفي 2003، التي وقع تنظيمها بالتعاون بين المركز العربي لإدارة العمل و التشغيل بتونس ووزارة الشؤون الاجتماعية و التضامن ووزارة التشغيل.

المراجع باللغة الفرنسية :

OUVRAGES :

Isabelle Vacarie : "L'employeur ", bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, tome 6, édition Sirey, paris 1979.

Jean Carbonnier : " Droit civil : les obligations ", tome 4, Thémis, P.U.F, 12 éme édition, 1985.

Jean-Claude Javillier : "Manuel de droit du travail" , Paris, L.G.D.J, 4éme édition, 1992.

Younès Ghajati : " comprendre le code du travail ", édition C.L.E 1999.

ARTICLES :

Nouri Mzid : " Groupes de sociétés et relations de travail ", revue de la jurisprudence et de la législation, Novembre 2000.