

**Les immigrés subsahariens en situation illégale à la quête d'un emploi:
Le droit du travail questionné**

**Illegal Sub-Saharan Immigrants Seeking Employment:
Questioning Labor Law**

Leila Borsali Hamdan¹

Professeur- Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Université Oran2- Mohammed Ben Ahmed- Alger
Email. : hamd31@yahoo.fr

Received 2021-11-07

Accepted: 2021-11-10

Résumé:

Les immigrés subsahariens en situation illégale à la quête d'un emploi : le droit du travail questionné.

Dans cette étude le droit du travail est questionné sur la situation illégale des immigrés subsahariens à la quête d'un emploi. Si la loi de 1981 régit les conditions de travail des étrangers en situation régulière, celle de 2008 renforce les sanctions à l'encontre des personnes qui s'inscrivent en marge de la légalité, en particulier les travailleurs étrangers clandestins. Face à la courbe ascendante des rapports d'emploi dissimulés, il est permis de s'interroger sur le silence du législateur relativement à la question du statut de l'emploi du travailleur immigré clandestin. Il s'agit d'analyser les influences engendrées par l'embauche illégale sur le droit ordonnateur des relations de travail et d'évaluer son impact sur les valeurs prônées par le droit du travail.

Mots clés : Droit du travail – immigrés subsahariens – situation illégale – emploi – statut. Valeurs sociales.

¹ Leila Borsali Hamdan, Professeur- Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Oran2- Mohammed Ben Ahmed- Alger ; Email.: hamd31@yahoo.fr

Abstract:

In this study, labor law is questioned on the illegal situation of subsaharan immigrants seeking employment. While the 1981 law regulates the labour conditions of leglly resident foreigners, the 2008 law strengthens sanctions against those illegaly registering, especially illegal foreign workers. Facing the rising curve of hidden employment relationships, it is allowable to wonder about the silence of the legislator on the question of the employment status of the illegal immigrant employee. The aim is to analyze the influences generated by illegal hiring on the authorizing laborlaw relations and to assess its impact on the values advocated by labor law.

Keywords: labor law – sub-saharan immigrants -- illegal situation – employment—status.

1. Introduction:

Le marché du travail algérien, encadré par l'ensemble législatif qui institue la libéralisation et exprime le mécanisme de l'offre et de la demande, est segmenté en deux espaces : le premier circonscrit par les règles de l'ordre public économique et social, dans le second désigné communément « informel » parfois « parallèle, noir, souterrain... » se nouent les relations de travail des chômeurs algériens non déclarées par l'employeur à la sécurité sociale². S'y ajoutent les rapports d'emploi conclus avec les subsahariens et dont l'objet constitue en général des travaux pénibles (BTP, agriculture...) boudés par les algériens³.

² M. N.-E. Koriche, « La part du droit dans la formalisation du droit en Algérie : une diversité de mesures sans stratégie claire », Revue de droit comparé du travail et de sécurité sociale, Bordeaux, n° 3/2017, pp. 87-88, également in La Revue : Regards sur Droit social n° 11, 2021.

³ Outre les efforts entrepris pour réguler le marché du travail, l'existence du chômage des jeunes a incité les pouvoirs publics à instaurer des mesures d'accompagnement sous

Institués depuis la libéralisation des échanges en 1989 par périodes successives et dans la perspective d'une économie mondialisée, les principes constitutionnels promeuvent l'exercice réel des fonctions du marché du travail : loyauté des échanges, régularité, libre concurrence...⁴essentielles à la dynamique des rapports économiques et inhérentes à ce marché. De même, sont encadrées par la loi n° 90-11 les relations de travail individuelles et collectives qui se concluent au sein des entreprises⁵. Le droit du travail considéré comme une législation de protection⁶ des statuts professionnels des travailleurs contribue à assoir une stabilité et une assurance sociale à travers la relation de travail à durée indéterminée. Celle-ci est régie dans une relation subordonnée, le travailleur exécute une tâche pour le compte d'un employeur, personne physique ou morale, en contrepartie d'une rémunération.

La quête d'un emploi par l'immigré subsaharien est ponctuée par des actions illicites d'abord à l'arrivée au pays d'accueil⁷ pour s'infiltrer ensuite dans le marché du travail ou tout au moins pénétrer la périphérie et s'inscrire dans un rapport d'emploi non déclaré, ni autorisé par les services administratifs, serait-il de très courte durée, ou au contraire pour un temps plus long⁸. Les subsahariens sont animés par le désir de réunir

formes d'aides, pesant sur l'offre et la demande pour absorber leur inactivité (par exemple dispositif d'aide à l'insertion professionnelle et formation) dans l'attente d'un emploi décent.

⁴ Constitution de 1989 puis celle de 1996 instituant la liberté de commerce.

⁵ Loi n° 90/11 du 21/4/1990, modifiée et complétée, relative aux relations de travail. J.O.R.A n°17.1990 – rectificatif J.O.R.A n°38. 1990.

⁶ Le droit du travail a depuis l'indépendance à ce jour, constitué en Algérie l'instrument de la paix sociale.

⁷ Par exemple franchir de manière détournée les frontières du territoire algérien.

⁸ Le temps importe peu : le temps d'un feu rouge (lavage de vitres de voiture), le temps d'un chantier en BTP.

« un pécule » pour payer le transport vers une nouvelle destinée. Seuls ces derniers sont concernés par cette étude.

L'immigration de par son évolution historique s'est métamorphosée, de la simple liberté de circuler résultant d'un droit fondamental de l'homme et traduisant le désir d'un changement de lieu de destination⁹, elle est fondée aujourd'hui sur des motivations de survie alors même que la quête de l'emploi constitue une constante invariable.

Depuis plus d'une décennie, des vagues de migrants subsahariens¹⁰ s'introduisent au Maghreb en infraction aux dispositions légales réglementant l'entrée, le séjour et la circulation dans le pays d'accueil dont l'Algérie¹¹, étant entendu que la destination finale reste l'Europe. Ici, la question de la migration est réglementée selon les intérêts économiques des pays de destination. Demandeurs d'une main d'œuvre peu coûteuse, leur politique évolue dans deux directions contradictoires. L'objectif économique commande une législation accueillante à l'égard des migrants illégaux, les mig

⁹ Aujourd'hui, elle est fondée sur des motivations bien plus sérieuses : les conflits armés perpétuels, le réchauffement climatique, la rareté de l'eau, pour ne citer que les raisons les plus importantes, ont bouleversé le visage de l'immigration subsaharienne : d'un mirage mu par le « mieux vivre » elle s'oriente vers la recherche d'une survie dans un abri sécurisé.

¹⁰ Le terme migrant signifie tout autant l'immigré qui séjourne dans un pays étranger, pour y trouver un emploi

¹¹ Y. Tamlali « Les migrations subsahariennes dans la presse quotidienne algérienne », *Confluences Méditerranéennes* n°87, 2013/4, pp.149-162. Mis en ligne sur Cairn.info le 09/01/2014 - <https://doi.org/10.3917/come.087.0149>

Plus récemment, la presse fait état de « vagues de migrants » entrant quotidiennement en Algérie, alors même que nous ne disposons pas de statistiques officielles. Notons qu'entre les pays du Maghreb, la libre circulation des personnes est consacrée par le traité fondateur de l'Union du Maghreb Arabe (UMA) signé en 1989 et qui stipule en son article 2 que «...les pays du Maghreb œuvreront progressivement à réaliser entre eux la libre circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux ». Malgré les turbulences diplomatiques entre le Maroc et l'Algérie, la libre circulation des personnes n'est officiellement pas affectée.

rants « inutiles »¹² sont élus pour le refoulement. Néanmoins, devant l'arrivée en continu de migrants tous azimuts en situation illégale¹³ et ne pouvant les accueillir dans leur totalité, des lois d'ajustement sont adoptées en Europe et au Canada. Elles apportent quelques améliorations en ce sens que la situation illégale n'est pas forcément synonyme de négation de droits attachés à l'emploi¹⁴. En effet, si l'immigré en situation illégale, souffre de l'absence d'un statut constitutionnel impliquant la garantie de ses droits et de ses libertés, la réglementation dans ces pays reconnaît l'exercice de certains droits fondamentaux, le droit au salaire notamment.

Dans le contexte algérien, la migration subsaharienne s'est imposée de manière impromptue, presque brutale. De par le principe international de la réciprocité, la loi sur les conditions d'entrée et de séjour est ajustée aux normes internationales. La législation sur les conditions de travail des étrangers actuellement en vigueur est difficilement applicable pour une migration de transit. Adoptée dès les premières années de l'indépendance, elle est applicable aux travailleurs étrangers entrant régulièrement en Algérie. Il s'agit d'une main d'œuvre étrangère qualifiée engagée pour répondre à des besoins nationaux déterminés, économiques et technologiques entre autres. Cette législation assure à l'étranger un statut qui implique un ensemble de droits et d'obligations s'imposant aux parties tout en promouvant la carrière professionnelle du travailleur. Entrent dans ce contexte, les contrats des travailleurs étrangers sollicités par les

¹² Pour éviter de heurter les normes internationales des droits de l'homme, quelques dossiers relatifs aux migrants « sans papiers » sont toutefois « régularisés » sur l'appui de critères préalablement tranchés.

¹³ La quête de travail et le choix final de destination constituent les axes centraux de la recherche dans les sciences sociales et humaines. Historiens et anthropologues s'accordent avec les sociologues pour dire que l'emploi, moteur du flux migratoire dans sa trajectoire ascendante, serait l'un des fondements de la construction d'une théorie institutionnaliste du dit phénomène.

¹⁴ Jimenez, E. La criminalisation du trafic de migrants au Canada. *Criminologie*, 46(1), 131–156. (2013) <https://doi.org/10.7202/1015296ar>.

employeurs algériens pour effectuer un travail conformément à la loi n°81-10¹⁵. Il en est ainsi des communautés de travailleurs étrangers (chinois, turques...) qui exercent dans différents secteurs : industries pétrolières, bâtiments, hydraulique, transport ...

A l'inverse, toute relation de travail conclue hors la réglementation mentionnée, trouve sa qualification dans l'illégalité qui impacte sur l'ordre public du marché du travail tel le travail dissimulé, le travail en noir des immigrés subsahariens ..., en fait toute conduite irrespectueuse du droit imprimée dans des circonstances « illégales ». La législation répressive mise en place en 2008¹⁶, tend à renforcer les sanctions afin de dissuader l'immigré dans sa quête de travail, en même temps pour lutter contre ce phénomène. Si dans la réalité, le phénomène migratoire semble plutôt s'accroître, le caractère de l'illégalité entraîne néanmoins l'application d'un régime juridique de répression.

Devenue une préoccupation nationale et internationale, la migration clandestine fait l'objet de rapports officiels¹⁷, de constats des médias¹⁸, de l'existence d'un contentieux de plus en plus visible. La quête d'un « pécule coûte que coûte » par une relation d'emploi illégale¹⁹ engendrant une fraude sociale d'une plus grande ampleur²⁰, interpellent le droit du travail algérien pour régler cette situation.

¹⁵ Loi n°81-10 du 11 /7/ 1981 relative aux conditions d'emploi des travailleurs étrangers ; art.2. JORA n°28-1981.

¹⁶ Loi n°08-11 du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie ; J.O.R.A n°36.2008.

¹⁷ Mohamed Saïb Musette, Youssef Alouane, Mohamed Khachani, Hocine Labdelaoui. Rapport sur les migrations et le développement central au Maghreb. 2006. ILO.

¹⁸ Y.Temlali « Les migrations subsahariennes dans la presse quotidienne algérienne » précité.

¹⁹ Ou simplement de mendicité ou de charité.

²⁰ B. Yelles Chaouche « Loi de finances, un instrument de régulation économique, le cas de la loi de finances Complémentaire pour 2009, Annales de la Faculté de Droit d'Oran, n°3, 2011, p.29.

Or notre législation semble insensible à la mondialisation²¹ et aux mutations du monde de travail irrigué aujourd'hui, par l'immigration de demandeurs d'emploi en situation illégale. Les entreprises embauchent sur la base de leurs besoins et des profits qu'elles en tirent (moins de charges) ; le marché désignant une forme d'autorégulation par la prédominance de la loi économique libérale de l'offre et de la demande.

Le thème sur « Les immigrés subsahariens en situation illégale à la quête d'un emploi » est questionné dans cette étude à travers le droit du travail algérien en particulier, les influences impactées par l'embauche illégale de l'étranger sur le droit ordonnateur des relations de travail. Spécifié par l'absence d'outils juridiques à même d'explicitier voire d'argumenter la démarche scientifique, ce thème provoque à priori une certaine réticence évoquant un paradoxe entre deux univers assujettis à des rapports de travail hors légalité ou structurés. C'est également prendre de sérieux risques de se heurter à des vides juridiques, des contradictions de principes constitutionnels, de l'ineffectivité des normes nationales et internationales sur les droits de l'homme. Faut-il alors cesser ces propos en remettant à plus tard cette étude après l'adoption du nouveau code de travail ? Certes la tâche n'est pas facile, elle est ambiguë et incite à surmonter ces difficultés et ce pour trois raisons au moins. Le droit du travail est marqué aujourd'hui par une stagnation spécialement l'indifférence apparente du législateur sur le rapport d'emploi dissimulé en général, sur celui des subsahariens en particulier et pour lequel il est interrogé. Le droit spécial relatif aux conditions de travail des étrangers ne concerne que ces derniers car rend compte d'une réglementation spécifique relative aux conditions de travail de l'étranger dans le cadre d'une situation régulière. Il en résulte que la dite réglementation est

²¹ A. Jeammaud « La mondialisation, épreuve pour le droit du travail » Publié dans *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2001. L. Borsali Hamdan « Le droit du travail algérien à l'épreuve de la mondialisation ». *L'Année du Maghreb*, 2008, pp. 239 – 246.

inconvenante au traitement de la situation illégale. Enfin et par application du principe de la spécialité du texte juridique, la réglementation répressive du travail est élue pour procéder à son examen.

Il s'agit ici de s'interroger, en évoquant le rôle du droit réglementant les conditions de travail des étrangers, sur le statut de l'emploi du travailleur étranger situé en marge de la légalité (I) à l'effet d'évaluer à travers le silence du législateur, l'impact engendré par la situation illégale sur les valeurs prônées par le droit du travail (II).

I) Le statut de l'emploi du travailleur étranger dans le contexte du travail illégal :

Nous commencerons par définir l'immigré irrégulier en quête de travail en éliminant les figures analogues (ou les clichés attribués à ces personnes) (A). Placé au centre de l'illégalité, le rapport d'emploi est en butte avec la loi. De cette incompatibilité fondamentale entre le légal et l'illégal, il résulte que la qualification de travail régulier est la seule voie d'accès aux garanties constitutionnelles (B).

A/ Définition des concepts :

Il est important de cerner de qui et de quoi on parle puisque notre propos tourne autour de l'expression « l'immigré en situation irrégulière à la recherche d'un emploi ». La notion apparaît de prime abord évidente au sens commun, elle devient problématique lorsque des significations diverses y sont accolées (clandestin, en noir...). C'est en faisant appel à un outillage juridique que l'expression peut avoir une signification et un contenu. D'ors et déjà et pour éviter toute confusion, il convient d'écarter l'émigré qualifié de « harrag »²² et désignant l'algérien (ou le maghrébin) qui quitte son pays, sans emporter ses papiers (ou qui les brûle) en effectuant le chemin inverse de l'immigré subsaharien, empruntant le transport par mer pour atteindre la rive nord de la mer Méditerranée.

²² Naqd (2009), Migrants/Migrance. El Harga, n°26-27, p.5.

1/ L'immigré subsaharien :

L'immigré en situation irrégulière est une personne dont la qualité est interrogée. Il se distingue d'autres personnes appelées communément *migrantes* qui se trouvent dans des situations analogues²³ qu'il convient de dissocier pour saisir son état et éviter les situations semblables dans lesquelles il peut être assimilé²⁴.

De fait et en droit, il n'est pas algérien. La nationalité peut être acquise selon les critères traditionnels connus (la naissance, l'appartenance au sol notamment), son acquisition est conditionnée par un long séjour dans le pays où il réside. Il n'est pas non plus résident dans le pays.

Pour l'Organisation internationale pour les migrations²⁵, un migrant international est une personne qui prend résidence dans un pays étranger pendant une période prolongée (plus d'une année). L'immigré est une personne qui se déplace d'un lieu à un autre, dans un pays autre que le sien pour s'y installer temporairement ou définitivement. C'est une personne qui a « une nationalité autre qu'algérienne... »²⁶.

L'étranger se distingue de l'immigré. Si tous les deux jouissent d'un statut propre (nationalité, appartenance à leur pays...), l'étranger –au sens du droit algérien – est une personne née étrangère en Algérie ou y entre en cette qualité. Il effectue un travail au cours d'une période fixée par le contrat de travail. De manière générale, le territoire, le lieu de naissance et

²³ Il en est ainsi par exemple de l'apatride et du réfugié, du migrant non éloigné (expression désignant une certaine catégorie de migrant).

²⁴ K.Akola « L'asile et l'exil : une histoire de la distinction réfugiés/migrants » in Portail universitaire du droit. La Découverte consulté en 2020

²⁵ Convention Internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 entrée en vigueur en 2005. Convention n°097 sur les travailleurs migrants (révisée) 1949.

²⁶ Loi n°08-11 du 25 juin 2008 art.3. précitée.

la nationalité sont les éléments déterminant l'identité de l'étranger, de l'immigré et du citoyen algérien.

L'immigré abordé dans cette étude vient des pays subsahariens²⁷, Mali, Niger, Bénin... principalement. Il se définit également par la recherche d'un emploi. Aux termes de la Convention sur les droits des migrants²⁸, ces derniers sont les travailleurs frontaliers, les saisonniers, les itinérants... Selon la dite convention, l'expression «travailleurs migrants» désigne les personnes qui ont exercé, exercent ou exerceront une activité rémunérée dans un État dont elles ne sont pas ressortissantes. Cette expression inclut ainsi à la fois les migrants en situation régulière et ceux en situation irrégulière, l'immigré est généralement en quête de travail lorsqu'il arrive dans le pays de destination.

2/ Situation irrégulière et quête d'un emploi illégal :

Diverses expressions illustrent la situation de l'immigré en quête de travail, il se définit néanmoins par sa situation illégale.

En se référant à l'avant projet de loi portant code du travail de 2014, l'expression « travail illégal » couvre l'ensemble des manœuvres frauduleuses visant à se soustraire à la réglementation sociale, économique et fiscale. S'y trouvent inclus, l'introduction, le séjour et l'emploi illicites de main d'œuvre étrangère en situation irrégulière au regard de son entrée et de son séjour. Il précise les éléments constitutifs de la fraude en matière sociale « l'emploi d'un travailleur étranger démuné d'un titre de travail prévu par la législation, ou en possession d'un titre de travail non valide... ». ²⁹. L'expression « travail clandestin » couvre des réalités diverses³⁰, en particulier la situation irrégulière et la quête d'un

²⁷ S.Belguidoum ; S.M.Mohammedi « Les migrations – vues du Sud » in *Insaniyat* n°69-70,2015, pp.11-13

²⁸ La convention internationale précitée.

²⁹ Avant projet de loi portant code de travail, version 2014.

³⁰ D.Kucera et L.Roncolato « L'emploi informel :deux questions de politiques controversées » ; *R.I.T.*,vol.147,n°4,2008,pp.347-374

emploi illégal. Le travail « en noir » ou la dissimulation de l'emploi d'un « salarié » expriment une activité non déclarée, en fraude avec les lois de la sécurité sociale et du fisc.

Sur le marché du travail les immigrés sont, non seulement exposés à l'exploitation mais aussi exclus de toute protection du salaire et de la sécurité sociale, le revenu n'étant pas déclaré.

Aussi, dans cette étude et pour les commodités de l'analyse, nous adopterons la locution de « situation illégale » plus conforme au texte de l'avant projet de la loi sur le travail, pour exprimer l'ensemble des infractions à l'emploi qui constituent une obstruction à l'accès des garanties constitutionnelles et légales.

B/ L'illégalité: obstacle à l'accès des garanties constitutionnelles et légales :

La légalité de l'emploi assure à son titulaire les garanties légales. Se hasarder sur le terrain inverse ferme l'accès à ces dernières. Néanmoins la Cour Suprême apporte une interprétation nuancée.

1/ Illégalité et obstruction à la sécurité de l'emploi :

Dans un contexte de régularité constitutionnelle, le contrat de travail est entouré de garanties légales depuis la naissance du rapport contractuel jusqu'à l'arrivée de son terme. Des mesures de protection sont édictées s'il survenait un évènement (rupture abusive, maladie...), les lois sur le travail veillent à préserver les droits de la partie la plus faible. Appuyé par les principes constitutionnels du travail ³¹ (liberté du travail, non

³¹ Principes évoqués dans les diverses Constitutions algérienne, tunisienne, voir en ce sens M.N. Korriche. Droit du travail, les transformations du droit algérien du travail entre statut et contrat. Relation d'emploi et de travail, une contractualisation relative.2009.T.1.PUF. L.Borsali Hamdan. Droit du travail, Emploi, relations collectives de travail. .Ed. Berti. 2014. N. Mzid. Le droit du travail et la Constitution Tunisienne du 1^{er} Juin 1959, sous direction M. Vericel et N. Mzid.

discrimination, égalité de traitement pour une tâche de même valeur...)³², la réglementation protège ce rapport depuis l'embauche, au cours de l'exécution jusqu'à la cessation. Lorsque la quête de travail est effectuée en dehors de ce contexte, l'irrégularité devient l'obstacle à l'accès des garanties constitutionnelles et légales, et ce à trois niveaux.

D'abord, le titulaire du visa pour entrer, séjourner, circuler et sortir du territoire algérien donne à l'étranger respectueux de l'ordre public, le statut de résident régulier, ce qui l'autorise à exercer une activité provisoirement, le permis de travail étant délivré par les services administratifs compétents³³. En revanche, pénétrer sur le territoire algérien en usant de manœuvres et agissements illicites -- contourner les postes de police frontière, passer par les chemins et voies terrestres autres que celles légalement instituées --, la violation de la loi fait écran aux garanties et attribue à l'immigré le statut de « clandestin ». Il se place en dehors de la loi et ne peut dans ces conditions prétendre à un emploi « protégé »³⁴.

Ensuite, l'embauche de l'étranger soumise aux conditions de validité ordinaires (capacité des parties, objet et cause conformes à l'ordre public), est assortie de clauses impératives énoncées dans la loi n°81-10³⁵. En plus du permis de travail et l'autorisation provisoire de travail délivrés par les services de la wilaya chargés de l'emploi, le travailleur étranger doit

³² D.Loschak « réflexions sur la notion de discrimination », Dr. Social, 1987, p.778.

³³ Loi n°08-11 du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie ; J.O.R.A n°36.2008. art.17.

³⁴ M. N.-E. Koriche, « La part du droit dans la formalisation du droit en Algérie : une diversité de mesures sans stratégie claire » précité.

³⁵ Loi n°81-10 précitée.

satisfaire au contrôle sanitaire et aux formalités fiscales³⁶. Le savoir faire et les compétences de réalisation justifient l'emploi du travailleur étranger qui devient titulaire d'un contrat de travail. Pour sa part, l'employeur dont le besoin de main d'œuvre étrangère est exprimé par écrit, s'engage à appuyer le dossier de la demande du permis de travail. La conclusion du contrat de travail garantit tous les droits en découlant, égalité du salaire, la sécurité sociale...

Dans le cas de l'illégalité de la situation, toute activité offerte fait l'objet d'une prestation exécutée dans des conditions d'extrême précarité sous la subordination d'un employeur peu soucieux de se conformer à la réglementation. Le rapport d'emploi échappe à toutes les règles légales en particulier celles qui fixent le salaire minimum, le travailleur désireux d'obtenir un « revenu » ignore totalement la loi du pays. D'ailleurs il se garderait de revendiquer quelque droits vue la position dans laquelle il se trouve. Le rapport de travail dure parfois un laps de temps, la durée d'un feu rouge, le privant parfois du pécule qui lui est dû.

Ce droit est spécial à plus d'un titre. L'employeur manifeste le besoin de main d'œuvre spécialisée – introuvable dans le pays -- d'où l'utilité de recruter un travailleur étranger. Fondé sur des règles impératives exigeant la présence de documents, cette législation ne supporte aucune transgression, particulièrement le travail dissimulé de l'immigré en situation illégale. En règle générale, les parties à la relation de travail ne peuvent par convention contraire, déroger aux règles impératives qui y sont énoncées et ne laisse aucune possibilité de régularisation de l'immigré en situation illégale³⁷.

³⁶ Loi n°81-10 op.cit.art. 12 ; et décret n°82-510 du 25-12-1982 fixant les modalités d'attribution du permis de travail et de l'autorisation de travail temporaire aux travailleurs étrangers.1982.JORA n°56.

³⁷Cf. R.Goma «La lutte contre la dissimulation d'emploi salarié »in J.C.P., La semaine juridique, éd. soc. n°18,2013,p.15 et sv.

L'exécution du contrat de travail dans le cadre de la régularité assure au travailleur sérieux une carrière professionnelle bâtie sur les dispositions de promotion graduelle dans des conditions de travail –horaire, repos...-- qui améliorent son niveau de vie. L'employeur est tenu d'assurer la stabilité de l'emploi, le niveau de revenu du travailleur lié à l'entreprise et dépendant d'elle dans le cadre d'un droit du travail subordonné. Les droits fondamentaux de l'immigré en situation illégale ne sont encadrés par aucune garantie de sécurité, relative aux horaires de travail, au repos, à la préservation des accidents de travail (habits de protection) ... l'ensemble reste fixé par la « loi » du chantier ou autres lieux. De plus, le revenu est calculé selon le bon vouloir de l'employeur. Particulièrement vulnérables, les immigrants sont exposés à l'exploitation du marché du travail.

Enfin le contrat de travail de l'étranger régulier cesse dans les conditions normales de l'arrivée à terme, l'employeur s'étant engagé à « assurer la prise en charge du rapatriement du travailleur étranger dès la rupture de la relation de travail »³⁸. Si cette dernière intervient par le licenciement, elle attribue au travailleur, victime de l'abus de pouvoir de l'employeur un dédommagement ainsi qu'un jugement ordonnant la réintégration dans le poste de travail. Dans des circonstances analogues, l'immigré en situation illégale se garderait bien de revendiquer un quelconque droit de réparation.

2/ Etat de la jurisprudence :

L'état de la jurisprudence est tributaire des dossiers acheminés vers la Haute Cour³⁹. Dans des circonstances semi –ir- régulières, celle ci fonde son raisonnement sur la loi n°81/10 et le décret d'application n°82/510 fixant les modalités d'attribution du permis de travail.

³⁸ Dt. Présidentiel n° 03-251 du 19 juillet 2003 modifiant et complétant le décret n°66-212 du 31 juillet 1966 portant application de l'Ordonnance n° 66-211 du 21 juillet 1966 relative à la situation des étrangers en Algérie; art.6, JORA n°43-2003.

³⁹ M.Nahas Mahieddine « La motivation des décisions de justice en droit algérien et en droit comparé ». H.Belkhir « La jurisprudence en Algérie: traditions, émergence et mutation » Actes du colloque International, Oran2, sous dir. L.Borsali Hamdan et H. Belkhir.2016. LABDROS.

Examinant l'affaire de la société Tiziri, la Cour Suprême en fournit l'exemple, elle énonce comme principe « le contrat de travail conclu avec un étranger est valide alors même que le permis de travail n'est pas encore délivré »⁴⁰. En l'espèce, la dite société fait appel au sieur étranger pour effectuer un travail de management. Titulaire du visa d'entrée, le contrat de travail est conclu entre les parties pour une période de deux années alors que le permis de travail n'est pas encore délivré par l'autorité administrative.

Dans ce cas, dit la Cour, il appartient à la société employeur de s'assurer avant la conclusion du contrat de travail de la présence des documents administratifs, le permis de travail constitue selon le juge un document administratif qui n'affecte pas les conditions subjectives de la formation du contrat. En décidant de rompre le contrat de travail en l'absence de l'autorisation de travail, la société a abusé de son pouvoir et est responsable des effets induits par l'accord contractuel. En conséquence explique la Cour, le travailleur étranger bénéficie des droits acquis inscrits dans la loi relative aux relations de travail individuelles et collectives⁴¹, notamment les indemnités pour licenciement abusif. Dans cette affaire, la Cour suprême distingue les circonstances relatives au séjour de l'étranger, de l'absence des documents administratifs de la conclusion du contrat de travail proprement dite, régie par le droit spécial du travail.

Il est intéressant ici de relever que le juge examine la validité du contrat de travail dans sa formation pour constater l'abus de rupture du dit contrat, par l'employeur. On observe également que les circonstances de séjour sont régulières ; c'est pourquoi, l'influence de cet arrêt sur les relations d'emploi établies avec les immigrés subsahariens, ne peut être

⁴⁰ C.S. ch.soc. Dossier n°1109750 du 08/12/2016. R. de la C.S. n°2, 2016 ; p.356.

⁴¹ Loi n° 90/11 du 21/4/1990, modifiée et complétée, relative aux relations de travail, précitée.

que nuancée. Néanmoins le droit du travail demeure interrogé dans son application particulièrement lorsque la situation illégale impacte à son tour sur les valeurs sociales et juridiques qui y sont logées.

II) Les effets pervers de la situation illégale sur le droit du travail:

La situation du travail illégal impacte le droit du travail dans son champ d'application (A) ainsi que dans ses valeurs constitutionnelles, lesquelles appelle une intervention du législateur (B).

A/ Le droit du travail en retrait :

La soustraction aux règles élémentaires de la sécurité du marché du travail tend à mettre en exergue deux réalités, visibles sur le terrain juridique. Les lois relatives à l'ordre public sont éclatées entre le contrôle de l'inspection du travail et celui de la police du marché. Les manœuvres et les pratiques illicites alimentées par les employeurs concernant le travail illégal sont du ressort de la juridiction pénale.

1/ Le droit pénal spécial sollicité :

La situation d'illégalité dans le rapport d'emploi place en amont d'autres droits, pénal spécial pour le traitement de cette condition, écartant jusqu'à l'isoler, l'application des règles essentielles du droit des relations de travail. Sous cet angle, la notion d'emploi est vidée de son contenu, elle est déviée de sa trajectoire pour être abordée et examinée dans sa périphérie.

Un corpus de lois mis en œuvre depuis plus d'une dizaine d'années appréhende tout en les sanctionnant, les éléments qualifiés d'illégaux et relatifs à la condition des étrangers immigrés hors le cadre législatif relatif au travail des étrangers vu plus haut. Composé de la loi de 2003 portant sur la lutte contre le crime transnational et ses protocoles annexes sur le trafic des migrants, celle ci intègre ceux en situation irrégulière et pénalisent fortement l'employeur, le logeur, le migrant ainsi que tout intervenant facilitant l'accès de ce dernier au marché du travail (amendes et peines d'emprisonnement). Elle habilite par ailleurs le wali à procéder à

l'expulsion de tout étranger en situation irrégulière. La loi de 2008⁴², énumère quant à elle, les éléments constitutifs de la situation illégale du migrant à l'entrée et au cours du séjour sur le territoire algérien. Enfin, la loi de 2009 durcit la répression contre la migration clandestine en y incluant une trentaine d'articles criminalisant le trafic illicite des migrants⁴³.

De manière très significative, le rapport d'emploi clandestin est occulté par le juge qui se concentre sur la punition. Les sanctions pénales sont dirigées à l'encontre de l'immigré et de l'employeur qui use de pratiques illicites d'embauche⁴⁴. Les formalités requises ainsi que les autorisations administratives imposées par la loi pour prétendre à un emploi sont inexistantes, ce qui justifie le statut de travailleur « clandestin ».

Les effets engendrés par la situation illégale appellent plusieurs observations. En premier lieu, la loi algérienne sur le travail des étrangers concerne spécifiquement le travailleur venu d'un autre pays pour y effectuer une tâche spécifiée dans le contrat de travail selon des conditions déterminées. Au contraire, l'immigré n'a, sur le plan de la législation sociale, aucune place juridique. Ensuite, le droit du travail dans son ensemble méconnaît le travail illégal : aucun texte ne réglemente, ne serait ce que pour annuler ou interdire, ce rapport contractuel. La situation illégale relevant du droit répressif attribue la compétence aux juges des infractions au détriment du droit des relations de travail et de la juridiction sociale.

⁴² Loi n°08-11 du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie précitée.

⁴³ La loi n° 09-01 du 25-02-2009, modifiant et complétant l'ordonnance n°66-156 du 8 Juin 1966 portant code pénal J.O.R.A. n°15 du 8 Mars 2009

⁴⁴Loi sus citée prévoit des amendes et peines d'emprisonnement, expulsion.

2/ Le contentieux interverti :

L'importance quantitative du nombre de dossiers relatifs au travail illégal n'est plus à démontrer, il est appréhendé par un corpus législatif, réglementaire spécial et conventionnel. Sur l'ensemble de textes réglementant les relations de travail ordinaires et relations de travail spéciales, approximativement 200 articles, deux seulement –l'article 19 et l'article 25 – sont engagés pour débattre de cette question et rendre une décision de constat de l'infraction et de condamnation à une amende...L'originalité du déplacement de ce contentieux tient largement au fait qu'il ne se déroule plus dans le cadre des règles du droit du travail, réputées protectrices des travailleurs salariés, mais dans le contexte d'un système juridique de règles de répression. De fait l'emploi en situation illégale exprime bien un rapport opéré sur le territoire national et saisi par le droit du travail. La forme d'illégalité qu'il recèle annihile l'application des règles de droit du travail et déclenche le contentieux pénal. La section des contraventions est saisie par le ministère public après constatation de l'infraction par l'inspecteur du travail. Le juge va statuer sur des personnes constatées au travail sans permis de travail, ni de séjour.

La lecture de certaines décisions de justice des juridictions de fond fait apparaître que dans des circonstances délictuelles de droit pénal général, les juges du fond adoptent dans la conjoncture de travail illégal, le raisonnement de la Haute Cour. Pour caractériser l'infraction -- commission d'un acte prohibé par la loi--, seuls les éléments constitutifs de cette dernière alimentent le jugement répressif : le fait matériel (absence de l'autorisation de travail) et le fait moral (connaissance de la transgression). Ainsi, le juge pénal s'appuie sur la violation intentionnelle de la loi visée par les articles 19 et 25 de la loi n° 81-10 pour déclarer l'existence de l'infraction. Le procès se déroule en l'absence des protagonistes du rapport d'emploi, l'immigré transgresseur n'est ni

appréhendé ni conduit par les forces de l'ordre au tribunal⁴⁵. L'employeur lorsqu'il est identifié, ne court que le risque de se faire infliger une amende ayant un effet relativement dissuasif. Singulièrement, dans ces affaires, les personnes changent de statut --- l'étranger visé par la loi devient l'immigré subsaharien-- et au « rapport de travail » est collée la notion d'« illégalité » des conditions de recrutement. Cette situation impacte négativement sur le principe constitutionnel du droit de défense particulièrement celui de la partie faible au contrat de travail.

Nous n'avons pas connaissance si la question de la nullité du contrat de travail de l'immigré en situation irrégulière s'est posée devant le juge. Le droit du travail des étrangers n'en fait aucune référence, toutefois l'article 66.ali.1 de la loi sur les relations de travail indique de manière laconique le «contrat de travail cesse par la nullité ... » le régime relèverait alors des règles du code civil.

Il apparait clairement que le déplacement du contentieux est inadéquat pour répondre aux situations problématiques observées : non seulement elles imposent une charge supplémentaire à la justice pénale mais cette mutation du contentieux n'apporte aucune réponse et révèle les limites de toute décision fondée sur la loi n°81/10 relative aux conditions de travail des étrangers en situation régulière. Plutôt que d'intervertir le contentieux, cette jurisprudence intervenue en 2014 aurait pu établir le lien avec la relation de travail.

Dans une perspective de droit Maghrébin, le juge marocain « conditionne systématiquement les demandes en réparation (indemnité pour licenciement abusif) à la condition de l'obtention du permis de

⁴⁵ Plusieurs jugements sont rendus en ce sens par la section des contraventions, non publiés. A titre d'exemple jugements du tribunal d'Arzew du 23/01/2014 répertoire n° 13/ 01384 et jugement du 13/02/2014 répertoire n° 13/01519 ou encore tribunal de Gdyl jugement du 13/05/2013 répertoire n° 13/00289.

travail »⁴⁶. En ce sens, les législations sur les étrangers et les conditions de travail ne semblent pas différer du droit algérien : la formation du contrat de travail reste conditionnée par l'autorisation de séjour et le permis de travail. Les effets induits par le contrat restent voilés.

En Europe, eu égard à la politique d'émigration adoptée par les pays, récepteurs de main d'œuvre étrangère, la question des effets du contrat de travail conclu par une personne ayant le statut de travailleur étranger en situation irrégulière est un sujet fortement controversé, deux tendances doctrinales semblent néanmoins émerger. La première restrictive s'oriente vers la nullité du contrat dont les dispositions sont d'ordre public. Elle considère que l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière est apprécié dans le « cadre d'un contrat nul découlant de la violation d'une règle d'ordre public général, non de la simple méconnaissance d'une formalité »⁴⁷. La Cour de Cassation⁴⁸ justifie la rupture de la relation de travail sur une cause objective, l'irrégularité de situation d'un étranger embauché sans titre de travail régulier constitue nécessairement une cause objective de rupture de la relation de travail, exclusive de l'application des dispositions du code du travail relatif au licenciement. En revanche, la deuxième tendance s'inspirant de la mission protectrice du droit du travail reconnaît les droits engendrés par la relation de travail.

⁴⁶ N. Khrouz. « Quelle politique d'immigration ? La problématique de l'accès au marché du travail » OpenEditionsbooks. Consulté le 06/09/21. M. Nasraoui « Les travailleurs migrants subsahariens en Tunisie face aux restrictions législatives sur l'emploi des étrangers » Revue Européenne des Migrations Internationales ; vol.33, n°4, 2017, pp.159-178. M.S.Musette & N.E hammouda « Marché du travail et migration de main d'œuvre au Maghreb ». CREAD, 2007.

⁴⁷ J.Pélissier, A.Supiot, A.Jeamnaud « Droit du travail », Dalloz 23^e ed. p165.

⁴⁸ Cass. soc. 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-44983 ; Bull. V n° 27 ; Cass. soc. 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-40689.

Cette position adoptée par la jurisprudence espagnole distingue le contrat de travail des circonstances dans lesquelles il est conclu⁴⁹. Si les lois de l'ordre public instituent le contexte --entrée et séjour dans le pays--, seul le droit du travail réglemente le contrat de travail. De cette séparation entre lois régissant ce dernier et lois de l'ordre public, découleront la validité du contrat de travail et ses effets. En général, les deux options se rejoignent pour préserver les droits induits suite à l'exécution de la prestation de travail.

A notre avis, le contrat de l'immigré subsaharien est conclu conformément aux règles (de fond et de forme) du droit civil et de droit du travail, ce dernier n'exigeant aucun écrit⁵⁰. La confusion établie par les juges du fond entre les lois, l'une relative aux circonstances de séjour --irrégulier- et l'autre édictant les conditions de formation du contrat, devrait être révisée de manière à sécuriser les effets du dit contrat.

3/Les déficiences de contrôle dévoilées par la situation illégale :

Le travail illégal dévoile les défaillances de contrôle des institutions --police et inspection du travail--, le manque de collaboration entre ces dernières aboutit à un contrôle inefficace. D'une part, les missions de l'inspection du travail s'exercent dans tous lieux où s'effectue une relation de travail. Elle y pénètre de jour comme de nuit pour vérifier la bonne application de la loi : déloger l'employeur informel et le migrant en situation illégale, s'informer et faire cesser l'état infractionnel après avoir user de ses pouvoirs d'appréciation et de conseil, tel est son objectif. Cet état infractionnel est constaté en règle générale dans les chantiers de travaux publics ou agricoles ce qui suppose que le migrant peut s'esquiver

⁴⁹ F.Villameva « l'accès au droit du travail des étrangers en situation irrégulière en Espagne » Revue Européenne des Migrations internationales, vol.32, n°2/2016, pp.145-168.

⁵⁰ Il n'existe pas dans la loi n°90-11 précitée une obligation expresse d'une condition d'écriture du contrat de travail.

à la vue de l'inspecteur du travail. Or, la fuite de l'immigré en situation illégale fait cesser le contrôle ainsi que la mission de l'inspecteur du travail qui dans ce cas se limite à dresser le procès verbal d'infraction.

D'autre part, parmi les missions de la police, celle de déloger les immigrés en situation illégale, de trouver les lieux où ils résident avec la difficulté de situer les changements de lieux d'habitation. Pour accomplir cette mission, une procédure d'enquête est ordonnée par les autorités judiciaires nécessitant un délai plus ou moins long, délai permettant à l'immigré de s'enfuir. Or, une action menée de concert entre la police et l'inspection du travail serait susceptible d'atteindre de meilleurs résultats.

La création d'un service spécialisé de suivi de contrôle, réunissant les deux institutions devrait être mis en place pour traiter de la question. La mise en œuvre d'un contrôle collaboratif aurait pour objectif la régulation du marché du travail sur la base d'une action coordonnée. Ne se limitant plus aux seules activités déclarées par l'employeur, le contrôle serait accessible dans les lieux appelés à être visités. Il invalidera les visites impromptues dans les chantiers de travaux publics ou autres, ainsi que les occasions de « débusquer » un rapport d'emploi illégal.

De plus, la collaboration étroite entre ces deux institutions aiderait à la constitution d'un dossier ouvert à toutes les branches de l'activité économique, formelle ou informelle et à tous les types d'emploi ou de travail, effectué sur la base d'une relation de travail subordonnée, le rapport d'emploi sera ainsi mieux appréhendé.

Enfin et plutôt que d'envoyer le procès verbal vers le parquet, impliquant que l'inspection du travail n'a pas résolu la situation problématique et qu'elle la déplace simplement vers la justice, ce document servirait de passerelle avec cette dernière.

Ainsi nous semble-t-il, la création d'un service spécialisé à même de poursuivre l'action de contrôle avec la mise en place de visites coordonnées et la constitution d'un dossier contenant les informations utiles pour tous les intervenants contribuera à fournir les éléments

d'appréciation au juge appelé à traiter de la question et à mieux cerner le phénomène du travail illégal.

Le contrôle altéré entraîne à son tour des effets pervers sur les valeurs prônées par le droit des relations de travail.

B/ Le droit du travail affecté dans ses valeurs sociales :

Le dilemme suscité pour la prise en charge réelle de la question de l'immigration illégale : « laisser entrer » ou « lutter », le rapport de travail illégal signifie comme nous l'avons vu, que le législateur emploie les moyens de lutte et laisse « entrer » en même temps.

Cette situation entraîne le dérèglement d'un pan du droit du travail. Sont altérées les fonctions premières : protection du travailleur et de son état professionnel –fut-il en situation illégale- absence de défense de ses droits par les syndicats et devant la justice. Si la négociation collective pour de meilleures conditions de travail a constitué au cours des années passées le socle solide à travers lequel les valeurs sociales se sont construites, l'emploi illégal devient source de dégradation et dans cette optique, la sauvegarde du droit du travail « paix sociale » interpelle la responsabilité des autorités à l'effet d'explicitement clairement la politique nationale de la gestion du phénomène.

1- Un cadre instituant :

L'échec de la répression à l'encontre des immigrés et la présence toujours croissante du flux migratoire en situation illégale invite le législateur à instaurer un cadre juridique relatif à ce phénomène. Nécessaire, l'intervention du législateur trouve des implications à divers niveaux.

D'abord, la source de cette intervention découle des attributions que la Constitution accorde au Parlement afin de légiférer sur « ...-5/les règles générales relatives à la condition des étrangers... »⁵¹, dans cette optique, les relations de travail effectuées illégalement devraient être réglementées pour se prononcer, au moins, sur le sort des effets qu'elles produisent. Dans le cadre du travail dissimulé, des avancées auraient pu être faites si l'avant projet de loi portant code du travail de 2014⁵² avait été mûri et adopté. Consacrant un chapitre sur « la prévention et la lutte contre le travail illégal », un dispositif de prévention et de lutte contre cette forme de travail devait être mis en place comportant des programmes élaborés renforcés par des actions de sensibilisation et d'information. Pour protéger le marché du travail, des mécanismes de contrôle devaient être effectués par une commission nationale en collaboration avec les comités de wilaya permettant aux pouvoirs publics d'évaluer la situation infractionnelle et agir en conséquence.

Ensuite, les conventions internationales ratifiées par l'Algérie, notamment la Convention n°97 de l'O.I.T. relative au travail des migrants en situation régulière autorise le législateur algérien à légiférer en vue de faciliter l'accès au marché du travail pour le migrant en situation régulière tout en traitant de sa mobilité vers un autre pays pour y travailler dans un cadre légal. En application de cette dernière, l'entrée des migrants dans le marché du travail, se trouvant dans les situations irrégulières, appelle la mise en œuvre de mesures nécessaires applicables aux situations qui vont à l'encontre des dispositions de la dite convention internationale.

Enfin, le principe de la souveraineté implique le droit de l'État de définir les procédures pour l'admission des étrangers sur le territoire et d'en contrôler les frontières nationales. Il implique également d'envisager une stratégie de développement économique et social ayant pour objectifs

⁵¹ Constitution du 30/12/2020. arts.50 ; 139, JORA. n°82.

⁵² Cf. Avant projet de loi portant code du travail, version 2014, revu en 2015, cet avant projet n'a pas été adopté.

d'éradiquer la concurrence déloyale, de préserver le système de la sécurité sociale et de freiner le développement d'une économie informelle qui semble, selon les dires des experts nationaux un véritable fléau en Algérie. Atteindre ces objectifs signifie identifier le travail illégal, préciser l'objet de la fraude fiscale et intensifier la collaboration entre les différents services qui prennent part à la lutte contre la fraude sociale pour renforcer la répression à l'encontre du travail spécifié illégal tout en gérant le phénomène migratoire.

En se gardant d'intervenir sur cette question, les progrès accomplis dans le domaine de la protection des valeurs sociales en droit du travail risquent de se trouver en nette régression.

2/ Pour la reconnaissance d'un statut de l'immigré subsaharien :

On peut d'ores et déjà émettre quelques observations. Il s'agit en premier lieu d'écarter la controverse relative à des lectures restrictives selon lesquelles la loi relative aux conditions de travail des étrangers est obsolète pour diverses raisons liées au contexte de son adoption (socialisme). On objectera simplement que le contenu de la situation illégale du migrant concerne les formalités de séjour et des formalités administratives du rapport d'emploi, lequel a, par définition pour objet « une activité » à accomplir sous les ordres d'un employeur, le droit du travail s'applique clairement à ce type de rapport contractuel. Il y a lieu de distinguer le rapport d'emploi réglementé par le droit du travail d'avec les démarches nécessaires à la légalité de la situation physique, civile et géographique des immigrants subsahariens.

De plus, en situation illégale sur territoire algérien, ces derniers expriment clairement leur volonté de « s'installer » ailleurs, le séjour dans notre pays constitue une phase préliminaire pour aller de l'avant car ici, l'immigré ne recherche aucun statut de résident, de réfugié ou autre.

L'objectif de résider est de l'autre côté de la rive nord, là où l'absence de documents (identité, permis de travail...) laisse entrevoir paradoxalement les possibilités d'une reconnaissance juridique pour les « sans papiers » (résident temporaire, regroupement familial, en

éloignement, en attente de reconnaissance...). L'Europe a par le passé sollicité et accueilli une main d'œuvre nombreuse de migrants même en situation illégale pour les besoins de son développement économique. Or la législation algérienne ne comporte nullement un processus de reconnaissance pour les immigrés qui eux-mêmes n'en veulent pas puisque leur objectif se situe en dehors du territoire algérien.

Ces observations sont néanmoins insuffisantes pour éluder tout simplement les possibilités de reconnaissance d'un statut pour ces personnes, particulièrement celles qui trouvent un emploi et s'y inscrivent durant une période assez longue⁵³. La nécessité d'une reconnaissance s'illustre à plusieurs niveaux.

Au regard du droit international, elle prend sa source dans diverses conventions internationales, la Charte internationale sur le respect des droits de l'homme qui appelle les Etats à considérer les individus non pas en tant que citoyens bénéficiaires de droits, mais en tant qu'êtres humains⁵⁴. De même les Conventions de l'O.I.T. relatives à la protection du migrant, notamment celle de 1990⁵⁵, énonce en son article 25 « toute distinction entre nationaux et travailleurs migrants ou toute distinction entre travailleurs migrants réguliers et irréguliers au niveau de la législation sociale est interdite en matière de rémunération, d'autres conditions de travail et d'emploi ».

⁵³ A.Khélifa « Les migrants des pays du Sahel dans les villes sahariennes en Algérie : du transit à l'installation (ville de Ouargla) » in R.A.A.S.S. Insaniyat n°69-70, 2015,p.39-60

⁵⁴ Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948

⁵⁵ La Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949 ; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 1990, ratifiée par l'Algérie en 2005 ; J.O. n°2 du 05/01/2005.

Dans la législation algérienne du travail, la situation illégale ne constitue nullement un obstacle pour la conclusion d'un « contrat de travail ». D'une part, l'immigré est supposé exprimer sa volonté et par conséquent son accord pour effectuer l'activité économique, objet du contrat. D'autre part, l'employeur lui-même se situant dans un cadre socio-économique relativement formel, désire l'accès à une main d'œuvre bon marché⁵⁶. Hormis la question de savoir si le contrat est forgé sous l'angle de la liberté contractuelle et du respect de l'ordre public, il est permis de qualifier juridiquement cet accord de contrat de travail⁵⁷.

Cette reconnaissance pourrait avoir un sens, à partir du moment où les textes juridiques qui seraient adoptés, soulageront l'activité dédaignée par les nationaux chômeurs.

Par ailleurs, les Etats du Maghreb et ceux des pays subsahariens d'où sont issus les immigrés sont concernés par la question du flux migratoire. Une politique concertée régionale et continentale entre ces parties serait à même de traiter la crise migratoire dans le sens où « bien gérée, l'immigration est positive »⁵⁸.

A l'appui de ces observations la reconnaissance d'un statut⁵⁹ du rapport d'emploi pour les subsahariens, à travers la régularisation de leur séjour dans le pays, aurait l'impact positif d'effacer progressivement le

⁵⁶ C.Boukli-Hacene « L'apport de la loi de finances 2018 au droit social algérien ». Revue de droit comparé du travail et de sécurité sociale, n°1-2018, pp.116 -120. Même si les amendes sont jugées sévères à l'encontre de l'employeur, celui-ci ne court que le risque de se faire infliger, une somme considérée modique par rapport à sa force financière.

⁵⁷ Cour Suprême, ch.soc. Dossier n°1109750 du 08/12/2016 précité.

⁵⁸ J. Attali « Bien gérée, l'immigration est positive ». LADEPECHE.FR du 3 Octobre 2021.

⁵⁹ Cf.D.LOCHAK « Il est des droits dont chacun est investi sans considération de citoyenneté » in les droits de l'homme, Paris, éd. La Découverte, Collection Repères, 2002,p.98.

secteur informel en supprimant la fraude et la dissimulation d'emploi tout en sauvegardant les valeurs sociales imprimées dans le droit du travail.

3. Conclusion:

L'examen des débats suscités par la situation illégale de l'immigré au sein du marché du travail --entre droit du travail et droit spécial sur les conditions des étrangers -- ainsi que les interrogations du comment faire pour résorber les aspects négatifs altérant les principes sociaux du droit du travail, nous incitent à proposer quelques éléments de réflexion.

Adopter d'abord les mesures juridiques à même d'assurer un contrôle efficace au sein du marché du travail d'où naissent des rapports de travail aux aspects multiformes. La création d'un service spécialisé aura un double objectif : la mise en place d'une discipline du marché du travail et l'exercice d'un contrôle réel du processus.

Harmoniser dans cette perspective, le droit national du travail dans ses différentes composantes --droit du travail des étrangers, droit des relations de travail, droit pénal...- pour ne citer que ceux là, c'est-à-dire une adéquation visant à garantir les droits constitutionnels de l'Homme et les standards sociaux à dimension universelle au sein du marché du travail (rémunération, droit à la santé sans discrimination pour l'accès des soins, hygiène et sécurité ...).

Plus particulièrement, combler le vide juridique qui doit s'exprimer à travers l'intervention nécessaire du législateur à l'effet de réglementer le rapport d'emploi « illégal » établi par l'immigré subsaharien et le considérer comme une forme d'activité dépendante en échange d'une rémunération.

De ce qui précède, ériger une stratégie de régulation avec la perspective d'assainir le marché du travail en freinant le secteur informel permissif de situations illégales et rétablir l'application saine du droit des relations de travail subordonnées.

4. Liste Bibliographique:

Livres :

- 1) M.N. Korriche. Droit du travail, les transformations du droit algérien du travail entre statut et contrat. Relation d'emploi et de travail, une contractualisation relative.2009.T.1.PUF.
- 2) L.Borsali Hamdan. Droit du travail, Emploi, relations collectives de travail. .Ed. Berti. 2014.
- 3) N. Mzid. Le droit du travail et la Constitution Tunisienne du 1^{er} Juin 1959, sous direction M. Vericel et N. Mzid.
- 4) J.Pélissier, A.Supiot, A.Jeamnaud « Droit du travail », Dalloz 23^e ed. p165.

Les revues :

- 1) La Revue : Regards sur le Droit Social. M. N.-E. Korriche, « La part du droit dans la formalisation du droit en Algérie : une diversité de mesures sans stratégie claire ».
- 2) Actes du Colloque international sur « Evolution et tendances de la jurisprudence : Droit Social et Entreprise. M.Nahas Mahieddine « La motivation des décisions de justice en droit algérien et en droit comparé ».
- 3) Globalizzazione e diritto del lavoro», Bologna, Il Mulino,2001. A. Jeammaud « La mondialisation, épreuve pour le droit du travail » .
- 4) L'Année du Maghreb,2008. L.Borsali Hamdan « Le droit du travail algérien à l'épreuve de la mondialisation».
R.A.A.S.S. Insaniyat n°69-70, 2015. A.Khélifa « Les migrants des pays du Sahel dans les villes sahariennes en Algérie : du transit à l'installation (ville de Ouargla) »
- 5) Les Droits de l'Homme, Paris, éd. La Découverte, Collection Repères, 2002. Cf.D.LOCHAK «Il est des droits dont chacun est investi sans considération de citoyenneté» .
- 6) Revue Internationale du Travail, vol.147,n°4,2008.D.Kucera et L.Roncolato « L'emploi informel :deux questions de politiques controversées ».

- 7) Droit Social, 1987. D.Loschak « réflexions sur la notion de discrimination », F.Villameva « l'accès au droit du travail des étrangers en situation irrégulière ».
- 8) Revue du CREAD, 2007. Mohamed Saïb Musette, Youssef Alouane, Mohamed Khachani, Hocine Labdelaoui. Rapport sur les migrations et le développement central au Maghreb. 2006. ILO.
- 9) Revue Européenne des Migrations Internationales ; M. Nasraoui « Les travailleurs migrants subsahariens en Tunisie face aux restrictions législatives sur l'emploi des étrangers » vol.33, n°4, 2017.
- 10) Insaniyat n°69-70,2015. S.Belguidoum ; S.M.Mohammedi « Les migrations – vues du Sud ».
- 11) Revue de droit comparé du travail et de sécurité sociale, Bordeaux, n° 3/2017 M. N.-E. Koriche, « La part du droit dans la formalisation du droit en Algérie : une diversité de mesures sans stratégie claire ».
- 12) Annales de la Faculté de Droit d'Oran, n°3, 2011. B. Yelles Chaouche « Loi de finances, un instrument de régulation économique, le cas de la loi de finances Complémentaire pour 2009.
- 13) Revue de droit comparé du travail et de sécurité sociale, Bordeaux, n°1-2018. C.Boukli-Hacene « L'apport de la loi de finances 2018 au droit social algérien ».
- 14) La Revue de la Cour Suprême. C.S. ch.soc. Dossier n°1109750 du 08/12/2016. n°2, 2016.
- 15) Bulletin de la Cour de Cassation. Cass. soc. 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-44983 ; Bull. V n° 27 ; Cass. soc. 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-40689.
- 16) Revue Européenne des Migrations internationales, vol.32, n°2/2016. F.Villameva « l'accès au droit du travail des étrangers en situation irrégulière en Espagne ».
- 17) J.C.P., La semaine juridique, éd. soc. n°18,2013. R.Goma «La lutte contre la dissimulation d'emploi salarié ».
- 18) LADEPECHE.Fr du 3 Octobre 2021. J. Attali « Bien gérée, l'immigration est positive ».

Lois, Convention, Réglementation :

- 1) Constitution du 30/12/2020. arts.50 ; 139, JORA. n°82. Constitution de 1989 puis celle de 1996 instituant la liberté de commerce.
- 2) Convention Internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 entrée en vigueur en 2005. Convention n°097 sur les travailleurs migrants (révisée) 1949.
- 3) Loi n°81-10 du 11 /7/ 1981 relative aux conditions d'emploi des travailleurs étrangers ; art.2. JORA n°28-1981.
- 4) La loi n° 09-01 du 25-02-2009, modifiant et complétant l'ordonnance n°66-156 du 8Juin 1966 portant code pénal J.O.R.A. n°15 du 8 Mars 2009.
- 5) Loi n° 90/11 du 21/4/1990, modifiée et complétée, relative aux relations de travail. J.O.R.A n°17.1990 – rectificatif J.O.R.A n°38. 1990.
- 6) Loi n°08-11 du 25 juin 2008 relative aux conditions d'entrée, de séjour et de circulation des étrangers en Algérie ; J.O.R.A n°36.2008.
- 7) Loi n°81-10 op.cit.art. 12 ; et décret n°82-510 du 25-12-1982 fixant les modalités d'attribution du permis de travail et de l'autorisation de travail temporaire aux travailleurs étrangers.1982.JORA n°56.
- 8) Dt. Présidentiel n° 03-251 du 19 juillet 2003 modifiant et complétant le décret n°66-212 du 31 juillet 1966 portant application de l'Ordonnance n° 66-211 du 21 juillet 1966 relative à la situation des étrangers en Algérie; art.6, JORA n°43-2003.

Sites web :

- 1) Jimenez, E. La criminalisation du trafic de migrants au Canada. *Criminologie*, 46(1), 131–156. (2013).
<https://doi.org/10.7202/1015296ar>.
- 2) Y. Temlali « Les migrations subsahariennes dans la presse quotidienne algérienne », *Confluences Méditerranéennes* n°87, 2013/4, pp.149-162. Mis en ligne sur Cairn.info le 09/01/2014 –
<https://doi.org/10.3917/come.087.0149>.
- 3) K.Akola « L’asile et l’exil : une histoire de la distinction réfugiés/migrants » in Portail universitaire du droit. La Découverte consulté en 2020.
- 4) N. Khrouz. « Quelle politique d’immigration ? La problématique de l’accès au marché du travail » OpenEditionsbooks.