



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

تشغيل الأجانب، فسيفساء الأحكام القانونيّة !

سناء سويسي

أستاذة محاضرة في القانون الخاص
بكلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس
جامعة المنار

1. عندما فرّ عبد الرّحمان الدّاخل من سيوف بني عبّاس إلى الأندلس، دانت له، لكنّه لم ينس رصافة الشّام الّتي أنشأها جدّه هشام بن عبد الملك، فأنشأ مثلها في قرطبة. وحدث أنّه كان يتمشّى في رصافته، فاستوقفته نخلة منفردة أثارت شجونه وحنينه إلى الشّام، حيث رآها غريبة مثله، فقال:

تبدّت لنا وسط الرّصافة نخلة تناءت بأرض الغرب عن بلد النّخل
فقلت: شبيهي في التّغرّب والنّوى وطول التّنائى عن بنيّ وعن أهلي
نشأت بأرض أنت فيها غريبة فمثلك في الإقصاء والمنتأى مثلي¹

قد تختزل هذه الأبيات حالة الاغتراب الّتي يجد فيها كلّ من غادر موطنه ليستقرّ ببلد آخر، نفسه، مهما كان اغترابه اختيارا أو اضطرارا. وقد يبدو الاضطرار اليوم الوجه المميّز لظاهرة الهجرة، كظاهرة ضاربة في القدم مستمرة في الزّمن، ما انفكت في انتشار متواصل، تمخّض عنها إشكالات قانونيّة جمّة في علاقة بوضعيّة الأجنبي أو المهاجر الذي يجد له مستقرا في بلد غير بلده الأصلي².

2. وغالبا ما يرتبط استتراء ظاهرة الهجرة في جانب هامّ منه بمعضلة البطالة، حيث يشكّل البحث عن موطن عمل في عديد الحالات الغاية الأساسيّة الّتي تدفع بالأشخاص لهذا الخيار³، بما يفسح المجال لتدخّل قانون الشّغل للتفاعل مع مسألة تشغيل الأجنبيّ، ديدنه في ذلك مبدأي الحرّيّة والمساواة كمبادئ كونيّة يتوق لتحقيقها، الّتين تجدان لها تجسيدا في حرّيّة العمل من جهة ومبدأ المساواة المهنيّة من جهة أخرى⁴.

¹ ابن الأثير علي بن محمّد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، أبو الحسن عز الدين ابن الأثير، الكامل في التاريخ، الجزء الخامس، دار الكتب العلميّة، بيروت، الطبعة الأولى، 1987، ص. 278.

² V. sur ces problèmes juridiques : **M. BEN JEMA**, « Migrations et Droit », *Revue Tunisienne des sciences juridiques et politiques et sociales*, n°1, 2014, pp. 7 et s.

³ **A. HAKIM**, « La condition des travailleurs étrangers en Tunisie », *Revue Tunisienne des sciences juridiques, politiques et sociales*, n°1, 2014, p. 61.

⁴ **M. TARCHOUNA**, « Le travailleur étranger », in, « Le travailleur dans tous ses états », Colloque organisé par le laboratoire DRIMAN, FDSPT., 2005, p. 57.

3. وتكتسي حرية العمل بعدين أساسيين: بعدا ايجابيا وآخر سلبيا. فأما فيما يتعلق ببعدها الإيجابي، يمثل الحق في العمل تجسيدا له باعتباره يتضمن حق الشخص في الولوج لسوق الشغل باختيار الشخص الذي سيعمل لحسابه طبقا للشروط التي يرتضيها بكل حرية، فهو بذلك الحق في اختيار العمل الذي يتلاءم مع مؤهلاته. في المقابل، تفيد حرية العمل في بعدها السلبى أساسا حق الشخص في الامتناع عن العمل بصورة لا يمكن معه جبره عليه وهو ما تحقق بحكم إلغاء العمل الجبري ومنعه⁵.

4. ويقدم تقليديا مبدأ حرية العمل كحرية مجردة، إذ يعني الحق في النفاذ لمختلف المهن والأنشطة الاقتصادية، وحرية اختيار أساليب ممارستها⁶، لتعرف طبيعة هذا المبدأ لاحقا، تطورا نقله من حرية مجردة إلى حرية واقعية عبر تكريس الحق في العمل كأحد أهم حقوق الانسان اللصيقة بالذات البشرية⁷. وتلتزم الدولة بموجب هذا الحق بتبني سياسة تشغيل نشطة وبرفع العوائق الواقعية لحرية العمل بما يضمن للجميع حظوظا متساوية في الحصول عليه، بغض النظر عن العرق أو اللون أو الدين أو المعتقد أو الجنس أو الانتماء السياسي أو النقابي أو الأصل الاجتماعي، في تكريس بذلك لمبدأ ثان من المبادئ الأساسية لقانون الشغل وهو المساواة وعدم التمييز بين الأشخاص في العمل.

5. على أن معايير التمييز الممنوعة في عالم الشغل، لم تحل، في المقابل، دون وجود معايير تمييز مشروعة ضربت على مبدأ حرية العمل، الذي يعرف في مختلف الدول تقييدا موضوعيا تبرره بعضها الآخر النظام العام، وهي قيود يتصل بعضها بالوظيف ذاته والذي قد يفرض اشتراط شهادات علمية بذاتها، في حين يرتبط البعض الآخر بشخص المترشح للعمل مثلما هو الشأن بالنسبة لشرط السن أو شرط المؤهلات البدنية والجنسية⁸.

⁵ النوري مزيد، قانون العمل في سياق الانتقال نحو الديمقراطية، من أجل مراجعة شاملة لمجلة الشغل، منشورات رؤوف يعيش، 2019، ص.22.

⁶ النوري مزيد، المرجع السابق، ص. 22.

⁷ الفصل 23 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان.

⁸ M. TARCHOUNA, art. préc. p. 57.

وتشكّل الجنسية أحد أهمّ المعايير التي تدرج صلب معايير التمييز المشروعة والتي عادة ما تستند عليها الدول في تقييد حقّ الولوج لسوق شغلها وذلك في إطار ممارسة رقابتها على هذه السوق، بغاية حماية اليد العاملة الوطنية من منافسة اليد العاملة الأجنبية، خاصة في ظلّ صعوبة ظروف التشغيل والتنامي المتواصل لنسب البطالة.

ولم تحدّ الدولة التونسية بدورها عن اعتماد هذا التوجّه صلب تشريعاتها حماية لسوق الشغل الوطنية من كلّ نفاذ من "جميع الأشخاص الذين ليست لهم الجنسية التونسية، سواء كانت لهم جنسية أجنبية أو لم تكن لهم جنسية"⁹، مقيدة بذلك حرية المؤجّر في الانتداب، وهي الحرية التي يقوم عليها النمط الاقتصادي الليبرالي الذي يحكم سوق الشغل بناء على قاعدة العرض والطلب.

6. وما فتئت اشكالية تشغيل الأجانب تحظى بأهمية معتبرة اليوم في ظلّ تغيّر السياق الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي تمرّ به تونس منذ سنة 2011، مع ما عرفه مشهد الهجرة من تحولات هامة لا فقط بالنسبة للمغادرين للدولة التونسية، بل وخاصة في علاقة بالوافدين عليها¹⁰، حولتها من بلد مصدرّ لليد العاملة لبلد استقبال ليد عاملة مهاجرة بطريقة غير قانونية، تبدو في نسبة هامة منها ضحايا لشبكات الاتجار بالبشر¹¹. وتقوم ظاهرة التدفق

⁹ وهو التعريف الذي أقرّه المشرّع للأجنبي صلب الفصل الأول من قانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 المتعلّق بحالة الأجانب بالبلاد التونسية.

¹⁰ Rapport de l'enquête Nationale sur la Migration Internationale, p. 62.

¹¹ تتضارب المعطيات المتعلقة بعدد المهاجرين، خاصة منهم غير الشرعيين، بين الاحصائيات الرسمية والاحصائيات التي تقوم بها المنظمات غير الحكومية. فحسب تقرير المسح الوطني للهجرة الدولية لسنة 2020 تمّ تقدير المهاجرين المقيمين بطريقة شرعية وغير شرعية ب 59 ألف مهاجر: 36 بالمائة من المهاجرين في سنّ نشطة (من هم في سن نشطة 53.306 أي 90 بالمائة من المهاجرين) يتعاطون نشاط اقتصادي، 80 بالمائة منهم يتعاطون عمل مأجور في حين ينشط 18.2 بالمائة منهم في العمل المستقلّ. وحسب وزارة التشغيل والتكوين المهني بلغ عدد العملة الأفارقة المنتظمين من جنوب الصحراء في 2017 فقط 237 عامل وحسب تقرير المسح الوطني يمثلون فقط نسبة 4 بالمائة من مجمل الأجانب المتحصّلين على ترخيص عمل مقابل 40 بالمائة من مواطني أوروبا الغربية. في المقابل تتمسك عديد منظمات المجتمع المدني والدراسات الميدانية غير الحكومية بأرقام أعلى. فحسب دراسة قام بها المنتدى التونسي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية سنة 2019 تقدر الأرقام بأكثر من 60 ألف عامل مهاجر موزعين في قطاعات بعينها وهي القطاعات التي يتخلف عنها العامل التونسي (فلاحة / بناء / حمل البضائع / الأعمال اليدوية والأعمال البدنية الشاقة / العمل المنزلي). وحسب دراسة أخرى قام بها مركز التضامن العمالي سنة 2020 يقدر العدد ب 75 ألف عامل ينحدر 80 بالمائة منهم من دول افريقيا جنوب الصحراء. والثابت أنّ هذا التضارب يعود إلى تواجد نسبة هامة من المهاجرين غير الشرعيين م يعملون في القطاع غير المنظم وغير مصرّح بهم، والذين لا تملك الدولة

المتواصل بوتيرة ثابتة، إلى فترة غير بعيدة، للأفارقة من جنوب الصحراء باختلاف جنسيّاتهم على سوق الشغل التونسيّة دليلا قاطعا على ذلك¹²، بما رتّب تفاقمًا لظاهرة العمل بصورة مخالفة للقانون، أضحت معها المنظومة القانونيّة لتشغيل الأجانب في حكم المنظومة المهجورة التي تعكس مفارقة ما يقتضيه النصّ وما يفرضه الواقع نتيجة القطيعة بينهما ومناقضة الواقع للقانون.

7. وقد يجد يسر نفاذ اليد العاملة غير الشرعيّة لسوق الشغل المحليّة من هذه الجنسيّات خاصّة، تفسيره في اعتبارات متنوّعة، تجمع بين ما يعود لسلوكيّات بعض أصحاب العمل أوّلا وما يتّصل بالوساطة في الانتداب ثانيا وما يرتبط بتحوّلات سوق الشغل أخيرا.

فقد يفضّل جزء من أصحاب العمل انتداب اليد العاملة المهاجرة غير الشرعيّة بسبب ما تسمح به من تحقيق لرغباتهم في التهرّب من التكلفة القارّة أو الثابتة لانتداب اليد العاملة الوطنيّة، وتطلّعاتهم في البحث عن يد عاملة بأجور منخفضة¹³. وحتىّ من يرغب منهم في تشغيل الأجانب بصورة قانونيّة، قد يدفعهم تعقّد الإجراءات التي تخضع لها عمليّة انتدابهم، لتشغيلهم خارج الأطر القانونيّة¹⁴.

ويمكن لطرق انتداب اليد العاملة غير الشرعيّة أن تيسّر في حدّ ذاتها حصول المؤسسات على هذا الصّنف من العمّال وتسهم في مضاعفة عددهم، إذ يتمّ ولوجهم إلى التّراب التونسي ومن ثمة نفاذهم إلى سوق الشغل، في عديد الحالات، عن طريق وسطاء في إطار شبكات التهريب

بشأنهم معطيات ثابتة ودقيقة، ذلك أنّ إقامتهم بصورة غير قانونية يجعل نفاذهم للتشغيل المنظّم أمرا صعبا بما يجعل من القطاع غير المنظّم القطاع الأكثر استقطابا واستيعابا لهم.

¹² Diagnostic sur le processus et les pratiques courantes de recrutement formels et / ou informels des travailleurs migrants ivoiriens en Tunisie, OIT, FAIR, 2022, p. 15 et s.

¹³ Diagnostic sur le processus et les pratiques courantes de recrutement formels et / ou informels des travailleurs migrants ivoiriens en Tunisie, OIT, FAIR, 2022, p. 3

¹⁴ لطفي بن سليمان، دراسة تشخيصيّة لوضع العاملين والعاملات المهاجرين من افريقيا جنوب الصحراء في تونس، مركز التضامن العمالي بالاشتراك مع الاتحاد العامّ التونسي للشغل، جويلية 2021، ص5.

والأتجار بالبشر¹⁵ . كما يمكن أن انتدابهم أيضا عن طريق مكاتب تشغيل خاصة منتصبة للغرض والتي أضحت اليوم في ازدياد مطّرد عبي المستوى الواقعي. وقد يحصل الانتداب بصورة مباشرة من قبل صاحب العمل، والمؤكد في هذا السياق أنّ الوضعية غير القانونية للمهاجرين قد تجعلهم في عديد الحالات عرضة للاستغلال ولهشاشة وضعيتهم في مجال العمل¹⁶، لا سيّما بالنظر لأهميّة حجم قطاع التشغيل غير المنظم الذي يستقطب عددا هاما منهم¹⁷ .

ثم إنّ التحوّلات التي بات يعرفها سوق الشغل اليوم، أصبحت عاملا مشجعا لاستقطاب المؤسسات لليد العاملة المهاجرة غير الشرعية الموسومة بتكلفتها المتدنية. فقد أصبح تكيف المؤسسات مع عدم الاستقرار المميّز لسوق الشغل، خاصة منها تلك الصغرى والناشطة في القطاعات التي تشهد تقلّبات موسميّة تؤثر في تواصل نشاطها، يفرض تحكّما أفضل في التكلفة الاجتماعية، والتي يبدو أنّه قد وجدت ضالتها لتأمينه في انتداب اليد العاملة المهاجرة غير الشرعية التي تقبل العمل بشكل غير مستقرّ ومتقطع يحقّق مرونة التشغيل المطلوبة، ليصبح اللجوء بذلك إلى هذا الصّنف من العملة أمرا شائعا.

8. ولعلّ اطراد استخدام اليد العاملة الأجنبية بصورة غير قانونيّة كانت مدعاة لتعالّي الأصوات لضرورة لمعالجة هذه المعضلة ، في انقسام بين مقاربتين على طرفي نقيض : مقارنة أولى تدعو إلى ضرورة إنفاذ القانون وتطبيقه بصرامة ، لما يمثّله تواجد العمّال المهاجرين غير

¹⁵ Diagnostic sur le processus et les pratiques courantes de recrutement formels et informels des travailleurs migrants ivoiriens en Tunisie, *op.cit*, p. 56.

¹⁶ Diagnostic sur le processus et les pratiques courantes de recrutement formels et informels des travailleurs migrants ivoiriens en Tunisie, *op.cit*, p.60

¹⁷ تكتسي وضعية العمّال المهاجرين خصوصيّة من هذا المنطلق، إذ يتم منحهم أجور ضعيفة مقارنة حتّى بالتونسيين الذي يؤدّون نفس العمل، ويعملون لساعات عمل طويلة دون فترات راحة، ويقومون بالعمل لساعات اضافية دون أجور وفي إطار ظروف عمل شاقة، فضلا على عدم تمتّعهم بالحماية الاجتماعية والتغطية الصحية بسبب وضعياتهم غير القانونية

V. Diagnostic sur le processus et les pratiques (...), *prec.*, p.60

الشرعيين من منافسة غير مشروعة لليد العاملة المحلية، في ظلّ سوق شغل اتّسمت بنامي نسب البطالة، ومساس بمكاسب العمّال التونسيين نتيجة قبولهم بظروف وشرط عمل لا يقبل بها عادة هؤلاء، فضلا عن تهديد التوازن المالي للصناديق الاجتماعية جرّاء عدم التصريح بهم¹⁸. في المقابل تتمسك مقارنة ثانية بضرورة مراجعة المنظومة القانونية برمتها في اتجاه تسوية الوضعية القانونية للعمّال المهاجرين¹⁹، لاسيّما أنّ الواقع قد أثبت أنّ نقص اليد العاملة في بعض القطاعات، من جهة، وتخلّف العمّال التونسيين عن العمل فيها من جهة أخرى، قد تجعل من اليد العاملة المهاجرة بهذا المعنى عنصر مساهمة في استقرار عديد القطاعات الاقتصادية المهددة وانتعاش أنشطة تكاد تندثر، خاصّة أنّه عادة ما يقع انتدابهم في قطاعات وأنشطة لا يرغب العامل المحلي العمل فيها. وتقوم مراجعة الإطار القانوني أساسا على التخلّص من منطق التجريم المسيطر على المنظومة القانونية لتشغيل الأجانب، وملاءمته مع ما تقتضيه الاتفاقيات الدولية في هذا المجال²⁰.

9. قد يفرض النّظر في مدى وجاهة كلّ من هاتين المقاربتين ضرورة التوقّف أولا عند طبيعة الأحكام المكوّنة للمنظومة القانونية التي وضعها المشرّع ويخضع لها الأجانب في تشغيلهم، ولعلّ التساؤل المحوري الذي يطرح في هذا الصّدّد يتعلّق أساسا بمعرفة هل من تجانس قائم بين مختلف الأحكام المنظّمة لتشغيل الأجانب؟

¹⁸ تبدو هذه المقاربة هي المقاربة التي تنتهجها الدولة اليوم، وهو ما يبرز مثلا من خلال البلاغ الصادر عن الإدارة العامة لتفقدية الشغل بتاريخ 23 فيفري 2023 والذي تعلم فيه "بأنّ مصالح جهاز تفقدية بأكمل ولايات الجمهورية تواصل القيام بحملات مراقبة مكثفة لتشغيل الأجانب نظرا لتوسّع هذه الظاهرة وتركّزها بالمناطق التي تتميز بالنشاط السياحي والفلاحي" في ظلّ "ما عاينته مصالح تفقديات الشغل من أنّ أغلب العمال الأجانب من الأفارقة يعلمون على غير الصيغ القانونية، كما أنّهم لا يقدّمون أيّ هويّة أو ما يفيد الإقامة القانونية ممّا يصعب تتبّعهم لذلك يقع إلزام مشغليهم بالإيقاف الفوري للمعنيين إضافة إلى تحرير محاضر ضدهم، ومواصلة لهذه الحملة الرقابية سيتمّ تعزيز التنسيق في الأيام القادمة مع باقي الهياكل الحكومية على غرار وزارتي الداخلية والتشغيل والتكوين المهني قصد الحدّ من هذه الظاهرة".

¹⁹ حاتم قطران، قانون الشغل التونسي، منشورات نيرفانا، تونس، الطبعة الأولى، أكتوبر 2022، ص. 130 وما بعدها.

²⁰ حاتم قطران، المرجع السابق، ص. 93 وما بعدها.

V. aussi : H. CHEKI, « La convention des Nations Unies du 18 décembre 1990 sur les droits des migrants et les membres de leur famille », Revue Tunisienne des sciences juridiques, politiques et sociales, n°1, 2014, pp. 23 et s.

10. إنّ ما يميّز النظام القانوني لتشغيل الأجانب هو ما يسيطر على أحكامه من فسيفساء بحكم التلازم الذي يحوجه لأحكام تمتزج بين العامّ والخاصّ وتجمع بين نقيضين من حيث الطبيعة في مراوحة بين التشدّد تارة والمرونة طوراً بما يخوّل التمييز في هذا الإطار بين صنفين: أحكام عامّة مشدّدة (الجزء الأوّل) وأخرى خاصّة مرنة (الجزء الثاني).

الجزء الأوّل: تشدّد الأحكام العامّة

11. تتّسم الأحكام العامّة المنظّمة لتشغيل الأجانب بتشدّدها، وهو ما يكشفه التضييق المفرط في حريّة العمل من جهة (الفقرة الأولى) ووهم المساواة في المعاملة في العمل، من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تضييق مفرط في حريّة العمل

12. لأنّ لم تحدّ الأحكام القانونيّة المنظّمة لتشغيل الأجانب بالبلاد التونسيّة عمّا تعرفه نظيراتها في مختلف الدّول من تقييد نفاذهم لسوق الشّغل فيها، وهي التي تتطوّر بتطوّر سياساتها في التشغيل²¹، فإنّ ذلك لم يكن ليحجب ما يميّزها من تشدّد بموجب إخضاع انتدابهم لقيود إجرائيّة شكليّة وأصليّة صارمة ودقيقة، كشفت حسب البعض عن "طابعها التمييزي والعقابي"²².

13. ويبرز التشدّد الإجرائي الشكلي خاصّة في ظلّ ما يكرّسه المشرّع من تلازم بين عقد الشّغل والترخيص بممارسة نشاط مأجور بالبلاد التونسيّة، وتلازم بين هذا الترخيص وبطاقة الإقامة التي يحملها كلّ أجنبي يتوق للنّفاذ لسوق الشّغل طبقاً لمقتضيات الفصل 2-258 من مجلّة الشّغل، وهو ما يخضع العامل الأجنبي لنظام الترخيص المزدوج المسبّق.

²¹ V. en ce sens : **D. PERRIN**, « Le nouveau cadre juridique des migrations en France », *Revue Tunisienne des sciences juridiques, politiques et sociales*, n°1, 2014, p.43 et 44 ; M.G. Fiadone, «Etrangers de pays Tiers : Leur statut juridique en Italie », *Revue Tunisienne des sciences juridiques, politiques et sociales*, n°1, 2014, pp .55 et 56.

²² حاتم قطران، المرجع السابق، ص. 91.

14. وتعتبر، بهذا المعنى، شرعية إقامة الأجنبي بالتراب التونسي شرطا حاسما يرتبه بوجوده منحه ترخيصا لعمل مأجور. وقد استند المشرع في تنظيمه لذلك إلى تقنية الإحالة التشريعية، بموجب ما اقتضته صراحة أحكام الفصل 7 من مجلة الشغل من أنه "تنطبق على استئجار العملة الأجانب التراتيب الضابطة لدخول وإقامة وتشغيل الأجانب بالبلاد التونسية"، وهي إحالة للشروط الواردة صلب القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 والمتعلق بوضع الأجانب في تونس. ففرضت مقتضيات الفصل 6 منه على الأجنبي الذي قصد من الدخول للبلاد التونسية مباشرة مهنة مأجورة أن يقدم عقد شغل محرر طبق التشريع الجاري به العمل بالبلاد التونسية. كما أوجب الفصل 5 منه وجوبية الاستظهار بجواز سفر قومي ساري المفعول أو وثيقة سفر تسمح لحاملها بالرجوع إلى البلاد التي أصدرتها ومؤشر عليهما من طرف السلط القنصلية التونسية، في حين يمنع الفصل 8 من نفس القانون أي أجنبي من ممارسة عمل مأجور إن لم يتحصل على الترخيص من السلطة المختصة.

15. ويتأكد التلازم بين الإقامة الشرعية بالتراب التونسي والترخيص بممارسة نشاط مأجور داخله، بموجب ما يفرضه الفصل 258 -2- فقرة أولى من مجلة الشغل من تضمين مادي لبطاقة الإقامة بعبارة السماح بتعاطي عمل مأجور، حيث اقتضى أنه "يتعين على كل أجنبي يريد أن يتعاطى عملا مأجورا مهما كان نوعه بالبلاد التونسية أن يكون حاملا لعقد شغل ولبطاقة إقامة تحمل عبارة "يسمح له بتعاطي عمل مأجور بالبلاد التونسية"، وهو ما يستفاد منه أن الترخيص طبقا لهذه المقتضيات يمنح من قبل أجهزة وزارة الداخلية في شكل محدد²³.

16. وتكشف مختلف هذه الأحكام عن خضوع وضعيّة العامل الأجنبي من ناحية هيكليّة لسلطتين رسميتين: وزارة الداخلية، من ناحية، باعتبارها الجهة التي تعود لها بالنظر بطاقات الإقامة، ووزارة التكوين المهني والتشغيل، من ناحية أخرى، بوصفها الجهة المكلفة بالنظر في عقود تشغيل الأجانب، وهو خضوع يحكمه تداخل الاختصاصات وتشابكها لا استقلاليتها في

²³ A. HAKIM, art. préc., p. 65.

انعدام لكلّ توازن مفترض بين السلطتين. وقد يكون ذلك سببا لإثارة عددا من الإشكالات نظرا، خاصة، لتشتت نظام الرقابة الإدارية على عمل الأجنبي بحكم تجزئة الترخيص الإداري لفائدة الأجنبي بممارسة نشاط بأجر بين وثيقتين، (عقد الشغل وبطاقة الإقامة)، وسلطتين (وزارة الداخلية ووزارة التكوين المهني والتشغيل) وإجراءين²⁴.

فالتأبّت أنّ مثل هذه المقتضيات من شأنها منح وزير الداخلية سلطات موسّعة للتدخّل في مسائل يفترض بدهاءة أن تكون من أنظار مصالح التشغيل، وتخوّله بذلك شلّ ما اتخذته هذه المصالح من قرارات سابقة، بصورة تجعل من سياسة الهجرة تمتصّ سياسة التشغيل²⁵.

ويمكن في هذا السياق الوقوف عند فرضيتين أساسيتين لمثل هذا التدخّل المعيق لسلطات مصالح التشغيل، إذ تتعلّق الفرضيّة الأولى بصورة السّهو عن تضمين بطاقة الإقامة الممنوحة للأجنبي بعبارة " يسمح له بتعاطي عمل مأجور بالبلاد التونسيّة " كما اقتضاه الفصل 258-2 من مجلّة الشغل، وهي الفرضيّة المشابهة التي سبق لمحكمة التعقيب أن تعرّضت لها في قرارها الصّادر في 2 فيفري 1998²⁶، في حين ترتبط الفرضيّة الثانية بصورة رفض منح الإقامة أو رفض تجديدها والذي من شأنه أن يعيق انتداب الأجنبي، لاسيّما في ظلّ سكوت النصوص حول إمكانية الطّعن في قرارات الرفض، و مختلف العوائق القانونيّة والعملية التي قد يجابهها الشخص الأجنبي إن تمّ القبول بالطّعن والتي من شأنها أن تجعله في طريق مسدود²⁷.

17. وقد يجد بدوره التلازم بين بطاقة الإقامة وعقد الشغل أثرا له فيما أورده الفصلين 11 فقرة ثانية من القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرّخ في 8 مارس 1968، و 33 فقرة ثانية من الأمر عدد 198 المؤرّخ في 28 جوان 1968 المتعلّق بضبط تراتيب دخول وإقامة الأجانب بالبلاد التونسية، التي تسمح لسلطات الأمن بسحب بطاقة الإقامة المؤقتة من أيّ أجنبي " إذا زالت الأسباب التي من أجلها تحصّل على بطاقة الإقامة "، وهو ما قد يسمح لإنهاء عقد الشغل

²⁴ A. HAKIM, art. préc., p. 65.

²⁵ Ibid. loc. Cit.

²⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 59828 مؤرّخ في 2 فيفري 1998، ن.م.ت.، القسم المدني، 1998، الجزء 2، ص.440.

²⁷ A. HAKIM, art. préc., p.66.

أن يشكّل سببا لسحب بطاقة الإقامة الممنوحة للعامل الأجنبي²⁸. فبهذا المعنى يصبح التلازم القائم بين بطاقة الإقامة وعقد الشغل سببا مباشرا في تهमيش العامل الأجنبي وجعل وضعيته وضعيّة هشّة، لما يقتضيه سحب أو عدم تجديد أحد الوثيقتين لإخضاع الوثيقة الأخرى لنفس المآل²⁹.

18. ولا شكّ أنّ النظرة المضيقّة للنفاذ لسوق الشغل التونسيّة، في منح لأفضليّة لليد العاملة التونسيّة وألويّة مطلقة لها، لا تقوم فقط على شكليّة التراخيص، بل وتثبت أيضا من خلال القواعد التنظيميّة الشكليّة لعقد شغل الأجنبي، التي خرج فيها المشرّع عن المبادئ العامّة التي تحكم تكوين عقود الشغل، وتحديدًا تلك المتعلقة بمبدأ الرضائيّة المكرّس صلب أحكام الفصل 6 من مجلّة الشغل، ليشترط شكلا محدّدًا بعينه.

19. ويتّخذ، في هذا السياق، عقد شغل الأجنبي شكلا كتابيّا والذي إن لم يقع التنصيص عليه صراحة، إلّا أنّه يمكن استنتاجه ضمنيّا من مجموعة من القرائن. فطبيعته كعقد محدّد المدة تفترض الكتابة المستوجبة في هذا الصنف من العقود³⁰، كما أنّ اشتراط الترخيص المسبق عليه من الوزير المكلف بالتشغيل والذي يتّخذ شكل التأشير الوجوبي حتّى بمناسبة تجديده³¹ تجعل من طابعه الكتابي معطى بديهي. ثمّ إنّ إبرام عقد الأجنبي وفقا لمثال يضبطه قرار من وزير التكوين المهني والتشغيل ويجدّد شروط إسناده وتجديده قد لا يدع بدوره مجالا للشكّ حول شرط الكتابة.

²⁸ حاتم قطران، قانون الشغل التونسي، منشورات نيرفانا، تونس، 2022، الطبعة الأولى، ص. 93.

²⁹ M. BEN JEMAI, art. préc., p.12 ; D. LOCHACK, « Observations sur un infra-droit », Dr. soc., n°5, 1976.

³⁰ الفصل 258 - 2 م ش " يبرم عقد الشغل لمدة لا تتجاوز السنة قابلة للتجديد مرّة واحدة...«، وهو ما يمكن أن نربطه مع أحكام الفصل 4-6 - 2 م ش.

³¹ الفصل 258-3 م ش.

وقد يجد إبرام عقد العامل الأجنبي طبقا لنموذج محدّد تبريرا له في ضمان حماية دنيا لليد العاملة الأجنبية التي تكون عادة غير عالمة بقواعد وشروط التشغيل بتونس ضدّ مختلف أشكال العنف والاستغلال³².

20. وتفتقر عادة القيود الشكلية المكبلة لتشغيل الأجانب، بأخرى أصلية تثبت بدورها تشدّد المشرّع التونسي في تنظيم حرية عمل الأجانب حرصا منه على ضمان امتياز اليد العاملة الوطنية، وهي التي تجمع ثلاثية التقيد الزماني والمكاني والوظيفي.

فأمّا فيما يتعلّق بالقيود الزمني، وضع الفصل 258-2 من مجلة الشغل مبدأ يقتضي بموجبه تحديد إبرام عقد تشغيل الأجنبي لمدة لا تتجاوز السنة الواحدة قابلة للتجديد مرّة واحدة، ليردّفه باستثناء يتعلّق بصورة تشغيل الأجانب بمؤسّساتهم العاملة بالبلاد التونسية في نطاق إنجاز مشاريع تنموية مصادق عليها من طرف السّلط المختصة.

ويفيد التقيد المكاني، من جانبه، منع المشرّع للحركة الجغرافية للعملة الأجانب بمقتضى ما أدرجه صلب أحكام الفصل 259 من مجلة الشغل، ذلك أنّ الترخيص لفائدة العامل الأجنبي وحصوله على الوثائق المستوجبة لا تمنحه، في المقابل الحقّ في ممارسة عمل مأجور طبقا لاختياره بالتراب التونسي باعتباره ملزما بأداء العمل في المهنة والولاية المذكورتين في عقد الشغل. وبهذا المعنى لا يسمح القانون التونسي للعامل الأجنبي الحرية في اختيار موقع عمله جغرافيا. ولئن يمكّن هذا الخيار التشريعي الدولة من توجيه المترشّحين الأجانب للعمل نحو مناطق جغرافية معيّنة استجابة لحاجياتها من اليد العاملة، من جهة، وضمان ممارسة السلطات العمومية بكلّ يسر للرقابة الضرورية على اليد العاملة الأجنبية، من جهة أخرى، إلّا أنّه يعدّ خرقا واضحا لمقتضيات الفصل 14 -أ- من اتفاقية العمل الدولية رقم 143³³، التي تميّز بين إجازة التضييق على حرية اختيار العمل من حيث الزمان مقابل الحقّ للمهاجرين في التنقل

³² S. BEN SEDRINE, Défis à relever pour un accueil décent de la migration subsaharienne en Tunisie, Friedrich Ebert STIFTUNG, Promig-Fes, 2017-2020, p. 20.

³³ اتفاقية الهجرة في أوضاع اعتسافية وتعزيز تكافؤ الفرص والمعاملة للعمال المهاجرين.

الجغرافي أو الحركيّة الجغرافيّة الواجب ضمانها مهما كانت مدّة الإقامة³⁴، ومخالفة لمبدأ المساواة في المعاملة بين العمال الوطنيين والعمال المهاجرين.

وتتخذ القيود الوظيفيّة أخيرا أوجها متنوّعة، بدءا من منع انتداب العامل الأجنبي إلّا في المهنة المذكورة في عقد الشغل طبقا لأحكام الفصل 259 من مجلّة الشغل، مروراً بعدم جواز تشغيله قبل انقضاء مدّة عقد الشغل الذي يربطه بمؤجر سابق كما اقتضاه الفصل 262 من مجلّة الشغل وانتهاء بضرورة الأخذ بعين الاعتبار وضعيّة سوق الشغل المحليّة. فيواجه طلب الترخيص الإداري بمتطلبات سوق الشغل، باعتبار أنّ أصحاب المؤسسات لا يمكن لهم انتداب أجنبي إلّا عند عدم توفّر كفاءات تونسيّة في الاختصاصات المعنيّة بالانتداب وفقا لما نصّت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 258-2 من مجلّة الشغل، وهو ما يسمح للسلط المعنيّة رفض الترخيص في العمل إذا ما قدرت أنّ نسبة البطالة مرتفعة في الاختصاص المطلوب، وذلك استنادا على "شهادة في عدم وجود مترشّح تونسي من نفس الاختصاص المهني" المسلّمة من مكاتب التشغيل العمومية كأحد الوثائق التي يقدّمها المؤجر الراغب في انتداب عامل أجنبي. كما يضع الفصل 260 من مجلّة الشغل، في ذات السّياق، نظام الحصص أو النسب باعتباره يسمح بضبط نسب مائيّة لتشغيل اليد العاملة الأجنبية حسب الجهة أو القطاع بموجب أوامر.

21. والمؤكّد أنّ مختلف هذه القيود العاكسة للتشدد المفرط إزاء اليد العاملة الأجنبية، تحمل في طيّاتها لا فقط إضرارا بهم بل قد يمتدّ الضرر حتّى للمؤجرين أنفسهم. فبسبب التقييد الزمني، يحرم العامل الأجنبي آلياً من الاستقرار في موطن عمله، خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة للعامل التونسي، ذلك أنّ استمراره في أداء عمله بعد انتهاء المدّة القانونيّة لا يمكنه بحال أن يحوّل عقد شغله إلى عقد غير محدّد المدّة³⁵ في تكريس للتصوّر الذي يتعاطى مع العمّال الأجانب على أنّهم مجرّد عابرين لا يمكنهم أن يحظوا بمواطن شغل قارّة. كما قد يجد العامل

³⁴ ينص الفصل 14-أ. على أنّه: "يجوز لكلّ دولة عضو أن تخضع حريّة اختيار العمل، رغم ضمانها حقّ العمّال المهاجرين في التنقّل الجغرافي لشرط إقامة العامل المهاجر بشكل قانوني من أجل العمل لمدة مقررّة لا تتجاوز السنتين".

³⁵ قرار تعقيبي مدني عدد 31878 مؤرّخ في 21 أفريل 1994، م. ق. ت.، عدد 7، 1994، ص. 65.

الأجنبي نفسه، بحكم ارتباطه بمؤجره الأول وعدم تمكنه من إبرام عقد شغل ثان ما لم ينقضي عقده الأول، عرضة للاستغلال بسبب ظروف العمل القاسية دون أن يكون مع ذلك قادرا على التحرر من مؤجره بكل سهولة³⁶. وقد يعيق منع الحركة الجغرافية بدوره الاستجابة لمقتضيات سوق الشغل من تنقل لليد العاملة من مكان لآخر، خاصة وقد ثبت أن العملة الأجانب أكثر استعدادا للتنقل في العمل من نظرائهم المحليين.

22. ولقد أضحت التضييقات التي ضربها المشرع على حرية الأجانب في العمل، لا تراعي متطلبات سوق الشغل المتميز بعدم استقراره والاحتياجات المتغيرة المؤسسات، لتدفع بعيد المؤجرين للتحايل على القانون وذلك بتشغيل الأجانب خارج الأطر الشرعية، وهو ما يتعزز في ظل عزوف اليد العاملة المحلية عن العمل في بعض القطاعات المعروفة بظروف عملها الصعبة وتدني مستوى تأجيرها³⁷. وقد يدفع تعقد الإجراءات التي يخضع لها انتداب الأجانب، مع ما تحتمله من فترات انتظار طويلة للحصول على موافقة السلطات المختصة³⁸ بعد أن تكون قد عرضت الوظائف الشاغرة على المحليين وثبوت عدم رغبتهم فيها، بأصحاب العمل لتشغيلهم بصورة غير قانونية³⁹. ولا شك أن احتكار الدولة لعملية التوظيف والاستخدام لا يمكن إلا أن يساهم في دعم ظاهرة التحايل على القانون، إذ أن المصالح المكلفة بتشغيل الأجانب في وزارة التكوين المهني والتشغيل تحدّد حصرا احتياجات سوق الشغل من خلال الشهادة

³⁶ A. HAKIM, art. préc., p.63.

³⁷ قدّمت الدراسة التي قام بها مكتب العمل الدولي حول تحولات سوق الشغل التونسية في 2015 بعض النسب والأرقام حول المجالات التي تجد فيها المؤسسات التونسية صعوبة في انتداب بعض الاختصاصات، وذلك رغم نسبة البطالة المرتفعة، الراجعة أساسا لغياب المترشحين من اليد العاملة التونسية لهذه الوظائف وتقدّر في مجملها ب 24193 وظيفة أي بنسبة 38 بالمائة غياب مترشحين.

V. BIT, *Transition vers le marché du travail des jeunes hommes et femmes en Tunisie*, résultats de l'enquête auprès des entreprises, Genève, BIT, 2015, p.75

³⁸ « Maghreb-Europe et rapports internationaux du travail », in Les relations entre la C.E.E. et le Maghreb : Handicaps et perspectives d'avenir, Actes de Colloque, C.E.R.P., Tunis, 1994, p.94.

³⁹ Diagnostic sur le processus et les pratiques courantes de recrutement formels et / ou informels des travailleurs migrants ivoiriens en Tunisie, OIT, FAIR, 2022, p.15 et s.

المسلّمة من مكاتب التشغيل العموميّة، وهي التي تجهل من جانبها وجود طلب من اليد العاملة المهاجرة للعمل في بعض القطاعات الاقتصادية بصورة قانونيّة⁴⁰.

1. ولقد دفعت عدم مواكبة مختلف المقتضيات المقيدة لحرية عمل الأجانب للواقع إلى الدعوة إلى ضرورة مراجعة الإطار القانوني لتشغيلهم، خاصّة منها تلك المتعلّقة بطرق الانتداب، حيث يشجّع النظام القانوني القائم على الاتّجار باليد العاملة والتشغيل غير المنظم في ظلّ تدخّل المؤسسات الخاصّة التي تنشط في إطار غير قانوني كوسيط في تشغيل العمال المهاجرين. كما أنّ ما تمثّله الصلة الوثيقة القائمة بين بطاقة العمل وبطاقة الإقامة من عقبة رئيسيّة أمام اندماج المهاجرين في سوق الشغل التونسيّة⁴¹. وتقوم المراجعة بالأساس على اقتراح ضرورة إزالة ذكر الجنسيّة في برامج السّوق النشطة والاقتصار على شروط التسجيل في مكاتب التشغيل، فضلا عن تنقيح الفصل 34 من الأمر عدد 198 لسنة 1968 في اتجاه مراجعة مدة 8 أيّام المحدّدة للأجنبي الذي تمّ سحب تصريح إقامته المؤقتة لمغادرة أراضي الجمهورية التونسيّة وذلك قصد تمكينه من استرداد حقوقه الناشئة عن عمله السابق وتأمين حقّه في الحصول على سبل انتصاف فعالة⁴².

23. ويجسّد تنوّع العقوبات المقرّرة عند مخالفة القواعد المنظّمة لتشغيل الأجانب المتميّزة بتعلّقها بالنظام العامّ وجها آخر للتشدّد التشريعي في علاقة بحرية الأجانب في العمل. فقد تبنّى المشرّع ترسانة قانونيّة زجرية للتصدّي لظاهرة تشغيل الأجانب خارج الأطر القانونيّة راوحت بين ما هو ذو طابع دولي عبر المصادقة على عدد من الاتفاقيّات الدوليّة ذات العلاقة وبين ما هو داخلي بموجب تكريس أحكام خاصّة صلب مجلّة الشغل. فاعتبارا أنّ زجر عمل الأجانب خارج الأطر القانونيّة يندرج في إطار أعمّ بحكم ارتباطه بمكافحة ظاهرة الهجرة غير الشرعيّة، لم يتوان المشرّع عن المصادقة على اتفاقيّة الأمم المتّحدة لمكافحة الجريمة عبر

⁴⁰ S. BEN SEDRINE, « Défis à relever pour un accueil décent de la migration subsaharienne en Tunisie », Friedrich Ebert STIFTUNG, Promig-Fes, 2017-2020, p. 56.

⁴¹ حاتم قطران، المرجع السابق، ص. 93-94.

⁴² حاتم قطران، المرجع السابق، ص. 131.

الوطنية المعتمدة بتاريخ 15 نوفمبر 2000 والبروتوكولات الملحقة بها، خاصة منها بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، كما قام بتعديل عدد من النصوص الداخلية في ملائمة لهذه المعايير الدولية.

24. وفي ظلّ الطابع العام لهذه النصوص، وعدم كفايتها في ردع عمل الأجانب بصورة غير قانونية، تضمنت نصوص مجلة الشغل مجموعة من المقتضيات اتّسمت العقوبات المنصوص عليها صلبها بالتعدّد والتنوّع كلّما تمّ خرق الأحكام الخاصة بتشغيل الأجانب، فيتمّ التمييز بين عقوبات جزائية وأخرى تأديبية وأخيرا إدارية. كما لم يتردّد فقه القضاء في إقرار عقوبات ذات صبغة مدنية.

25. فأما بالنسبة للعقوبات الجزائية، تفصح النصوص القانونية المقررة لهذه العقوبات عن تمييز واضح بين المؤجّر المخالف من جهة والعامل الأجنبي من جهة أخرى، حيث تتجاوز العقوبات المسلطة عليه مجرد الخطايا المالية المسلطة على المؤجّر، لتصل إلى حدّ العقوبات السالبة للحرية.

فمقابل الالتزامات القانونية التي حمّلها المشرّع المؤجّر ضمانا لتنفيذ المقتضيات المنظمة لعمل الأجانب ، حيث منعه من انتداب عامل أجنبي غير حامل للوثائق المنصوص عليها أو الإبقاء عليه⁴³ ، وفرض عليه تسجيله بدفتر خاصّ يقدّمه وجوبا إلى أعوان تفقّد الشغل عند كلّ طلب⁴⁴ ، كما أوجب عليه إعلام الوزارة المكلفة بالتشغيل بمغادرة كلّ عامل يشغله في مؤسسته⁴⁵ ، لم يتردّد عن التنصيص على معاقبته عن كلّ مخالفة لشروط التشغيل الواردة بالفصول 259 و 261 و 262 من مجلة الشغل بخطية مالية تتراوح بين 20 و 30 دينار عن كلّ يوم عمل ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة إلى اليوم الذي وقعت فيه معاينتها، وبنفس الخطية مضاعفة في حالة

⁴³ الفصل 259 م.ش.

⁴⁴ الفصل 260 م.ش.

⁴⁵ الفصل 262 م.ش.

عدم تنفيذ الإذن بالتوقيف عن العمل⁴⁶ وبخطيئة مالية تتراوح بين 60 و 300 دينار عند الامتناع عن تقديم دفتر أو وثيقة ينصّ التشريع على مسكها⁴⁷. و الواضح أنّ العقوبات الجزائية الموقّعة على المؤجّر تتسمّ بضعفها لاقتصارها على خطايا مالية ذات قيمة منخفضة، فتختلف من هذا المنحى عن العقوبات المقرّرة للعامل الأجنبي، الذي اقتضى في حقّه الفصل 266 فقرة ثانية من مجلّة الشغل تسليط عقوبة سجنية لمدة تتراوح بين يوم واحد وخمسة عشر يوما فضلا عن العقوبة المالية المتمثلة في خطيئة يتراوح مقدارها بين 120 و 300 دينار أو بإحدى العقوبتين فقط، كلّما استمرّ في مباشرة العمل دون وجه قانوني رغم طلب توقيفه من الأعران المكلفين بالتفقد، ولا تنطبق في جميع الحالات أحكام الفصل 53 من المجلّة الجزائية والمتعلّقة بظروف التخفيف على مختلف هذه العقوبات⁴⁸. كما تنضاف إليها ما قرّره قانون 1968 صلب الفصل 23 منه والذي نصّ على تسليط عقوبة بالسجن لمدة تتراوح بين الستة أشهر والسنة وخطيئة من ستة إلى 120 دينار على المهاجرين بطريقة غير شرعية.

26. وبالتوازي مع العقوبات الجزائية أقرّ المشرّع عقوبة تأديبية تسلّط على العامل الأجنبي وتتجلّى أساسا في الإيقاف الوجوبي عن العمل، حيث اقتضت أحكام الفقرة الأولى من الفصل 266 من مجلّة الشغل واجب إيقاف العملة الأجانب الواقع استخدامهم بدون وجه قانوني عن العمل، بمجرّد معاينة المخالفة وذلك بطلب من أعران تفقد الشغل.

27. وقد تقتزن هذه العقوبات بدورها بعقوبات أخرى ذات صبغة إدارية، وهي التي تستهدف العامل الأجنبي في علاقة بإقامته بالتراب التونسي طالما وأنّ المشرّع خوّل إمكانية إيقاع عقوبة الطرد والترحيل من التراب التونسي، حيث اقتضى الفصل 267 من مجلّة الشغل إمكانية طرده من التراب التونسي بمقتضى قرار من المكلف بالأمن الوطني، والذي يضبط فيه الأجل الممنوحة لمغادرة البلاد، وهو ما اقتضته أيضا أحكام الفصل 23 من قانون 1968.

46 الفصل 266 م.ش.

47 الفصل 268 م.ش.

48 الفصل 269 م.ش.

28. ولئن سكت المشرّع عن إقرار جزاءات مدنيّة عند خرق الأحكام المتعلّقة بتشغيل

الأجانب، لم يتردّد فقه القضاء من جانبه في التمسك بإيقاع جزاء البطلان المطلق، حيث ذهبت محكمة التعقيب في قرارها الصّادر في 2 فيفري 1998⁴⁹ إلى أنّه " يعتبر باطلا عقد الشغل المبرم مع عامل أجنبي إذا لم يقع التأشير على العقد من طرف المصالح المختصة وإذا لم يكن الأجير حاملا لبطاقة إقامة تتضمّن عبارة " يسمح له بتعاطي مهنة مأجورة بالبلاد التونسية، لأنّ الأمر يتعلّق بالنظام العامّ الاجتماعي".

واعتبارا لما يربّته البطلان من أثر رجعي من جهة، وعدم تلاؤم هذا الأثر مع حماية العامل الأجنبي، من جهة أخرى، استقرّ فقه القضاء الفرنسي على استبعاده ضمانا للحماية الدنيا⁵⁰، حيث يحافظ العامل، رغم بطلان عقده، على الأجر الذي تحسّل عليه مقابل العمل المنجز وعلى التعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث الشغل والأمراض المهنيّة فضلا عن الرخص السنويّة الخالصة.

و لم يقترن حسم فقه القضاء في اعتماد جزاء البطلان المطلق بموقف مماثل بشأن جزاء التعويض، إذ تميّز موقفه في هذا الصّد بالتطوّر، فرفض في مرحلة أولى القبول بحقّ الأجير في التعويض، وهو ما ذهب إليه القرار التعقيبي المدني الصّادر في 7 فيفري 2005⁵¹ من أنّ " العامل الأجنبي الذي عمل دون ترخيص لا يمكنه المطالبة بتعويضات عن الطرد التعسفي باعتبار أن عقد عمله باطل وأنّ جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع "، قبل أن يقبل به في مرحلة ثانية، وهو ما أقرّته محكمة التّعقيب في قرارها الصّادر في 1 ديسمبر 2007⁵² حين اعتبرت " إنّ تشغيل عامل أجنبي يخضع إلى تراتيب خاصّة يستوجب عدم احترامها التعويض لهذا الأخير عن مقابل نشاطه في نطاق عقد الشغل إضافة للعقوبات الجزائيّة "،

⁴⁹ قرار تعقيبي مدني عدد 59828 مؤرّخ في 2 فيفري 1998، ن.م.ت.، القسم المدني، 1998، الجزء 2، ص.440.
⁵⁰ A. HAKIM, art. préc., p.63.

⁵¹ قرار تعقيبي مدني عدد 6587، غير منشور.

⁵² قرار تعقيبي مدني عدد 13014، ن.م.ت.، 2007، ج.1، ص.367.

لنستقرّ لاحقا على نفس التوجّه في قرارها الصّادر في 24 أكتوبر 2014⁵³ مؤكّدة " إنّ تشغيل عامل أجنبي يخضع إلى تراتيب خاصّة يستوجب في صورة عدم احترامها التعويض لهذا الأجير مقابل نشاطه في نطاق عقد الشغل ضرورة أنّ فلسفة المشرّع في باب استخدام اليد العاملة الأجنبية اتجهت نحو إلزام المؤجّر بإتباع إجراءات صارمة ودقيقة في هذا الشأن وتؤول إلى التنبّع الجزائي في صورة مخالفتها ، كما اتّجهت إلى حماية العامل الأجنبي بتمكينه من نفس الحقوق والواجبات والعامل التونسي عملا بالاتفاقيات الثنائية المبرمة في هذا الشأن وأحكام الفصل 263 من م.ش. التي وردت متلائمة وقواعد هذه الاتفاقيات".

والثابت أنّ هذا التوجّه يسمح بتلافي الانتقادات الموجّهة للموقف الأوّل الرافض للتعويض باعتباره يرقى إلى السماح للمؤجّر بأن يستفيد في نهاية الأمر من وضعيّة غير قانونيّة أنتجها هو نفسه، وذلك في خرق للمبدأ القانوني العامّ القاضي بأنّه لا يمكن لأحد الانتفاع بغشّ صادر من جانبه «Nemo auditur turpitudinem allegans»⁵⁴.

29. ويبدو أنّ التضييق المفرط لحرية الأجانب في العمل والمجسّد لتوجّه المشرّع المتشدّد في تشغيل الأجانب قد ولّدت نتيجة عكسيّة للغاية منها، والمتمثّلة أساسا في حماية العاملة المحليّة من منافسة اليد العاملة الأجنبية، التي أضحت اليوم تغوي أصحاب المؤسسات في ظلّ توافد العديد منهم على سوق الشغل بصورة غير قانونيّة، وهو ما تأكّد مع ما ميّز مبدأ المساواة في العمل المكرّس تشريعيا كضمانة لليد العاملة الأجنبية المشغّلة في إطار الشرعيّة من وهم.

ب – وهم المساواة في العمل:

⁵³ قرار تعقيبي مدني عدد 6266، غير منشور.

⁵⁴ حاتم قطران، المرجع السّابق، ص. 95.

30. تفترض القاعدة ألا تمثل الجنسية سببا للتمييز إلا بمناسبة النفاذ لسوق الشغل والالتحاق بالعمل⁵⁵، فيحظى الأجانب بمجرد انتدابهم بصورة قانونية بمعاملة على قدم المساواة مع العملة التونسيين، ويمنحهم بذلك مبدأ عدم التمييز صفة المواطنة في العمل⁵⁶.

31. ولئن كرّس المشرع مبدأ المساواة المهنية صلب أحكام الفصل 263 من مجلة الشغل، الذي ينتفع العامل الأجنبي بموجبه، مبدئياً، بنفس الحقوق ويخضع لنفس الواجبات الناجمة عن العلاقة الشغلية المنطبقة على العامل التونسي سواء على مستوى العلاقات الفردية أو الجماعية، إلا أنّ هذا التكريس يظلّ مجرد وهم لما يشوبه من محدودية، تدعمها صعوبات إعماله بما قد يفقده كلّ نجاعة⁵⁷.

32. وقد يجد الجزم بحدود مبدأ المساواة في العمل بين اليد العاملة الأجنبية ونظيرتها المحلية فيما ميّز تكريسه من طابع محتشم، حيث لم تتعرّض له مجلة الشغل إلا بصورة لاحقة، فلم تنصّ عليه إلا بموجب تنقيحها بمقتضى القانون المؤرخ في 15 جويلية 1996، وهو تنصيب لم يكن ليتدارك بصورة شاملة الفراغ التشريعي القائم نظراً لوروده بصورة مقتضبة. فالثابت أنّ الاقتصار على فصل يتيم في تنظيم المسألة يظلّ في جميع الحالات قاصراً عن تأسيس مبدأ في أهمية مبدأ المساواة في المعاملة التي يفترض أن يحظى بها العامل الأجنبي، وهو ما قد يبعث على الاعتقاد في تحفّظ المشرع في تدخّله لإرساء قاعدة الفصل 263 من مجلة الشغل⁵⁸.

33. وقد لا يستند الحسم في وهن التكريس التشريعي لمبدأ المساواة في العمل لفائدة العامل الأجنبي، وعدم شرعية التمييز بينه وبين العامل المحلي، فقط إلى الإيجاز الذي ميّز مقتضيات التشريعية الداخلية، بل يتجاوزها إلى غياب المصادقة على المعايير الدولية الخاصة

⁵⁵ M. TARCHOUNA, Le travailleur étranger, in « Le travailleur dans tous ses états », Colloque organisé par le laboratoire DRIMAN, F.D.S.P.T., 2005, p.58.

⁵⁶ M. TARCHOUNA. Art. préc., p.61.

⁵⁷ A. HAKIM, art. préc., p.68.

⁵⁸ Ibid. loc.cit.

بالعمال المهاجرين. فرغم مصادقة الدولة التونسية على عدد من الاتفاقيات الدولية ذات الطابع العام والكفيلة بالانطباق على العمال المهاجرين، إلا أنها لم تقم في المقابل بالمصادقة على الاتفاقيات ذات الطابع الخاص والمتعلقة مباشرة بهم بما من شأنه أن يقلص من أهمية الاعتراف بهذا المبدأ.

34. و لئن أمكن ، في هذا السياق ، الوقوف عند تكريس مبدأ المساواة المهنية بين العمال الأجانب والمحليين انطلاقاً من تكريس المبدأ الكوني المتعلق بالمساواة بين الأشخاص ، باعتباره أحد تفرعاته ، في مختلف الاتفاقيات التي صادقت عليها تونس ، كما هو الشأن بالنسبة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وبالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخين في 16 ديسمبر 1966⁵⁹ والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري المؤرخة في 21 ديسمبر 1965 ، إلا أن دور هذه النصوص قد يظل ضئيلاً و محتشماً في علاقة بحق العمال الأجانب في المساواة في العمل ، لعدم تعلقها بهم مباشرة⁶⁰. ولا تخرج الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية في منعها لمختلف أشكال التمييز بين العملة على أساس جنسيتهم بدورها عن هذا النطاق، طالما أنها تتطرق لمبدأ المساواة في العمل بصورة مجزأة لا موحدة، إذ تتعلق ببعض جوانب العلاقة الشغلية⁶¹ ، لتبقى بذلك غير كافية في غياب المصادقة على كل اتفاقية دولية خاصة بحماية العمال المهاجرين بصورة مباشرة.

35. فغابت مصادقة الدولة التونسية، في هذا الصدد، على الاتفاقية المرجعية في هذا المجال، والمتمثلة في الاتفاقية الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة والمتعلقة بحماية حقوق جميع

⁵⁹ تمت المصادقة عليهما في 18 مارس 1969.

⁶⁰ A. HAKIM, art. préc. p. 69.

⁶¹ قامت الدولة التونسية بالمصادقة على الاتفاقيات الأساسية لمنظمة العمل الدولية، وقامت خاصة بالمصادقة على الاتفاقية رقم 111 المؤرخة في 25 جوان 1958 المتعلقة بالتمييز في الاستخدام والمهنة الصادرة في 25 جوان 1958 والمصادق عليها بمقتضى القانون عدد 4 لسنة 1959 المؤرخ في 20 أوت 1959، والاتفاقية رقم 118 الصادرة في 28 جوان 1962 بشأن المساواة في المعاملة بين المواطنين وغير المواطنين في الضمان الاجتماعي

العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، المعتمدة في 18 ديسمبر 1990⁶². كما لم تصادق على اتفاقيتي منظمة العمل الدولية رقم 97 و 134، والتي تتكاملان في حماية العمال المهاجرين الشرعيين وغير الشرعيين، حيث تتعلق أحكام الاتفاقية رقم 97 والتوصية رقم 86 المتعلقة بها وأحكام الجزء الثاني من الاتفاقية رقم 143 فقط بالمهاجرين الشرعيين المقبولين بغاية العمل، مما يعني أن من دخل بصورة غير شرعية لدولة ما غير محمي بهذه القواعد، في حين يتناول الجزء الأول من الاتفاقية رقم 143 وبعض أحكام التوصية رقم 151 المتعلقة بها بصورة صريحة حماية المهاجرين غير الشرعيين⁶³.

ولم يقتصر تخلف الدولة التونسية على المصادقة فقط على الاتفاقيات ذات البعد الدولي، بل وأيضا تلك التي تكتسي بعدا إقليميا. فلم تتم المصادقة في هذا الإطار على الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل العربية، التي تقر المساواة في المعاملة لفائدة العمال المهاجرين من ذوي الجنسية العربية في أي دولة عربية، وهي أساسا الاتفاقية رقم 2 لسنة 1967 بشأن تنقل الأيدي العاملة والاتفاقية رقم 4 لسنة 1975 بشأن تنقل الأيدي العاملة (معدلة) والاتفاقية رقم 14 لسنة 1981 بشأن حق العامل العربي في التأمينات الاجتماعية عند تنقله للعمل في أحد الأقطار العربية.

36. ولا شك أن النقص المميز للمنظومة القانونية الحمائية لجميع العملة بمختلف جنسياتهم من شأنه أن يولد صعوبة في إعمال مبدأ المساواة في العمل ذاته، بما يفقده كل جدوى أو نجاعة.

⁶² تتعلق هذه الاتفاقية بظروف العمل كساعات العمل، الراحة الأسبوعية، العطل مدفوعة الأجر، الحماية في حالة الفصل عن العمل، وظروف التشغيل، وتشمل ظروف العمل العادلة أيضا المهاجرين غير الشرعيين وفقا للرأي الاستشاري للمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، يراجع في هذا الشأن، محمد سعادي، حق المهاجر غير الشرعي في العمل ومستحقته بين الحق المكتسب والعمل غير القانوني، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 6 العدد 3، حوان 2021 ص 166.

⁶³ S. BEN SEDRINE, « Défis à relever pour un accueil décent de la migration subsaharienne en Tunisie », Friedrich Ebert STIFTUNG, Promig-Fes, 2017-2020, p. 15

يقتضي الفصل الأول من الاتفاقية رقم 143 أن الدول الأعضاء يلتزمون بحماية الحقوق الأساسية لجميع العمال المهاجرين.

وقد يتأكد ذلك خاصّة بحكم ما وسم به نطاق المبدأ سواء الشخصي منه أو الموضوعي من محدوديّة⁶⁴ . ففيما يخصّ النّطاق الشّخصي، بدا واضحا أنّ مبدأ المساواة في العمل لا يسري سوى على العمّال الأجانب الملتحقين بمواطن شغلهم بصورة قانونيّة دونا عن أولئك النافذين لسوق الشغل خارج الأطر القانونيّة. ويمكن أن يقع الاستدلال على ذلك ضمّنًا من " موقع الفصل 263 ذاته صلب مجلّة الشّغل حيث ورد في موقع وسط بين المقتضيات الحمائيّة وتلك الزجرية، ولم يحتلّ موقعًا متأخرًا عن هذه الأخيرة، وهو ما من شأنه أن يجعل من مبدأ المساواة نتيجة مرتبطة ارتباطًا عضوياً باحترام شروط التشغيل القانوني"⁶⁵.

وأما فيما يتعلّق بالنّطاق الموضوعي ، أفرز إقرار مبدأ المساواة في العمل صلب أحكام الفصل 263 من مجلّة الشّغل منعا للتمييز بين الأجانب والمحليّين في مختلف جوانب العلاقات الشغلية ، ليتّم من جهة حظر التمييز على أساس الجنسيّة في العلاقات الفردية وتحديدًا في مادّة الأجور طبقا للمبدأ الأساسي " المساواة في الأجر عن العمل ذي القيمة المتساوية" ، و خول للعمّال الأجانب التمتع على قدم المساواة بمختلف المقتضيات القانونيّة الحمائيّة من رخص سنويّة وراحة أسبوعيّة ومدة عمل قانونيّة و منافع اجتماعيّة وحقّ في الصّحة (بموجب الانتفاع بمختلف القواعد المتعلّقة بالصّحة والسلامة المهنيّة) ، و حقّ في الحماية الاجتماعيّة. كما تمّ منع التمييز في مستوى العلاقات الجماعيّة من جهة أخرى، بحكم تمتّع العامل الأجنبي بالحرية النقابية، حيث لا ينصّ القانون على شرط الجنسيّة كشرط مستوجب للانخراط في منظمّة نقابية من اختياره، وبحقّ المشاركة في انتخاب ممثليه داخل المؤسّسة طالما أنّ المشرّع لا يشترط الجنسيّة التونسيّة للمشاركة في انتخاب ممثلي العملة⁶⁶.

⁶⁴ A. HAKIM, art. préc. p. 70.

⁶⁵ Ibid., p.71.

⁶⁶ M. TARCHOUNA, Le travailleur étranger, in « Le travailleur dans tous ses états », colloque organisé par le laboratoire DRIMAN, FDSPT., 2005, p.

على أن ما يربّته مبدأ المساواة في العمل مبدئيًا من حقوق متساوية بين العامل الأجنبي والعامل التونسي لم يكن ليخفي توأصلا للقواعد التمييزية في بعض المسائل المرتبطة أساسا ببعض المجالات، حيث شرّع المشرّع التمييز.

وينهض المجال النقابي حجة قاطعة على ذلك، إذ يضع المشرّع قيودا تتعلّق بالجنسية صلب الفصل 251 من مجلة الشغل، مفادها أن أعضاء النقابات المهنية المكلفين بإدارة هذه النقابة وتسييرها يجب أن تتوفّر فيهم الجنسية التونسية أصلا أو اعتنقوها منذ خمسة أعوام على الأقلّ ، ولا يمكن الخروج عن هذه القواعد إلا استثنائيا طالما أن المشرّع يشترط لإمكانية تعيين الأجانب أو انتخابهم لخطّة إدارة النقابة أو تسييرها الحصول على "موافقة كاتب الدولة للشباب والرياضة والشؤون الاجتماعية قبل تكوين النقابة أو مجلسها الإداري بطريق الانتخاب أو غيره بخمسة عشر يوما على الأقلّ. ولا تعطى هذه الموافقة إلا بعد أخذ رأي كتّاب الدولة الذين يهمهم الأمر" ⁶⁷. ويمنع نتيجة ذلك، من حيث المبدأ، على العامل الأجنبي أن يكون مكلفا بمهامّ النائب النقابي، وهو منع يجد هدفه في الحيلولة دون تكوين محتمل لنقابة تونسية تحت هيمنة منظّمة نقابية ⁶⁸ ، خاصّة أن الفصل 253 من مجلة الشغل المتعلّقة بمقتضياته بالنظام العامّ، ينصّ صراحة على أنّه " لا يمكن لأية نقابة أن تتكوّن كفرع لمنظّمة نقابية أجنبية تابعة إداريا لهذه المنظّمة ".

37. وقد يجد، من جهة أخرى، افتقاد مبدأ المساواة المهنية بين العامل الأجنبي ونظيره المحليّ لجدواه تفسيراً له ، في التلازم القائم بين تخلف كلّ جزاء ضامن لاحترامه وصعوبات إثباته و عسر سبل الانتصاف بشأنه ⁶⁹. فسكت المشرّع عن إقرار أيّ جزاء مدني أو عقوبة جزائية على مخالفة أحكام الفصل 263 من مجلة الشغل ، والحال أن إرداف المبدأ بعقوبات على خرقه قد تدفع بتحقيق مساواة فعلية في العمل ، فيستفيد العامل الأجنبي من الحماية

⁶⁷ الفصل 251 فقرة ثانية م.ش.

⁶⁸ M. TARCHOUNA, art. préc, p. 62.

⁶⁹ A. HAKIM, art. préc, p.72.

الجزائية من كلّ تصرّف أو واقعة تمييزية قد يكون ضحيّتها ، خاصّة أنّ الطابع الاستقرائي للإجراءات الجزائية من شأنه التخفيف عليه من صعوبة إثبات هذا التصرف الذي أضرب به ، كما أنّ الطابع الجزائي لحماية مبدأ المساواة المهنية من شأنه ردع المؤجّرين على كلّ استغلال لليد العاملة الأجنبية⁷⁰. كما أن الحماية المدنية للمبدأ قد تحول بدورها دون إضعافه. ولعلّ الجزاء الأمثل الواجب اعتماده في هذا السياق، يظلّ أساسا جزاء بطلان التصرف التمييزي الذي يخوّل إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبله، وهو ما لم يكرسه المشرّع التونسي في أيّ نصّ من نصوص مجلة الشغل واعتمدته صراحة، في المقابل، بعض القوانين المقارنة⁷¹.

وقد اقترن الفراغ التشريعي حول الجزاء المقرر في صورة التمييز في المعاملة إزاء العامل الأجنبي، بصعوبة التقاضي بشأنها، في ظلّ غياب قواعد قد تيسّر على العامل الأجنبيولوج للقضاء والحصول على حقوقه، على غرار ما هو قائم في القانون الفرنسي الذي منح الهياكل النقابية الحقّ في القيام بالدعوى في حقّ العامل الأجنبي ضحيّة التمييز⁷² ، والقضاء ببطلان الطرد في الدعوى التي يقوم بها الأجير متى ثبت أنّ طرده تأسّس على اعتبارات تمييزية قائمة على جنسيّته⁷³.

ولا تقتصر الصعوبات التي يواجهها العامل الأجنبي فقط على صعوبة سبل الانتصاف بشأن واقعة التمييز التي قد يتعرّض إليها، بل قد تمتدّ أيضا إلى إثباتها، خاصّة أنّ العامل الأجنبي، وفي غياب قاعدة خاصّة بقانون الشغل تقلب عبء الإثبات، يظلّ الطرف الذي يتحمّله لصفته كمّدعي طبقا لمقتضيات الفصل 420 من مجلة الالتزامات والعقود. ولا شكّ أنّ مركزه القانوني المعقّد باعتباره أجيرا وأجنيبيّا في الآن ذاته قد يجعل من غير اليسير القيام بالإثبات، لا سيّما في

⁷⁰ A. HAKIM, art. préc, p.72.

⁷¹ مثلا القانون الفرنسي في الفصل L.1132-1 c. trav.

⁷²

⁷³ Art. L.1132-1 c. trav.

ظلّ تعدّد أشكال التمييز وتطوّرها والتي تتخفى عادة وراء قرارات المؤجّر التسعيرية أو التنظيميّة⁷⁴.

38. ولئن رجّحت مختلف هذه الدلائل المتضافرة أنّ المساواة في العمل بين العامل الأجنبي والعامل التونسي، بمجرد التحاقه بموطن عمله بصورة قانونيّة، لم ترتق لمرتبة المبدأ الفعلي الذي يضمن حماية حقيقة لليد العاملة الأجنبية، وبقيت مجرد وهم⁷⁵ ساهم في ترسيخ القناعة بتشدّد الأحكام القانونيّة العامّة الواردة في هذا السياق والمنظمة لتشغيل الأجانب، إلّا أنّ وجود بعض المقتضيات القانونيّة الخاصّة قد يفتّد هذا التوجّه التشريعي المتشدّد، ليرسم مفارقة المرونة في تنظيم تشغيل فئة أخرى من الأجانب.

الجزء الثاني: مرونة الأحكام الخاصّة

39. خلافا لصرامة الأحكام القانونيّة العامّة المتّصلة بتشغيل الأجانب، تتميّز بعض الأحكام القانونيّة الخاصّة أو الاستثنائيّة بمرونتها، مخلفة بذلك في بعض الحالات تمييزا بين العملة الأجانب ذاتهم أفضى لمنح البعض منهم امتيازاً على حساب البعض الآخر (الفقرة الأولى)، في حين أفرزت في الحالات الأخرى امتياز التماثل مع العملة المحليين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مرونة تكّرس التمييز

40. انصرفت إرادة المشرّع إلى وضع أحكام خاصّة ببعض فئات اليد العاملة الأجنبية، غلب عليها الطابع المرن المتمخّض عن صبغتها الحمائيّة لهذه الفئات. ويجد هذا الطابع تبريره بحكم تكيف هذا الصنف من الأحكام مع الواقع لاعتبارات اقتصادية، واستيعابه له لاعتبارات اجتماعيّة، متميّزا بذلك عن صنف الأحكام العامّة المتشدّدة، التي أنتجت صرامتها قطيعة مع

74

⁷⁵ يراجع حول وهم المساواة المهنيّة:

A. JEMMAUD, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », Dr.soc., n°7/8, 2004, pp.694

الواقع من جهة، ومفرزا بذلك نظاما تمييزيًا مزدوجا تبرز فيه اختلافات جوهرية بين مختلف الأجانب نتيجة تمتّع بعضهم بأفضلية عن البعض الآخر⁷⁶.

41. ولقد برزت هذه الأفضلية صلب الأحكام الخاصة بتشغيل الأجانب والمواكبة للواقع لاعتبارات اقتصادية في ظلّ مقارنة وإن بدت مصطنعة لنظام تشغيل الأجانب بين "حالة مديري المؤسسات الذين يستفيدون من مقتضيات القوانين القائمة على جذب الاستثمارات والمهارات المطلوبة في تونس، وحالة العمّال المهاجرين العاديين، من ذوي المؤهلات الضعيفة، الذين يخضعون لنظام الرقابة القانوني والإداري والجزائي"⁷⁷.

42. فقد أفرزت ضرورة الملاءمة بين المعطيين القانوني والاقتصادي والمتمثل في خضوع الدولة التونسية لمقاربة لبييرالية تربط بين تناسب الاستثمارات الأجنبية وبين تخصيص جانب من رخص العمل لمنتسبي الدول المستثمرة مقابل ذلك، إرفاق الأحكام العامة الصارمة في تنظيمها لتشغيل الأجانب بعدد الاستثناءات، وذلك عن طريق نظام تفضيلي ممنوح لبعض المؤسسات صلب عدد من النصوص الخاصة تجتمع على هدف تشجيع الاستثمار والنهوض بالاقتصاد في قطاعات معينة.

43. ويخوّل في هذا المجال المشرّع ، وبغرض النهوض بالاستثمار وتشجيع إحداث المؤسسات وتطويرها حسب أولويات الاقتصاد الوطني⁷⁸، صلب القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 ديسمبر 2016 والمتعلّق بقانون الاستثمار⁷⁹، لكلّ مؤسسة تبتغي النفاذ إلى السوق استنادا لمبدأ حرية الاستثمار أن تنتدب نسبة محدّدة من الإطارات من ذوي الجنسية الأجنبية في حدود نسب معينة تتفاوت زمنيا، فتقدّر بحدود 30 بالمائة من العدد الجملي للإطارات بالمؤسسة وذلك إلى نهاية السنة الثالثة من تاريخ التكوين النقابي للمؤسسة أو من

⁷⁶ حاتم قطران، المرجع السابق، ص. 93.

⁷⁷ حاتم قطران، المرجع السابق، ص. 93.

⁷⁸ الفصل الأول من قانون 30 ديسمبر 2016 المتعلّق بقانون الاستثمار.

⁷⁹ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 82 بتاريخ 7 أكتوبر 2016، ص. 3379.

تاريخ دخولها طور النشاط الفعلي طبقا لاختيار المؤسسة ، لتتخفف هذه النسبة وجوبا إلى حدود 10 بالمائة ابتداء من السنة الرابعة من هذا التاريخ⁸⁰. ولعلّ الاستناد إلى تحديد نسبة معينة بدلا من عدد محدّد، من شأنه أن يوفّر حظوظا أوفر للنفاذ لسوق الشغل طالما أنّ المؤسسة ستقوم بالانتداب بالنظر للعدد الجملي للعملة المزمع انتدابهم، كما أنّ قاعدة التقييد العددي قد جعلها المشرّع مجرّد إمكانية متاحة للمؤسسة، حيث ينصّ الفصل 6 من القانون المذكور على أنّه " وفي كلّ الحالات، يمكن للمؤسسة انتداب أربع إطارات من ذوي الجنسية الأجنبية".

وقد تتدعّم وفرة حظوظ تشغيل الأجانب، وما قد يترتب عليه من منافسة لليد العاملة المحليّة بموجب الإعفاءات التي لم يتردّد المشرّع في تكريسها. فقد تمّ في هذا الإطار إعفاء تشغيل هذا الصنف من اليد العاملة الأجنبية من صرامة اجراءات انتداب الأجانب الواردة بالفقرات 2 و3 و4 و5 من الفصل 258-2 من مجلّة الشغل⁸¹. فلا تخضع لقاعدة التقييد الأصلي الذي يربط تشغيل الأجنبي بشرط انعدام كفاءات تونسيّة في الاختصاص المطلوب، كما لا تنسحب عليها قواعد التقييد الشكلي، لا سيّما أنّ المشرّع لم يخضع انتداب الإطارات الأجنبية إلى ترخيص من الوزارة المكلفة بالتشغيل طبقا لأحكام مجلّة الشغل إلّا في صورة تجاوز النسب أو الحدّ المنصوص عليه آنفا⁸².

44. ولم يتوان المشرّع على إقرار نظام استثنائي مواز ينتفع به أعوان التأطير والتسيير صلب فضاءات الأنشطة الاقتصادية ، بمقتضى ما أباحه القانون عدد 76 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 جويلية 2001 والمنقّح والمكمّل للقانون عدد 81 المؤرّخ في 3 أوت 1992⁸³، بفصله 24 والذي يجيز للمستثمرين حرية في انتداب أعوان تأطير وتسيير من ذوي الجنسية الأجنبية وذلك في حدود أربعة أعوان ، مكتفيا فقط بإجراء الإعلام بانتدابهم دون شكلية الترخيص ، إذ اقتضت أحكام الفصل الموماً إليه " وجوب إعلام متصرّف بهذا الانتداب ، ويتعيّن على

⁸⁰ الفصل 6 فقرة الأولى من قانون 30 ديسمبر 2016.

⁸¹ الفصل 6 فقرة الأخيرة من قانون 30 ديسمبر 2016.

⁸² الفقرة الثانية من الفصل 6 من قانون 30 ديسمبر 2016.

⁸³ كما سبق أن وقع تنقيح قانون 1992 بالقانون عدد 14 لسنة 1994 المؤرّخ في 31 جانفي 1994.

المتصرّف أن يعلم وزارات الداخلية والاقتصاد الوطني والتكوين المهني والتشغيل والبنك المركزي التونسي بهذا الانتداب".

كما تتمتع اليد العاملة الأجنبية بهذه الفضاءات من الانتفاع ببعض الامتيازات على مستوى المساهمات الاجتماعية، إذ مكّن المشرّع العاملين ذوي الجنسية الأجنبية غير المقيمين، قبل انتدابهم، من الحق في اختيار نظام الضمان الاجتماعي غير النظام التونسي، وهو ما من شأنه أن يعفي كلّ من الأجير والمؤجر من دفع الحصص الخاصة بالضمان الاجتماعي بتونس⁸⁴.

45. ولم تخل بعض النصوص الخاصة الأخرى بدورها من نظم تفضيلية لتشغيل اليد العاملة الأجنبية في قطاعات محدّدة، وهو ما اعتمده المشرّع بمناسبة تنظيمه لقطاع المناجم، حيث وبالرغم من تأكيده على مبدأ وجوبية منح المؤجر الأولوية في التشغيل للتونسيين، إلّا أنّ ذلك لم يمنعه من إرفاقه بمجموعة من القيود والاستثناءات. فجعل من أولوية التشغيل مقيدة بشرط التطابق مع حسن سير أنشطة المؤجر، لتسمح بذلك القراءة العكسية لأحكام الفصل 75 من مجلة المناجم⁸⁵ و الذي نصّ على أنّه " يتعيّن على صاحب الرخصة أن يعطى الأولوية للتونسيين كلّما كان ذلك يتطابق مع حسن سير أنشطته"، بالقول بإمكانية استبعاد هذه الأولوية وتعويضها في المقابل باليد العاملة الأجنبية في صورة عدم تحقّق الشرط المستوجب، وهو ما من شأنه أن يضيفي على النصّ طابعا مرنا، قد يتعرّز في ظلّ المرونة المميّزة لهذا القيد، ذلك أنّ عبارة "التطابق مع حسن سير أنشطة صاحب الرخصة" تطلّ من المفاهيم ذات المضمون المتغيّر، الخاضعة لسلطة تقدير صاحب المؤسسة باعتباره المؤهل الوحيد لتحديدّها، ممّا يسمح له التحكّم في معناها بصورة منفردة.

و لم يكتف المشرّع بهذا القيد بل إنّه خوّل، من جهة ثانية، إمكانية استبعاد مبدأ أولوية تشغيل اليد العاملة المحلية بناء على ما أورده من استثناء أول، يسمح بمقتضاه للمؤجر في صورة عدم

⁸⁴ الفصل 25 من قانون 1992 المنقح بقانوني 1994 و 2001.

⁸⁵ صدرت هذه المجلة بموجب القانون رقم 30 لسنة 2003 المؤرخ في 28 أبريل 2003.

توفّر عملة تونسيين في الاختصاص المطلوب الحصول على ترخيص في استخدام عملة أجنبية بصورة مؤقتة من الوزارة المكلفة بالتشغيل بعد أخذ رأي السلطة المانحة لرخصة الاستغلال⁸⁶، واستثناء ثان يجيز انتداب أعوان تأطير من ذوي الجنسية الأجنبية في إطار أنشطة المؤجر المتعلقة بالاستكشاف والبحث والاستغلال المنجمي ، لا يقيد في ذلك سوى شرط الإعلام المسبق للمصالح المختصة بالوزارة المكلفة بالتشغيل طبقا للإجراءات الجاري بها العمل⁸⁷. ولقد نسج المشرع على منوال ما أقره صلب فضاءات الأنشطة الاقتصادية من منح الأجانب غير المقيمين مجموعة امتيازات بشأن نظام المساهمات الاجتماعية، فمكّنهم بدورهم من حق اختيار الانضمام إلى نظام ضمان اجتماعي غير النظام التونسي بما لا يلزم كل من الأجير والمؤجر بدفع المساهمات بعنوان الضمان الاجتماعي بتونس. كما حوّل لهم الانتفاع بالإعفاء من الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين بعنوان الأجور والمرتببات التي تدفع لهم، مقابل إخضاعهم لمساهمة جبائية تقديرية طبقا لنسبة محددة من المبلغ الخام للأجر⁸⁸.

46. ولم يحد المشرع عن ذات التوجّه المرن عند تنظيمه لتشغيل اليد العاملة الأجنبية في قطاع المحروقات، ممّا أفرز تطابقا شبه كلي مع المقتضيات المنطبقة في مجال قطاع المناجم. فبعد تكريس له مبدأ أولوية تشغيل التونسيين إن تلاءم ذلك مع حسن تسيير أنشطته، أقر إمكانية تشغيل الأجانب بصورة مؤقتة عند غياب يد عاملة محلية بمجرد ترخيص السلطة المانحة لرخصة الاستغلال وذلك طبقا لما اقتضته أحكام الفقرة - أ- من الفصل 62-2 من مجلة المحروقات. كما أقر صلب الفصل 124 منها بالسماح لصاحب الرخصة الحرية في انتداب أعوان تأطير من الجنسية الأجنبية وذلك لحاجيات أنشطة البحث والاستكشاف دون أدنى تحديد عددي، مع تمتيعهم بمختلف الامتيازات التي ينتفع بها نظراؤهم المشتغلين بقطاع المناجم.

⁸⁶ الفقرة الثانية من الفصل 75 من مجلة المناجم.

⁸⁷ الفصل 107 من مجلة المناجم.

⁸⁸ الفصل 108 من مجلة المناجم.

47. وقد يعود وضع المشرّع لقواعد تتجاوز التشدد المفرط للأحكام العامة، وتحمي بعض الفئات الأجنبية الناشطة في عدد من القطاعات لا فقط مراعاة للمقتضيات الاقتصادية بل وأيضا استجابة لاعتبارات انسانية، بما جعلها تصطبغ بطابع تمييزي بحت يمنح أفضلية لفئة هشة منهم. فمثلت الأحكام المنظمة لتشغيل الأجانب في العمل المنزلي أمثل دليل على ذلك، نظرا لتعلقها بضرورة ضمان احترام الكرامة البشرية والمحافظة عليها.

48. فقد أبى المشرّع، في هذا السياق، إلّا أن يسحب جميع مقتضيات القانون عدد 37 لسنة 2021 المؤرخ في 16 جويلية 2021⁸⁹ على العمّال الأجانب. ففي معرض تعريفه للعامل المنزلي والمحدّد لنطاق انطباقه الشخصي، نصّ الفصل الثالث منه على أنّ العامل المنزلي هو "كلّ شخص طبيعي مهما كانت جنسيّته يقوم بصفة مسترسلة واعتيادية بإنجاز أعمال مرتبطة بالمنزل أو بالأسرة تحت رقابة أو إدارة مؤجّر واحد أو عدّة مؤجّرين...".

49. وتستفيد نتيجة ذلك اليد العاملة الأجنبية الناشطة في هذا القطاع بنفس المقتضيات الحمائية التي تنطبق على اليد العاملة المحلية في كنف المساواة بينهما ، بما فيها تلك التي تدرج في إطار مقاربة وقائية ، حيث فرض المشرّع وجوبية إشعار الجهات المختصة عند مشاهدة أو العلم بحالة تشغيل عاملة أو عامل منزلي مهما كانت جنسيّتهم في ظروف مخالفة لأحكام هذا القانون⁹⁰، أو تلك التي تعكس توجه المشرّع لتبني مقاربة زجرية قائمة على تشديد العقوبات المسلّطة على كلّ مؤجّر مخالف للمقتضيات الخاصة بتشغيل هذه الفئة من الأجانب ، في تلافٍ لضعفها طبقا لما هو منصوص عليها بالنصّ العامّ. وقد تمّ اعتماد تشديد العقوبات إمّا بمناسبة تجريم بعض الممارسات بصورة مباشرة⁹¹ أو بموجب الإحالة على نصوص أخرى قادرة أن

⁸⁹ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 60، السنة 164، 30 جويلية 2021، ص2094.

⁹⁰ الفصل 27 من قانون 2021.

⁹¹ ينصّ الفصل 24 من قانون 2021 على أنّه " يعاقب بالسجن من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر وبخطية من ألف (1000) دينار إلى ثلاثة آلاف (3000) دينار كلّ من يتوسّط في التشغيل في العمل المنزلي خلاف مقتضيات الفصل 6 من هذا القانون " ، كما ينصّ الفصل 25 من ذات القانون على ما يلي : " بصرف النظر عن العقوبات الأشدّ الواردة بنصوص خاصّة ، يعاقب بخطية قدرها خمسمائة (500) دينار كلّ مؤجّر لم يقدّم بإيداع نظير من عقد العمل المنزلي لدى تفقدية الشغل ولدى مكتب التشغيل والعمل المستقلّ المختصّين ترابيا طبق مقتضيات الفصل 10 من هذا القانون".

تتطبق على وضعيّة العمّال المنزليّين الأجانب ، وعلى ظروف انتدابهم و تشغيلهم، لعلّ أهمّها على الإطلاق مقتضيات المجلّة الجزائية و أحكام القانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 المؤرّخ في 3 أوت 2016 المتعلّق بمنع الاتّجار بالأشخاص ومكافحته و تلك الواردة بالقانون الأساسي عدد 58 لسنة 2017 المؤرّخ في 11 أوت 2017 المتعلّق بالقضاء على العنف ضدّ المرأة وذلك في صورة تشغيل الأطفال في العمل المنزلي أو التوسّط في ذلك أو عند الاعتداء بالعنف على العامل أو العاملة المنزليّة أو استغلالهما أو انتهاك حقوقهما⁹².

50. وقد لا تعدو هذه المقتضيات القانونيّة سوى استيعابا للوضعيات الواقعيّة بموجب تنظيمها وتأطيرها قانونا، لتتمّ عن وعي المشرّع وإدراكه بعدم استجابة ما كان موجودا من نصوص لما فرضه الواقع من ممارسات تستهدف خاصّة العاملات المنزليّات⁹³، وما شهده العمل المنزلي في السّنوات الأخيرة من تزايد عدديّ للعاملات الإفريقيّات الوافدات من دول جنوب الصحراء في ظلّ انتشار شبكات الاتّجار بالبشر في نطاق الهجرة غير الشرعيّة⁹⁴. ولعلّ هذه الممارسات قد تشكّل أحد أهمّ الأسباب وراء إصدار قانون 2016 المتعلّق بمنع الاتّجار بالبشر ومكافحته⁹⁵ والقانون عدد 50 لسنة 2018 المؤرّخ في 23 أكتوبر 2018 المتعلّق بمناهضة التمييز العنصري⁹⁶.

⁹² الفصل 23 من قانون 2021.

⁹³ وهو ما تمت الإفادة به في أعمال لجنة الشباب والشؤون الثقافية والتربية والتعليم العالي في مجلس النواب السّابق بمناسبة جلسة استماع لممثلي وزارة الشؤون الاجتماعيّة بتاريخ 14 ديسمبر 2020 ووزارة المرأة والأسرة وكبار السنّ في 29 جانفي 2021 حول مقتضيات القانون.

⁹⁴ **S. BEN SEDRINE**, « Défis à relever pour un accueil décent de la migration subsaharienne en Tunisie », Friedrich Ebert STIFTUNG, Promig-Fes, 2017-2020, p. 46

⁹⁵ كشف تقرير الهيئة الوطنيّة لمكافحة الاتّجار بالأشخاص لسنة 2021 أنّ 54 بالمائة من إجمالي ضحايا الاتّجار بالبشر المسجلّة لدى الهيئة هم من الأجانب أي بما يقدر ب 595 حالة من مجموع 1110 حالة، وأنّ العمل القسري هو الشكل الرئيسيّ للاتّجار الذي سجّله الهيئة وذلك بنسبة 68 بالمائة، يراجع التقرير الوطني حول الاتّجار بالبشر لسنة 2021 والصادر عن الهيئة الوطنيّة لمكافحة الاتّجار بالأشخاص، ص. 57 وما بعدها.

⁹⁶ تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى صعوبة تطبيق قانون 2018 بالنسبة للمهاجرين غير الشرعيّين على أرض الواقع، باعتبار أنّ أغلبهم يعيشون مختفين عن الأنظار، فضلا عن صعوبة التقاضي بالنسبة إليهم.

51. ويمكن التساؤل اليوم، بعد مرور ما يقارب الثلاث سنوات على صدور القانون المنظم للعمل المنزلي، حول مسألتين في غاية من الأهمية، تتعلق أولهما بمعرفة الحلّ في غياب صدور النموذج الموحد لعقود التشغيل الذي فرضه المشرّع كشكل لعقود الشغل المبرمة بمناسبة أداء عمل منزلي، فهل تنطبق بذلك مقتضيات النصّ العامّ بما تحمله من قيود إجرائيّة وأصليّة؟ ثمّ إنّ الرقابة على تشغيل الأجانب، مثلما هو الشأن بالنسبة لليد العاملة المحليّة، قد تطرح إشكاليّة فعاليتها، خاصّة بالنظر لغياب الامكانيّة المتاحة لمتفقّد الشغل بالدخول لمحلّ السكنى إلّا بموافقة المؤجّر تطبيقاً لمقتضيات الفصل 22 من قانون 2021.

52. ولئن أفرز استيعاب التشريع للمعطيات الواقعيّة إضفاء مرونة حمائيّة على الأحكام المنظمة لتشغيل بعض أصناف العملة الأجانب لاعتبارات شتّى، بات الحديث معها عن نظام تمييزي مزدوج بين مختلف العملة الأجانب مشروعا⁹⁷، فإنّ المرونة قد تبرز أكثر بمناسبة الأحكام المكرّسة لتماثل الوضعيّات أو المركز القانوني بين العامل الأجنبي ونظيره المحلي.

الفقرة الثانية: مرونة تكرّس التماثل

53. قد تسهم بعض الاتفاقيّات الدوليّة الثنائيّة في تحقيق التماثل بين العامل الأجنبي والعامل المحليّ من حيث الحقوق والواجبات، فتتحقّق بذلك المساواة في الالتحاق في العمل بين الوطنيين والأجانب على أساس اتّفاقي، بناء على تقنية المعاهدات الدوليّة⁹⁸.

54. وتضمن، في هذا الصدد، عدد من الاتفاقيّات الدوليّة الثنائيّة المبرمة بين تونس وبعض الدّول المغاربيّة الحقّ في العمل على قدم المساواة لفائدة مواطني الدّولتين في إطار احترام مبدأ المعاملة بالمثل. فتمنح اتّفاقيّة الإقامة المبرمة بين الجمهوريّة التونسيّة والمملكة المغربيّة المبرمة بتاريخ 19 ديسمبر 1964 والمصادق عليها بالقانون عدد 35 لسنة 1966 و المؤرّخ في 3 ماي 1966 حاملي الجنسيّة المغربيّة الحقّ في العمل على قدم المساواة مع

⁹⁷ حاتم قطران، المرجع السابق، ص. 93.

⁹⁸ M. TARCHOUNA, art. préc., p.63.

التونسيين ، بحكم ما تسمح به من إعفاء مواطني كلّ من الدولتين من تصريح الإقامة ، إذ فأقرّت صلب الفصل الثاني منها على أنّه " يعفى مواطنو كلّ من البلدين الذين يحملون جوازات سفر سارية المفعول من تأشيرات الدخول إلى الأراضي الأخرى " ، وما تكفله صراحة من حقّ النفاذ إلى سوق الشغل دون أدنى تمييز حيث اقتضى الفصل 5 منها صراحة أنّه " يتمتّع مواطنو كلّ من البلدين في البلد الآخر بالحقّ في العمل ... وممارسة جميع أنواع الصناعة والتجارة والثقافة وأيّ مهنة أخرى بما في ذلك المهن المنظّمة. وكلّ ذلك على قدم المساواة مع المواطنين فيما يتعلّق بالحقوق والواجبات وفقا للقوانين المنطبقة عليهم".

55. ولم يكن توجهّ فقه القضاء مطابقا لما كرّسته هذه الاتّفاقيّة من مساواة في الالتحاق للعمل بين التونسيين وذوي الجنسيّة المغربيّة، رغم الطّابع الصّريح للتّنصيص، في تغافل تامّ عنها، إذ تواصل إخضاعهم إلى الأحكام العامّة المنطبقة على تشغيل الأجانب⁹⁹. ويثبت ذلك بالعودة للقرار التعقيبي الصادر في 7 فيفري 2005 الذي تجاهل تأسيس الحلّ الوارد صلبه على مقتضيات الاتّفاقيّة الثنائيّة لسنة 1964، رغم ما يفترض أن تحظى به هذه الاتّفاقيّة من علويّة على القوانين الداخليّة احتراماً لمقتضيات تراتبيّة القواعد القانونيّة، وهو ما قد يطرح معه إشكاليّة فعاليّة الاتّفاقيّات المبرمة من الدولة التونسيّة.

56. ولم تخرج الاتّفاقيّة الثنائيّة المبرمة بين الدولة التونسيّة ونظيرتها الجزائريّة في 26 جويلية 1963، والمصادق عليها بدورها بقانون 3 ماي 1966¹⁰⁰ ، عن نفس المقتضيات المضمّنة بالاتّفاقيّة المبرمة مع المملكة المغربيّة والمتعلّقة بضمان الحقّ في العمل على قدم المساواة لرعايا الدولتين. وقد تفقد هذه الاتّفاقيّة بدورها كلّ جدوى من إبرامها إذا تخلّفت المحاكم عن تطبيقها في النزاعات التي قد تنطبق عليها، بما من شأنه أن يعيق وضعيّة التماثل

⁹⁹ M. BEN JEMAI, « Migrations et droits », art. préc. p.13.

¹⁰⁰ القانون عدد 35 وهو نفس القانون الذي صادقت بمقتضاه تونس على الاتّفاقيّة المبرمة بينها وبين المملكة المغربيّة في 1964.

المنشودة حقيقة مع العامل التونسي، وتجعلها غير قابلة للتحقق في ظلّ المنع التطبيقي رغم الجواز النظري.

57. في المقابل أرسّت بعض القواعد المضمّنة بالاتّفاقيّة المبرمة بين الدولة التونسية ونظيرتها الفرنسية في 17 مارس 1988 والمصادق عليها بالقانون عدد 127 المؤرّخ في 4 نوفمبر 1988 نظاما خاصّا يتمتّع بموجبه أصحاب الجنسية الفرنسية بامتياز في الالتحاق بالعمل، في ضرب من ضروب التماثل في اتّجاه واحد، حيث مكّن كلّ فرنسي مقيم بصورة قانونيّة بالتراب التّونسي لمدة ثلاث سنوات من الحصول على بطاقة إقامة لمدة عشر سنوات، تتضمّن تنصيحا على إمكانيّة ممارسة نشاط مهني مأجور بتونس¹⁰¹.

58. و يبدو أنّه من المأمول أن تؤدّي اليوم عولمة الاقتصاد والمبادلات بصورة تدريجيّة للتخلّص من الحدود لفسح المجال لضمان حرية تنقّل لا فقط رؤوس الأموال والبضائع بل كذلك الأشخاص ، وهو ما قد سبق أن طمحت إليه بعض المحاولات على المستوى المغربي ، حيث نصّت المادّة الثانية من معاهدة مراكش التي أنشأت اتّحاد المغرب العربي على أن من بين أهداف هذا الاتّحاد "...العمل تدريجيّا على تحقيق حرية تنقّل الأشخاص وانتقال الخدمات والسلع ورؤوس الأموال بينها"، لتظلّ بذلك المساواة التامة بين العمّال المغاربة رهينة التحقق الفعلي لحرية تنقّل الأشخاص ورؤوس الأموال¹⁰².

59. وقد لا تزال هذه المساواة التامة بعيدة المنال، في ظلّ عدم تفعيل مختلف الاتّفاقيّات بما يجعل توصيف تماثل وضعيّة اليد العاملة الأجنبيّة مع نظيرتها المحليّة، حقوقا وواجبات، بمجرد السراب أو الوهم، أمرا لا مفرّ منه¹⁰³.

M. Tarchouna, art. préc., p. 63.

101

¹⁰² M. TARCHOUNA, art. préc., p. 64.

¹⁰³ M. BEN JEMAI, « La législation de la migration et de travailleurs migrants en Tunisie », Rapport pour l'étude sur les migrations de main d'œuvre pour l'intégration et le développement

60. تبقى نجاعة الأحكام القانونية المنظّمة لمسألة معيّنة رهينة اتّساقها وانسجامها في تحقيق غايات ومقاصد واضعها، ويبدو من هذا المنطلق أنّ مراجعة مجموعة القواعد المنطبقة على تشغيل الأجانب قد باتت اليوم ضرورة لا مناصّ منها في ظلّ المفارقات التي باتت واضحة للعيان، ولعلّ أهمّها على الإطلاق مفارقة القانون يقضي والواقع يقتضي.

dans l'Euromed, l'Afrique orientale et occidentale, Bureau International du Travail, OIT, 2004.