

## المقاولة الفرعية بين متطلبات المرونة وخطر المتاجرة باليد العاملة The Outsourcing Between Flexibility Requirements and Risks of Trafficked Labor



الدكتورة/ فاطمة الزهرة ماموني<sup>2,1</sup>

<sup>1</sup> جامعة مستغانم، (الجزائر)

<sup>2</sup> المؤلف المراسل: fatimazohra.mamouni@univ-mosta.dz

تاريخ الاستلام: 2018/12/23 تاريخ القبول للنشر: 2019/08/28 تاريخ النشر: 2019/12/28



مراجعة المقال: اللغة العربية: د. محمد جباري (جامعة خويس مليانة) اللغة الإنجليزية: أ. أنوار الناصر (الأردن)

### ملخص:

رغم ما للمقاولة الفرعية من دور في التنمية الاقتصادية والتنظيم الحسن لسير سوق العمل، إلا أنها مع ذلك، يمكن أن تنعكس سلبا على التنمية الاقتصادية ذاتها، إذا ما اقتصر على التزود باليد العاملة بهدف تحقيق الربح لكونها ستشكل منافسة غير مشروعة، فضلا عن إعاقة التنمية الاجتماعية لما يترتب عنها من هضم لحقوق العمال في حالة عدم ضبط تطبيقاتها بنصوص صارمة، وهو الوضع في الجزائر أمام عدم تنظيم أحكام في المجال الاجتماعي أو على الأقل تفعيل ما تضمنه مشروع قانون العمل من أحكام، وإن كانت لا تحول كليا دون إمكانية المتاجرة في اليد العاملة.

الكلمات المفتاحية: المقاولة الفرعية؛ المتاجرة باليد العاملة؛ المقاول الأصلي؛ أجور العمال.

### Abstract:

Although the subsidiary has a role in economic development and good regulation of the Labor market, it can, however, adversely affect the economic development itself if it is limited to supplying labor for the Profit society as it would constitute illegal competition, as well as hampering social development of the labor rights entailed in the absence of strict rules for their application.

This is the case in Algeria, which suffers from a failure to regulate the environment of Labor market, at least by enforcing the provisions of Labor act, even though they do not entirely prevent the possibility of trafficked labor.

**Keys words:** Outsourcing; trafficked labor; original Contractor; Employees wages.

## مقدمة:

مما لا شك فيه أنّ التّحولات التي يشهدها العالم في المجالين الاقتصادي والاجتماعي أفرزت تغييرات في خصائص العلاقات المهنية وفي المكونات الأساسية لسوق العمل، بدليل أن الاتجاه الحالي لعلاقات العمل أصبح يميل إلى تغليب الاعتبارات الاقتصادية على حساب المتطلبات الاجتماعية. يرجع السبب في ذلك إلى أن اشتداد المنافسة في ظل عولمة الأسواق أصبح يتطلب تنظيم وتحسين متواصل للإنتاجية ولنوعية المنتجات والخدمات إلى جانب سرعة الإنجاز. الأمر الذي لن يتحقق إلاّ باعتماد مرونة أكبر في العمل.

هناك من يعرف المرونة<sup>(1)</sup> على أنّها "الاستعداد لمواجهة التغيرات". وهناك من يعرفها على أنّها "اختيار الديناميكية والفعالية القابلة للتكيف مع الاضطرابات غير المتوقعة". لتشارك بذلك هذه التعاريف في عنصرين، هما التكيف والتغيير. ينطبق هذا المفهوم على المرونة بنوعها؛ مرونة النظام القانوني للعمال ومرونة مكان العمل<sup>(2)</sup> والتي أصبحت تمكن المؤسسة في إطار البحث عن توازنها لمواكبة المنافسة الدولية، من الحصول على اليد العاملة اللازمة التي تتمتع بالكفاءة والتكوين الجيد والتي تكون الأكثر قدرة على التكيف. حيث لم يعد يضطر المستخدم إلى أن يوظف بنفسه اليد العاملة ويتحمل كلّ التزاماته اتجاهها كرب عمل، إنّما يمكنه الاستعانة بمؤسسة أخرى لتنفيذ بعض عناصر الإنتاج، لتكون نتيجة ذلك ميلاد شكل جديد لعلاقات العمل لا تقوم على علاقة ثنائية، بل ثلاثية الأطراف نظرا لتقسيم المهام ما بين التسيير والاستعمال لليد العاملة، وهنا يُثير الإشكال حول وجود مستخدم متبوع لكن مستفيد آخر مسؤول خلافا للوضع الكلاسيكي في وجود أجراء قارين ومندمجين تابعين لها، طالما أن الأمر يتعلق باجتناب إجراء تم توظيفهم من طرف الغير رغبة في البحث عن التحرر من الالتزامات المفروضة على المستخدم في تحمل تكاليف اليد العاملة، مما يثير فرضية الاتجار باليد العاملة في إطار ما يعرف بالمقاولة الفرعية.

بذلك وبالرغم من اعتبار هذه الأخيرة تقنية داعمة للتنمية الاقتصادية، إلاّ أنّها قد تحول دون ضمان متطلبات الحماية الاجتماعية، لاسيّما أمام الفراغ التشريعي الكبير الذي يمكنه ضمان حدّ أدنى من الحماية لليد العاملة في حالة تأقيت علاقة عملها ما بين مسير ومستعمل لها.

أمام واقع عمليات المقاولة الفرعية وما تتضمنه من إمكانية في تعدد المستخدمين وما تحمله من خطر في إمكانية الاتجار باليد العاملة، يُثير التساؤل حول مدى إمكانية تحديث قانون علاقات العمل الجزائري بما يضمن الهدف المزدوج؛ الاستجابة للمرونة المطلوبة وتوفير الضمانات القانونية الكفيلة بحماية حقوق العمال.

بناءً على ذلك، ارتأيت معالجة هذا البحث بهدف الوقوف عند مفهوم المقاولة الفرعية في بُعدها الاجتماعي وما تتطلبه من ضرورة لاستقطاب أحكام القانون الاجتماعي لحماية الأجراء ولاسيّما وأن خطر المتاجرة باليد العاملة وارد أكيد. إلى جانب دعوة المشرع الجزائري إلى سدّ الفراغ التشريعي الكبير لضمان

حقوق إجراء المقاولّة الفرعيّة. وكذا تفعيل أحكام مشروع قانون العمل لسنة 2014 وتدعيم النصوص الخاصّة بالمقاولّة لتكون أكثر دقّة ووضوحاً.

سعيًا لبناء سليم للدراسة اعتمدت في ذلك على المنهج الوصفي لتعريف بالمقاولّة وتصنيفها، ومعرفة خصائصها وآثارها وانعكاساتها على سوق العمل، وحقوق العمال، وتغطية للفراغ التشريعي الكبير اعتمدت على المنهج المقارن لإبراز ما يكتنف التشريع الجزائري من نقص ومحاكاة التشريعات المقارنة رغبة في جذب الانتباه للفراغ التشريعي في هذا المجال معتمدة في ذلك على خطة ثنائية من خلال عرض الصّور المشروعة للمقاولّة الفرعيّة بما تتضمّنه من مخاطر للتجار باليد العاملة (المبحث الأول) إلى جانب النّظام القانوني لإجراء المقاولّة الفرعيّة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### المقاولّة الفرعيّة بين الحظر والإباحة.

الأصل أن تتولى المؤسسات تأمين كلّ أدوار الإنتاج، وذلك من خلال قيام رئيس المؤسسة بتوظيف عمال ينفذون العمل الموكّل إليهم في وحدة الإنتاج نفسها بالتجهيزات والوسائل والكيفيات المحدّدة من طرفه. ليكون بذلك لهؤلاء العمال نفس المستخدم وخاضعين للسلطة نفسها، يربط بينهم تضامن في المصالح، الأمر الذي يترتب عنه مزايا بالنسبة للعمال في ضمان الاستقرار المهني، والاقتصادي والاجتماعي. إلا أن التّنظيم الاقتصاديّ الحاليّ وما أفرزه من ضرورة المنافسة حول مضاعفة الإنتاج والذي لن يكون إلا من خلال اعتماد مرونة التسيير لليد العاملة يقضي على هذا النموذج من العمل، مادام أنّه يتطلّب الاستعانة بمؤسسة أخرى لتنفيذ بعض عناصر الإنتاج، والاستعانة بيد عاملة تابعة للغير (المطلب الأول) وهنا تُثار فرضيّة الاتجار باليد العاملة بكل ما يترتب عنها من آثار هادمة للسلم الاجتماعي (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: الصّور المشروعة للمقاولّة الفرعيّة وموقف المشرّع الجزائريّ منها

اعتمد المقاولون الاقتصاديّون المقاولّة الفرعيّة بصّورها الثلاثة أسلوباً جديداً لتقسيم العمل استجابة لضرورات المنافسة حول مضاعفة الإنتاج بأقلّ التكاليف، لتكون بذلك أحد أهم الخيارات المتاحة للمؤسسات شرط ألاّ تتوارى تحت غطاء المرونة والتنافسيّة لاستعمالها وسيلةً للتجار باليد العاملة وهنا يُطرح الإشكال، ولاسيّما لدى التشريع الوطني في غياب نص قانوني ينظم ذلك.

#### الفرع الأول: الصّور المشروعة للمقاولّة الفرعيّة

إنّ عمليّة المقاولّة الفرعيّة قد لا تطرح أي إشكال عندما يتعلق الأمر بمجرد أن يعهد متعامل اقتصادي بأن يتم تنفيذ بعض عناصر الإنتاج لفائدة مؤسسة أخرى وذلك في محلاته الخاصّة، من خلال عماله الخاصين وهذا في إطار ما يعرف بعقد المقاولّة الفرعيّة، التي تضمن أحكامها نص المادة (L.8232-1) من قانون العمل الفرنسي والتي تنص على أنّه: "الأمر يتعلق برئيس المؤسسة الذي يبرم عقد

من أجل تنفيذ عمل أوتقديم خدمة مع شخص اقتصادي آخر (وهو المتعهد الثانوي) الذي يقوم هو ذاته بتوظيف العمال<sup>(3)</sup>.

تحليل هذا الوضع ينطوي على اعتبار المتعهد الثانوي، المستخدم الوحيد للعمال مادام أن تنفيذ العمل، وإن كان لفائدة طالب تنفيذ الخدمة الذي يربطه معه عقد مقاول، إلا أن إتمام تنفيذ الإنتاج تمّ من طرف العمال الخاصين بمؤسسة المتعهد الثانوي التابعين له. هذا تحت السلطة المباشرة لرئيس هذه المؤسسة ومن خلال وسائل الإنتاج الخاصة بها، الأمر الذي يجعل الاعتماد على معيار التبعية القانونية بمفهومه في تولي الرقابة والإشراف وتحديد إطار تنظيم العمل في دفع الأجر وتحديد مكان العمل والتزويد بوسائل الإنتاج، لا يثير أي غموض، في حين يبقى طالب تنفيذ الخدمة مجرد مستفيد من تأدية الخدمات ما دام العمل ينفذ لحسابه بمقابل في إطار مقاول فرعية.

تكون عمليات المقاول الفرعية أكثر إنصافا عندما تقوم على ندب عمال من طرف مستخدمهم إلى مستخدم آخر، عندما يكون هدف المقاول الفرعية هو تأدية خدمة من طرف عمال تابعين لمستخدمهم الأصلي، لكن في مكان العمل ينتمي إلى مؤسسة مستخدم آخر<sup>(4)</sup>. هنا يبقى العمال تابعين لمستخدمهم طالب تنفيذ الخدمة خلافا للوضع الأول، وإن غيروا مكان تنفيذ العمل، طالما ذلك تمّ في إطار الانتداب القانوني خاصة وأن العمل ينفذ لفائدة مستخدمهم مع بقائهم تحت إدارته، في حين يقتصر دور المتعهد الثانوي على تقديم خدمة. بالمقابل تُثير الصعوبات عندما يقتصر هدف المقاول الفرعية على التزود باليد العاملة بخاصة إذا كان ذلك بهدف تحقيق الربح، ليرز بذلك خطر الاتجار باليد العاملة.

### الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من المقاول الفرعية

لقد عرفت المؤسسات الجزائرية تقنية المقاول الفرعية كأسلوب جديد في التسيير الاقتصادي<sup>(5)</sup>، وهذا بهدف تسهيل التسيير وتأمين درجة أفضل من نوعية الخدمات والأمن والتكاليف. وهذا سواء في إطار المقاول الفرعية الصناعية، أو في إطار المقاول الفرعية للخدمات، والتي مسّت تقريبا كلّ النشاطات والخدمات؛ النظافة، الحراسة، الصيانة، الترميم، التجهيز والتسيير العقاري على غرار مؤسسة "سونلغاز" التي تعتبر الرائدة في تبني هذه الآلية للاستثمار في مجال الكهرباء والغاز، وهذا نظرا لضخامة نشاطاتها والتي لا يمكنها أن تنفذها بمفردها. وقد تبني المشرع الجزائري المفهوم الاقتصادي للمقاول الفرعية في العديد من النصوص القانونية على غرار العديد من التشريعات العربية باعتبارها تعاقداً من الباطن في القانون المدني، وقانون الصفقات العمومية، والقانون التوجيهي المتعلق بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

على مستوى القانون المدني، اكتفى بالإشارة إلى جواز إبرام عقد المقاول وإبقاء المفاوض الأصلي مسؤولاً عن أعمال المفاوض الفرعي اتجاه ربّ العمل<sup>(6)</sup> وهذا من خلال المادة 564 بنصّها على أنّه "يجوز للمفاوض أن يوكل تنفيذ العمل، في جملته أو في جزء منه، إلى مفاوض فرعي، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية. ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المفاوض الفرعي اتجاه ربّ العمل". وفيما يخصّ ضمان حقوق الأجراء تضمن التشريع الجزائري نصّاً

وحيدا من خلال أحكام المادة 565 من القانون المدني والتي تنصّ على أنّه: "يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حقّ مطالبة ربّ العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون المقاول الأصليّ مدينا به وقت رفع الدّعى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحقّ اتجاه كل من المقاول الأصليّ وربّ العمل.

ليكون المشرّع المدني بذلك قد تطرّق لحالة وحيدة تشمل صورة المقاولّة الفرعيّة التي تربط بين ثلاثة أشخاص، ربّ العمل، مقاول أصليّ ومقاول فرعيّ. حيث يكون للعمال الحقّ في متابعة المقاول الأصليّ الذي يربطه عقد مقاولّة مع المقاول الفرعيّ (مستخدمهم الأصليّ). وربّ العمل الذي يربطه علاقة عمل مع المقاول الأصليّ. مقتصرًا بذلك على تنظيم أحكامها بوصفها عمليّة اقتصادية من خلال تقرير حقّ العمال في اقتضاء المبالغ المستحقة مقابل تنفيذ العمل. في حين لم يتضمن أيّ نصّ بخصوص ضمان حقوق العمال من الناحية الاجتماعيّة على غرار المشرع الفرنسي الذي تولّى تنظيم ذلك في أحكام قانون العمل، من خلال تقسيم الالتزامات بين المؤسستين بما يضمن حقوق الأجراء. وبذلك يكون المشرّع الجزائريّ قد تناول الإطار القانوني للمقاولّة الفرعيّة في إطار العقود الخاصّة فقط من خلال مادتين، لم يعدل أحكامهما منذ إصداره للقانون المدني بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 وهذا بخلاف التّعاقّد الفرعيّ في إطار الصفقات العموميّة الذي اهتم به وعدّل أحكامه في مناسبات عديدة وهذا بسبب تعلق الصفقات العموميّة بالمال العام والمصلحة العامّة.

في مجال الصفقات العموميّة، كان المشرّع أكثر دقّة في تحديد مفهوم التّعاقّد الفرعيّ والذي نظّم أحكامه تحت عنوان "المناولة" بموجب المرسوم الرئاسيّ رقم 15-247 المتضمّن الصفقات العموميّة وتفويضات المرفق العام<sup>(7)</sup>، وقد نصّت المادة 140 على أنّه "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدّة منح تنفيذ جزء من الصّفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشّروط المنصوص عليها في هذا المرسوم. ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن تتجاوز المناولة 40% من المبلغ الإجمالي للصّفقة. ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العاديّة محلّ مناولة." والتي ينحصر موضوعها في أحد المجالات: انجاز أشغال، اقتناء لوازم، انجاز دراسات أو تقديم خدمات. المقصود هنا بالمناول المقاول من الباطن، أمّا المصلحة المتعاقدّة فهي صاحبة المشروع والمتعامل المتعاقد هو المقاول الأصليّ.

كما تبنى المشرّع الجزائريّ المفهوم الاقتصاديّ للمناولة في العديد من النصوص القانونيّة المتعلّقة بالقطاع الصّناعيّ، كالقانون التّوجيهيّ 01-18 الصّادر في 12 جانفي 2001 والمتعلّق بترقيّة المؤسّسات الصّغيرة والمتوسطة، حيث ركّز على ضرورة الاهتمام بالمؤسّسات المناولة باعتبارها أحسن وسيلة لتكثيف النّسيج الصّناعيّ<sup>(8)</sup>، مستعينا في ذلك بأحكام المادتين 550 و552 لتوضيح كيفية تنفيذ المقاول الفرعي للعمل المسند إليه وتحديد المسؤول عن توفير الآلات والمعدّات والمواد اللازمة لإنجاز العمل.

## المطلب الثاني: الإطار القانوني للمقاولّة الفرعيّة.

اهتمت التّشريعات المقارنة بتنظيم أحكام المقاولّة الفرعيّة، ولاسيّما في الجانب الاجتماعي لما يمكن أن تتضمنه من خطر في المتاجرة في اليد العاملة، وهذا بخلاف المشرع الجزائري وإن حاول ذلك من خلال مشروع قانون العمل الذي لم يتم تفعيل أحكامه منذ سنة 2014، ليظلّ الفراغ التشريعي مهدداً لمكتسبات الطبقة العاملة في هذا الإطار.

## الفرع الأول: مفهوم المقاولّة الفرعيّة في إطار التشريعات المقارنة

لم ينظم المشرع الجزائري المقاولّة الفرعيّة في إطار قانون علاقات العمل، وإن تناول بعض أحكامها في مشروع قانون العمل الجديد، معتبرا الكتابة شرطا جوهريّا لانعقادها من خلال المادة 110 بنصّه على أنّه<sup>(9)</sup> "يعتبر عقد مقاولّة من الباطن قيام مستخدم يدعى "مقاوّل أصلي" بإبرام عقد مكتوب رغبة في تنفيذ بعض الأعمال أو تقديم خدمات مع مقاوّل من الباطن والذي يوظف هوذاته اليد العاملة الضروريّة لتنفيذ هذه الأعمال أو الخدمات". ليتشابه النصّ الجزائريّ مع النصّ الفرنسي في تعريف المقاولّة مع الاختلاف في تحديد المصطلحات ودقّة المشرع الفرنسي في تحديد المسؤوليّة من خلال القانون الفرنسي المؤرخ في 31 ديسمبر 1975 المتعلق بالمقاولّة الفرعيّة على أنّ: "العمليّة التي من خلالها يعهد متعامل اقتصادي يدعي طالب تنفيذ الخدمة "مقاوّل أصلي" إلى متعامل اقتصادي آخر يدعى متعهد ثانوي "مقاوّل من الباطن أو مقاوّل فرعي" تنفيذ مهمة محدّدة تحت مسؤوليته الخاصّة، ومن خلال اللّجوء لعماله الخاصّين".

المشرّع المغربي من جهته أوقف التّعاقّد في إطار المقاولّة من الباطن على شروط ثلاثة، الكتابة وأن تكون في صالح المقاولّة الأصليّة من جهة والأوّّل تخلّ بحقوق أجراءها من جهة أخرى، وهذا من خلال المادة 86 من مدوّنة الشغل المغربيّة بنصّها على أنّها: "عقد مكتوب يكلف بمقتضاه مقاوّل أصلي مقاولا من الباطن بأن يقوم له بشغل من الأشغال وأن ينجز له خدمة من الخدمات. ويتم اللّجوء إلى عقد المقاولّة من الباطن كلما كان ذلك في صالح المقاولّة الأصليّة ولم يكن مخلا بحقوق أجراءها"<sup>(10)</sup>.

عرف تشريع أبوظبي المقاولّة الفرعيّة بنصّه على أنّه: "لصاحب المشروع أن يبرم عقد مقاولّة مع مقاوّل أصلي يتعهد الأخير بمقتضاه بأن يصنع له شيئا أو يؤدي له عملا، ويجوز للمقاوّل الأصلي أن لم يمنعه شرط في العقد، أو أن يكون الاتفاق معتمدا على كفاءة المقاوّل الأصلي الشخصيّة أن يسند كلّ أو بعض الأعمال المسندة إليه لمقاوّل من الباطن بموجب عقد مقاولّة من الباطن. يتميّز تشريع أبوظبي عن التّشريعات السّابقة من حيث دقته وصرامته في هذا المجال، حيث يستفاد من القرار الوزاري بشأن عقود المقاولات والتّعاقّد من الباطن أنّه فرض شروط لكل مما يلي"<sup>(11)</sup>:

- شروط لصحة عقد المقاولّة:

يجب أن يكون عقد المقاولّة أو عقد المقاولّة من الباطن:

- كتابيا ومحزّرا باللغة العربيّة.

- يتضمن وصف محل العقد وبيان نوعه وقيمته وطريقة انجازه ومراحل الانجاز وعناصر العقد والمدة اللازمة للإنجاز، بداية ونهاية وطريقة الدفع.
- حصول كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على رخصة لمزاولة الأنشطة محل المقاول.
- شروط لترتيب عقد المقاول لآثاره:
- لا يكون عقد المقاول من الباطن صالحا لترتيب آثاره إلا إذا تمّ التصديق عليه من دائرة العمل التي يقع في نطاقها الجغرافي المشروع المتعاقد على تنفيذه. وهذا بتوافر الشروط الآتية:
- أن يكون كل من المقاول الأصلي والمقاول الفرعي منشأة مسجلة بدائرة العمل التي ينويان التعاقد في دائرة اختصاصها.
- أن يكون للمقاول من الباطن العدد الكافي من العمال المسجلين على كفالتة لإنجاز العمل المطلوب.
- أن يكون لكل من المقاول الأصلي والفرعي ترخيص نشاط ساري المفعول من الجهة المحلية المختصة.
- أن ترافق مع الطلب موافقة صاحب المشروع على التعاقد من الباطن وتقريراً معتمداً منه يثبت فيه حجم العمالة المطلوبة ونوعيتها ومراحل طلبها ومواقع عملها ومدة كل مرحلة وذلك في جدول زمني.
- طبقاً لهذا المفهوم تظهر المقاولات الفرعية وسيلة للاتصال ما بين المتعاملين الاقتصاديين وأسلوباً جديداً لتقسيم العمل. يقود هذا الأسلوب إلى علاقات عمالية جديدة ثلاثية الأطراف مؤدية بذلك إلى نتيجتين وهما: مرونة تجهيز الإنتاج بغرض المنافسة حول مضاعفته من جهة. وكذا مرونة الشغل من جهة ثانية. وإن كانت ضرورات التنافس تتطلب اعتماد مرونة أخرى في التسيير لليد العاملة بحيث تأكدت رغبة المؤسسات في البحث عن إخفاء عمليات الإنتاج التي تكون أقل فائدة مالية وأكثر كلفة اجتماعية. وهذا بلجوء طالب تنفيذ الخدمة أي المقاول الأصلي بدلا من التوظيف وإبرام عقود عمل والحصول على اليد العاملة اللازمة، إلى متعهد ثانوي أي المقاول الفرعي أو المقاول من الباطن ليزوده بها، ليتمكن بذلك من نقل التكاليف الاجتماعية على عاتق المقاول الفرعي، مادام أنّ هذا الأخير هو الذي يلزمه القانون كمدِين (بصفته مستخدماً) بتطبيق النظام الاجتماعي على أجراء المقاولات الفرعية. وإن كان الأمر يظهر خلاف ذلك عندما تنطوي المقاولات الفرعية على مجرد تادية خدمات ولا تهدف فقط إلى التزود باليد العاملة<sup>(12)</sup>.
- إنّ هذا التحويل لخطر الشغل وتسييره<sup>(13)</sup> يؤدي إلى إمكانية أنّ العمل نفسه يتمّ تنفيذه من طرف عمال خاضعين لأنظمة اجتماعية مختلفة، مما يهدّد وحدة مصالحهم وعدم تمكّنهم من الانضمام إلى تنظيمات نقابية واحدة. وهنا نلمس الثغرة القانونية على مستوى التشريع الاجتماعي الجزائري الذي اعتبر المقاولات الفرعية عملية اقتصادية محضّة، لا تخصّ في شيء قانون العمل، مما يتطلّب الاستعانة بأهمّ ما توصلت إليه التشريعات المقارنة في هذا المجال.

### الفرع الثاني: المقاولّة الفرعيّة وخطر المتاجرة في اليد العاملة

قد يكون الهدف من المقاولّة الفرعيّة الاتجار باليد العاملة وذلك في الحالة التي تقتصر فيها عمليات المقاولّة الفرعيّة على التزوّد باليد العاملة الضروريّة رغبة في إلقاء تكاليف وأعباء العمال على عاتق الغير. وهذا من خلال اللجوء إلى استعمال يد عاملة تابعة لمستخدم آخر سعياً وراء الرّبح الذي ينتج من خلال الفارق ما بين الأجور التي يدفعها المقاول الفرعي لليد العاملة التّابعة له والمبلغ الذي يتقاضاه من طرف المقاول الأصلي<sup>(14)</sup>. هذا ما منعه نص المادة L. 8231-1 من قانون العمل الفرنسي بالقول "كل عمليّة تستهدف الرّبح من وراء التزوّد باليد العاملة وتهدف إلى إلحاق الضّرر بالأجراء أو التّهرب من تطبيق التنظيمات القانونيّة أو الاتفاقيّة للعمل بهدف المساومة في اليد العاملة يعدّ ممنوعاً"<sup>(15)</sup>.

أمام هذا اللبس في اقتصار المقاولّة الفرعيّة على التزوّد باليد العاملة وإمكانة الاتّجار فيها، نتساءل عن كيفيات إضفاء صفة المشروعيّة على هذا النوع من المقاولّة الفرعيّة وكذا التمييز ما بين المقاولّة الفرعيّة الحقيقيّة والاتّجار باليد العاملة، خاصّة بعد انتشار هذه الصّور غير المشروعّة للاستثمار في الشركات البتروليّة في الجنوب (16). في هذا المجال وضع المشرع الفرنسي شروط إضفاء مشروعيّة المقاولّة الفرعيّة. كما وضع الاجتهاد القضائي من جهته معايير للتمييز ما بين المقاولّة الفرعيّة الحقيقيّة والاتّجار باليد العاملة.

#### أولاً- شروط إضفاء المشروعيّة على المقاولّة الفرعيّة:

تتلخص هذه الشروط فيما يلي:

- ضرورة وجود عقد مكتوب ما بين المؤسسات والذي يجب أن يوضح سبب وضع أجراء المقاول الفرعي في خدمة المستعمل أي المقاول الأصلي، كأن يكون ذلك لضرورة التنفيذ المؤقت لبعض المهام التي تتطلب تخصصاً غير موجود عند المستعمل. أُنظرنا لانخفاض النشاط عند المقرض لليد العاملة مع حاجة المستعمل لها نظراً لتزايد النّشاط،

- تقاسم المسؤولية ما بين المؤسستين في تحديد من يتولى دفع الأجور ومن يحتفظ بالسلطة التأديبيّة. ومن المفروض أن يكون المقرض لليد العاملة هو المسؤول عن تحديد الأجر والتأديب أو عنهما معاً، إذا أردنا أن نتفادى كلّ الصّعوبات المتعلّقة بتحديد المستخدم، بما أنّ اليد العاملة تابعة أصلاً له. في حين يستفيد المستعمل من العمل، الذي يكون الرّئيس المباشر للأجراء الموجودين في أماكن عمل تنتمي للمؤسسة. وإن كان هذا الواقع يجعل من هذا الأخير مادام يتولى الرقابة والإشراف أولى بأن يتمتع بحق التأديب،

- غياب الربح لفائدة المقرض لليد العاملة<sup>(17)</sup>.

إنّ المقاولّة الفرعيّة بهذه الصّورة ينطبق عليها وضع الأخذ المشروع لليد العاملة إذ ما توافرت الشروط المذكورة أعلاه. وتأخذ وضع مقاولّة فرعيّة حقيقيّة كذلك إذا كان هذا التزوّد لليد العاملة صاحبته خدمات أخرى، كأن يكون ذلك مثلاً في حالة ما إذا كانت المعدات والتّوجيهات المقدمة من طرف المقاول الفرعي تتطلب مراقبتها في المكان نفسه الذي تمّ نقلها إليه، الأمر الذي يجبر المزوّد بأن ينتدب

أجراء لهذا الغرض. في حين ينطبق عليها مصطلح الاتجار باليد العاملة في حالة عدم احترام الشّروط وتبيّن هدف تحقيق الرّبح.

#### ثانياً- معايير التّمييز بين المقاولة الفرعية الحقيقية والاتجار باليد العاملة:

أمام هذا الوضع واحتمال وقوع المقاولة الفرعية في خطر الاتجار باليد العاملة، يذهب القضاء الفرنسي إلى ضرورة تفحص نوع العملية معتمدا في ذلك على حقيقة الوقائع التي يمكن أن تذهب إلى حدّ أن تجعل من المستعمل "المقاول الأصلي" المستخدم الحقيقي للأجراء.<sup>(18)</sup> وهذا استنادا على المعايير التالية:

- مسؤولية تنفيذ الأعمال: فالمتعهد الثانوي الحقيقي أي المقاول من الباطن يتحمل هذه المسؤولية في مراقبة العمليّات، الأمر الذي لا يقوم به المزوّد لليد العاملة.

- نظام العمال الأجراء: فأجراء المتعهد الثانوي الحقيقي يكون لهم نظام خاصّ، فهو أجراء موضوعين في إطار شروط العمل نفسها التي يستفيد منها أجراء المستعمل دون الاستفادة من الامتيازات نفسها ظاهرين بذلك أنهما موضوعان في الخدمة فقط.

- خصوصية النّشاط المقدم: فلا نكون بصدد أخذ غير مشروع لليد العاملة إذا كانت هذه الخدمات المقدّمة تختلف عن النّشاط العامّ للمؤسسة المستعملة المنفذ في إطار هذه العملية نظرا للقدرة المهنية على ذلك، وغير المتوافرة عند هذه الأخيرة. تبعا لذلك يكون هناك أخذ غير مشروع لليد العاملة، عندما لا يقدم المتعهد الثانوي إلاّ عمل أجراءه لكن دون أن يتولى تطهيرهم وفي غياب أي تنظيم أو كيفية للتنفيذ.<sup>(19)</sup> ومع ذلك فإنّ القانون لا يمنع من إمكانية التزود باليد العاملة بهدف تحقيق الربح، شريطة أن يتم ذلك في الإطار القانوني له في إطار ما يعرف بمؤسسات العمل المؤقت<sup>(20)</sup>.

بالنسبة للمشروع الجزائري وفي وجود خطّ رفيع يفصل ما بين الصّور المشروعة للمقاولة وإمكانة الاتجار باليد العاملة، نشير إلى ما تضمنه مشروع قانون العمل لسنة 2014. حيث تصنف المادّة 136 الفقرة 2 من مشروع قانون العمل الاتجار باليد العاملة على أنّه عمل غير مشروع، كما تمنع المادّة 141 الاتجار صراحة وتعرفه من خلال المادّة 140: "يعد اتجارا باليد العاملة كل عقد ينجز من طرف شخص طبيعي أو معنوي يتضمن توظيف اليد العاملة رغبة في وضعها تحت تصرف الغير بهدف تحقيق الربح الناتج من خلال الفارق ما بين المبلغ الذي يتقاضاه من طرف الغير والأجور المدفوعة لليد العاملة من طرفه. وفي إطار مكافحة الاتجار باليد العاملة، أشار مشروع قانون العمل إلى ما يلي:

- ضرورة تأسيس لجنة وطنية للوقاية ومحاربة العمل غير المشروع على مستوى الوزارة تعمل على إعداد تقرير سنوي توضّح من خلاله النّشاطات المتخذة للوقاية ضد العمل غير المشروع، كما تعمل على تقييمها وتقديمها لرئيس الجمهورية.

- تأسيس لجنة ولائية على المستوى المحليّ تعمل على برمجة وتنظيم وتنسيق الإجراءات اللازمة لمحاربة العمل غير المشروع ومتابعة المخالفات على مستوى المحاكم. كما يجب أن يعمل ضباط وضباط الشرطة وفي حدود صلاحياتهم على تسجيل الجرائم المتعلقة بالعمل غير المشروع والتي تمّ ضبطها من

طرف مفتشي العمل وعمال المراقبة المعتمدين من طرف هيئات الضمان الاجتماعي وموظفي إدارة الضرائب والجمارك. وفي حالة عرقلة نشاط المكلفين بالرقابة، يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وغرامة من 100.000 دج إلى 1.000.000 دج، وفي حالة العود تضاعف الغرامة. وطبقا للمادة 260 يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج وفي حالة العود تضاعف الغرامة وهذا في حالة مخالفة أحكام المادة 141 المتعلقة بالاتجار باليد العاملة<sup>(21)</sup>.

ما يمكن ملاحظته رغم هذه الأحكام هو غياب حلقة المقاولة الفرعية، لأنّه رغم تصنيف المشرع الاتجار باليد العاملة على أنّه عمل غير مشروع، إلا أنّ المقاولة قد تفتقر هي الأخرى إلى المشروعية إذا اقتصر على التزوّد باليد العاملة وكان ذلك بغرض تحقيق الربح. الأمر الذي يجب معه تجاوز أحكامها في هذه الحالة لتبني أحكام جديدة تتعلّق بالتزوّد باليد العاملة في الإطار المشروع لها "مؤسسات العمل المؤقت".

## المبحث الثاني

### النظام القانوني لأجراء المقاولة الفرعية

إنّ عمليات المقاولة الفرعية الحقيقية في تولي المقاول الفرعي (أو المتعهد الثانوي كما يعبر عنه المشرع الفرنسي) تنفيذ الخدمات التي تعهد إليه من طرف المقاول الأصلي (طالب تنفيذ الخدمة) من خلال عماله ومحلاته وبوسائل الإنتاج الخاصة به، تظهر كعمليات اقتصادية محضة تخص قانون الأعمال ولا تعني في شيء قانون العمل. إلا أنّ الخطر يبرز في حالة ما إذا قام المقاول الفرعي بتزويد طالب تنفيذ الخدمة بيد عاملة في الواقع تابعة له قانونا، ممّا يعطي لقانون العمل ذاته دورا في تنظيم المنافسة ما بين المتعاملين الاقتصاديين (المطلب الأول). وحماية أجراء المقاولة الفرعية بتحديد حقوقهم (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: انعكاسات المقاولة الفرعية على علاقات العمل

أمام خضوع العمال الدائمين لطالب تنفيذ الخدمة "المقاول الأصلي" والتابعين للمتعهّد الثانوي "المقاول من الباطن" لأنظمة قانونية مختلفة، وحتى إمكانية الاتجار في اليد العاملة. وأمام حقيقة العامل بوصفه إنسانا، يسعى الاجتهاد القضائي الفرنسي في المجال الاجتماعي إلى البحث عن الشخص الذي يتولى إعطاء التعليمات المرتبطة بالعمل والمسير الحقيقي للأجراء. هل المسير هو مؤسسة المقاولة الفرعية أي المقاول من الباطن، أو المؤسسة التي عهدت بتنفيذ الخدمات لمصلحتها وطالبت بتزويدها باليد العاملة. "المقاول الأصلي" والتأكد من الالتزام أو عدم الالتزام بتأدية خدمات حقيقية. وبحث عمّا إذا كان التزويد باليد العاملة ما هو إلا عملية ملحقّة بتأدية الخدمات؟ ففي الحالة التي لا تشكل فيها مؤسسة المقاولة الفرعية في الواقع إلا وسيطا ما بين العمال والمستعمل في حقيقة علاقة العمل، فأجراؤها يمكن اعتبارهم أجراء المؤسسة التي تتولى تسيرهم في الواقع<sup>(22)</sup>. تحليل هذا الوضع يتم عبر ثلاث نقاط:

- من جهة أنّ هذا التزويد باليد العاملة لم يتم في إطاره المشروع من خلال مؤسسات العمل

المؤقت،

- من جهة أخرى أنّ المزود باليد العاملة لا يقدم سوى عمل مستخدميه، لكن دون أي تأطير أو طريقة لتنفيذ العمل تدلّ على القدرة المهنية لهم. ممّا يكشف التّحاييل في اليد العاملة وظهور المقرض لليد العاملة كوسيط يحمله المسؤولية.

- في المقابل نجد أنّ المستعمل لليد العاملة يصبح المسير المباشر لها والذي ينفذ العمل لفائدته، حسب الإطار والكيفيات ووسائل الإنتاج المحددة من طرفه، الأمر الذي يسمح بوصف هذا الأخير بأنّه مستخدم، تأسيساً على رابطة التبعية كميّار. وهذا بوجود مجموعة من العناصر المشكلة لإطار تنظيم العمل في تحمل الربح والخسارة وملكيّة واختيار وسائل ومعدّات الإنتاج وكذا درجة الاستقلاليّة التي ينفذ العمل في إطارها. وهذا ما ذهب إليه الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسيّة في إحدى قراراتها من خلال الغرفة الجزائيّة لمجلس الاستئناف المؤرخ في 10 مارس 1998. هذا وتشير إلى أنّ واقع التبعية هنا لم يكن معياراً للحماية (في ثبوت العلاقة ما بين الأجراء والمستعمل، إنّما يكشف ذلك عن التّحاييل في اليد العاملة) الأمر الذي يجعلها تبعية غير مشروعة، ليس لعدم صحتها مظاهرها وإنّما نظراً لعدم ترتيب آثارها في تحمل كل الالتزامات المستخدم بالرغم من ظهوره كذلك<sup>(23)</sup>.

#### المطلب الثاني: حقوق أجراء المقاولة الفرعية

قبل التّطرق إلى حقوق أجراء المقاولة الفرعية نشير بداية إلى أنّه وأمام الانتشار المكثف لهذا الصنف من العمل غير النّمطي، ثم تبني اتفاقية دوليّة جديدة سنة 1997 حول "وكالات العمل الحرّ" بهدف تنمية فعاليّة أسواق العمل وحماية العمال الذين يتم اللجوء لخدماتهم في إطار المقاولة الفرعية. أكّدت هذه الاتفاقية على أنّ هذه الوكالات عندما تعمل في إطار حسن النية فإنّها تساهم في التّسيير الحسن لسوق العمل، على أن يتم تحديد الإطار الصّحيح للعلاقات المهنية. وهذا من خلال عدم تعسّف وكالات العمل بالعمال والتّمييز بينهم على أي أساس كان بما فيه السنّ والإعاقة وعدم التزويد بأستعمال عمالة الأطفال. والمساواة في الأجور ما بين عمال المنتدبين في إطار المقاولة وزملائهم. إلى جانب تحديد الإجراءات الواجب اتخاذها للوقاية من الحوادث المضرة بصحة العمال. ذلك أنّ اللّجوء للعمل في إطار مقاولات فرعية لا يعني نفي أو التّحاييل على حقوق العمال وعلى الالتزامات المفروضة على المستخدمين. لتصدر لاحقاً سنة 1998 توصية تضمنت أحكاماً أكثر تفصيلاً حول التشجيع على التفاوض الجماعي وحماية العمال المنتدبين في إطار عمليات المقاولة الفرعية على إقليم دولة أخرى. وقد تمّ من خلال هذه الاتفاقية مراجعة الاتفاقية رقم 96 الصادرة سنة 1949 حول مكاتب التشغيل والتي لم تكن تأخذ بعين الاعتبار الدور الفعّال لوكالات العمل الحرّ التي حققت رقم أعمال وصل إلى 80 مليار دولار سنة 1994 في الولايات المتحدة الأمريكيّة. وهي لا تحمي بصفة كافية العمال ضدّ التعسّفات والتطبيقات غير مشروعة للمقاولة الفرعية<sup>(24)</sup>.

### الفرع الأول: التزامات المقاول من الباطن اتجاه أجراءه

في هذا المجال وعندما تكون المقاولات الفرعية مشروعة، فإنها تقتضي ضرورة الأخذ بالتنظيم الذي يضمن حقوق وأمن الأجراء في تولي المقاول الفرعي أي المقاول من الباطن دفع الأجور وتحريك كشف الراتب وتحمل التكاليف الاجتماعية لعماله الذين تولي توظيفهم. ومع هذا الطرح ذهب مشروع قانون العمل في المادة 111 "يلتزم المقاول من الباطن بمراعاة كل أحكام هذا القانون سيما الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضمان الاجتماعي".

مع هذا الطرح ذهب المشرع المغربي في صياغة المادة 87 فقرة 1 من مدونة الشغل المغربية بنصها على أنه "يجب على كل مقاول من الباطن بصفته مشغلا، التقيد بجميع أحكام هذا قانون وبالخصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضمان الاجتماعي وحوادث الشغل والأمراض المهنية"<sup>(25)</sup>.

المشرع الفرنسي كان أكثر دقة ووضوحا، فإلى جانب التزام المقاول الفرعي بمسؤولياته اتجاه أجراءه، ألزم أيضا رئيس المؤسسة طالبا تنفيذ الخدمة اتجاه أجراء المقاول وفقا لما تضمنته المادة (L8232-1) من قانون العمل الفرنسي المؤرخ في 12 جويلية 1990 والتي تقضي بأنه "عندما يبرم رئيس مؤسسة عقد من أجل تنفيذ عمل أو تقديم خدمات مع مقاول يتولى هو ذاته توظيف اليد العاملة الضرورية، وعندما لا يملك هذا الأخير محلا تجاريا أو حرفيا، يكون رئيس المؤسسة مسؤولا اتجاه أجراء المقاول المستخدمين في مؤسسته بحيث يخضعون لنفس الأحكام التي يخضع لها أجراءه الخاصين وهذا في كل ما يتعلق بالعتل الإجبارية لفترة ما قبل الولادة وما بعدها-الفترات الخاصة بالرضاعة- مدة العمل والراحة والعتل مدفوعة الأجر - الصحة والأمن في العمل"<sup>(26)</sup>. وفي حالة تنفيذ الأعمال في مصانع أو محلات أو ورشات، تختلف عن محلات رئيس المؤسسة، يلتزم المقاول في هذه الأماكن بإلصاق اسم وعنوان الشخص الذي تم تنفيذ العمل لمصلحته"<sup>(27)</sup>.

ليكون بذلك قد ألزم رئيس المؤسسة "المقاول الأصلي" تجاه أجراء لم يتولى توظيفهم لكنّه استفاد من قوّة عملهم أو خدماتهم، بل ألزمه القانون بان يساوي بينهم وبين أجراءه الخاصين، حماية لهم من المضاربة في اليد العاملة، ولأسيما في حالة عدم امتلاك مستخدمهم الأصلي لمحل تجاري. على أساس أنهم أنجزوا هذه الأعمال في مؤسسته، وإن ظلوا تابعين في الواقع للمقاول الفرعي، ليس على أساس التبعية في تولي الرقابة والإشراف ولكن اعتمادا على أن تنفيذ العمل وإن تم في مكان آخر إلا أن مستخدمهم الحقيقي "المقاول الفرعي" هو من حدده إلى جانب تحديده لتوقيت العمل وهذا ما يشكل مؤشرا لإطار تنظيم العمل كمفهوم جديد للتبعية وفقا لما اقره التشريع الفرنسي "...إن العمل على مستوى مرفق منظم يشكل مظهرا لعلاقة التبعية عندما يتولى المستخدم تحديد شروط تنفيذ العمل بمفرده"<sup>(28)</sup>.

### الفرع الثاني: حقوق أجراء المقاول من الباطن اتجاه المقاول الأصلي.

ذهب المشرع الفرنسي إلى تأسيس مسؤولية المقاول الأصلي "رئيس المؤسسة، وهذا بتوافر شرطين: الأول هو حالة إفلاس المقاول الفرعي وعجزه عن تنفيذ التزاماته والثاني هو تنفيذ العمل أو تقديم الخدمات في مؤسسة أو أماكن عمل تابعة لرئيس المؤسسة (طالبية تنفيذ الخدمة). في هذه الحالة، يحل هذا الأخير

محل المقاول من الباطن فيما يتعلق بالأجراء الذين استخدمهم في كل ما يخصّ دفع الأجور والعطل مدفوعة الأجر والالتزامات المترتبة عن التأمينات الاجتماعية وحوادث العمل والأمراض المهنية والمنح العائلية<sup>(29)</sup>.

أما إذا تم تنفيذ العمل في منشأة أخرى لا تنتهي المؤسسة رئيس مؤسسة أو من طرف عمال يشتغلون في المنزل، يحل رئيس المؤسسة محل المقاول من الباطن فقط في ما يخصّ دفع الأجور والعطل ودفع الاداءات العائلية والدفع الثاني لاشتراكات الضمان الاجتماعي طبقا للمادة (2-8232L)، وزيادة في الحماية، حول المشرع الفرنسي في كلتا الحالتين للمقاول الفرعي والأجير المتضرر ولأجهزة الضمان الاجتماعي والمنح العائلية وصندوق العطل مدفوعة الأجر الحق في رفع دعوى مباشرة ضد رئيس المؤسسة الذي أنجز العمل لمصلحته طبقا للمادة 3-8232L<sup>(30)</sup>. ومع هذا الطرح ذهب الاجتهاد القضائي حيث أكدت الدوائر المجتمعة لحكمة النقض الفرنسية على أنه عندما تظهر مؤسسة المقاولة الفرعية مجرد واجهة يعتبر طالب تنفيذ الخدمة أي رئيس المؤسسة هو المستخدم الحقيقي أو المستخدم الأصلي كما ذهب إلى وصفه بذلك الفقيه "دومينك جولييان" ويلتزم بدفع الاشتراكات الاجتماعية<sup>(31)</sup>.

هذا أيضا ما تبناه المشرع التونسي من خلال المادة 28 من قانون العمل سنة 1996 حيث أكد على ضرورة تحميل رئيس المؤسسة الذي تم تزويده باليد العاملة المسؤولية حيث يحل محلّ المقاول في حالة عجزه عن دفع الأجور وجبر حوادث العمل والأمراض المهنية وتكاليف الحياطة الاجتماعية. إنّما يشترط أن يكون تنفيذ الخدمات تم في مؤسساته أو تواجها. أمّا فيما يخصّ مسؤوليّة المؤسسات المستفيدة من خدمات عمال المقاولة، فقد أكدت المادة 29 على أنه: "رئيس المؤسسة يكون مسؤولا عن مراعاة جميع النصوص القانونية المتعلقة بشروط العمل وحفظ الصحة والأمن والعمل الليلي وخدمة النساء والأطفال والراحة الأسبوعية وأيام الأعياد بمناسبة العمل في مؤسساته ومخازنه أو حظائره بالنسبة لعمال المقاول الثانوي كما لو كانوا عماله هونفسه ومستخدميه بنفس الشروط"<sup>(32)</sup>.

المشرع الجزائري ومن خلال المادة 112 من مشروع قانون العمل اكتفى بشرط الإعسار بغض النظر عن المكان الذي تم فيه تنفيذ العمل لتقرير مسؤولية المقاول الأصلي فيما يتعلق بدفع أجور العمال، العطل مدفوعة الأجر، التعويضات المرتبطة بحوادث العمل والأمراض المهنية وكذا اشتراكات الضمان الاجتماعي<sup>(33)</sup>. على أن يلتزم المقاول الفرعي وعند تنفيذ الأشغال في أماكن عمل لا تنتهي المؤسسة المقاول الأصلي الذي عهد إليه إتمام العمل، بعرض في كل مكان عمل ملصقة تتضمن اسم وعنوان صاحب العمل المنجز" وهذا طبقا للمادة 115.

أمّا بالنسبة للمشرع المغربي توسّع في تحديد شروط قيام مسؤولية المقاول الأصلي في تحمل نفس الالتزامات إلى جانب التعويضات الناجمة عن التسريح التعسفي وهذا باشتراطه إلى جانب إثبات إعسار المقاول من الباطن شرط إخطاره من طرف الأجراء، أو السلطة الإدارية المحلية، أو العون المكلف بتفتيش الشغل بعدم أداء المقاول من الباطن أجور أجراءه<sup>(34)</sup>، إلى جانب شرط أن لا يكون هذا الأخير مقيدا

بالسجل التجاري ولا منخرطا في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وهذا سواء أنجزت الأشغال في مؤسسات المقاول الأصلي أو ملحقاتها أو في مؤسسات أو ملحقات ليست ملكا له أو إذا أنجزها إجراء يعملون بمنزلهم. كما أجاز المشرع المغربي لكل من صندوق الضمان الاجتماعي أو عمال المقاول من الباطن المتضررين إقامة دعوى قضائية ضد المقاول الأصلي الذي أنجز العمل لحسابه قصد استخلاص الاشتراكات الواجب أدائها إلى الصندوق وتسديد التعويضات للعمال<sup>(35)</sup>.

هذا أيضا ما تضمنه مشروع قانون العمل الجزائري في المادة 113 والتي تنصّ على أنه " في حالة إفسار المقاول الفرعي، يكون للعمال المتضررين وصندوق الضمان الاجتماعي الحقّ في رفع دعوى ضد المقاول الأصلي المستفيد من الأعمال المنجزة".

في مجال النظافة والأمن، يلتزم كل من رئيس المؤسسة طالبة تنفيذ الخدمة أي المستعملة وكذا رئيس المؤسسة مقدمة الخدمة باحترام الأحكام الخاصة بالوقاية من المخاطر بصفة سابقة على تنفيذ العملية. وذلك بأن يتولى كل من رؤساء المؤسسات بمراقبة مشتركة تخص أماكن العمل والتجهيزات والمعدات. كما يلتزموا بإعلام الأجراء قبل بدأ العمليّة بقائمة المخاطر المحتملة وتدابير الحماية الواجب اتخاذها. إلى جانب إلزام رئيس المؤسسة المستعملة باحترام القواعد المحددة طيلة مدة المهمة من خلال اجتماعات منظمة<sup>(36)</sup>.

بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرغم من أنه لم ينظم أحكام التعاقد الفرعي في مقابولة البناء من خلال القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، إلا أنه ومع انتشار مقاولات البناء، ألزم من خلال المرسوم التنفيذي رقم 05-12 المتعلق بالتدابير الخاصة بالوقاية الصحيّة والأمن المطبقة في قطاعات البناء والأشغال العموميّة والري، باتخاذ تدابير الوقاية الصحيّة والأمن في كل هيئة مستخدمة تابعة لقطاعات البناء والأشغال العموميّة والريّ والنشاطات الملحقة بها التي يقوم فيها العمال، ولوبصفة عرضيّة، لا سيما بأشغال الدّراسة والبناء والتّركيب والهدم والصيانة والتّرميم والتّنظيف<sup>(37)</sup>.

وعليه، يلتزم المقاول الأصلي بتوفير جميع وسائل السلامة والصحة المهنيّة في أماكن العمل بما يضمن الوقاية من مخاطر العمل وأضراره، كما يلتزم المقاول الفرعي في حالة تشغيله لعمّال من أجل تنفيذ العمل المتفق عليه بأن يعمل على تنظيم مصلحة طبيّة بورشة العمل، وأن يضمن توفر وسائل الإسعافات وتقديم العلاج اللازم عند وقوع حادث عمل<sup>(38)</sup>. كما ألزم المشرع كلّ المؤسسات المدعوة للعمل في إحدى الورشات أن تقدم لصاحب المشروع مخطّطا للوقاية الصحيّة والأمن، وهو عبارة عن وثيقة تبين بطريقة تفصيليّة كلّ الأشغال التي تنجزها المؤسسة على أن يعرض على ممثلي العمّال وأطباء العمل في المؤسسات المعنية قصد إبداء الرّأي فيه. وفي حالة وجود عدّة مقاولات في الورشة نفسها يجب أن ينظم تنسيق في مجال الوقاية الصحية والأمن، سواء أثناء تصور المشروع ودراسته، أو خلال مرحلة الإنجاز، وذلك من أجل تفادي الأخطار الناجمة عن تداخلاته<sup>(39)</sup>.

بالنسبة لتشريع ابوظبي، كان أكثر صرامة في تحديد التزامات الطرفين بتأكيده على أنه: يكون المقاول الأصلي أو المقاول من الباطن المسؤول حسب الأحوال وحده عن علاقة العمل بينه وبين عماله

القائمين بالعمل في موقع صاحب المشروع أو المقاول الأصلي من حيث استصدار شهادات عملهم وتبقيتهم القانونية له ودفع أجورهم والإشراف على عملهم وحمايتهم من إصابات العمل والأمراض المهنية وتعويضهم عن ذلك ومنحهم إجازاتهم السنوية أو الرسمية ومكافأة نهاية خدماتهم وبصفة عامة جميع الالتزامات المحددة في قانون العمل و عقود العمل الموقعة بين الطرفين دون أن يمتد ذلك لمسؤولية صاحب المشروع. وفي حالة إسناد المقاول الأصلي كافة الأعمال لمقاول من الباطن فإنه يحظر على الأول التّقدم بطلب تصاريح عمل لعمال بقصد العمل في المقاول. وفي حالة إسناده جزء من الأعمال فإن الحظر يمتد إلى عدم طلب تصاريح عمل لعمال للأعمال التي تم إسنادها. كما أنه لا يجوز لأي شخص أن يمارس تأجير العمالة ولا يعتبر مثل ذلك التأجير محلا مشروعا للمقاول أو المقاول من الباطن. وللوزارة أن تتأكد من حجم العمالة المطلوبة في مواقع العمل. ومن نشاط المقاول الأصلي أو نشاط المقاول من الباطن زيارة مواقع العمل خلال مدة التنفيذ للتأكد من صحة تنفيذ العقد والتثبت من القيام بوضع لوحات باسم أطراف العقد على موقع التنفيذ توضح صفة كل منهم. وهذا تحت طائلة العقوبات المقررة<sup>(40)</sup>.

بناءً على الدراسة المقارنة لكل من التشريع الجزائري إلى جانب كل من التشريع المغربي والتونسي وتشريع أوظيفي والفرنسي، يتضح هدف السياسة التشريعية لهذه الأخيرة في منع المضاربة في اليد العاملة واعتماد تقنية تقاسم التسيير والاستعمال لليد العاملة كستار للتهرب من الالتزامات اتجاه اليد العاملة باعتبارها تكاليف زائدة الأمر الذي يتعارض والتنافس حول مضاعفة الإنتاج بأقل التكاليف. وإن كنا اعتمدنا بالنسبة للمشروع الجزائري على مجرد مشروع قانون لم يتم تفعيله منذ سنة 2014 في ظل الغياب الكلي لتنظيم أحكام المقاول بالرغم مما يترتب عنها من آثار اجتماعية سلبية، هذا إذا ما قارناه بنظرائه، ولاسيما المشروع الفرنسي الذي كان دقيقا في تحديد مسؤولية كل من الطرفين، وقد دعمه في ذلك الاجتهاد القضائي في وضع معايير وضوابط للفصل ما بينها وبين الإتجار باليد العاملة. بل تعدى أحكام المقاول إلى تقنيات أخرى تضيي المشروعية على التزود باليد العاملة وهذا في إطار مؤسسات العمل المؤقت وتجمع المستخدمين للتزود باليد العاملة لكن في إطارها المشروع، معتمدا في التقنيات الثلاثة على تبني مفهوم جديد للتبعية<sup>(41)</sup> لتأسيس مسؤولية كل طرف. ناهيك عن تشريع أوظيفي الذي يجعل من المقاول تقنية داعمة لتنمية في بعديها الاقتصادي والاجتماعي. وهذا ما يدفعنا لنعقب عن نص المادة 114 من المشروع والتي وردت فضفاضة تفتقر إلى أدنى معيار لتقسيم المسؤوليات وحدودها حيث نصّت على أن "المقاول الفرعي والمقاول الأصلي ملزمون بالأحكام التشريعية المرتبطة خاصة بظروف العمل، عمل النساء، والأطفال، العمل الليلي، والصحة والأمن في العمل والضمان الاجتماعي"، بخلاف المشروع التونسي مثلا، والذي حمل مسؤولية ذلك لرئيس المؤسسة لمجرد أنّ العمل ينفذ في أماكن عمل تابعة لمؤسسته من خلال المادة 28.

## الخاتمة:

رغم ما للمقاولات الفرعية من دور في التنمية الاقتصادية والتنظيم الحسن لسير سوق العمل، إلا أنّها مع ذلك، يمكن أن تنعكس سلبا على التنمية الاقتصادية ذاتها إذا ما اقتصر على التزوّد باليد العاملة بهدف تحقيق الربح لكونها ستشكل منافسة غير مشروعة، فضلا عن إعاقة التنمية الاجتماعية لما يترتب عنها من هضم لحقوق العمال في حالة عدم ضبط تطبيقاتها بنصوص صارمة، وهو الوضع في الجزائر. فرغم اعتماد الحكومة على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بوصفها عاملا لتعزيز العمل اللائق لما لها من دور في تحويل الباحثين عن العمل لمستحدثين لفرص العمل وتحقيق التكامل الاقتصادي مع المؤسسات الكبرى في إطار المقاولات. ورغم الآفاق نحو تنفيذ برنامج تنمية الطاقات المتجددة والنجاعة الطاقوية من خلال وضع شبكة المناولة الوطنية لتغطية مجمل قطاعات النشاط، وبخاصة البناء والصناعة والنقل<sup>(42)</sup>، ورغم مخاطرها في إمكانية الاتجار باليد العاملة، إلا أنّها لم تنظم لها أحكاما في المجال الاجتماعي أو على الأقل تفعيل ما نظّمته من أحكام في إطار مشروع قانون العمل وإن كانت هذه الأخيرة لا تحول كليا دون إمكانية المضاربة في اليد العاملة مقارنة مع التشريع المغربي الذي تعدى أحكامها لتنظيم تقنية أخرى أكثر ضمانا ومشروعية للتزوّد باليد العاملة وهذا في إطار مؤسسات العمل المؤقت<sup>(43)</sup>، ومثلما هو الوضع عند المشرع الفرنسي والذي تجاوز تقنية مؤسسات العمل المؤقت لعدم خلوها من السلبيات، لينظم أحكاما أخرى في إطار ما يعرف بتجمع المستخدمين للتزوّد باليد العاملة. ناهيك عن تشريع ابوظبي والذي يعتبر أكثر دقة من حيث تفعيل المقاولات وفرض الرقابة والمسائلة.

بناءً على ما تقدم، يتعين على المشرع الجزائري تفعيل الأحكام الواردة في مشروع قانون العمل والعمل على تدعيمها من خلال اشتراط حصول كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على رخصة لمزاولة الأنشطة محل المقاولات. والتّصديق على عقد المقاولات من طرف مفتشية العمل التي يقع في دائرة اختصاصها المشروع المتعاقد على تنفيذه. إلى جانب اعتبار من قبيل الإتجار اقتصار المقاولات على التزوّد باليد العاملة لاستهداف الربح دون أن يصطحب ذلك بتأدية خدمات. وتبني أحكام التزوّد باليد العاملة في إطار مؤسسات العمل المؤقت. وهذا لتعزيز العمل اللائق للجميع، والذي يعتبر أهم محركات التنمية المستدامة ومتطلبات العدالة الاجتماعية.

## الهوامش:

- (1) Younes Ghajati, Flexibilité de l'emploi et droit du travail, 2013, p44 et 45.
- (2) Les nouvelles formes d'organisation du travail, quelles flexibilités, Animation nationale et européenne des projets ADAPT et objectif 4 avril 1999, ouvrage collectif, publication réalisée avec le soutien du Fonds sociale européenne, janvier 2000 , p 13 et 9.
- (3) L. 8232-1 , Code du travail ,droit org,institut français d'information juridique , Edition 23/02/2019,p 771 .et Jean Marc Beraud, Manuel de droit de travail et de droit social PFCP 199, p139.
- (4) Dominique Julien et Catherine Girodroux, Lamy Social droit du travail, paris 1995, p127§319.
- (5) وهذا حسب التصريح الذي أدلى به المدير الوطني لسونلغاز لجريدة Algérie actualité رقم 1155 بتاريخ 1987/12/03.
- (6) الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2007 جريدة الرسمية عدد 44. 23 يوليو 2005، ص 990 .
- (7) المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر. 20 سبتمبر 2015، العدد 50، ص 3.
- (8) القانون رقم 01-18 مؤرخ في 12 ديسمبر 2001 متضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية العدد 77، مؤرخة في 15 ديسمبر 2001.
- (9) المادة 110 من مشروع قانون العمل الصادر في جويلية 2014.
- (10) المادة 86 من القانون رقم 65.99، المتعلق بمدونة الشغل المغربية المنشور في ج. ر في 8 ديسمبر 2003.
- (11) القرار الوزاري بشأن عقود المقاومات والتعاقد من الباطن، أوظيفي، الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2002.
- (12) Jean Marc Beraud, op.cit, p 139 et Dominique Jullien et Catherine Girodroux, op.cit 127 § 319.
- (13) Marion Del Sol, L'activité Salariee aujourd'hui et demain. Le droit en question, ellipses, édition marketing, S.A, 1998. p 103 et 107.
- (14) عبد الواحد كرم، قانون العمل في التشريع الأردني، دار الثقافة عمان الأردن ، الطبعة الأولى 1998، ص 73
- (15) L. 8231-1, Code du travail français ,op.cit,p 771.
- (16) تشكل هذه التطبيقات للمقاولة الفرعية القاصرة على تأجير اليد العاملة منافسة غير مشروعة. ويرى الأستاذ عقاش ضرورة تدخل الدولة في هذا المجال لإنشاء مرفق عام للشغل الحديث والفعال وإنشاء مفتشيات عمل عامة ومتخصصة. لكن نرى قبل ذلك ضرورة تدخل تشريعات العمل لتنظيم عمليات المقاولة الفرعية لليد العاملة ضمانا لحماية الأجراء على مستواها. على غرار المشرع الفرنسي والتشريع التونسي وإن كان هذا الأخير تبنى أحكاما غير كافية لتغطية هذا النموذج من العمل والذي يصنف في دائرة الأعمال غير نمطية.
- V- Ahmed Akkache, l'accord d'association avec l'union européenne et ses effets sur les relations de travail, Revue Algérienne du travail N° 28/2002, institut National du travail 2002, p 39.
- (17) Dominique Jullien et Catherine Girodroux, op.cit 130 § 323.et Akkache.l'accord d'association avec l'union européenne et ses effets sur les relations de travail. Revue Algérienne du travail. 2002 p 39.
- (18) Jean Maurice Verdier, Mémentos droit du travail, 20 éditions, 2003, p234.
- (19) Gérard Couturier, Droit du travail, relations collectives de travail, PUF, ère édition 1991- p104.
- (20) نشير هنا إلى الفرق بين عمليات المقاولة الفرعية لليد العاملة ومؤسسات العمل المؤقت، يشتركان من حيث قيام كل منهما على علاقة عمل ثلاثية الأطراف تقوم على اجتذاب اجراء تم توظيفهم من طرف الغير رغبة في التحرر من تكاليف اليد العاملة، يختلفان من حيث ان عمليات المقاولة الفرعية إذا اقتضت صورتها على التزود باليد العاملة، فيجب ان لا يكون بهدف تحقيق الربح، بل لا بد ان يصطبج ذلك بتأدية خدمات أخرى. اما إذا كان بهدف تحقيق الربح فيجب ان يتم في الإطار القانوني له مؤسسات العمل المؤقت.
- انظر، ماموني فاطمة الزهرة، رسالة ماجستير بعنوان العامل والمؤسسة الاقتصادية محاولة لتحديد عنصر التبعية، كلية الحقوق، جامعة وهران 2003-2004، ص 75.
- (21) انظر، المواد 145 و150 والمادة 155 والمادة 261، 260 من مشروع قانون العمل الصادر في جويلية 2014، المرجع السابق.
- (22) Jean Marc Beraud, op.cit, p140.

(23) أنظر، ماموني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص73.

(24) Débats sur les droits des travailleurs. Le travail en sous-traitance et les PME. Conférence internationale du travail. Le dossier économique. Travail.1997. p.17et18.

(25) أنظر، 87، فقرة 1 من مدونة الشغل المغربية، ج رقم 5167 الصادرة في 08 ديسمبر 2003.

(26) article L8232-1, (L -125-2) code du travail, op.cit, p 771.

(27) article D 8232-1, (D -125-2) code du travail, op.cit., p 2010.

(28) Article 120-3 de la loi Madelin daté 11/02/1994 et modifié par la loi Aubrey2 datée 01/01/2000 relative à la réduction du temps de travail, et.10 ص ماموني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 10.

(29) article L8232-2, op.cit, p 772. Et Jean Marc Beraud, op.cit., p 140 et Dominique Jullien et Catherine Girodroux, op.cit., p 124 § 313.

(30) article L8232-2 et L8232-3,(L 125-2 , et L 125-3 ) , op.cit, p 772.

(31) Soc, 21 janvier 1987, Bull.civ.V n 41, code du travail, Dalloz, 70 édition, p 1206.

(32) أنظر، المادة 28 و29 من قانون عدد 27 لسنة 1966 مؤرخ في 30 أفريل 1966 يتعلق بإصدار مجلة الشغل. ومحمد صالح الشطي، الأنماط الجديدة للعمل، مجلة القضاء والتشريع، العدد الرابع، المركز الدراسات القانونية والقضائية، افريل 2005. ص 63 و64 و72.

(33) أنظر، المادة 112 من مشروع قانون العمل " تقوم مسؤولية المقاول الأصلي في حالة إعسار المقاول الفرعي، خاصة فيما يتعلق بدفع أجور العمال، العطل مدفوعة الأجر، التعويضات المرتبطة بحوادث العمل والأمراض المهنية وكذا اشتراكات الضمان الاجتماعي.

(34) المادة 91 من مدونة الشغل المغربية: " لا يسأل المقاول الأصلي عن اداء اجور اجراء المقاول من الباطن الا إذا وجه اليه هؤلاء الاجراء والسلطة الادارية المحلية اوالاعون المكلف بالتفتيش خلال الستين يوما الموالية لتاريخ استحقاق الاجور، التي لم تؤد عن الشهر الاخير اوالخمسة عشر يوما الاخير، اشعارا يخطره بعدم اداء المقاول من الباطن اجور اجرائه. وقد دعم ذلك الاجتهاد القضائي المغربي، تطبيقا لمقتضيات المادة 89 و91 من مدونة الشغل، القرار عدد 1860 الصادر بتاريخ 01 أكتوبر 2015 في الملف الاجتماعي عدد 2013/1/5/2026.

(35) المادة 89 و90 من مدونة الشغل المغربية، المرجع السابق.

(36) Dominique Julien et Catherine Girodroux, Op. Cit, p 132§ 326.

(37) المادة 1، 2 و3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-12 المؤرخ في 8 يناير 2005 المتعلق بالتدابير الخاصة الوقاية الصحية والأمن المطبقة في قطاعات البناء والأشغال العمومية والري، ج. ر. 9 يناير 2005، العدد 4، ص 29. وقد وردت المادتان تطبيقا لأحكام المادة 45-2 من القانون رقم 88-07 المؤرخ في 7 جمادى الثانية عام 88 الموافق 26 يناير سنة 1988.

(38) المادة 12 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر رقم، 05-12: يلزم المستخدمون بالسهر على توفير وسائل الإسعافات الأولية والمستخدمون المكونين لهذا الغرض، ويجب اتخاذ تدابير لضمان نقل العمال ضحايا حادث عمل أو مرض مفاجئ لتلقي العلاج الطبي".

(39) طبقا المادة 8 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 05-12، السالف الذكر، كما تنص المادة 9 على ما يلي: "مخطط الوقاية الصحية والأمن وثيقة تبين، بصورة مفصلة، بالنسبة إلى كل الأشغال التي تنجزها المؤسسة: مباشرة أو عن طريق المناولة ما يأتي:

- التدابير المقررة في طور تصور المشروع أو في مختلف مراحل تنفيذه لضمان أمن العمال بالنظر إلى تقنيات البناء المستخدمة وإلى تنظيم الورشة - التدابير المقررة لضمان الإسعافات الأولية للمتعرضين إلى الحوادث وللمرضى. - التدابير المقررة لضمان الوقاية الصحية في أماكن العمل وفي الأماكن المخصصة للعمال".

(40) القرار الوزاري بشأن عقود المقاولات والتعاقد من الباطن، ابوظبي، الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2002.

(41) ماموني فاطمة الزهرة، المرجع السابق.

(42) انظر، وزارة الطاقة، برنامج تطوير الطاقات المتجددة والنجاعة الطاقوية، جانفي 2016.

(43) عن الفرق بين عمليات المقاول الفرعية مؤسسات العمل المؤقت في إطار التزود باليد العاملة، انظر ماموني فاطمة الزهرة، المرجع

السابق، 76.