وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

القيود الواردة على مبدأ حرية التجارة والصناعة

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: إدارة أعمال

إعداد الطالبة:

* أنساعد خولة

بإشراف الأستاذة:

* تومي هجيرة

لجنة المناقشة:

1) الدكتورة:.....بعلوج أسماء .....رئيسا.

2) الدكتورة :.....تومي هجيرة.....مشرفا و مقررا.

3) الأستاذة:.....نجماوي خديجة .....عضوا مناقشا.

السنة الجامعية :2018/2017

كلمة شكر

"ولئن شكرتم لأزيدنكم"

"من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

بعد شكر الله تعالى على توفيقه

يطيب لنا بعد أن أنهينا بحثنا هذا,أن نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى كل من ساهم في إتمام هذا البحث,من أساتذة وزملاء,وفي مقدمتهم الأستاذة الفاضلة التي تفضلت علينا بالإشراف (تومي هجيرة),التي كانت وراء إنجاز هذا العمل منذ كان فكرة حتى استوى بحثا,على الرغم من مشاغلها,فجزاها الله عنا خير الجزاء.

ولا يفوتنا أن نشكر كل من الأستاذ:(كليل يوسف) الذي ما فتئ يقدم لنا يد العون في سبيل إتمام هذا البحث,وأيضا والدي الكريمين الذي أتمنى لهما طول العمر وأختي الحبيبة,والإخوة, والزملاء,وكافة العاملين بالمكتبة الجامعية بخميس مليانة).

وحسبنا في ذلك قول الرسول الأكرم(صلى الله عليه وآله وسلم):(شكر المنعم واجب)

وقوله:(أفلا أكون عبدا شكورا).

إهداء

لقد سمح لنا العلم اليوم بأن نقدم أخلص إهداء معطر بروح الشذى,والورد والنسيم الدافئ الذي يأخذ جزءا من أنفاسنا إذ نذكرهم.

إلى من علمتنا كيف نخطو الخطوة الأولى، وإلى من أعطتنا كل شيء ولم تأخذ منا شيئا,إلى أمي حفظها الله وأطال عمرها.

إلى من منحنا كل جميل، والجمال لا يأتي إلا من جميل، إلى أبي أطال الله في عمره.

نقول لكما خيركما أكبر علينا من عدد قطرات المطر.

إلى كل من علمنا حرفا صرنا له عبدا، إلى أساتذتنا من الابتدائي إلى المتوسط إلى الثانوي إلى الجامعة، خاصة الأستاذة المشرفة(تومي هجيرة).

كما نقدمها إلى كل من تحمل معنا حلو الحياة ومرها،إلى إخوتي، إلى زملائنا، إلى كل من يعرفنا داخل الجامعة وخارجها.

وأخيرا إهداء خاصإلى:الأستاذ (كليل يوسف،إلى شيماء،زهرة،أميرة،صفية،أمجد، ،إبراهيم،معمر،دنيا،نبيلة،سارة،بشيرة،دليلة،عبدالقادر،لطفي،محمد، وإلى أختي الوحيدة حليمة السعدية وإلى كل الإخوة).

إلى من ستجمعنا معه الحياة إلى المدى - إن شاء الله - .

إلى كل هؤلاء نهدي ثمرة جهدنا.

أنساعد خولة

مقـدمـة

مقدمة:

عرفت الجزائر مسارا اقتصاديا صعبا، فقد مرت منذ الاستقلال إلى اليوم بمجموعة من التحولات، كانت البداية مع تبني نظام اقتصادي مخطط، يعتمد بالدرجة الأولى على الصادرات البترولية، إلا أنه وبعد الأزمة الاقتصادية التي عرفتها الجزائر في 1986 بانهيار سعر البترول، والتي أظهرت بوضوح هشاشة النظام الاقتصادي الجزائري، و ترتب عنها عجز في ميزان المدفوعات قدر بـ 13,4مليار دينار، وكان ذلك بديهيا نظرا للاعتماد على صادرات المحروقات كمصدر وحيد للتمويل، مما جعل الاقتصاد الجزائري رهن تقلبات السوق البترولية.

وتفاقمت حدة الأزمة التي انفجرت في أحداث أكتوبر 1988 ومنه أدركت الجزائر خاصة مع ضغط الهيئات المالية الدولية (صندوق النقد الدولي والبنك العالمي) أن استعادة توازن الاقتصاد الكلي لا يتم إلا بإحداث قطيعة مع الاقتصاد المخطط الذي طبقته لمدة أكثر من عشريتين، والتوجه نحو اقتصاد السوق الذي يقوم أساسا على تحرير التجارة الخارجية وتشجيع الاستثمار الأجنبي،مع ضرورة إدخال تغيرات وميكانيزمات جديدة على مختلف القطاعات الاقتصادية الوطنية وكافة هياكلها،بالإضافة إلى المؤسسات الإدارية والاقتصادية الفاعلة ، إذ أن التوقيع على اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي والانضمام إلى منظمة التجارة العالمية يقتضي عليها الاندماج في الاقتصاد العالمي والذي لا يمكن أن يتجسد إلا باتخاذ الإجراءات اللازمة التي تهدف إلى تحرير المبادلات التجارية أي انسحابها من الحياة الاقتصادية بالانتقال من "الدولة المتدخلة" إلى "الدولة الضابطة".

فبعدما كانت الدولة تستحوذ على مختلف النشاطات الاقتصادية فقد تخلت هذه الأخيرة عن بعض نشاطاتها لصالح القطاع الخاص ،وهذا من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني،حيث رأت بأن الملجأ الوحيد للخروج من مختلف الأزمات التي عرفتها هو الاعتراف بمبدأ هام لضمان الحرية الاقتصادية وهو مبدأ حرية التجارة والصناعة ، حيث كرسته في دستور 1996

فقد سن في التعديل نصا صريحا في المادة 37 منه "**حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون**".

و الذي تم تعديله بموجب التعديل الدستوري 2016 في المادة 43 منه كرست مبدأ حرية الاستثمار والتجارة بعد أن كان في دستور 1996 مبدأ حرية التجارة والصناعة،حيث استبدل لفظ الصناعة بلفظ الاستثمار،وانتقل هذا المبدأ من حرية مضمونة إلى حرية معترف بها في التعديل الدستوري 2016 ، وقد لقي هذا المبدأ قيمة قانونية دستورية كبيرة والتي تعد ضمانة لحمايته.

وهو مبدأ أساسي لكل الأنظمة الليبرالية التي تسعى لتنشيط الحرية الثنائية في اقتصادياتها ،إذ تمكن بموجبها الأفراد من المساهمة في بناء الحياة الاقتصادية والمشاركة فيها فكل شخص أصبح بإمكانه أن يزاول نشاطا تجاريا أو صناعيا، وهذه الضمانة الدستورية التي يمتاز بها مبدأ حرية التجارة والصناعة أعطته صفة ومكانة وحرية عامة وأساسية لا يمكن أن تكون موضع أي مساس أو إعادة نظر إلا بموجب تعديل دستوري جديد.

إلا أن الاعتراف بهذا المبدأ لا يقتضي بالضرورة ترك هذا المجال بدون تنظيم لأن ذلك سيؤدي إلى نتائج جد وخيمة على الاقتصاد الوطني وعلى المستهلك بصفة خاصة،فالمشرع الجزائري ومن خلال تكريسه لهذا المبدأ لا يعني أنه قد تخلى عن كل القيود والعراقيل بل فتح المجال الاقتصادي بصفة مطلقة أمام المبادرة الخاصة لأنه عندما استعمل عبارة (...في إطار القانون)يكون قد فتح المجال أمام إمكانية وضع قيود تشريعية على هذه الحرية بشرط أن لا يكون من شأن هذه القيود إعادة النظر في المبدأ بمجمله.

أسباب إختيار الموضوع:

ولقد اخترنا مبدأ حرية التجارة والصناعة كموضوع لمذكرتنا للأسباب التالية:

- ✓ لسد الفراغ الذي تعاني منه المكتبة القانونية الجزائرية.
- ✓ لاعتباره من المواضيع الساعة بالأخص في التشريع الجزائري، حيث بدأت الدولة تسعى إلى تقوية ودعم سياسة استقطاب الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية.
- ✓ للإلمام بأهم القواعد والأصول القانونية التي تتدرج في إطار هذا المبدأ ، والتي تعد من الركائز الأساسية التي يقوم عليها قانون الأعمال الجزائري الذي لا يزال في طور التشكل.
- ✓ وأخيرا لتزويد المكتبة الجامعية ببحث ودراسة جديدة يمكن أن يستفيد منها زملائنا ويرجعوا إليها مستقبلا إذا تناولوا مواضيع مشابهة لها.

طرح الإشكالية:

من خلال ما سبق ذكره سيتم بناء موضوع هذه المذكرة على الإشكالية التالية:

- كيف كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية التجارة والصناعة؟ وما قابل هذا الضمان من استثناءات؟

والتي يمكن أن صياغتها في جملة من التساؤلات الفرعية التي مفادها:

أولا: ما المقصود بمبدأ حرية التجارة والصناعة وما علاقته بغيره من المفاهيم؟

ثانيا: كيف تطور هذا المبدأ في كل من التشريع الفرنسي والجزائري؟

ثالثا: ماهي الضمانات التي أرست هذا المبدأ؟

رابعا: ماهي القيود الواردة على مزاولة النشاطات التجارية والصناعية؟

خامسا: ما هي القيود الواردة مبدأ حرية التجارة والصناعة في إطار الإتفاقيات والمنظمات الدولية؟

أهمية الموضوع:

تندرج هذه الدراسة ضمن الدراسات القليلة التي تناولت هذا الموضوع وتكمن أهمية مبدأ حرية التجارة والصناعة في أنه:

- ✓ يمثل الترجمة القانونية للحرية الاقتصادية في الدول الليبرالية التي تبنت النظام الاقتصادي الحر منذ قرون كفرنسا.
- ✓ يعتبر من أهم الأدوات التي تمكن الدول التي انتهجت في السابق النظام الاقتصادي الاشتراكي كالجزائر من أن تنتقل من هذا النمط الاقتصادي التدخلي القائم على تدخل الدولة في كل ميادين النشاط الاقتصادي إلى النظام الاقتصادي الحر أو ما يعرف باقتصاد السوق.

أهداف الدراسة:

والهدف من هذه الدراسة هو التطرق لمبدأ حرية التجارة ومدى تكريس هذا المبدأ في القانون الجزائري وكذلك التطرق للقيود الواردة على هذا المبدأ.

منهج الدراسة:

انتهجنا في مذكرتنا المنهج الوصفي الذي يظهر جليا في الجانب النظري المتعلق بمبدأ حرية التجارة والصناعة من حيث الإطار المفاهمي للمبدأ والمنهج التاريخي الذي يظهر في تقصينا لتاريخ المبدأ من حيث النشأة والتطور وأخيرا المنهج التحليلي الذي اعتمدنا عليه في الجانب التطبيقي و الذي اشتمل على أهم القيود الواردة على مبدأ حرية التجارة والصناعة.

ولبلوغ غايتنا ارتأينا أن يكون تقسيم خطتنا ثنائيا تناولنا في المحور الأول مضمون مبدأ حرية التجارة والصناعة لمحاولة فهم وتحليل ما تقصده المادة 43 من الدستور في شقها الأول

حينما نصت على أن "حرية التجارة والصناعة مضمونة ." أما في المحور الثاني فتطرقنا إلى تطبيقات مبدأ حرية التجارة والصناعة ، وذلك بإبراز وتحليل ما قصدته في شقها الثاني عند نصها أن هذه الحرية " تمارس في إطار القانون"

الفصل الأول

مضمون مبدأ حرية التجارة و الصناعة

الفصل الأول: مضمون مبدأ حرية التجارة والصناعة.

مقدمة الفصل الأول:

تعرف حرية التجارة والصناعة بأنها الحق المعترف به لكل شخص بالممارسة الحرة ودون قيد للمهنة التي يرغب فيها، سواء كانت التجارة أو صناعة أو مهنة حرة..،فهي تمثل إحدى الأسس الضرورية لاقتصاد السوق[1]. لم يعترف القانون الجزائري بوجود حرية التجارة والصناعة كمبدأ عام إلا مؤخرا وذلك من خلال المادة 37 من دستور 1996 المعدلة بالمادة 43 من دستور 2016 للارتقاء بالاستثمار كمبدأ دستوري ، وقبل هذا التاريخ فإن الاعتراف بهذه الحرية مرّ بعدة مراحل تاريخية بحيث كان مرتبطا بالظروف السياسية والاقتصادية لبلادنا(المبحث الأول).

إن الاعتراف بمبدأ حرية الاستثمار والتجارة في الدستور يضفي عليه ضمانة دستورية وحماية قانونية أسمى عن باقي النصوص التي تشير إلى هذا المبدأ بالإضافة إلى القوانين الأخرى التي أرست في موادها حرية الاستثمار والتجارة(المبحث الثاني).

[1]. Rachid zouamia.le droit de la concurrence .édition .belkeise Algérie 2009 .p.16

المبحث الأول:مفهوم مبدأ حرية التجارة والصناعة

يقصد بهذا المبدأ أن كل شخص طبيعي أو معنوي حر في ممارسة النشاط التجاري و الصناعي الذي يختاره(المطلب الأول).

يعد مبدأ حرية التجارة والصناعة من أهم المبادئ الاقتصادية التي تهدف إلى النهوض بالاقتصاد الوطني وتوفير مناخ استثماري ملائم،ومما لا شك فيه أن دراسة هذا الموضوع يقتضي منا التطرق إلى مراحل تطور مبدأ حرية التجارة والصناعة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الإطار ألمفاهيمي لمبدأ حرية التجارة والصناعة

حرية التجارة و الصناعة مبدأ أساسي لكل الأنظمة الليبرالية التي تسعى لتنشيط الحرية الثنائية في اقتصادياتها، إذ تمكن بموجبها الأفراد من المساهمة في بناء الحياة الاقتصادية والمشاركة فيها، فكل شخص بإمكانه أن يزاول نشاطا تجاريا أو صناعيا بعد ما كانت الدولة هي التي تتولى بنفسها ذلك[1]،

وقبل التفصيل في أي موضوع يجب دراسة إطاره المفاهمي ولأجل ذلك سنقسم دراستنا إلى فرعين وهما:

الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية التجارة والصناعة.

الفرع الثاني: علاقته بالمفاهيم الأخرى.

[1] كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، (دراسة مقارنةبالقانون الفرنسي)، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2004 ،ص 29.

الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية التجارة والصناعة

أولا/ الحرية: حسب المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 الحرية هي القدرة على عمل كل شيء لا يضر بالآخرين ،فهي إمكانية فعل كل ما لا يمنعه القانون مع ضرورة توافق هذا الأخير مع أحكام الدستور والمواثيق الدولية التي تكفل الحريات[1]،ومن أنواع الحقوق والحريات تلك المتعلقة بشخص الإنسان وبفكره وتلك المتعلقة بنشاطه،كحرية النشاط الاقتصادي وما ينجم عنه من حرية تنقل رؤوس الأموال والسلع،وكذا الحريات السياسية.

الحرية الاقتصادية هي مجموع الامتيازات والمصالح الممنوحة بموجب القانون الوضعي والتي تسمح بالدخول وممارسة كل نشاط اقتصادي يتضمن تقديم منتوج أو خدمة في سوق معينة،حيث تسمح للمتعاملين الاقتصاديين بالممارسة الحرة للنشاطات التجارية والصناعية والخدماتية،تتجسد هذه الحرية من خلال التجارة وحرية الاستثمار والحرية العقدية .. والحرية الاقتصادية هي المقصودة في موضوعنا[2].

ثانيا/التجارة: إن كلمة التجارة،في تعبير القانون التجاري،لها معنى قانوني هو ليس المعنى المستعمل.ففي القانون الروماني جرى استعمال تعبير COMERCIUM للدلالة على جميع العلاقات القانونية بين الناس فيما يخص استعمال الأموال، في حين كانت الأشياء تسمى في التجارة أو خارج التجارة IN COMMERCIOكانت التجارة إذن الحق في الاشتراك في الأعمال القانونية.وتقلص معنى الكلمة مع الزمن.[3].

[1]– عصام علي الدبس:النظم السياسية،الكتاب السادس،الحقوق والحريات العامة وضمانات حمايتها،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن،2011 ،ص95.

[2]– ينظر،المرجع نفسه،ص 102و106.

[3]-لويس قوجال، المطول في القانون التجاري الجزء الأول-المجلد 1 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1428ه-2007م ص 15.

ثالثا/ الصناعة:هي عملية أوعمليات يتم بموجبها تحويل مادة أولية إلى إنتاج نهائي يلبي حاجة المستهلك المحلي ويهدف إلى التصدير،أو تنتج سلعة نصف مصنعة يتم تحويلها بعملية أو عمليات إلى منتج نهائي استهلاكي (صناعة تحويلية) أو منتج رأسمالي (كالآلات).[1]

وتعرف أيضا بأنها عمل إنتاجي ينصب على تحويل المادة من شكل لايشبع حاجة الإنسان إلى شكل يشبع هذه الحاجة[2].

ويعرف التصنيع بأنه عملية من عمليات التنمية الاقتصادية تتعلق بالتقدم الاقتصادي تتم بمقتضاها تعبئة جزء متزايد من المواد القومية من أجل إقامة هيكل اقتصادي محلي ،متنوع، وتطور تكنيكيا ،وقوامه قطاع تحويلي ديناميكي ينتج كلا من أدوات الإنتاج والسلع الاستهلاكية ويؤمن معدلا عاليا من النمو الاقتصادي ومن التقدم الاقتصادي والاجتماعي (هذا التعريف تبنته منذ عام 1963 لجنة الأمم المتحدة لتنمية الصناعية)[3].

رابعا/ التعريف اللغوي لمبدأ حرية التجارة و الصناعة:

هذا المبدأ يشبه في مفهومه الواسع ما يسمى " الحرية الاقتصادية" أما المفهوم الضيق فإنه يشمل حرية النشاط التجاري أو الصناعي ولا يشمل المهن الحرةولا النشاط الفلاحي.

إن الهدف من هذا المبدأ هو منع السلطة العمومية من الشروع في التنظيم الجماعي للاقتصاد[4].

---

[1] فلاح سعيد جبر، المنظمة العربية لتنمية الإدارية بحوث ودراسات انعكاسات العولمة وتحرير التجارة على الصناعة العربية، د ط، ص 07.

[2] هاني دويدار:الأعمال التجارية بالقياس،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2003،ص 91.

[3] فلاح سعيد جبر المنظمة العربية لتنمية الإدارية بحوث ودراسات ،انعكاسات العولمة على الصناعة العربية ،دط، ص 07.

[4]عجامي عماد، مقال بعنوان تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية- العدد الرابع – ديسمبر 2014 ص 267.

و بمعنى آخر فتح ميدان النشاط التجاري و الصناعي، للنشاط الحر و للمبادرة الخاصة و هذا دون قيود أو عوائق معينة باستثناء تلك التي تفرضها متطلبات الضبط الاقتصادي[1].

خامسا/ المعنى العام لمبدأ حرية التجارة والصناعة:

مبدأ حرية التجارة والصناعة يعني بالمفهوم العام: " تنظيم وتطوير النشاط المختار دون أي قيد أو عائق، وذلك بالوسائل المشروعة والمناسبة".

فهذا المبدأ الذي يزداد رسوخا مع التقليص المستمر لدور الدولة الاقتصادي الذي تشهده المرحلة الجديدة من الليبرالية المتوحشة وهو ما يعني ترك آليات السوق تعمل إلى حد ما بكل حرية، بحيث يكون من أهم صورها وثمارها فتح الممارسة التجارية من حيث المبدأ لجميع الأشخاص، وهو ما يعرف بحرية المنافسة[2].

سادسا/ المعنى الخاص لمبدأ حريةالتجارة والصناعة:

ومن خلال ما سبق نستنتج أن مبدأ حرية التجارة و الصناعة يعطي الحق للخواص سواء الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية بممارسة النشاطات التجارية والاقتصادية) أي حرية التسيير (إذ تتمثل في الاختيار الحر لطريقة ممارسة التاجر لنشاطه الاقتصادي) ويتجلى ذلك من خلال:

حرية اختيار الشكل القانوني لممارسة النشاط التجاري: أي اختيار شكل ممارسة نشاطه الاقتصادي من خلال مؤسسة فردية بالنسبة للتاجر الشخص الطبيعي، أو من خلال مؤسسة جماعية بالنسبة للشركات التجارية، ولكن مع مراعاة المبادئ العامة .كما يعطيه الحق في عرض سلعه وخدماته إلى الجمهور ويعني ذلك حق الدخول إلى السوق.

[1]محمد شريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)،ص 28.

[2]نصيرة بوعلي ، مبدأ حرية الإستثمار والتجارة في الجزائر ،جامعة قاصدي مرباح – ورقلة سنة 2016-2017 ص36.

حرية اختيار مكان ممارسة النشاط أو تغييره إلى مكان آخر، وهو ما يعكس أن المشرع لا يفرض مكانا محدد لاستغلال النشاط.

- الحق في اختيار وقت ممارسة النشاط ومدته، فكل تاجر حر في ممارسة نشاطه في أي وقت.
- حرية اتخاذ القرار بشأن طرق التسيير وأساليب الصنع و تقنيات البيع وشبكات التوزيع وطرق التسويق، وحرية تحديد الأرباح حرية القيام بالإشهار..الخ .
- من جانب آخر فإن مبدأ حرية التجارة يعطي للعملاء الحق في طلب البضائع أو الخدمات التي توفر إليهم بأفضل الأسعار والمواصفات والشروط، ويعني ذلك حرية الطلب، بما حاصلة حظر تكوين احتكارات أو أمراكز متحكمة في السوق تحد حرية العميل في تطبيق مبدأ حرية الطلب، أي اختيار المتعاقد الآخر ومفاوضة شروط العقد بما يحقق مصلحة العميل.

ومنه يكفل هذا المبدأ للفرد الحرية في مزاولة ما يشاء من الأعمال بالأسلوب الذي يراه على ضوء مصلحته الشخصية فقط، وطبقا لما يعتقد أنه يحقق له أكبر قدر ممكن من الربح فله أن يستخدم ما يشاء من أدوات الإنتاج، وأن يستهلك ما يشاء ويدخر ما يشاء من أرباحه وأن يستثمر أمواله بالطريقة التي يريد، بمعنى أن مبدأ حريةالتجارة والصناعة يخول للأفراد الحق في ممارسة الأنشطة الاقتصادية بمختلف أنواعها، لكن دائما في إطار القانون[1].

[1]نصيرة بوعلي ، مبدأ حرية الإستثمار والتجارة في الجزائر ، مرجع سابق ص37إلى ص39.

الفرع الثاني: علاقة مبدأ حرية التجارة والصناعة بالمفاهيم الأخرى.

أولا/ علاقة مبدأ حرية التجارة والصناعة بمبدأ المنافسة:

تعتبر المنافسة ذلك الصراع السلمي بين التجار والصناعيين الذين يمارسون نفس النشاط أو أنشطة متقاربة،الذي يتم في سوق ما بهدف الحصول على حصة في ذلك السوق حيث يقع هذا الصراع على نفس الزبائن[1].

كما أن هذه الحرية تعتبر مظهرًا من مظاهر حرية التجارة والصناعة فالتجار أحرار في منافسة بعضهم البعض إلا أن لهذه الحرية حدود[2]، وحريتي التجارة والمنافسة صنوان لا ينفصلان بحيث يمكننا أن نجزم أنه يتمتع بحرية المنافسة كل من يتمتع بحرية التجارة مهما كانت طبيعته القانونية ،إذ لا يمكن أصلا الحديث عن منافسة تجارية بدون تجارة حرة بحيث في ظل هذا النسق الأخير تنمو المنافسة وتترعرع وتؤتي ثمارها المرجوة ..إلخ وفي المقابل ،إذا كانت المنافسة من هذه الوجهة هي الوسيلة الأساسية لتحريك هذا النسق ،فإن الحرية التنافسية تعتبر أهم عنصر لبلوغ وضعية تنافسية إن لم يكن العنصر الوحيد. [3]

ويظهر من تعريف المنافسة الحرة ارتباطها بمبدأ حرية الصناعة والتجارة غير أنه إذا تم احتكار هاذين النشاطين من طرف شخص واحد دون منازع، لن تكون هناك منافسة، لذلك يستلزم هذا المبدأ منع الاحتكار، احترام قواعد اقتصاد السوق، والتي من بينها حرية المنافسة، حرية المبادرة الخاصة، انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي.[4]

---

[1]د أحمد عبد الرحمان المحلم ،مقال بعنوان " الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة التجارية - مجلة القانونوالاقتصاد - ع63 سنة 1993 - جامعة القاهرة - ص 281.

[2]زوبيرأرزقي،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة،مذكرة لنيل شهادة الماجستركلية الحقوق،جامعة مولودمعمري،تيزي وزو 2011 ص 17.

[3]تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي – دراسة مقارنة – رسالة دكتورة 2010 2011، ص 70

[4]كسال سامية مداخلة قدمتبالملتقى الوطني حرية المنافسة في التشريع الجزائري جامعة، باجي مختار، بجاية يومي 03-04 أفريل 2013.

تسمح المنافسة للمؤسسات احتلال كل أو جزء من السوق بغرض تحقيق أكبر قدر من الأرباح، وبسبب حدة المنافسة يلجأ المتعاملون الاقتصاديون في غالب الأحيان إلى مضاعفة قوتهم الاقتصادية في السوق عن طريق استعمال أساليب تتنافى مع قواعد المنافسة الحرة، من أجل تحقيق أقصى ما يمكن من الأرباح ، فيلجأ البعض منهم إلى تقليص عدد منافسيهم أو إقصاءهم من السوق بوسائل غير قانونية والهدف منها الحد من المنافسة أو إلغاءها.[1]

فالمنافسة الحرة تفترض أن يلعب كل متنافس دوره بدون عوائق أو حواجز، كما يفرض امتناع الدولة عن تقييد المنافسة، أو تفضيل متنافس على حساب غيره تطبيقا لمبدأ المساواة في المعاملات التجارية، وهذا بالمقابل فمبدأ حرية المنافسة يفرض على الخواص احترامه حين ممارسة حريتهم في التجارة والاستثمارات، فيمنع مثلا الاتفاق الذي به يمتنع شخص عن ممارسة نشاط اقتصادي بما يسمى ببند عدم المنافسة، فهذا الاتفاق باطلا بطلان مطلق لتعارضه مع النظام العام كل ذلك ما لم يكن هذا البند مبررا، كما يمنع على الخواص أيضا تنظيم المنافسة وتقييدها بالاتفاقيات أو الممارسات المتنافية مع المنافسة إضرارا بغيرهم من المتنافسين، فمبدأ المنافسة الحرة يتعارض مع الاحتكار والاستغلال.

لما كان المشرع الجزائري قد اعترف بحرية ممارسة النشاط التجاري والاستثماري، يقتضي ذلك توفير مناخ تنافسي يمنح فيه حرية واسعة للأشخاص في مزاولة أنشطتها ورسم سياستها التنافسية دون تدخل الدولة في سبيل تقييد حرية المنافسة إلا في الحدود التي تسمح بمراعاة القوانين التي تحكم هذه الأخيرة، بمعنى أن الاعتراف بمبدأ حرية الاستثمار والتجارة إقرارا بمبدأ حرية المنافسة.

[1] إبراهيمي نوال ،الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، فرع قانون الأعمال كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2003، ص 3.

و بناء عليه فالمنافسة لا وجود لها إلا تحت ضلال مبدأ حرية التجارة و الصناعة، أو كما يقول البعض" ان قوانين المنافسة تستلهم أحكامها من مبادئ حرية التجارة و الصناعةو المساواة".

ثانيا:علاقة مبدأ حرية التجارة والصناعة بالضبط الاقتصادي.

نلمس معالم الضبط الاقتصادي في الجزائر من خلال تدخل المشرع لتكييف المنظومة الداخلية، لتنسجم مع التطورات القانونية الخارجية و استجابة للضغوطات الداخلية، المتمثلة في الأزمة الاقتصادية التي ألقت بضلالها على الداخل الجزائري على جميع الأصعدة، السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية ...من هذا المنطلق كان لا بد من البحث عن آليات أكثر فاعلية و نجاعة في سبيل معالجة إفرازات هذه الأزمة عن طريق البحث لها عن حلول نهائية و الابتعاد عن سياسة الحلول المؤقتة و التوقيعية، ثم إن فكرة الضبط الاقتصادي ساهمت الضغوطات الخارجية في ولوجه إلى الجزائر، ذلك أن هته الأخيرة كانت هذه الحقبة من الزمن تحت وطأة تأثير المؤسسات الاقتصادية الدولية، كالبنك الدولي، و صندوق النقد الدولي، و طموح الجزائر في الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، فالجزائر بادرت الى انتهاج عدة إصلاحات هيكلية مؤسساتية هامة.

يمكن أن نستشف موقف المشرع الجزائري من فكرة الضبط الاقتصادي من خلال لجوء المشرع إلى إنشاء العديد من السلطات المستقلة في مجال الضبط. فالقانون الجزائري و لأكثر من عشرية من الزمن عرف تدني لبعض النظم القانونية الخاصة بالدول الغربية و هذا كنتيجة حتمية لتحرير الاقتصاد و التأثر بفكرة العولمة، و بما أن الدولة انسحبت كم الحقل الاقتصادي في إطار اقتصاد السوق كان من الضروري تبني بعض القواعد السارية في الدول الليبرالية.[1]

[1]-إبراهيمي نوال ، المرجع السابق، ص 05.

تنص المادة 190 من قانون رقم 10/90 [1]المتعلق بالنقد و القرض. على أنه: " يجب ألا تؤدي الحركات المالية مع الخارج، في أي حال من الأحوال مباشرة أو غير مباشرة إلى إحداث في الجزائر وضع يتسم بطابع الاحتكار أو الكارت ل أو الاتفاقيات و كل ممارسة تستهدف مثل هده الأدوار المفتوحة " دون أن نتجاهل النصوص القانونية و التنظيمية الأخرى، التي مهدت الطريق لصدور قانون المنافسة 1995 ،و تماشيا مع هذا الوضع الجديد تم إنشاء مجلس المنافسة حيث كلف هذا الأخير بتطبيق قواعد قانون المنافسة و العمل على ضبط السوق و احترام مبدأ الشفافية، و بالفعل تبين من خلال هذا النص و النصوص الأخرى رغبة الدولة في التخلي عن دور الحكم في التسابق الاقتصادي و عن سلطتها العقابية التي خولها لمجلس المنافسة، و هيئات مستحدثة أخرى تسمى الهيئات الإدارية المستقلة، رافقت عملية سن سياسة المنافسة الحرة في الجزائر، تغيير جذري في مميزات الاقتصاد الجزائري، فيما يتعلق بالتحرير شبه الكلي للاقتصاد بإنشاء بعض المواد و الخدمات الأساسية و إلغاء الرقابة على الأسعار من طرف الإدارة العمومية الجزائرية.

و هذا ما أكسب المؤسسات وسيلة تسمح له بالاستفادة من طرف الإدارة العمومية الجزائرية من مواردها .إن التجسد الفوري لسياسة تحرير الأسعار ساهم و بشكل كبير في ارتفاع الأسعار إلى مستويات عالية، أدت إلى إحداث تضخم مالي بنسبة 30 %الذي رافقه تحرير التجارة الخارجية، إضافة إلى رفع الحواجز الإدارية عند الاستيراد، باستثناء ما يدفع لإدارة الجمارك و هو ما أدى إلى تعرض الإنتاج الوطني المحلي إلى منافسة شرسة مارستها عليها المواد المستوردة، في مسائل مرتبطة بالجودة، و وفرة السلع دون أعمال المنافسة في الأسعار.[2]

[1]انظر الماة190 من القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض.

[2]مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012،ص 5.

ثانيا: علاقته بالمكية الفكرية الصناعية والأدبية.

يقصد بالملكية الفكرية كل ما ينتجه الفكر الإنساني من اختراعات وإبداعات فنية وغيرها من إنتاج العقل الإنساني. وقد جاء في تعريف المنظمة العالمية للملكية الفكرية ((تشير الملكية الفكرية إلى أعمال الفكر الإبداعية أي الاختراعات والمصنفات الأدبية والفنية والرموز والأسماء والصور والنماذج والرسوم الصناعية)).

وتنقسم الملكية الفكرية إلي ثلاثة فئات هم: الملكية الصناعية – الملكية التجارية – الملكية الأدبية.

وتعتمد الملكية الصناعية على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية وبيانات المصدر الجغرافية.

أما الملكية التجارية فهي تشمل العلامات التجارية والتي يمكن أن تكون كلمة أو رسما أو رمزا أو غير ذلك. وتشمل الملكية الأدبية حق المؤلف والذي يمكن أن يكون:

مصنف أدبي: مثل الروايات وقصائد الشعر والمسرحيات والأفلام والمصنفات الموسيقية.

مصنف فني: مثل الرسوم واللوحات الزيتية والصور الشمسية والمنحوتات وتصاميم الهندسة المعمارية.

الحقوق المجاورة لحق المؤلف: مثل حقوق فناني الأداء في أدائهم ومنتجي التسجيلات الصوتية وحقوق الهيئات الإذاعية في برامجها المرئية والمسموعة[1].

[1]السيد محمود الربيعي دليل حقوق الملكية الفكرية وحمايتها.

هاته الأخيرة تعطي لأصحابهم حق التصرف و الاستعمال في الشيء (محل الاختراع أو الإبداع)،كما جاء في المادة 674 مدني: " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمال تحرمه القوانين..."[1].

المطلب الثاني: الإطار التاريخي لمبدأ حرية التجارة والصناعة

يعدّ هذا المبدأمبدأ حرية التجارة والصناعة انعكاسا واضحا للأفكار الليبرالية التي جاءت بها الثورة الفرنسية، إذ يعود أصله إلى القانون الفرنسي لسنة 1791 (الفرع الأول)، وباعتبار الجزائر دولة حديثة الاستقلال، انتهجت أولا النظام الاشتراكي ثم انتقلت إلى نظام اقتصاد السوق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نشأة مبدأ حرية التجارة والصناعة في فرنسا.

يعتبر مبدأ حرية التجارة والصناعة من أهم المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية وعلى الرغم من أن فرنسا بلد الحريات، إلا أنها لم تكرّس هذا المبدأ دستوريا.

أ/ أصل مبدأ حرية التجارة والصناعة:

ظهر مبدأ حرية التجارة والصناعة في فرنسا باسم مبدأ حرية المبادرة la liberté d'entreprendreعقب الثورة الفرنسية التي نادت باحترام حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789، والتي من بينها حرية التجارة والصناعة، وهو المبدأ الذي كرسه المشرع الفرنسي آنذاك بموجب تشريع 2-17 مارس 1791 المعروف باسم مرسوم ألارد décret d'Allardeوقانون 14-17 مارس 1791 المعروف بـ le Chapelier فهو النص الذي اعتمد عليه لصياغة مبادئ حرية التجارة والصناعةفقد نصت المادة 7 من مرسوم "ألارد على

[1]عقون عبد العالي، مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مشروع مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص إدارة أعمال،جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2016-2017، ص 20-21.

أنه" **:ابتداء من أول افريل القادم، يكون كل شخص حر في التفاوض أو ممارسة أي مهنة أو نشاط فني، أو حرفة يراها مناسبة له، بعدما يلتزم بدفع ضريبة . "la patente**

حيث جاء مرسوم "ألارد" لتحقيق هدف ضريبي قبل كل شيء، ويفرض دفع ضريبة جديدة على التجار وأصحاب الحرف سميت بضريبة la patente مقابل حرية إنشاء مؤسسات تجارية. ولم يتم إلغاء هذه المادة وانتهى الأمر إلى أن أعطيت لهذا المبدأ صبغة قانون[1].

الطبيعة القانونية لمبدأ حرية التجارة والصناعة في القانون الفرنسي

ظهر مبدأ حرية التجارة والصناعة في فرنسا، كرد فعل ضد النظام السائد في القرون الوسطى والذي يقوم على الامتيازات والاحتكارات، من قبل مجموعة أشخاص يمارسون نفس النشاط ويكوّنونdes corporations، والتي تحول دون قدرة الأفراد في ممارسة نشاطهم التجاري والصناعي بكل حرية.

وبالرغم من أن هذا المبدأ لم يتم تكريسه دستوريا في فرنسا، إلا أنه لا أحد يشك في بقاء هذا المبدأ واستمراره، غير أن البعض يتساءل عن طبيعته القانونية.

اختلف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لمبدأ حرية التجارة والصناعة، ويمكن تحديدها بالنظر إلى قرارات مجلس الدولة الفرنسي، فقد كان مجلس الدولة ينظر أحيانا إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة على أنها تنتمي إلى المبادئ العامة للقانون، وأساس ذلك يستخلص من قرار مجلس الدولة الصادر في قضية Daudignac بتاريخ 22 جوان 1951 .حيث استخدم المشرع عبارة "انتهاك حرية التجارة والصناعة المضمونة بالتشريع وفي قرارات أخرى حديثة.

[1]كسال سامية مداخلة تحت عنوان مبدأ حرية التجارة و الصناعة أساس قانونيي للمنافسة الحرة ، قدمت بالملتقى الوطني حرية المنافسة في التشريع الجزائري جامعة، باجي مختار، بجاية يومي 03-04 أفريل 2013،ص2.

وأحيانا أخرى اعتبر مجلس الدولة الفرنسي حرية التجارة والصناعة Liberté publique، أي من الحريات العامة التي يضطلع التشريع بتحديدها وتنظيمها، ويستخلص ذلك من القرار الذي اتخذه المجلس في قضية , Sieur Laboulayeبتاريخ 28 أكتوبر 1960، وقرار 16 ديسمبر 1988، حيث أقر المجلس أنه: "تنص المادة 34 من دستور 4 أكتوبر 1958 على أن التشريع يحدد القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة، والتي من ضمنها حرية ممارسة كل النشاطات المهنية التي لم تكن محل أي قيد، لذلك لا يجوز للحكومة المساس بحرية المواطنين في ممارسة أي نشاط مهني، لم يتم تقييدها قانونا.

لكن حاليا، لم يعد هناك جدل حول الطبيعة القانونية لمبدأ حرية التجارة والصناعة، ما دام أن المجلس الدستوري الفرنسي قد أصدر قرارا في 16 جانفي 1982، المتعلق بالتشريعات الخاصة بالتأمينات، وأكد فيه بصفة رسمية على الطابع الدستوري لحرية المبادرة الخاصة، واعتبرها ركيزة أساسية لحرية التجارة والصناعة، ويترتب على ذلك منع المشرع من تقييد هذه الحرية بصفة تعسفية، وإلا عدّ مخالفا لأحكام المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 [1].

ب/ مضمون مبدأ حرية التجارة والصناعة في القانون الفرنسي

ظهر مبدأ حرية التجارة والصناعة في فرنسا لتكريس حرية الأفراد في ممارسة أي نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي، وحرية الأشخاص في إنشاء أي مؤسسة في مختلف النشاطات، بشرط مراعاة قوانين التجارة والضبط الاقتصادي، وعدم تدخل الدولة مبدئيا في ممارسة النشاط الاقتصادي الذي يستقل به الخواص أصلا.

[1] كسال سامية، مرجع سابق،ص2.

يسمح مرسوم "آلارد"، وبعض أحكام القضاء الفرنسيالتمييز بين الحريتين التاليتين:

- حرية المبادرة La liberté d'entreprendre :بمعنى حرية كل شخص في إنشاء نشاط اقتصادي وحرفي يراه مناسبا له.
- حرية المنافسة La libre concurrence :فالأعوان الاقتصاديين عليهم احترام كل فكرة أو قاعدة لا تمنع المنافسة.

وبمقتضى هذا المبدأ لا يجوز للدولة المساس بالمنافسة، فلا يجوز لها ممارسة النشاطات الاقتصادية والتجارية بصورة تعوق أو تحول دون المساواة بين المتنافسين. فلا يمنع مرسوم "آلارد" ممارسة النشاط الاقتصادي من قبل الأشخاص العامة، ما دامت تتدخل لتحقيق المصلحة العامة.

إن الاعتراف بحرية التجارة والصناعة، لا يستلزم منع الدولة أو فروعها من مباشرة بعض الأنشطة الاقتصادية، كما أن حرية المبادرة الخاصة لا تمنع وجود القطاع العام،ولكن تمنع القضاء على القطاع الخاص، لذا لا يجب النظر إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة نظرة مطلقة، بوصفه مانعا لأي تدخل للدولة أو أحد فروعها، ما دامت تتدخل لتحقيق المصلحة العامة، ولا يؤدي تدخلها إلى تقييد حرية الخواص في ممارسة التجارة والصناعة

صدرت عدة قوانين في فرنسا تكرّس مبدأ حرية التجارة والصناعة، نذكر أهمها قانون توجيه التجارة والصناعات التقليدية، الصادر في 27 ديسمبر 1973، حيث نصت المادة الأولى منه على ما يلي":**إن الحرية والرغبة في إنشاء المؤسسات، هو أساس النشاطات التجارية والحرفية، ويجب أن تمارس في إطار منافسة واضحة ونزيهة**[1]"....

إن أحكام هذه المادة تم صياغتها بمعان عامة، توضح أن حرية إنشاء المؤسسات، ترافق حرية الصناعة والتجارة، حيث لا يمكن التفريق بينهما،إضافة إلى ما سبق، تم تكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة ضمنيا في الأمر 1 ديسمبر 1986 الذي يتعلق بحرية الأسعار

[1]- كسال سامية، مرجع سابق،ص2.

والمنافسة، الذي ينص أن حرية الأسعار تحدد من خلال قواعد لعبة المنافسة، وهذه الأخيرة لا يمكن أن يكون لها وجود أو معنى دون أن يرافقها مبدأ حرية الصناعة والتجارة[1].

الفرع ثاني: مراحل ظهور مبدأ حرية التجارة والصناعة في القانون الجزائري.

لم يعترف القانون الجزائري بوجود حرية التجارة والصناعة كمبدأ عام إلا مؤخرا وذلك من خلال المادة 37 من دستور 1996، وقبل هذا التاريخ فإن الاعتراف بهذه الحرية مر بعدة مراحل تاريخية بحيث كان مرتبطا بالظروف السياسية والاقتصادية لبلادنا.

أولا: مرحلة عدم تبني مبدأ حرية التجارة والصناعة.

ساد في الدولة الجزائرية مند الاستقلال نظام مركزي الذي يعتمد في جوهره على التخطيط المركزي، ويعتمد على الاقتصاد القائم على الاستثمارات التي تقوم الدولة بها وذلك باحتكار المبادرة ،ووضع عوائق كبيرة للمتعامل الخاص سواء وطنيا أو أجنبيا[2].

تبنت الدولة الجزائرية في بداية مسارها الاقتصادي نظام الاقتصاد الموجه 1962[3].

فبعد استقلال الجزائر، وضع المشرع قانون 31 ديسمبر 1962 الذي يتضمن مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي، غير أن المادة الأولى منه نصت على عدم سريان مفعول كل الأحكام المتناقضة مع السيادة الوطنية، وباعتبار الاشتراكية مظهرا لهذه السيادة، فإن المشرع لم يفكر في خلق قواعد قانونية من أصل ليبرالي، من بينها النصوص المتعلقة بمبدأ حرية التجارة والصناعة.

---

[1]– كسال سامية مداخلةتحت عنوان مبدأ حرية التجارة و الصناعة أساس قانونيي للمنافسة الحرة ،ص3.

[2]– تالي أحمد، النظام القانوني الأنشطة المنجمية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014 ،ص 02.

[3]– قدراوي فاطمة الزهرة، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016،ص 01.

فبعد الاستقلال مباشرة، تدخلت الدولة لاحتكار أهم النشاطات الاقتصادية، باعتبارها دولة تأخذ بالنظام الاشتراكي، فالمادة العاشرة من دستور 1963 نصت على أن الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية تتمثل في تشييد مجتمع اشتراكي، ومحاربة ظاهرة استغلال الإنسان بكل أشكالها، فانتهاج النظام الاشتراكي كأسلوب للتسيير الاقتصادي يتناقض مع أهم مبادئ النظام الليبرالي وهو مبدأ حرية التجارة والصناعة .

كما تأكد رفض مبدأ حرية التجارة والصناعة في دستور 1976 الذي تطرق إلى أهم الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن، دون أن يرد هذا المبدأ من بين هذه الحريات.

فقد عرفت تلك الفترة بالاعتماد الكلي على المؤسسات العامة لإحداث التنمية الاقتصادية واحتكار الدولة النشاط الاقتصادي، فلم تكتف الدولة بإدارة قواعد اللعبة، كضبط قواعد المنافسة مثلما هو الحال في النظام الليبرالي، بل تتكفل الدولة بعملية التنمية نفسها وتُهيمن على الحقل الاقتصادي بصورة شاملة، وهكذا تنكمش حرية التجارة والصناعة نتيجة لاتساع مجال النظام العام الاقتصادي ،لم تكتف الدولة باحتكار النشاط الاقتصادي، بل لعبت دورا تدخّليا وحمائيا، ويتجلى ذلك من خلال تقليصها لدور القطاع الخاص في تحقيق التنمية الاقتصادية، ومنعه من التدخل في ممارسة النشاطات الاقتصادية الحيوية والإستراتيجية، ولم تفتح أمامه سوى القطاعات الثانوية التي لا تمثل أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني.

إضافة إلى ما سبق، أخضعت المؤسسة الخاصة لنظام صارم وغير مألوف، يتمثل في توقيف إنشاء المؤسسة على إجراء الاعتماد المسبق، كما أنشأت هياكل إدارية لتأطير ومراقبة الاستثمار الخاص. كما أخضعت المؤسسة الخاصة لنظام صارم تتمثل في التشريعات والتنظيمات المختلفة التي تلتزم باحترامها

كما سيطرت الدولة على جميع النشاطات والقطاعات التي يمنع على القطاع الخاص الاستثمار فيها، ويتعلق الأمر بالاحتكارات مثل احتكار التجارة الخارجية .وكذلك احتكار الدولة

الإنتاج والتسويق في القطاعات الهامة كالمحروقات، استغلال المناجم المواد الغذائية، مواد البناء، الاسمنت، الحديد والصلب، وكذلك قطاع الخدمات كالنقل البحري والجوي، النقل بالسكك الحديدية، كذلك خدمات البنوك والتأمينات والإعلام والاتصال.

إضافة إلى ما سبق، تم تقييد المقاول الخاص من حيث إمكانية التركيز الاقتصادي وتوسيعه، ويظهر ذلك بعدم جواز تملك أكثر من مؤسسة واحدة من قبل شخص واحد

كما تم تقييد حجم الاستثمار الخاص الوطني من حيث المبلغ المالي للمشروع، بحيث حدد قانون 11/82 الحد الأقصى لمبلغ الاستثمار بمبلغ 30 مليون د ج، وفي قانون المالية لسنة 1985 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984، تم تحديد الحد الأقصى للاستثمار بمبلغ 35 مليون دج.

وما يؤكد نية المشرع في رفض مبدأ حرية التجارة والصناعة هو إصداره لقانون الأسعار، بموجب الأمر رقم 75-37 ، حيث لم يترك عملية تحديد الأسعار لقاعدة العرض والطلب، بل تحدد أسعار المنتجات الصناعية والزراعية وجميع الخدمات عن طريق مقررات متخذة بمرسوم أو قرار، كما أنه يمكن أن يكون محل توزيع بالتساوي على مختلف أنحاء التراب الوطني[1].

ثانيا: مرحلة الاعتراف الضمني بمبدأ حرية التجارة والصناعة.

بعد الأزمة الاقتصادية التي عرفتها الجزائر سنة 1986، نتيجة ضعف مدا خيل الدولة من العملة الصعبة على اثر انخفاض سعر البترول والنفط، إضافة إلى أسباب أخرى منها

[1] د.كسال سامية ،"حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة"، ص 4.

فشل نظام الاقتصاد المسير، تراكم المديونية، الاعتماد الكلي على القطاع العام، وتهميش المبادرة الخاصة...الخ، الأمر الذي انعكس سلبا على الاقتصاد الوطني، لجأت السلطات العامة إلى إعادة النظر في طبيعة القواعد القانونية التي برز فشلها في تنظيم الاقتصاد الوطني، فشرعت ابتداء من عام 1988 بالإصلاحات الاقتصادية، في إطار منظومة قانونية تعطي حرية أكثر للمبادرة الخاصة وتكرّسها، وبدأت الدولة بالانسحاب التدريجي من الحقل الاقتصادي، وفتحت المجال للاستثمار الخاص، والاعتراف له بحرية التجارة والصناعة الذي يعتبر من قواعد اقتصاد السوق.

إن ما يؤكد نية المشرع في تبني مبدأ حرية التجارة والصناعة هو إصداره عدة نصوص قانونية ذات طابع ليبرالي، تتعلق بعضها بتقليص دور الدولة بالتدخل المباشر في النشاط الاقتصادي،وتلغي الاحتكار ، وبعضها الأخرى تتعلق بتشجيع المؤسسات الخاصة، حيث وتقر هذه النصوص حرية إنشاء المؤسسات الخاصة، وعدم تقييد حريتها في ممارسة التجارة والصناعة.

ففي سنة 1988 أصدر المشرع قانون الاستثمارات الذي اعترف بدور القطاع الخاص الوطني في عملية التنمية، وفتح أمامه العديد من النشاطات الاقتصادية، ولما أصبح هذا القانون غير ملائم، تم إلغاؤه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار حيث تنص المادة 3[1] منه على أنه

تنجز الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة" "

[1]انظر المادة 03 منالمرسوم التشريعي رقم 93-12، المؤرخفي 5 أكتوبر 1993(يتعلق بترقية الاستثمار).

يتضح من هذا النص أن الدولة لم تحتفظ إلا ببعض القطاعات الحيوية التي تشبه لحد بعيد القطاعات المحتكرة من طرف بعض الدول الرأسمالية.

كما تم في هذه الفترة تكريس مبدأ المنافسة الحرة، حيث صدر قانون 89-12[1] المتعلق بالأسعار وقد تم إلغاؤه بموجب الأمررقم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة والذي نصت المادة 4 فقرة 1 منه على ما يلي:" **تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة**"

كما صدر قانون النقد والقرض سنة 1990 الذي كرّس المنافسة في قطاع البنوكحيث أصبح القانون لا يميز بين البنوك العامة والبنوك الخاصة إذ يخضعها كلها لنفس النظام القانوني وصدر كذلك الأمر رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1995 يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية ويدل ذلك على تشجيع المبادرات الخاصة، بحيث قام المشرع بإصلاح مكانة القطاع الخاص في عملية التنمية، والذي يقوم على أساس حرية التجارة والصناعة، والذي يترجم من الناحية القانونية بإلغاء كل الإجراءات التنفيذية الخاصة بالاعتماد، وكل التنظيمات الانفرادية الخاصة بتوجيه القطاع الخاص، فأصبحت العلاقات الاقتصادية تنظم بموجب قواعد مرنة يعتمد أساسا على الأسلوب التعاقدي وسلطان الإرادة. والسماح للقطاع الخاص بأن ينافس القطاع العام[2].

ثالثا: مرحلة الاعتراف الصريح بمبدأ حرية التجارة والصناعة

أ/ موقف الدستور الجزائري لسنة 1996:

اعترف المؤسس الدستوري صراحة في نص المادة 37 من دستور 1996 بمبدأ حرية التجارة والصناعة بصفة صريحة وبحكم أهمية مبدأ حرية التجارة والصناعة في تنظيم الحياة

[1] قانون 89-12 المتعلق بالأسعار.
[2] د.كسال سامية ،"حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة" ،ص 4-5.

الاقتصادية وباعتبار مبدأ حرية الاستثمار ليس إلا تركيبة من المبدأ الدستوري العام[1]، والملاحظ على هذا النص أنه جاء بصفة مطلقة دون تخصيص ،حيث لم يميز بين الجزائري والأجنبي بشأن الاستفادة من هاته الحرية كما أحاط هذا المبدأ بعدة ضمانات من بينها ضمان حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي في المادة 38 منه ضمان نزاهة مؤسسات الدولة في معاملة الاستثمار في المادة 23 منه مسؤولية الدولة على أمن الأشخاص والممتلكات، ضمان مشروعية نزع الملكية طبقا لنص المادة 20 منه، ضمان عدم انتهاك حرمة الإنسان حسب نص المادة 34 منه، ضمان الحق في الملكية الخاصة في نص المادة 52 منه دون قيد أو شرط[2].

ولم تعد حرية التجارة والصناعة مسألة نصوص قانونية تشريعية أو تنظيمية إنما هي خيار كرسه دستور 1996 في المادة 37 منه، إن استمرار الممارسة الحرة للأنشطة الاقتصادية مرهونة بأن تمارس في إطار القانون فحرية التجارة والصناعة لا تعني أبدا الممارسة دون قيد أو شرط أو حتى التنصل من الالتزامات القانونية السارية المفعول ،إنما المقصود منها أن تمارس في إطار منظم وواضح وشفاف وغير مستثنى لفئة معينة أو شخص معين بذاته فالاستثناءات يجب أن تخضع لنفس خصائص القاعدة القانونية من حيث عمومها ، تجريدها وإلزاميتها ،والالتزامات المنصوص عليها قانونا بخصوص الأنشطة الاقتصادية يجب أن تكون ملزمة للجميع ولا تستثنني إلا ما استثناه القانون بنص صريح[3].

---

[1]أوباية مليكة، مقال بعنوان "مكانة مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد الثاني، 2010 ،ص246.

[2]عجة الجيلالي، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية في الجزائر،أطروحة دكتوراه دولة،كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنونجامعة الجزائر،2005/2004،ص132-133.

[3]عجابي عماد،مقال بعنوان تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة المسيلة –العدد الرابع–ديسمبر 2014.

ب/ موقف التعديل الدستوري 2016:

اعترف المؤسس صراحة بمبدأ حرية الاستثمار والتجارة في التعديل الدستوري لسنة 2016 ليكرس بذلك المبدأ بصفة صريحة من خلال ما ورد في المادة 43[1] والتي نصت: " حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون"، حيث استبدل مصطلح "الصناعة" بمصطلح "الاستثمار" كما استبدل مصطلح "حرية مضمونة" إلى "حرية معترف بها" في دستور 2016،بذلك تكون الحرية المرتبطة به ذات مفهوم أوسع.

[1]انظر المادة 43 من الفصل الرابع المعنون بـ الحقوق و الحريات من القانون 16-01 في 06 مارس 2016 ج-ر: 14 المؤرخة في 07 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري .

المبحث الثاني: ضمانات مبدأ حرية التجارة والصناعة في القانون الجزائري

الضمان لغة: هو من الفعل ضمن،أي ضمنا،وضمانا،أي كفل الشيء وقدم له الأمان،والضمان عبارة عن التزام.

والضمان قانونا هو تقديم الوسائل الكفيلة بتحقيق أمان قانوني لمن تقدم له ،كي يقدم العمل وهو ضامن لنتائجه[1].

المطلب الأول :الضمانات الدستورية

حرية التجارة والصناعة تعد مبدءا ذو قيمة دستورية ، بحيث لا يجوز للسلطة التشريعية مخالفته ،فبالرغم من تمتع المشرع بسلطة تقييد حرية التجارة إلا أنه لا يحق له وضع قيود تعسفية أو غير مبررة والنتيجة الأساسية لهذا التكريس الدستوري هو أنه يبرر رقابة الدستورية لكل تدخل تشريعي يمس بهذا المبدأ [2].

نخلص من هذا أن تنوع الحماية للحريات والحقوق هو أمر يفترض تعدد الضمانات لهذه الأخير،لعل من أبرزها مكانتها الدستورية في حد ذاتها[3]، والدستور هو الضمان القانوني الذي يقدم الوسائل الكفيلة لتحقيق أمان قانوني لمن تقدم له كي يقدم العمل وهو ضامن لنتائجه [4].

ومنه، يعتبر الاعتراف الدستوري ضمانة لمبدأ حرية الاستثمار والتجارة التي تضمن أغلب الدساتير والتي من بينها الدستور الجزائري الحق في ممارستها، على أساس أن حق

---

[1]عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة لنشر والتوزيع،ط1،عمان،2008 1431هـ-2010م ص23.

[2] -BERNARD SAINTOURENS- Le droit des affaires– presses universitaire de Grenoble-1997- P583.

[3]حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2013، ص 2.

[4]عبدا لله عبد الكر يم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، ص23.

الأشخاص في مزاولة نشاطهم التجاري والاقتصادي لا يحضى بالحماية الكاملة إلا إذا كان مؤطرا بضمانات قانونية ناجعة قوية، يقع على رأسها القانون الأساسي للدولة .و من الطبيعي القول أن الدستور الجزائري يقوم على الديمقراطية ويكرس الحريات بأنواعها، يعترف بمبدأ حرية الاستثمار والتجارة لكون أن النظام فيه قائم على أساس الاقتصاد الحر، وهو ما يوضح شعبية "المبدأ الديمقراطي الأصيل" إذن فحرية التجارة والصناعة مبدأ دستوري مكرس، معناه أن حرية التجارة والصناعة موجود بصفة مستقلة عن القانون، ومهمة التشريع على تنظيم ممارستها ولا يجوز إلغاء وجودها إلا بنص قانوني موازي[1]

إن مبدأ حرية التجارة و الصناعة يجد في الجزائر سنده القانوني في نص المادة 37[2] من دستور نوفمبر 1996 التي جاء فيها: " حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس" جاءت هذه المادة في الفصل الرابع المعنون بالحق و الحريات، من الباب الأول المعنون بالمبدأ العام، التي تحكم المجتمع الجزائري من دستور 1996م. و بذلك يكون الدستور الجزائري، قد تبنى مبدأ حرية التجارة و الصناعة، و اعترف صراحة بحرية كل من التجارة و الصناعة، الخاصة بلعب دورها في عملية التنمية من عوائق أو حواجز.

وإذا كان هذا النص غير مباشر فيما يخص الاستثمار إلا أنه يحمل أبعاد و واضحة بالنسبة للتوجهات الليبرالية المبنية أساسا على مبدأ حرية الاستثمار والتجارة، وتشجيع كل المبادلات وفي مختلف المجالات وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الاستثمار فيها بحرية[3].

وتعكس المادة 43 مايلي:

[1]أنظر المادة 37 من دستور1996,

[2]محمد شريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ،ص 38.

[3]كمال سمية، النظام القانوني الأجنبي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2003 ص 46.

- تصنيف حرية الاستثمار والتجارة ضمن الحريات الاقتصادية العامة تخول حقوق وامتيازات لأشخاص.
- إن تنظيم الحرية بقانون يعتبر ضمانة من الضمانات الأساسية لكل المواطنين على السواء وفي هذا السياق أقر الدستور الجزائري للسلطة التشريعية الإنفراد باختصاص تنظيم الحريات، فال يجوز التدخل في مجالها إلا بموجب قانون، وكذلك الشأن بالنسبة لقواعدها التنظيمية المؤطر لممارستها والتي تظهر بشأن حرية الاستثمار والتجارة من خلال حرية المنافسة،إلغاء مبدأ واحتكار الدولة[1].

كما تشكلت العديد من المواد من الدستور ضمانا لمبدأ حرية الاستثمار والتجارة وإنما كانت بصورة ضمنية في حقيقة الأمر غير صريحة و وذلك من خلال العلاقة بينها وبين الحريات الاقتصادية الأخرى، فنذكر منها على سبيل المثال المادة 38 الحريات الأساسية وحقوق المواطن مضمونة" والمادة 41 نصت على أن الحقوق والحريات محمية بالقانون[2].

وكخلاصة لما قد تم طرحه نستنتج أن الاعتراف الدستوري لمبدأ حرية الاستثمار التجارة يعد من أهم وأبرز الضمانات لحماية هذه الحرية الاقتصادية فهذه الأخيرة تزداد أهمية بمرور الزمن وذلك حسب تطور النظم القانونية، بل نستطيع القول أنه يكاد يكون لهذه الحرية نظامها القانوني الخاص بها[3].

المطلب الثاني: الضمانات التشريعية والتنظيمية لمبدأ حرية التجارة والصناعة.

الفرع الأول : الضمانات التشريعية (قوانين الاستثمار).

[1]لعور بدرة، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، حقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014، ص 03.

[2]نور الدين بأساسي، حرية المعتقد في الأنظمة القانونية المغاربية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016، ص 16.

[3]رابح سانة، محاضرات في الحريات العامة، المركز الجامعي نور البشير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، البيض، 2015-2016 ، ص 01.

كرّست المادة 183 من قانون النقد والقرض 90-10 مبدأ حرية التجارة بالنسبة للأشخاص غير المقيمين في الجزائر سواء كانوا جزائريين أم أجانب، بهذا التكريس يكون المشرع قد اعترف ولأول مرة منذ الاستقلال، وبصفة غير علنية أو غير واضحة بالاستثمار الأجنبي المباشر.

كما كرّس القانون رقم 90-16 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1990 في مادته 41 بصفة نهائية مبدأ حرية التجارة في نشاط تجارة الجملة وألغى بذلك احتكار الدولة لهذا النشاط، كما مهدت نفس المادة لتحرير التجارة الخارجية.

رجوعا لنص المادة الثالثة من المرسوم التشريعي السابق الذكر نصت على أن الاستثمارات تنجز بحرية، ن كان المشرع قد وضع قيودا لحرية الاستثمار في هذا المرسوم. إلا أن الأمر رقم01-03 المعدل و المتمم بالأمر رقم 06-08 لم يحصر عملية الاستثمار في بعض القطاعات الاقتصادية ولم يخصص للدولة إمكانية التدخل في بعض القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني، بحيث لم يرد في هذا القانون أي نص صريح يؤكد وجود قطاعات مخصصة للدولة أو فروعها، إذ كرس مبدأ حرية الاستثمار من خلال المادة (04) منه [1].

كما نص هذا القانون في المادة (31)منه على "تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقا من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرية التحويل بسعرها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانونا، من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه[2].

[1]محمد صالح بخالد، حرية الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري والقانون الاتفاقي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، قانون العلاقات الدولية الخاصة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص 10.

[2]راجع الأمر رقم 03/01 ،يتعلق بتطوير الاستثمار، ص 08.

وتم تعديل الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار بالأمر رقم 06-08[1]المتعلق بتطوير الاستثمار الذي منح المزيد من الضمانات والامتيازات للمستثمر الأجنبي وهذا بهدف استقطاب الاستثمار الأجنبي وتوفير مناخ مناسب للأعمال وتطوير الاقتصاد عن طريق جذب المستثمرين سواء الأجانب أو الوطنيين.

بحيث يتضمن الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009[2]، قانون المالية التكميلي لسنة والمتعلق بالاستثمار لسنة 2009 ،الذي وضع قيودا على مبدأ حرية الاستثمار بالرغم من اعتراف المشرع بحرية الاستثمار وهو موقف غير مفهوم من جانب المشرع .وتم تعديل الأمر رقم 06-08 المتعلق بتطوير الاستثمار بالقانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الذي جاء بعد الأزمة الاقتصادية الحالية والهدف منه هو جلب الاستثمارات الأجنبية يجاد بديل لتنويع المداخيل خارج إطار المحروقات ومنح هذا القانون المزيد من الضمانات والامتيازات للمستثمرين الأجانب ودعم الاستثمار عن طريق أجهزة الاستثمار المتمثلة في المجلس الوطني للاستثمار والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشباك الوحيد .ويعتبر قانون الاستثمار رقم 16-09 نتيجة مباشرة للوضع السياسي والاقتصادي الذي تمر به البلاد، التي فتحت الأبواب على مصراعيها للاستثمار، خاصة الأجنبي منه باعتبار الاستثمار أصبح ضرورة اقتصادية ملحة من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني[3].

الفرع الثاني: الضمانات التنظيمية لمبدأ حرية التجارة والصناعة.

أصدر المشرع الجزائري العديد من المراسيم التنظيمية يهدف من ورائها تعميق الإصلاحات التي باشرها خاصة في قوانين الاستثمار وهذا من أجل تكريس مبدأ حرية

[1]راجع لأمر 06-08، المؤرخ في 15 يوليو 2006 لمتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 47،بتاريخ 19 جويلية 2006.

[2]راجع الأمر 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009.

[3] نكوري إدريس، تكريس مبدأ حرية الاستثمار والتجارة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016-2017، ص 15.

الاستثمار والتجارة وتنظيم الاستثمار بشكل محكم خاصة الأجهزة المتحكمة في الاستثمار[1]مثل المرسوم التنفيذي 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006[2]. المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها و أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 06-357 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006 المتضمن أساسا تشكيلة لجنة الطعن المختصة في مجال الاستثمار وتنظيمها وسيرها من خلال12 مادة هي في معظمه مواد إجرائية.

وكذلك أصدر المرسوم التنفيذي 07-08[3] في 11 يناير 2007،أهم ما ورد فيه هو تحديده لقائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الأمر رقم 01-03 المؤرخ 20 أوت 2001 والتعلق بتطوير الاستثمار.

والقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25 يونيو[4]2008، الصادر عن وزارة الصناعة وترقية الاستثمار المتعلق بمعاينة الدخول في الاستغلال للاستثمارات المصرح بها بموجب الأمر رقم 01-03.

و المرسوم التنفيذي رقم 08-329 المؤرخ في 22 أكتوبر 2008[5]. الذي يتم القائمة المعدة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-08 والذي يحدد قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الأمر رقم 01-03.

---

[1]المرجع نفسه ، ص 15.

[2]مرسوم تنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 64،بتاريخ 2006/10/11.

[3]-المرسوم التنفيذي 07-08 الصادر في 11 يناير 2007 المحدد لقائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الأمر رقم 01-03 .

[4]قرار وزاري مشترك مؤرخ في 25 يونيو2008 والمتعلق بالاستثمار. الجريدة الرسمية العدد 57 ،بتاريخ 05 أكتوبر 2008.

[5]مرسوم تنفيذي رقم 08-329 مؤرخ في 22 أكتوبر 2008 والمتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 61 ،بتاريخ 02 نوفمبر 2008.

خلاصة الفصل الأول:

بعد هذه الدراسة الموجزة لمبدأ حرية التجارة والصناعة من حيث إطاره المفاهمي يتضح لنا أن المقصود بهذا المبدأ أن كل شخص طبيعي أو معنوي الحق في مزاولة النشاط التجاري الذي يختاره بكل حرية، وله الحرية في ممارسة هذا النشاط كما يشاء في مناخ اقتصادي تسوده المنافسة الحرة في الأسواق. وعند مرورنا بالإطار التاريخي لهذا المبدأ نجده من أهم المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية والذي ظهر باسم مبدأ حرية المبادرة وهو المبدأ الذي كرسه المشرع الفرنسي آنذاك في مرسوم ألارد وهو النص الذي اعتمد عليه لصياغة مبادئ حرية التجارة والصناعة.ولم يكرس هذا المبدأ في القانون الجزائري مباشرة، بل مر على مراحل ابتداء من 1962 إلى غاية ثمانينات القرن العشرين كانت الدولة الجزائرية هي التي تسيطر على الحقل الاقتصادي حيث تمتهميش هذا المبدأ ولكن بعد سلسلة الإصلاحات الاقتصادية

التي شهدتها البلاد تم الاعتراف بمبدأ حرية الاستثمار والتجارة في دستور 1996 وأصبح من الحريات الدستورية و خاصة في التعديل الدستوري 2016.

قام المشرع الجزائري بحماية هذا المبدأ قانونيا عن طريق توفير الضمانات اللازمة والتي أهمها الضمانات الدستورية والتي أساسها نص المادة 43 من دستور 2016، بالإضافة إلى الضمانات التشريعية (قوانين الاستثمار) والضمانات التنظيمية.

الفصل الثاني:

تطبيقات مبدأ حرية التجارة و الصناعة

مقدمة الفصل:

إن استمرار الممارسة الحرة للأنشطة الاقتصادية مرهون بأن تمارس في إطار القانون فحرية التجارة والصناعة لا يعني الممارسة بدون قيود أو شروط أو حتى التنصل من المسؤولية والالتزامات القانونية السارية المفعول وإنما المقصود منها أن تمارس في إطار منظم وواضح وشفاف وغير مستثنى لفئة معينة أو شخص معين بذاته ، مما لا شك فيه أن تحرير النشاط الاقتصادي بوجه عام وتحرير الاستثمار والتجارة بوجه خاص بإلغاء القيود على ممارسة النشاطين سيعود بالفائدة على الاقتصاد ولكن في المقابل هذه الحرية المطلقة وغير المنظمة ستؤدي إلى نتائج عكسية[1].

و بناءا على ما سبق سنتطرق إلى الشق الثاني من المادة (43) من الدستور الجزائري 2016 "..... وتمارس في إطار القانون" باعتبارها تناولت القيود الواردة على هذا المبدأ ومنه سنرى كيف قيد القانون هذه الحرية.

حيث سنتطرق في (المبحث الأول) إلى تطبيقات مبدأ حرية التجارة والصناعة على المستوى الوطني.أما (المبحث الثاني) فنخصصه لدراسة تطبيقات مبدأ حرية التجارة والصناعة على المستوى الدولي.

[1]بن عزة محمد، دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول، 2013،ص 247.

المبحث الأول: تطبيقات مبدأ حرية التجارة والصناعة على المستوى الوطني.

إن ممارسة النشاط التجاري يخضع لقيود متعلقة بالدخول للأنشطة التجارية والصناعية من جهة و قيود متعلقة بحماية المستهلك من جهة أخرى.

وتبعا لذلك سنتطرق إلى القيود متعلقة بالدخول للأنشطة التجارية والصناعية في (مطلب الأول)، وقيود متعلقة بحماية المستهلك في (المطلب ثاني).

المطلب الأول: القيود متعلقة بالدخول للأنشطة التجارية والصناعية

الفرع الأول :القيود الواردة على الأشخاص.

نتناول في هذا المطلب أهلية الأشخاص (الفرع الأول) قيود متعلقة بالنظام العام والمصلحة العامة (فرع ثاني).

أولا: أهلية الأشخاص

يتميز النشاط التجاري بالمجازفة فهو يحتمل الربح كما يحتمل الخسارة، لذلك يتطلب لممارسته امتلاك الشخص لصفات ذهنية معينة، كالنضج العقلي والفطنة واليقظة والذكاء، وما منع المشرع عديمي الأهلية من الدخول للأنشطة التجارية والصناعية إلا لسبب عدم امتلاكهم لهذه الصفات .وذلك بهدف حماية المصلحة الخاصة لهؤلاء الأفراد.

أ/ توفر الأهلية

يتوجب الإشارة في بادئ الأمر إلى أن القانون التجاري لم يتضمن نصا خاصا يحدد فيه سن الرشد لذا ينبغي الرجوع إلى أحكام الشريعة العام ،وعلى ذلك، تنص المادة 40 من القانون المدني على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ،ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسع عشرة سنة كاملة"[1].

يستنتج من هذا النص أن الشخص الذي تتوافر فيه هذه الشروط يكون أهلا لمباشرة كافة التصرفات القانونية بما فيها ممارسة التجارة.وعلى ذلك ،فمن الثابت أن الأهلية القانونية

[1]أنظر المادة (40) من القانون المدني الجزائري.

المشترطة للقيام بالأعمال التجارية بصفة احترافية هي تلك المنصوص عليها في القانون المدني.ومن ثم ،إن الشخص الفرد ذكرا كان أو أنثى ، يكتسب الأهلية التجارية بمجرد بلوغه تسع عشرة سنة (19) إلا إذا لم يكن هناك مانع قانوني متعلق بشخصه.

كما أن المشرع الجزائري نص على انعدام الأهلية كمانع لممارسة التجارة بقصد حماية الأشخاص عديمي الأهلية من مخاطر المعاملات التجارية لذلك لا يتحمل عديم الأهلية مبدئيا أية عقوبة إذا قام بعمليات تجارية بالرغم من كونه عديم الأهلية. وبالعكس، يجوز له طلب بطلان العقد الذي أبرم في ذلك الوقت، وبناءا على الأحكام العامة للقانون المدني نجد أربعة أنواع من الأشخاص عديمي الأهلية: القاصر " غير المرشد"، السفيه ، ضعيف العقل والمعتوه أو المجنون.كما نجد الأشخاص الذين حكم عليهم بعقوبة جنائية خطيرة وهم عديمو الأهلية بحكم القانون.

كما يتضح من الأحكام القانونية أنه لا يكون مؤهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز نظرا لصغر سنه*،أوعته أو جنونه[1].

وعليه يتوجب على فاقد الأهلية أو ناقصها الخضوع لأحكام الولاية ،أو الوصاية،أو القوامة .كما ينبغي هنا التذكير بأحكام القانون المدني التي تفرض في حالة الشخص الذي يبلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ،النظر إلى نتيجة تصرفاته إذا كانت نافعة له أو ضارة به. وفيما يخص المحجور عليه، فلا يجوز له . ولأوليائه أو من يتصرف لحسابه القيام بعمليات تجارية.

*يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادس عشرة سنة :انظر المادة 42 الفقرة 2 ق.م.ج والمادة 82 من قانون الأسرة.
[1] راجع المادة 42 من ق.م.ج.

ب/ أهلية الوطنين:

والأهلية المقصودة هنا هي أهلية الأداء أي صلاحية الشخص الطبيعي أن يباشر بنفسه التصرفات القانونية، وبالرجوع إلى نص المادة 40 من القانون المدني السالفة الذكر نجدها نصت على شرطين وهما:

. بلوغ سن الرشد، المتمثل في 19 سنة كاملة.

. عدم الإصابة بأحد عوارض الأهلية.

وعلى ذلك فإن كل شخص بلغ 19 سنة يجوز له مزاولة النشاط التجاري الذي يختار بكل حرية طالما أن أهليته كاملة ولم يصب بعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته والسفه والغفلة[1].أما بالنسبة للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد فليس له الأهلية المدنية والأهلية التجارية.فإذا حصل على الترشيد يكتسب الأهلية المدنية،لكنه لايكتسب الأهلية التجارية إلا باحترام الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة الخامسة (5) من القانون التجاري.

1/ القاصر التاجر:

إن الأحكام الواجب تطبيقها على "القاصر التاجر" هي أحكام المادتين الخامسة والسادسة من القانون التجاري إذ بين المشرع الشروط اللازم توافرها في القاصر لمزاولة التجارة من جهة ،والأثار الناجمة عن تصرفاته غير القانونية من جهة أخرى.

عملا بنص المادة الخامسة من القانون التجاري[2]، يجب توفر ثلاث شروط في القاصر التمثلة فيما يلي: الشرط الأول: بلوغ ثماني عشرة (18) سنة كاملة.

[1]حلو أبوحلو، القانون التجاري الجزائري :الأعمال التجارية والتاجر ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1992، ص 189.

[2]انظر المادة (5) من القانون التجاري الجزائري.

الشرط الثاني: الإذن: يجب على القاصر الذي تم ترشيده والذي استكمل ثماني عشرة سنة ،أن يحصل على "إذن والده أو أمه ،أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو أسقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة عدم وجود الأب والأم".[1] و يمكن أن يكون هذا الإذن عاما أو مقصورا على بعض العمليات التجارية فقط.

الشرط الثالث: قيد الإذن في السجل التجاري.

إذا توافرت في القاصر،ذكرا كان أم أنثى ،الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون التجاري ،يكتسب الأهلية التجارية ويجوز له استثمار أمواله في أي ميدان من ميادين التجارة.*

2/ أهلية المرأة المتزوجة:

إن المرأة يمكنها أن تمارس التجارة دون إذن من زوجها وتتحمل كامل المسؤولية عن ممارسة المهنة ،ولها أن تلتزم بكل التزامات التجار، وهذا حسب نص المادة 08 من القانون التجاري الجزائري :"تلتزم المرأة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها ...."

و تنص أيضا المادة 07 لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجه (الفقرة الأولى) . ولا يعتبر تاجرا إلا إذا كان يمارس نشاطا منفصلا (الفقرة الثانية)[2].

[1] انظر المادة 5 من القانون التجاري الجزائري فقرة 2.

*شريطة أن لايكون الإذن الممنوح له مقصورا على تجارة معينة. المرجع السابق حلو أبو حلو الصفحة 192

[2]أنظر المادتين 7 و 8 من القانون التجاري الجزائري.

ج/ أهلية المستثمر الأجنبي.

الملاحظ بالنسبة للمشرع الجزائري أنه متى بلغ الشخص سن 19 سنة و كان عاقلا و راشدا فإن لهذا الشخص الحرية الكاملة في القيام بالأعمال التجارية المختلفة على التراب الوطني هذا بغض النظر عما إذا كان هذا الشخص مواطنا جزائريا أو أجنبيا. إن هذه المساواة التي أقامها المشرع الجزائري بين الوطنيين والأجانب تعطي لكل أجنبي الحق في مباشرة الأعمال التجارية على التراب الوطني ولو كان بالنسبة لقانون دولته قاصرا يعتبر في هذه ليس ناقص الأهلية. وهو ما تقضي به قواعد القانون المدني ويتضح ذلك من نص المادة 6 منه حيث نصت على أنه: " تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها ".

أيضا ما نصت عليه المادة 9 من نفس القانون وقد وضحت المعيار المعمول به في حالة تنازع القوانين ولمعرفة القانون الواجب التطبيق فإنه يؤخذ القانون الجزائري كمرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها. أما في المادة 10 من القانون المدني وتحديدا في الفقرة الأولى حيث تنص على " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلد أجنبية " يتضح من هذا النص أن سريان القوانين التي تضبط الحالة المدنية للأشخاص وكذا أهليتهم يمتد إلى البلد الأجنبي المتواجدين فيه وبمفهوم المخالفة لهذه الفقرة فإنه تطبق هذه القوانين على الأجانب المقيمين في الجزائر إذا كانت الفقرة الأولى من المادة 10 تعتبر أصلا عاما فإن لهذا الأصل استثناء نصت عليه الفقرة 2 من نفس المادة والتي يتضح من مفهومها أنه بالنسبة للتصرفات المالية المبرمة في الجزائر والتي أنتجت أثارها فيها فإن التصرفات التي تترتب على الأجنبي الذي يتعامل معه أشخاص جزائريين تعتبر تصرفاته تصرفات صحيحة ولو كان ناقص الأهلية كأن يكون الأجنبي قاصرا مثلا.[1]

[1]- أنظر المادتين (09 - 10) من القانون المدني الجزائري.

وقد نص قانون الاستثمار الصادر في 2016 رقم 16-09 ،خاصة نص المادة 21 التي جاءت بما يلي: "...يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم"[1].

ثانيا: القيود المتعلقة بالنظام العام و المصلحة العامة.

أ/ سقوط الحق:

استبعد المشرع الأشخاص الذين تعرضوا لبعض العقوبات الجزائية من ممارسة التجارة، هذه العقوبات قد يكون الأشخاص محكوم عليهم بجنحة أو جناية ويمنعون من دخول بعض الأنشطة فقط وهذا ما يعرف بسقوط الحق ويهدف المشرع من وراء هذا المنع ضمان وجود الأخلاق في الميدان التجاري[2].

و حسب نص المادة 08 من القانون رقم04-08المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية التي منعت من التسجيل في السجل التجاري أو ممارسة النشاط التجاري الأشخاص المحكوم عليهم الذين لم يرد لهم الاعتبار لارتكابهم الجنايات والجنح التالية:

. اختلاس الأموال، الغدر، الرشوة، السرقة والاحتيال، إخفاء الأشياء، خيانة الأمانة، الإفلاس، إصدار شيك بدون رصيد، التزوير واستعمال المزور، الإدلاء بتصريح كاذب من أجل التسجيل في السجل التجاري، تبييض الأموال،الغش الضريبي، الاتجار بالمخدرات، المتاجرة بمواد وسلع تلحق أضرارا جسيمة بصحة المستهلك.

والتجار المحكوم عليهم بالإفلاس مثلا ولم يرد اعتبارهم يمنعون من ممارسة التجارة، فلا يستطيعون الدخول لأي نشاط تجاري أو صناعي. حيث تنص المادة 243 من القانون

[1]نكوري ادريس تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في القانون الجزائري، -مرجع سابق ص 37.
[2]المرجع نفسه، ص 38.

التجاري على أنه يخضع التاجر الذي أشهر إفلاسه للمحظورات وسقوط الحق المنصوص عليها في القانون ، وتبقى قائمة حتى رد الاعتبار.

وطبقا للمادة 244 من القانون التجاري ، فإنه يترتب بقوة القانون على الحكم القاضي بإشهار الإفلاس ومن تاريخه ، تخلي التاجر المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، حيث يمنع عليه الاستمرار في مزاولة نشاطه التجاري أو الصناعي ، كما يمنع عليه الدخول لممارسة مهنة تجارية جديدة.

كما يستفاد من نص المادة 381 من القانون التجاري أنه تطبق الإسقاطات المقررة قانونا على إفلاس التجار وبقوة القانون، على القائمين بالإدارة والمديرين أو المصفين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، والمحكوم عليهم بالعقوبات الخاصة بالتفليس بالتقصير وكذا على القائمين بالإدارة والمديرين أو المصفين في شركة المساهمة والمسيرين أو المصفين لشركة ذات مسؤولية محدودة ، المحكوم عليهم بالعقوبات المقررة للتفليس بالتدليس ويشمل أيضا هذا الحكم أعضاء مجلس المديرين في شركات المساهمة طبقا للمادة 715 مكرر 28 من القانون التجاري.

وقد يكون سقوط الحق في ممارسة التجارة مقررا عن طريق عقوبة تبعية.

حيث لا يحكم بها القاضي الجزائي وإنما تطبق بقوة القانون، فطبقا للمادة 6 من قانون العقوبات فإنه يخضع المحكوم عليه بعقوبة جنائية للحجر القانوني ، وعرفت المادة 7 من قانون العقوبات هذا الحجر بأنه حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرةحقوقه المالية ، وبالتالي يمنع عليه ممارسة أي نشاط تجاري وهو داخل السجن[1].

[1]أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية،د ط، الجزائر،2002 -ص 228-229.

كما أجازت المادة 9 فقرة 5 من قانون العقوبات للمحكمة الجزائية أن تقضي بمنع استمرار الشركة التجارية في ممارسة نشاطها كعقوبة تكميلية تتمثل في حل الشخص المعنوي، ولقد نصت المادة 17 من قانون العقوبات أن منع الشركة التجارية من الاستمرار في ممارسة نشاطها التجاري أو الصناعي يقتضي ألا يستمر هذا النشاط حتى لو كان تحت اسم آخر أو ويمكن كذلك للمحكمة الجزائية أن تقضي بمنع المحكوم عليه من ممارسة نشاط تجاري أو صناعي كتدبير أمن شخصي، مع مديرين أو أعضاء مجلس إدارة أو مسيرين آخرين.وذلك طبقا للمادة 19 من قانون العقوبات وكذلك المادة 23 من نفس القانون، والتي أجازت للمحكمة أن تقضي على الشخص المحكوم عليه لجناية أو جنحة بالمنع من مزاولة نشاط تجاري أو صناعي إذا ثبت للقضاء أن الجريمة التي ارتكبت صلة مباشرة بمزاولة ذلك النشاط وأنه يوجد خطر من تركه يمارسه[1].

كما أجازت المادة 34 من قانون السجل التجاري الحكم بالمنع من ممارسة التجارة على التاجر المرتكب لجريمة تقليد أو تزوير مستخرج السجل التجاري أو الوثائق المرتبطة به[2].

ب/ التنافي

واستبعد المشرع الأشخاص الذين يقومون بمهن متعارضة مع التجارة وهذا ما يعرف بالتنافي أي مهن تتنافى مع الأنشطة التجارية.

وحسب نص المادة 09 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية التي تنص على ما يلي "لا يجوز لأي كان ممارسة نشاط تجاري إذا كان خاضعا لنظام خاص ينص على حالة تناف...." ونفهم من نص هذه المادة أن حالة التنافي لا تثبت إلا بوجود نص خاص ويتعلق التنافي بالأشخاص الذين ينتمون إلى المهن التالية:

[1] رابية سالم ، مبدأ حرية التجارة والصناعة، مذكرة ماجيستر ،جامعة الجزائر، سنة 2012-2013 ص 88-89.

[2] القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الاشطة التجارية (ج.ر العدد 52).

(القضاة وأصحاب المهن الحرة كالمحامين وممارسي المهن الطبية كالأطباء وجراحي الأسنان والخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين ومحافظي البيع بالمزايدة والضباط العموميين كالمحضرين القضائيين والموثقين وكذلك الموظفين العموميين والبرلمانيين والعسكريين).

ويترتب عن ممارستهم التجارة عقوبات تأديبية تتراوح بين الإيقاف والشطب وعقوبات جزائية[1].

ثالثا: القيود الواردة على الاستثمار الأجنبي

إن حرية الاستثمار ليست مطلقة بل تمارس في إطار الشروط المحددة قانونا الذي تحدد مجالها وأهم مظاهر تقييد الاستثمار الأجنبي في الجزائر تتمثل في:

أ/ خضوع الاستثمارات الأجنبية للدراسة المسبقة والتصريح:

التصريح المسبق: يتم بموجب هذا التصريح إعلام الإدارة بالمشروع الاستثماري قبل بداية النشاط ويعتبر من الواجبات التي تقع على عاتق المستثمر وتختلف السلطة الإدارية التي يوجه إليها هذا التصريح المسبق باختلاف النشاط التجاري والاستثماري والهدف من هذا التصريح هو تمكين السلطات العمومية التي تشرف على عملية الاستثمار من متابعة المشاريع المنجزة من حيث عددها ونوعيتها وتقييم سياسة الاستثمار وآثارها الاقتصادية.

المرسوم التشريعي رقم 93-12 يشترط التصريح بكل الاستثمارات قبل إنجازها، ولكن بصدور ر الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ألغى ضمنيا إجراء التصريح المسبق

[1] رابية سالم مرجع سابق صفحة 86.

لإنجاز المشاريع الاستثمارية، واقتصر هذا التصريح على الاستثمارات التي استفادت من المزايا قبل إنجازها[1].

هذا التصريح عبارة عن إجراء شكلي وليس شرطا أساسيا ملزما لصحة المشروع و حسب نص المادة 04 من الأمر 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار التي نصت على ما يلي : "تخضع الاستثمارات قبل إنجازها من أجل الاستفادة من المزايا المقررة في أحكام هذا القانون للتسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المذكورة في المادة 26 أدناه ."...وبموجب هذا النص فإن الاستثمارات يجب عليها أن تسجل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار حتى تستفيد من المزايا المقررة في هذا القانون ولكن بالرجوع للأمر 09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي المعدل للأمر 01-03 يلزم على المستثمرين الأجانب طبقا للمادة 04 مكرر أن تصدر تصريح لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار قبل انجاز المشروع الاقتصادي الذي يتعلق بإنتاج السلع والخدمات .

ب/ إنجاز الاستثمارات الأجنبية في إطار شراكة

كرس المشرع في الأمر رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[2] إرادته الصريحة في معاملة المستثمر الأجنبي والمستثمر المحلي وفق مبدأ المساواة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم، غير أن المادة 58 من قانون المالية التكميلي سنة 2009 فرضت تمييزا واضحا بين المستثمر الأجنبي والوطني من خلال تكريس قاعدة 51%، 49%التي تعني انجاز الاستثمارات الأجنبية في إطار الشراكة.

[1] عيبوط محمد وعلي، مقال بعنوان"الاستثماراتالأجنبية في ظل سياسة الانفتاحالاقتصادي في الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 01،جانفي 2006، ص192.

[2] الأمر 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

إن نظام المساهمة مبني على الأغلبية للشريك الوطني المقيم بنسبة 51 %على الأقل من الرأس المال الاجتماعي، أما الرأس المال الاجتماعي للمساهمات الأجنبية للشراكة تحدد بنسبة 49%.[1]

وقد نص الأمر 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 14[2] على ما يلي: " يخضع منح المزايا لفائدة الاستثمارات التي تساوي مبلغها أو يفوت خمسة ملايين دينار 5000.000.000 دج الموافقة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار....).

يفهم من هذه المادة أن المشروع قيد الحصول على مزايا النظام العام المقررة للاستثمارات بموجب قرار من المجلس الوطني للاستثمار.

المشرع بتكريسه قاعدة الشراكة 51 % / 49 % المتمثلة في رأسمال الاجتماعي مع شريك جزائري بنسبة 51 % مع رخصة من طرف المجلس الوطني للاستثمار وتصريح ممنوح من طرف الوكالة الوطنية للاستثمار قد شكلت قيدا كبيرا انعكس مباشرة على حجم الاستثمارات الأجنبية في الجزائر والتي شهدت تراجعا ملحوظا خاصة مع رفض المستثمر الأجنبي الدخول في شراكة مع المحلي[3].

ج/ وجوب تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة:

هذا الالتزام يعتبر التزام مالي يجب على المستثمر الأجنبي التقيد به وحسب المادة 04 مكرر فقرة 05 من الأمر 01-03 المعدل بالمادة 58 من الأمر رقم 09-01 والمادة 45 من الأمر 10-01 المتعلق بقانون المالية والمادة 53 و65 من القانون رقم 11-16 المتعلق بقانون المالية 2012 التي تنص على ما يلي..." :يتعين على الاستثمارات الأجنبية المباشرة

[1] والي نادية، النظام القانوني للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري تيزي وزو،2014، ص 217.

[2] انظر المادة 04 من الأمر 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار

[3] نكوري إدريس تكريس مبدأ حرية الاستثمار والتجارة في القانون الجزائري، ص48.

أو بالشراكة تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لفائدة الجزائر خلال كل مدة قيام المشروع ويحدد نص من السلطة النقدية كيفيات تطبيق هذه الفقرة ."...و يفهم من هذه المادة أن المؤسسة المساهم فيها من طرف المستثمر الأجنبي بأقلية منرأسمالها الاجتماعي يجب إن توفر كل ما يلزمها من العملة الصعبة دون الرجوع إلى الدولة[1].

د/ اللجوء إلى التمويل المحلي :

الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة يجب أن تلجأ إلى التمويل المحلي أي إلى البنوك والمؤسسات المالية الوطنية لتمويلها دون اللجوء إلى التمويل الخارجي، لكن هناك 1 استثناء أوردته المادة 65 [2]من القانون رقم 11-16 المتعلق بقانون المالية 2012 والتي استثنت تشكيل رأسمال و الهدف من ذلك استخدام فائض السيولة المتوفرة في البنوك المحلية و كذلك الحد من اللجوء إلى التمويل الخارجي الذي يؤدي إلى تحويل فوائد القروض إلى الخارج.

هـ/ الرقابة على الصرف وحركة رؤوس الأموال:

أكد المشرع على حرية التحويل في معظم القوانين الصادرة الخاصة بالاستثمارات الأجنبية وخاصة الأمر 16-09الذي يتعلق بترقية الاستثمار في نص المادة 25 منه ، لكن هذا الحق في التحويل ليس مطلقا بل تتخلله رقابة على الصرف وحركة رؤوس الأموال من أجل تحقيق توازن في ميزان مدفوعات الدولة[3].

[1] خوادجية سميحة حنان،" تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ورقلة، الموسوم بعنوان: الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائي،يومي 18-19 نوفمبر ،2015 ص 08.

[2] المادة 65 من الأمر رقم 11-16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011 المتضمن قانون المالية لسنة 2012، الجريدة الرسمية العدد 72، بتاريخ29 ديسمبر 2011.

[3]نكوري إدريس، تكريس مبدأ حرية الاستثمار والتجارة في القانون الجزائري،ص50.

الفرع الثاني: القيود الواردة على الأنشطة التجارية والصناعية.

الأنشطة الاقتصادية بوجه عام هي: مجموعة العمليات والكيفيات كيف ما كان نوعها لاسيما الاقتصادية منها الرامية إلى إيجاد منتج أو أكثر أو إلى تقديم خدمات ، ويدخل ضمن هذا التعريف الأنشطة التجارية والحرفية باعتباره أنشطة اقتصادية في عمومها[1].

وإذا ما استثنينا القانون التجاري فإننا لا نجد مصطلح الأعمال التجارية والتصنيف القانوني الخاص بها نظيرا في النصوص القانونية السارية المفعول على نظامي القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعات التقليدية إضافة إلى الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-198 المؤرخ في 31 ماي 2006 المتضمن ضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، حيث تعتمد هذه النصوص القانونية مصطلح الأنشطة والتي تصنف إلى:

- الأنشطة المحتكرة:هي أنشطة مخصصة صراحة للدولة أو أحد فروعها أو لأي شخص.

الأنشطة المقننة:هي كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيد في السجل التجاري.-

- الأنشطة الحرة: هي الأنشطة التي تخرج عن دائرة احتكار ولا تخضع لنظام الرخصة أو الاعتماد معتمدة على نظام اقتصاد السوق القائم على المنافسة الحرة[2].

أولا: الأنشطة الحرة

لقد ألزم المشرع الشخص الممارس لنشاط اقتصادي تجاري أو حرفي بالقيد في السجل التجاري و/أو في سجل الصناعة التقليدية والحرف الذي هو تصريح علني يضفي الشفافية

[1] أسامة بلعقون، الأنشطة التجارية المقننة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون الأعمال جامعة محمد بوضياف مسيلة 2015-2016 ص 15.

[2] المرجع السابق، ص 18.

على النشاط لضمان مصالح المتعاملين وتكريس حق الممارسة الحرة للنشاط الاقتصادي الخاضع للقيد واضفاء الشرعية على النشاط الممارس.

وهذا الالتزام تضمنته أحكام المادة 1/4 من القانون 2004/08/14،حيث نصت أنه:"**يلزم كل شخص طبيعي أو اعتباري يرغب في ممارسة نشاط تجاري بالقيد في السجل التجاري ولا يمكن الطعن فيه في حالة النزاع أو الخصومة إلا أمام الجهات القضائية المختصة، ويمنح هذا التسجيل الحق في الممارسة الحرة للنشاط الاقتصادي**".

وهو التزام تبنته أحكام الأمر رقم 96-01 المؤرخ في 1996/01/10 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف لاسيما المادة 24 منه، التي نصت على أنه" يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يستوفي أحكام هذا الأمر ويرغب في ممارسة نشاط حرفي،إما فرديا وإما منظما ضمن تعاونية أو مقاولة لصناعة التقليدية والحرف ،أن يودع ملفا للتسجيل..."

إلا أنه من حيث الواقع المعاش يلاحظ أن هناك أنشطة لازالت الدولة تحتكرها ولا تسمح للأشخاص الطبيعيين بممارستها وحتى الأشخاص المعنويين الخاضعون للقانون الخاص إلا من سمح له ممارستها بموجب نص تشريعي خاص،كالأنشطة المتعلقة بالمواد المتفجرة والأنشطة المتعلقة بالأسلحة والذخائر وهي أمثلة نذكرها على سبيل المثال وليس الحصر.

وهو ما يتعارض والنص الدستوري الذي يضمن حرية الصناعة والتجارة شريطة أن تمارس في إطار القانون[1].

ثانيا: الأنشطة المحظورة والمحتكرة

[1] نور الدين قاستل، نظام القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعة التقليدية والحرف (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجيستر في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدةالجزائر، 2007-2008 ص 22.

منع المشرع الجزائري بعض الأنشطة الاقتصادية إما لأنها مخالفة للنظام العام والآداب العامة (أ)، أو لأنها مخصصة لاحتكار عمومي (ب).

أ/ الأنشطة المحظورة:

المشرع الجزائري منع بعض الأنشطة التجارية للحفاظ على النظام العام والآداب العامة وسوف نعرض أمثلة عن هذه النشاطات التي هي كثيرة يصعب حصرها وهي على سبيل المثال:

التعامل والمتاجرة في النقود المزورة حيث منع المشرع بموجب المادة 198[1] من قانون العقوبات تقليد أو تزوير أو تزييف نقود معدنية أو أوراق نقدية أو سندات مصدرها الخزينة العمومية واستغلالها بطريقة البيع أو الإصدار أو المتاجرة أو التوزيع، وهذه الأعمال تصنف في خانة الجنايات وعقوبتها تصل إلى المؤبد أو الإعدام.

– إصدار أو بيع أو المتاجرة في عملات نقدية تحل محل النقود الحقيقية التي تصدرها السلطة العامة وتعد هذه الأعمال جنحا بموجب نص المادة 202 من قانون العقوبات[2].

–إنشاء جمعية و الاتفاق على ارتكابا الجنايات والإعداد لها بموجب نص المادة 186[3] من قانون العقوبات.

[1] المادة 198 من الأمر 06–23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات،الجريدة الرسمية العدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

[2]أنظر المادة 202 من الأمر رقم 06–23 المذكور سابقا.

[3]راجع نص المادة 186 من نفس الأمر.

– الصناعة أو المتاجرة في مواد أو أدوات تستعمل للتقليد أو لتزوير نقود أو سندات قرض عام، وتعتبر هذه الأعمال جنحا طبقا لنص المادة 203[1] من قانون العقوبات الجزائري.

– المتاجرة مع العدو يعتبر نشاطا مخالفا للنظام العام وكذلك تعتبر أنشطة تجارية ممنوعة توزيع أو عرض منشورات أو نشرات، أوراق من شأنها الإضرار بالمصلحة الوطنية بموجب أحكام المادة 96 من قانون العقوبات.

هناك أنشطة استثمارية وتجارية منعها المشرع لحماية الأخلاق العامة والآداب مثل الأنشطة المتعلقة بالقمار والرهان، وموقف المشرع واضح في هذا المجال تنص المادة 612 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يحظر القمار والرهان....".

وهناك استثناء أوردته المادة 612 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية التي تنص على ما يلي:

".... غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري"[2]."

منع المشرع منعا مطلقا القيام بالأنشطة المتعلقة بالنشاط المخل بالآداب العامة مثل إنشاء بيوت الدعارة والوساطة في الدعارة والتي اعتبرها المشرع جنحا وكذلك الأنشطة الاستثمارية التي وردت في المادة 333[3]. من قانون العقوبات التي تعتبر منافية للأخلاق ومخلة بالحياء هناك أنشطة أخرى منعها المشرع بهدف حفظ الصحة العامة مثل الأنشطة المتعلقة بالمخدرات نظرا لخطورة هذه الأفعال والضرر الذي تسببه بالصحة العامة فالمتاجرة

[1] انظر المادة 203 الأمر 06-23 السالف الذكر.

[2] انظر المادة 612 من القانون المدني الجزائري.

[3] أنظر المادة 333 المتضمن قانون العقوبات، المذكور سابقا.

بالمخدرات هي جنحة حسب نص المادة 243 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

ب/ الأنشطة الاحتكارية(المحتكرة من قبل الدولة):

الأنشطة المحتكرة من قبل الدولة هي النشاطات التي يمنع على الخواص الدخول فيها وهي مخصصة للدولة أو لإحدى الأشخاص الإدارية فهذه النشطات غير مفتوحة للمنافسة وتكون في الغالب ذات طابع حيوي للدولة أو للمواطنين، بالرغم من تكريس مبدأ حرية الاستثمار والتجارة دستوريا إلى أن الدولة أوردت قيود على بعض النشاطات واحتكرتها بهدف حفظ وتحقيق المصلحة العامة مثل:

- احتكار النشاط المتعلق بالتبغ والكبريت على مستوى الوطني لصالح الشركة الوطنية للتبغ والكبريت مع الإشادة إلى أن النشاطات المتعلقة به أصبحت مفتوحة للقطاع الخاص مؤخرا.

- احتكار النقل عبر السكة الحديدية لصالح الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية.

- الأنشطة المتعلقة بالأرصاد الجوية.

- النشاطات المتعلقة بصناعة وتسويق المواد المتفجرة.

ثالثا: الأنشطة المقننة

تخضع عدة أنشطة صناعية وتجارية لترخيص إداري كشرط مسبق لإمكانية الدخول لممارستها ، فنظام الترخيص الإداري المسبق يشكل قيدا على حرية التجارة والصناعة بحيث يعتبر أشد من نظام التصريح البسيط، وهذه الأنشطة التجارية والصناعية التي يتوقف الدخول لممارستها على الحصول على إذن مسبق من طرف الإدارة تسمى بالأنشطة المقننة، والتي تعد قيودا على مبدأ حرية الدخول للأنشطة التجارية والصناعية [1]،ويعتبر كنشاط أو مهنة مقننة

[1] رابية سالم، مرجع سابق ص 96.

كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيد في السجل التجاري ويستوجبان بطبيعتهما وبمحتواهما وبمضمونهما وبالوسائل الموضوعة حيز التنفيذ شروط خاصة للسماح بممارسة كل منهما[1].

برجوعنا إلى نص المادة (30) من القانون رقم 16-09 المتعلق بالاستثمار نجدها تنص على أنه "تنجز الاستثمارات المذكورة في أحكام هذا القانون في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة، وبالنشاطات والمهن المقننة، وبصفة عامة بممارسة النشاطات الاقتصادية [2].

ومن هنا تتدخل الدولة فيها بمنح بترخيص وتصريح مسبق من أجل ممارستها، والهدف من ذلك هو حماية الصحة والأمن العام والبيئة باعتبارها معرضة للمخاطر بسبب هذه النشاطات، منها استيراد البضائع، النشاطات الصيدلانية، رمي النفايات الصناعية وتحويلها، فالنشاطات المقننة هي التي تخضع للقيد في السجل التجاري، فبحسب المادة (02) من المرسوم المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها يفهم من أنه كل نشاط أو مهنة خاضعة للقيد في السجل التجاري تتطلب بطبيعتها ومضمونها ومحلها وسائل تنفيذها توفر شروط خاصة يتم الترخيص بممارستها كمهنة مقننة أو نشاط مقنن.

وهذا ما نصت عليه المادة 24[3] من الأمر 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على الأنشطة المقننة التي ورد نصها كالآتي:" تخضع شروط وكيفيات ممارسة أي نشاط أو مهنة مقننة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري ،إلى القواعد الخاصة المحددة بموجب القوانين أو التنظيمات الخاصة التي تحكمها".

[1] نكوري ادريس،تكريس مبدأ حرية الاستثمار والتجارة في القانون الجزائري، ص 54. .

[2] كسال سامية، النظام القانوني الأجنبي في الجزائر، ص28.

[3] أنظر المادة 24 من الأمر 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

ونص المادة 25[1] من نفس الأمر التي نصت على مايلي: "تخضع ممارسة أي نشاط أو مهنة مقننة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري إلى الحصول قبل تسجيله إلى في السجل التجاري ،على رخصة أو اعتماد مؤقت تمنحه الإدارات أو الهيئات المؤهلة لذلك...

ويتخذ الترخيص الإداري المسبق عدة أشكال : رخصة ، اعتماد، ترخيص ، امتياز بحيث يعد القاسم المشترك بين هذه الأشكال من الترخيص هو استحالة ممارسة الأنشطة المقننة دون إذن مسبق من السلطات العامة.

والملاحظ أن القانون أضاف للنشاطات المقننة (حماية البيئة) وذلك نتيجة لما تسببه الاستثمارات من أضرار بيئية، لذلك نجد أن الدولة تلجأ إلى تبني سياسة حماية البيئة، وسن قوانين للحفاظ على المحيط البيئي، ومثال عن ذلك في مجال المحروقات ربطت الحرية الممنوحة للاستثمار والتجارة بحماية البيئة، ويتجلى ذلك بوضوح من خلال القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الذي جاء من أجل حماية النظام العام البيئي[2].

المطلب الثاني: القيود في إطار حماية المستهلك

الفرع الأول: قواعد حرية المنافسة

حرص المشرع الجزائري على توفير الأطر القانونية الكفيلة للوصول بالممارسة التجارية إلى أوج شرعيتها وهو ما ينعكس من خلال الضمانات المكرسة في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وكذا في قانون الممارسات التجارية 04-02 المعدل والمتمم، والذي حاول من خلاله

[1] أنظر المادة 25 من نفس الأمر.

[2] نصيرة بوعلي،مبدأ حرية الاستثمار والتجارة في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة،2016-2017 ص 47.

أن يضبط بدقة الحدود الفاصلة لتنظيم العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين، وبين علاقة المستهلك بالعون الاقتصادي.

أولا: الاتفاقات المحظورة حول الأسعار.

إن هذه الاتفاقات أو الأعمال المدبرة يمكن أن تتخذ عدة أشكال قانونية تهدف أو يمكن أن تهدف لعرقلة المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها وتفترض حرية المنافسة أن ألسعار تنتج عن لعبة المنافسة في السوق، عن طريق وظيفة العرض والطلب، وقد منعت المادة 6 الفقرة 5 من الأمر 03-03[1] المتعلق بالمنافسة الاتفاقات التي تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة تحديد الأسعار المتعلق بالمنافسة، وذلك بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها هذا النوع من الاتفاقات يكسب أشكال جد متنوعة، قد تكون اتفاقات بين الأعوان الاقتصادية حول إتباع أسعار مماثلة أو حول هامش جديد أو حول الأسعار الدنيا أو الاتفاق على رفع الأسعار، وقد يشترط المورد على الموزعين تطبيق سعر بيع محدد.

ومن تحليل المادة 6 يتبين ضرورة وجود اتفاق يكون الهدف منه عرقلة المنافسة أو الحد منها. ويقصد بالاتفاق التعبير عن الإرادة المستقلة من طرف مجموعة من الأعوان الاقتصاديين سواء كان، هادف لعرقلة المنافسة والإخلال بها، فتعريفه وبيان عناصره، لم يرد في قانون المنافسة إنما اكتفى بمنعه، فلا يشترط القانون أن يكون في صورة عقد بل صورة ترتيبات ودية من قبل الأطراف و حتى سلوك مدير،أما بالنسبة لإخلال بالمنافسة فنجد أنه إلى جانب وجود الاتفاق يجب البحث عن أثاره على المنافسة، سواء تقييدها أو الإخلال بها أو الحد منها، وهنا يكفي توافر نية تقييد المنافسة دون تحقيق ضرر لها[2].

[1]أنظر الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

[2]معمري إكرام، مذكرة ماستر تحت عنوان نطاق مبدأ حرية الأسعار، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2016-2017 ص17.

ثانيا: عدم التعسف في استغلال وضعية الهيمنة.

عرف المشرع الجزائري وضعية الهيمنة بأنها هي" الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبرة إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها".

وبالتالي فإن الحظر يرد على التعسف في استعمال هذه الوضعية واستغلالها مما يؤدي إلى إضرار المتنافسين والمستهلكين، وبجودة وسعر العرض وبالتالي الإضرار بالاقتصاد[1].

ثالثا: عدم التعسف في استغلال التبعية الاقتصادية

تعرف وضعية التبعية الاقتصادية على أنها العلاقة التجارية التي يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل أو مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا وهذا بمقتضى الفقرة من المادة 3 من الأمر 03-03 ،وهنا نجد أن حالة التبعية تلتقي الاحتكار مع وضعية الاحتكار (المركز المهيمن).

وقد ذكرت المادة 11 من الأمر 03-03 أبرز حالات وصور التعسف الناتج عن استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، وهذه الممارسات التعسفية لا تكون ممنوعة إلا إذا كان لها عرض أو أثر يؤدي إلى إعاقة المنافسة والإخلال بها. وتتمثل هذه الحالات على الخصوص في: رفض البيع دون مبرر شرعي، البيع المتلازم أو التمييز،البيع المشروط باقتناء كمية دنياللازم بإعادة البيع بسعر أدنى، قطع العلاقات التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.

رابعا: ممارسة أسعار بيع منخفضة تعسفيا:

[1] المرجع نفسه، ص18.

ويتمثل البيع بأسعار منخفضة في الفعل الذي يقوم به أحد الأعوان الاقتصاديين بصفة منفردة أو مشتركة والمنصب على السعر، حيث يقوم بالتعامل بأسعار تتحدى كل منافسة تصل حد الخسارة وذلك عن طريق البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقية،

ويشترط في البيع بأسعار منخفضة أن يكون موجها للمستهلك بسعر أقل من تكاليف الإنتاج تعسفيا والتسويق، بشكل يؤدي إلى القضاء على المنافسة في السوق.

وحظر هذه الممارسة يجد أساسه القانوني في نص المادة 12 من الأمر 03-03، ويتضح من المادة أن البيع بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي هو ما يعرف بالإغراق في التجارة الدولية، وهو محظور كذلك لمساسه بالمنافسة[1].

الفرع الثاني: قواعد شفافية الممارسات التجارية

عالج المشرع الجزائري موضوع الشفافية من خلال المواد من 4 إلى 13 تحت الفصل الأول والثاني من الباب الثني لقانون الممارسات التجارية.

وتضمنت هذه المواد، التزاما يقع على عاتق المهني وهو ضرورة إعلام المستهلك بالأسعار والتعريفات، وشروط البيع والفوترة.

الفرع الثالث: قواعد نزاهة الممارسات التجارية.

وترتكز الوظيفة القانونية للممارسات التجارية الحرة على حماية مبدأ حرية المنافسة بمضمونه حرية التجارة والصناعة وكذا حرية الأسعار، كما تتطلب حماية المستهلك من كل ممارسة تمس بنزاهة السوق.

[1] معمري إكرام –نطاق مبدأ حرية الأسعار، ص21-22.

و في هذا الإطار منع المشرع هذه الممارسات من خال ل الباب الثالث من القانون 04- 02. و من الممارسات الماسة بالنزاهة والمتعلقة بالأسعار نجد(إعادة البيع بسعر أدنى، البيع بالخسارة) [1].وممارسة أسعار غير شرعية

الفرع الرابع:الضوابط التي تتعلق بالتاجر

يفرض المشرع الجزائري ضوابط على كل شخص يمارس نشاط استثماري أو تجار ي من أجل اكتساب صفة التاجر وهي (القيد في السجل التجاري)أولا(ومسك الدفاتر التجارية)ثانيا.

أولا: القيد في السجل التجاري:

السجل التجاري هو عبارة عن دفتر تفرد فيه لكل تاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا جزائري و أجنبي صفحة يدون فيها البيانات الخاصة بهؤلاء الأشخاص ونشاطهم التجاري تحت إشراف ورقابة الدولة وتناول التقنين التجاري في مادتيه 19و20[2] الأشخاص الملزمون بالقيد في السجل التجاري وشروط القيد وهي:

1. يجب أن يكون الشخص تاجرا سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.
2. يجب أن لا يكون التاجر موضوع أي تدبير بمنعه من ممارسة النشاط التجاري.
3. ممارسة النشاط التجاري عبر التراب الوطني.

بالنسبة للأجانب يجب عليهم كذلك القيد في السجل التجاري، كذلك الأشخاص المعنوية يشترط القانون أن تمارس نشاطها على التراب الوطني حتى ولو كان مقرها الرئيسي في الخارج وحتى ولو كان النشاط المزاول في الجزائر فرعيا أو ثانويا.

[1]ينظر، المرجع السابق،ص 23 إلى29.

[2]أنظر المادتين 19 و20 من الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/12/09 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتعلق بالقانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد،77 بتاريخ 1996/12/11.

وأكدت المادة 50 من القانون المدني في الفقرة 05 التي نصت على: " الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر".

وأورد المشرع هذا الحكم في القانون رقم 16-09 لمتعلق بترقية الاستثمار في المادة09[1] التي نصت على: "يخضع الاستهلاك الفعلي لمزايا الإنجاز المتعلق بالاستثمار المسجل لما يأتي:

- القيد في السجل التجاري..."

ويفهم من هذا النص أن المستثمر الأجنبي يجب عليه القيد في السجل التجاري للحصول على مزايا الإنجاز المتعلق باستثماره.

ويترتب عن القيد في السجل التجاري:

- اكتساب صفة التاجر حسب نص المادة 13 من القانون التجاري.
- اكتساب الشركة الشخصية المعنوية.
- القيد يترتب عليه الإشهار القانوني الإجباري بالنسبة للتاجر والشركة التجارية.
- يعتبر السجل التجاري أداة لجمع البيانات الإحصائية عن المشاريع التجارية.

يترتب على عدم القيد في السجل التجاري خلال شهرين من تاريخ بدء نشاطه بحضر من التمسك بصفته كتاجر في مواجهة الغير، أي تسقط عنه الحقوق التي يتمتع بها التجار، بينما المسؤوليات والواجبات الملازمة لهذه الصفة يتحملها التاجر وهذا جزاء لإخلاله بالتزام القيد في السجل التجاري أي بمعنى (يتحمل الأعباء ولا يستفيد من المزايا) وهذا حسب المادة 22من القانون التجاري.

[1] أنظر المادة 09 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

ومخالفة التاجر الالتزام بالقيد في السجل التجاري تترتب عليها إجراءات صارمة رتبها 3قانون السجل التجاري لعام 1990 في المواد 26 و27 و28 و29 وهذا يرجع لأهمية هذا القيد في إعلام الغير ودعم الائتمان في الميدان التجاري.

ثانيا: مسك الدفاتر التجارية.

الدفاتر التجارية هي سجلات يقيد فيها التاجر عملياته التجارية من مدا خيل ونفقات وغيرها والالتزام بمسك الدفاتر التجارية يأتي من فكرة المحاسبة التي لها عالقة متينة بالحياة التجارية[1].

يلزم التاجر بمسك دفترين إجباريين. ويمكنه فضلا عن ذلك مسك دفاتر أخرى اختيارية تختلف حسب طبيعة نشاطه وحاجات تجارته.

يجب على كل تاجر أن يمسك على الأقل دفترين هما دفتر اليومية ودفتر الجرد،ويعد هذين الدفترين الحد الأدنى اللازم مسكه من الدفاتر التجارية.

1. **دفتر اليومية:** يجب على كل تاجر ،سواء أكان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا مسك"دفتر اليومية" الذي يقيد فيه جميع عمليات المقاولة إما يوميا أو شهريا.وفي هذه الحالة يراجع نتائج هذه العمليات شريطة أن يراجع كافة الوثائق المرتبطة بها.
2. **دفتر الجرد:** يجب على كل تاجر أن يجري سنويا جردا لعناصر أصول وخصوم مقاولته،و أن يقفل كافة حساباته قصد إعادة الميزانية وحساب النتائج.كما ينص المشرع صراحة على أن تنسخ الميزانية في دفتر الجرد[2].

ب/ الدفاتر الاختيارية: هي دفاتر لا يفرضها المشرع وهي على سبيل المثال

[1] نكوري إدريس، تكريس مبدأ حرية الاستثمار والتجارة في القانون الجزائري،ص 40و41.

[2] فرحة زواوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري ص 486إلى ص 488.

(دفتر المسودة، دفتر الصندوق أو الخزانة، دفتر الاستحقاق، دفتر المخزن ولا شك في أن الدفتر الاختياري الذي يوجد عند جميع التجار هو الدفتر الكبير)[1].

ونص المشرع في المادة 11[2] من القانون التجاري على الطريقة التي يلتزم التاجر بإمساك الدفاتر التجارية حتى يكفل بيان مركزه المالي بشكل واضح ودقيق.

ونص على مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية بنص المادة 10 من القانون التجاري وهذه لالتزام بتقديم هذه الدفاتر أمام القضاء.

ويترتب عن عدم مسك الدفاتر التجارية أو عدم انتظامها توقيع جزاءات جزائية وأخرى مدنية، تتمثل الجزاءات المدنية في انعدام القيمة القانونية لتلك الدفاتر إذ لا تكون لها حجية أمام القاضي[3].

[1]فرحة زواوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري ص 496وص 497.

[2].-أنظر المادة 11 من القانون رقم 96-27،المذكور سابق

[3]فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، المحل التجاري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004ص 147.

المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ حرية التجارة والصناعة على المستوى الدولي.

إنبثق عن منظمة التجارة العالمية OMC ومنظمة الملكية الفكرية WIPO العديد من الإتفاقيات التي تنظر تحرير التجارة والصناعة و من هذا تطرقنا إلى تقييد حرية التجارة بمبادئ حماية البيئة (المطلب الأول) و تقييد حرية التجارة بمبادئ حماية الملكية الفكرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقييد حرية التجارة بمبادئ حماية البيئة .

إن تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي تبنته مجموع الاتفاقيات الدولية الناتجة عن الجولات التفاوضية التي راعتها "الجات" وأدت نتائجها إلى تأسيس المنظمة العالمية للتجارة من جهة وتفعيل ظاهرة الاعتماد الدولي المتبادل في مجال التجارة الدولية من جهة أخرى أدى إلى بروز التناقض المتبادل في مجال التجارة الدولية من جهة أخرى أدى إلى بروز تناقض بين مبدأ تحرير التجارة العالمية والالتزام الدولي بحماية البيئة[1].

فالتجارة والبيئة من الموضوعات الجديدة التي انبثقت عن جولة مفاوضات أورغواي، حيث اتّفق الوزراء في عام 1994على بدء برنامج عمل مكثّف بشأن التجارة والبيئة في منظمة التجارة العالمية [2].

الفرع الأول:طبيعة القيود التي تفرضها حماية البيئة علي حرية التجارة.

تفرض حماية البيئة قيود قانونية وسياسية واقتصادية على أنشطة التجارة الدولية فمن النّاحية القانونية تفرض هذه القيود بموجب المعاهدات الدولية والقانون العرف والمبادئ العامّة وقرارات المنظّمات الدولية.

تفرض القرارات والإعلانات الصّادرة عن المنظّمات الدولية قيودا بيئيّة على الدول غير أن الطّابع الملزم لهذه القرارات يتوقّف على طبيعة الهيئة أو المؤسّسة التي تصدرها، فعلى

---

[1] حميد فلاح، مقال تحت عنوان واقع الالتزام الدولي بحماية البيئة في اتفاقيات تحرير التجارة العالمية، مجلة صوت القانون العدد الثاني، أكتوبر 2014، ص 209.

[2] محمد فايز بوشدوب،الحماية الدولية البيئة في إطار منظمة التجارة العالمية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصصالقانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر1، بتاريخ 31 أكتوبر 2013 ص46.

سبيل المثال القرارات التي يتّخذها مجلس الأمن، بشأن البيئة تكون ملزمة وتلعب دورا كبيرا في تطوير القانون الدولي للبيئة بالإضافة إلى ذلك هناك قرارات غير ملزمة وتوصيات وإعلانات مبادئ وبرامج عمل.

تنتج القيود البيئيّة أيضا عن الضّغوط السياسية التي تفرضها الدول والمنظّمات الدولية والمنظّمات غير الحكومية،فكثيرا ما تحدّد التوجّهات السّياسية الممارسات الاقتصادية والتجارية للدول، فعلى سبيل المثال تدعو السّياسات البيئيّة إلى تخصيص الموارد لتعزيز الاستخدام المستدام لها دون الأخذ بعين الاعتبار بحركة المبادلات التجارية الدولية الرّاهنة كما تؤدّي السّياسات البيئية إلى خلق وتطوير بعض التّدابير المتعارضة مع قواعد التجارة

الدولية كفرض رسوم بيئيّة على المنتجات التي تعدّ بمثابة حواجز لحركة التجارة الدولية بما يتعارض مع قواعد الاتّفاق بشأن الحواجز التقنية أمام التجارة.

كما تتزايد القيود التي تفرضها السياسات البيئية على حرية التجارة مع تزايد مطالب المستهلكين والمجتمع المدني التي لم تعد تكتفي فقط بنوعية الإنتاج بل تتعدّى ذلك لتشمل عمليات وأساليب الإنتاج[1].

الفرع الثاني:حق الدولة في حماية البيئية كقيد على اتفاقيات تحرير التجارة العالمية.

ورد في مشروع اتفاقية تحرير التجارة الخاصة بقطاع الخدمات نص يتعلق بحق الدول في التمسك بالاستثناء من تطبيق المواد الاتفاق لأغراض البيئة كما تنص إتفاقية منظمة التجارة العالمية في المادة 20 منها على حق استثناء القواعد العامة للاتفاقية لعدة أسباب من بينها حماية البيئة مع التحفظ عند استعمال هذا الحق من خلق تمييز بين الدول المختلفة وعدم فرض إجراءات تقيدية ضد حركة التجارة الدولية[2].

الفرع الثالث: القواعد البيئية والفنية:

[1]ينظر، المرجع السابق، من ص 55 إلى57.

[2]حميد فلاح، مقال تحت عنوان واقع الالتزام الدولي بحماية البيئة في اتفاقيات تحرير التجارة العالمية، ص 217-218.

لقد نشأت إلى جانب القواعد التجارية للسوق قواعد بيئية أخرى معاكسة لها، حيث إذا كانت القواعد التجارية تسعى إلى إزالة القيود التجارية في ظل سيطرة مبدأ حرية التجارة على مبدأ حماية التجارة، وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية على البيئة نتيجة زيادة الطلب على الموارد الطبيعية.

أما إعمال قواعد حماية البيئة يؤدي حتما إلى إثارة مفصلة لحجم التجارة الدولية، حيث يجد المتعاملون الاقتصاديون وحتى الدولة نفسها مثقلين بتكاليف مالية يتم إنفاقها من أجل التزود

بتكنولوجيا ملائمة لحماية البيئة أو موجهة بشكل مباشر لعلاج بعض الأضرار البيئية المتسببة.

المطلب الثاني: تقييد حرية التجارة بمبادئ حماية الملكية الفكرية

الفرع الأول: إتفاقية الملكية الفكرية في إطار " الجات".

يقصد بالملكية الفكرية كل ما ينتجه الفكر الإنساني من اختراعات وإبداعات فنية وغيرها من إنتاج العقل الإنساني. وقد جاء في تعريف الملكية الفكرية للمنظمة العالمية الفكرية ((تشير الملكية الفكرية إلى أعمال الفكر الإبداعية أي الاختراعات والمصنفات الأدبية والفنية والرموز والأسماء والصور والنماذج والرسوم الصناعية)). وتنقسم الملكية الفكرية إلي ثلاثة فئات هم: الملكية الصناعية – الملكية التجارية – الملكية الأدبية.[1]

وتعتمد الملكية الصناعية على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية وبيانات المصدر الجغرافية.

[1]- السيد محمود الربيعي دليل حقوق الملكية الفكرية وحمايتها.

أما الملكية التجارية فهي تشمل العلامات التجارية والتي يمكن أن تكون كلمة أو رسما أو رمزا أو غير ذلك. وتشمل الملكية الأدبية حق المؤلف والذي يمكن أن يكون:

- مصنف أدبي: مثل الروايات وقصائد الشعر والمسرحيات والأفلام والمصنفات الموسيقية.
- مصنف فني: مثل الرسوم واللوحات الزيتية والصور الشمسية والمنحوتات وتصاميم الهندسة المعمارية.

الحقوق المجاورة لحق المؤلف: مثل حقوق فناني الأداء في أدائهمومنتجي التسجيلات الصوتية وحقوق الهيئات الإذاعية في برامجها المرئية والمسموعة.
تشبه حقوق الملكية الفكرية غيرها من حقوق الملكية.

فهي تسمح للمبدع أو مالك البراءة أو العلامة التجارية أو حق المؤلف بالاستفادة من عمله أو استثماره. وترد هذه الحقوق في المادة (27) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي ينص على الحق في الاستفادة من حماية المصالح المعنوية والمادية الناجمة عن نسبة النتاج العلمي أو الأدبي أو الفني إلى مؤلفه. وأقر لأول مرة بأهمية الملكية الفكرية في اتفاقية باريس بشأن حماية الملكية الصناعية سنة 1883م واتفاقية برن بشأن حماية المصنفات الأدبية والفنية سنة 1886م. وتتولى إدارة المعاهدتين المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)[1].

الفرع الثاني: اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس) .

اتفاقية "التريبس" تقع هذه الاتفاقية في 73 مادة تستهدف تحرير التجارة العالمية مع الأخذ في الاعتبار بضرورة تشجيع الحماية الفعالة و الملائمة لحقوق الملكية الفكرية , و ضمان ألا تكون التدابير المتخذة لإنفاذ حقوق الملكية الفكرية في حد ذاتها عوائقا أمام التجارة الدولية المشروعة.

[1]السيد محمود الربيعي، مرجع سابق.

و هكذا تتميز هذه الاتفاقية بأنها لا تنظم من جوانب الملكية الفكرية إلا ما تعلق بالتجارة الدولية و دون التعارض أو الإخلال بالاتفاقيات الدولية الأخرى المخصصة لتنظيم حماية هذا النوع من أنواع الحقوق.

- **المبادئ العامة في الاتفاقية:**

أرست اتفاقية التريبس مبدأين عامين أساسيين هما مبدأ المعاملة الوطنية و مبدأ الدولة الأولى بالرعاية , و يقصد بالمبدأ الأول أن تحقق كل دولة من الدول الأعضاء ذات المعاملة و الحقوق و الحماية المقررة لرعاياها و المقيمون إقامة معتادة فيها لكل صاحب حق من الحقوق محل التنظيم و الحماية يتمتع بجنسية أي دولة عضو أخرى في المنظمة(م3).

أما المبدأ الثاني "الدولة الأولى بالرعاية" فيقصد به أن يتمتع مواطنو كل دولة عضو بالمنظمة بذات المزايا أو التفصيلات أو الامتيازات أو الحصانة التي تقررها إحدى الدول الأعضاء لمواطني الدولة عضو أخرى في خصوص الموضوعات محل التنظيم بموجب اتفاقية التريبس (م 4)[1].

وقد "هدفت هذه الاتفاقية توفير حماية دولية وفعالة لحقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة، وذلك من خلال وضع وتحسين القواعد والضوابط والمعايير المطلوبة لهذه الحماية، وبحيث تصبح تدابيرها وإجراءاتها فعالة ضد أي اعتداء على حقوق الملكية الفكرية على أن تكون هذه التدابير منصفة وعادلة وغير معقّدة أو باهظة التكاليف، وبحيث لا تتحول في الوقت نفسه إلى قيود معيقة للتجارة"[2].

خلاصة الفصل الثاني:

[1]حسن جميعي،مداخلة تحت عنوان الإطار القانوني الدولي لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، ندوة الويبو الوطنية عن إنفاذ حقوق الملكية الفكريةللقضاة والمدّعين العامّين،المنظمة العالمية للملكية الفكرية،البحرين، المنامة، 12 و13 يونيه/حزيران 2004ص12و13.

[2].السيد محمود الربيعي.دليل حقوق الملكية الفكرية وحمايتها.ص8.

بعد عرضنا إلى تطبيقات مبدأ حرية التجارة والصناعة على المستوى الوطني نجد أن المشرع كرس هذا المبدأ وجعل ممارسته في إطار القانون أي أن القانون هو الذي يحدد الخطوط العريضة لهذا المبدأ، فقد ضبط المشرع مبدأ حرية التجارة والصناعة فنص على قيود تتمثل في حرية الدخول إلى ممارسة الأنشطة التجارية فجعل قيود متعلقة بالأشخاص الذين يمارسون التجارة وقيود على نظام العام والمصلحة العامة، وقيود أخرى متعلقة بالأنشطة التجارية والصناعيةوالضابط القانوني الآخر الوارد على حماية المستهلك.

أما تطبيقات هذا المبدأ على المستوى الدوليفقد أوردت الاتفاقيات الدولية المنبثقة عن منظمة التجارة العالمية ومنظمة الملكية الفكرية wipo التي ذكرنا منها اتفاقيات حماية البيئة و اتفاقية تريبس.

خـــاتـــمـــة

خاتمة

تعد حرية التجارة والصناعة من أهم الحريات الاقتصادية التي تعطي للأفراد الحرية في مزاولة أي نشاط اقتصادي إذ تجسد في مضمونها النظام الديمقراطي وتعتبر من أهم سماته.فهي تمثل إحدى الأسس الضرورية لاقتصاد السوق، وهذا المبدأ وثيق لارتباطه بالنظام السياسي والاقتصادي للدولة حيث عرف عدة تطورات في القانون الجزائري.

نشأ هذا المبدأ و ترعرع في الدولة الفرنسية الليبرالية، إلا أنه لم يكن مكرس في دستورها بل تم الاعتراف به بموجب تشريع 2-7 1791 المعروف بمرسوم "آلارد"، أما في الجزائر فإنه لا شك من أن مبدأ حرية التجارة والصناعة في الاقتصاد يختلف في النظام الاشتراكي عما هو عليه في النظام الليبرالي وعلى هذا الأساس نجد أنه مر بثلاثة مراحل نوجزها فيما يلي:

شهدت المرحلة الأولى تهميشا كبيرا في الفترة التي تلي الاستقلال مباشرة واسترجاع الجزائر لسيادتها الوطنية ، حيث تبنت الدولة الجزائرية في بداية مسارها الاقتصادي نظام الاقتصاد الموجه سنة 1962، فبعد استقلال الجزائر، وضع المشرع قانون 31 ديسمبر 1962 الذي يتضمن مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي. وفي هذه المرحلة تدخلت الدولة لاحتكار أهم النشاطات الاقتصادية، باعتبارها دولة تأخذ بالنظام الاشتراكي، فالمادة العاشرة من دستور 1963 نصت على أن الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية تتمثل في تشييد مجتمع اشتراكي، كما تأكد عدم_تبني مبدأ حرية التجارة والصناعة في دستور 1976 الذي تطرق إلى أهم الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن، دون أن يرد هذا المبدأ من بين هذه الحريات.

أما المرحلة الثانية فكانت **مرحلة الاعتراف الضمني**، فبعد الأزمة الاقتصادية التي عرفتها الجزائر سنة 1986، ونتيجة ضعف مدا خيل الدولة من العملة الصعبة وانخفاض سعر البترول والنفط، إضافة إلى أسباب أخرى. شرعت ابتداء من عام 1988 بالإصلاحات الاقتصادية،في إطار منظومة قانونية تعطي حرية أكثر للمبادرة الخاصة وتكرّسها وبدأت الدولة بالانسحاب التدريجي من الحقل الاقتصادي، وفتحت المجال للاستثمار الخاص، والاعتراف له بحرية التجارة والصناعة الذي يعد من قواعد اقتصاد السوق.

وما يؤكد نية المشرع في تبني مبدأ حرية التجارة والصناعة هو إصداره عدة نصوص قانونية ذات طابع ليبرالي كإصداره لقانون الاستثمارات لسنة 1988 الذي اعترف بدور القطاع الخاص

الوطني في عملية التنمية، وفتح أمامه العديد من النشاطات الاقتصادية.والذي تم إلغاؤه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار.

وتليها المرحلة الثالثة وهي مرحلة الاعتراف الصريح بمبدأ حرية التجارة والصناعة إذ تم تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الدستور الجزائري لعام 1996 وقد اعترف المشرع بالقيمة الدستورية لهذه الحرية نظرا لأهميتها في جذب رؤوس الأموال الأجنبية للتنمية الاقتصادية.

و في التعديل الدستوري 2016 وفي المادة 43 منه كرست الدولة مبدأ حرية الاستثمار والتجارة بعد أن كان في دستور 1996 مبدأ حرية التجارة والصناعة،حيث استبدل لفظ الصناعة بلفظ الاستثمار، وقد لقي هذا المبدأ قيمة قانونية دستورية كبيرة والتي تعد ضمانة لحمايته، كما جاء هذا الدستور ليمنح الفرص للخواص للتجارة والاستثمارات الداخلية، مع زيادة الضمانات والتحفيزات المشجعة للاستثمارات الأجنبية التي كانت الدولة الجزائرية بحاجة إليها.

إلا أن مبدأ حرية التجارة والصناعة مبدأ مقيد وليس مطلق إذ ترد عليه مجموعة من القيود والاستثناءات القانونية والتي تتعلق ببعض النشاطات والقطاعات منها ما هو مقنن، و منها ما هو مخصص لدولة، و منها ما يمس النظام العام والمصلحة العامة وقد توسع هذا التقييد ليشمل الاتفاقيات الدولية والمنظمات التي قيدت بدورها حرية التجارة والصناعة التي من بينها منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات الخاصة بالبيئة وحماية المستهلك وبناءا على ذلك يمكن التوصل إلى النتائج التالية حول مبدأ حرية التجارة والصناعة :

- ✓ حرية التجارة والصناعة ليست مطلقة بل تمارس في إطار القانون، والمؤسس الدستوري وضع قيودا لهذه الحرية يمكن أن نقسمها إلى قيود ترد على حرية ممارسة الأعمال الاستثمارية والتجارية والمتمثلة في القيود الواردة على الأشخاص و هي الأشخاص عديم
- ✓ ي الأهلية مثل توفر الأهلية التجارية وكذلك أهلية الوطنين وأهلية الأجانب، و القيود المتعلقة بالنظام العام والمصلحة العامة وهي سقوط الحق والتنافي.
- ✓ أقر أيضا قيودا واردة على حرية ممارسة الأنشطة الاستثمارية والتجارية والتي تتعلق ببعض النشاطات والقطاعات منها ما هو مقنن، و منها ما هو مخصص لدولة ومنها ما هو محظور.

ولقد ارتأينا في دراستنا التطرق إلى تقييد مبدأ حرية التجارة والصناعة على المستوى الدولي حيث تطرقنا إلى الاتفاقيات والمنظمات الدولية التي قيدت هذا المبدأ.

و انطلاقا مما سبق يمكن اقتراح بعض النقاط التي تمس موضوع دراستنا من أجل توجيه الاستثمارات الأجنبية في مسار التنمية الاقتصادية بالجزائر، وتتمثل في:

- ✓ يتعين على الدولة في رأينا التوفيق بين ضرورة سن قوانين فعالة ومنسجمة من جهة، ويجوز للمشرع من أجل ذلك أن يستعين بتجار بالأمم والشعوب الأخرى في مختلف المجالات ، فلكل دولة الحق في الاستفادة من أحكامها وإدماجها في قوانينها ، ومن جهة أخرى وجوب مراعاة خصوصيات المجتمع الجزائري بواقعه الثقافي والحضاري وظروفه السياسية والاقتصادية والاجتماعية عند سن هذه القوانين، وذلك للوصول إلى إرساء دولة الحق والقانون المنشودة والذي ينجر عنه استقرار المجتمع ونموه وازدهاره.
- ✓ يجب على المشرع الجزائري منح ضمانات قانونية أوسع وذات فعالية خاصة بمبدأ حرية التجارة والصناعة تجسيدا له في الواقع العملي مما قد يؤدي ذلك إلى جذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية..
- ✓ توفير مناخ قانوني يوفر الثقة والأمان في العلاقات الاستثمارية.
- ✓ وأخيرا يجب على الجهات المختصة إعداد قانون خاص بحرية الاستثمار والتجارة نظر ا للأهمية البالغة لها والتي تعود بالنفع على كل من الفرد وعلى اقتصاد الدولة ككل حتى يتم الوصول إلى خلق بيئة من التوازن لكل من المصلحتين.

الملخص

المقصود بمبدأ حرية التجارة والصناعة أن لكل شخص طبيعي أو معنوي الحق في مزاولة النشاط التجاري الذي يختاره بكل حرية، وله الحرية في ممارسة هذا النشاط كما يشاء.و نجده من أهم المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية والذي ظهر باسم مبدأ حرية المبادرة وهو المبدأ الذي كرسه المشرع الفرنسي آنذاك في مرسوم ألارد وهو النص الذي اعتمد عليه لصياغة مبادئ حرية التجارة والصناعة.ولم يكرس هذا المبدأ في القانون الجزائري مباشرة، بل مر على مراحل ابتداء من 1962 إلى غاية ثمانينات القرن العشرين كانت الدولة الجزائرية هي التي تسيطر على الحقل الاقتصادي حيث تم تهميش هذا المبدأ ولكن بعد سلسلة الإصلاحات الاقتصادية التي شهدتها البلاد تم الاعتراف بمبدأ حرية الاستثمار والتجارة في دستور 1996 وأصبح من الحريات الدستورية و خاصة في التعديل الدستوري 2016.

ولاعتباره كرس في أسمى قانون في البلاد فقد حظى بضمانات أهمها ضمانات الدستورية والتي أساسها نص المادة 43 من دستور 2016 بالإضافة إلى الضمانات التشريعية (قوانين الاستثمار) والضمانات التنظيمية.

و الملاحظ من عبارة "تمارس إطار القانون" المنصوص عليها في المادة السابقة من الدستور السالف الذكر تعد ضمانة هي الأخرى لحماية مبدأ حرية التجارة والصناعة.

أما على المستوى الدولي فقد أوردت الاتفاقيات الدولية المنبثقة عن منظمة التجارة العالمية ومنظمة الملكية الفكرية wipo التي ذكرنا منها اتفاقيات حماية البيئة و اتفاقية تريبس أيضا قيودا على حرية التجارة .

Résumé:

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie signifie que toute personne physique ou morale a le droit de se livrer librement à l'activité de son choix et qu'elle a la liberté de pratiquer cette activité comme elle le souhaite, ce qui constitue l'un des principes les plus importants de la Révolution française. alors le législateur français dans un décret Allard, un texte qui a été adopté par la rédaction des principes du libre-échange et industrie consacre ce principe dans le droit algérien directement, mais passé par étapes à partir de 1962 jusqu'à ce que les années quatre-vingt du XXe siècle, l'Etat algérien est contrôlé par le domaine économique où ils ont été marginalisés Ce principe est Soyez après les réformes économiques que le pays a connu une série a été reconnu le principe de la liberté d'investissement et le commerce dans la Constitution de 1996 et est devenu des libertés constitutionnelles, en particulier dans l'amendement constitutionnel en 2016.

Enchâssés dans la plus haute loi du pays, les garanties constitutionnelles les plus importantes, fondées sur l'article 43 de la Constitution de 2016, ainsi que les garanties législatives (lois sur l'investissement) et les garanties réglementaires, ont été garanties.

Et observé des mots « exercice en vertu de la loi » énoncée dans l'article précédent de la constitution mentionnée ci-dessus est une garantie est l'autre pour protéger le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Au niveau international, a rapporté des conventions internationales émanant de l'Organisation mondiale du commerce et l'Organisation de la propriété intellectuelle que nous avons mentionné l'OMPI, y compris la protection de l'environnement et les accords ADPIC sont également des restrictions à la liberté du commerce.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

- **الكتب:**

- بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية،د ط، الجزائر،2002 .
- حلو أبو حلو، القانون التجاري الجزائري :الأعمال التجارية والتاجر ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 1992، ص 189.
- دويدار هاني:الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2003.
- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة لنشر والتوزيع،ط1،عمان،2008 1431هـ-2010م.
- عصام علي الدبس:النظم السياسية، الكتاب السادس،الحقوق والحريات العامة وضمانات حمايتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن،2011 .
- فرحة زواوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري ،نشر وتوزيع ابن خلدون، النشر الثاني 2003.
- فضيل نادية، ، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، المحل التجاري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004.
- فلاح سعيد جبر المنظمة العربية لتنمية الإدارية بحوث ودراسات ،انعكاسات العولمة على الصناعة العربية ،دط.
- لويس قوجال، المطول في القانون التجاري الجزء الأول-المجلد 1 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1428هـ-2007م .
- محمد شريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي).

- **الرسائل و الأطروحات:**

- إبراهيمي نوال ، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، فرع قانون الأعمال كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2003.
- أرزقي زوبير ،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة،مذكرة لنيل شهادة الماجستر كلية الحقوق،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو 2011 .
- بأساسي نور الدين ، حرية المعتقد في الأنظمة القانونية المغاربية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016.
- بخالد محمد صالح ، حرية الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري والقانون الاتفاقي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، قانون العلاقات الدولية الخاصة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015.
- بلعقون أسامة مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون الأعمال جامعة محمد بوضياف مسيلة 2015-2016 .
- بوشدوب محمد فايز ، الحماية الدولية البيئة في إطار منظمة التجارة العالمية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر1، بتاريخ 31 أكتوبر 2013 .
- بوعلي نصيرة ، مبدأ حرية الإستثمار والتجارة في الجزائر ،جامعة قاصدي مرباح – ورقلة سنة 2016-2017.
- تالي أحمد، النظام القانوني الأنشطة المنجمية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تبزي وزو، 2014 ،ص 02.
- تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي – دراسة مقارنة – رسالة دكتورة 2010 2011.
- حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2013.
- عجة الجيلالي، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة،كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر،2005/2004.

- عقون عبد العالي، مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مشروع مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص إدارة أعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، الموسم الجامعي 2016-2017.
- قاستل نور الدين ، نظام القيد في السجل التجاري وفي سجل الصناعة التقليدية والحرف (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجيستر في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2007-2008 .
- قدراوي فاطمة الزهرة، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016.
- كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي) ، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2004 .
- كمال سمية، النظام القانوني الأجنبي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان، 2003 .
- لعور بدرة، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، حقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014.
- مسعد جلال، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012.
- معمري إكرام، مذكرة ماستر تحت عنوان نطاق مبدأ حرية الأسعار، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2016-2017 .
- نكوري إدريس، تكريس مبدأ حرية الاستثمار والتجارة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016-2017.
- والي نادية، النظام القانوني للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

- **القوانين:**

- دستور 1996,

- القانون 16-01 في 06 مارس 2016 ج-ر: 14 المؤرخة في 07 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري .
- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري،المعدل والمتمم .
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم.
- قانون 89-12 المتعلق بالأسعار.
- القانون10/90 المتعلق بالنقد والقرض.
- المرسوم التشريعي رقم 93-12، المؤرخ في 5 أكتوبر 1993(يتعلق بترقية الاستثمار).
- الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/12/09 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتعلق بالقانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد،77 بتاريخ 1996/12/11.
- الأمر 06-08، المؤرخ في 15 يوليو 2006 لمتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 47،بتاريخ 19 جويلية 2006.
- مرسوم تنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 64،بتاريخ 2006/10/11.
- الأمر 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات،الجريدة الرسمية العدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر 2006.
- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 25 يونيو 2008 والمتعلق بالاستثمار. الجريدة الرسمية العدد 57 ،بتاريخ 05 أكتوبر 2008.
- مرسوم تنفيذي رقم 08-329 مؤرخ في 22 أكتوبر 2008 والمتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 61 ،بتاريخ 02 نوفمبر 2008.
- الأمر رقم 11-16 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011 المتضمن قانون المالية لسنة 2012، الجريدة الرسمية العدد 72، بتاريخ 29 ديسمبر 2011.
- الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.
- الأمر 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

- القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الاشطة التجارية (ج.ر العدد 52).
- الأمر 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار
- الأمر 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

- **المجلات:**

- أحمد عبد الرحمان المحلم ،مقال بعنوان " الاحتكار المحظور ومحظورات الاحتكار في ظل نظرية المنافسة التجارية . مجلة القانون و الاقتصاد . ع63 سنة 1993 . جامعة القاهرة.
- أوباية مليكة، مقال بعنوان "مكانة مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد الثاني، 2010
- بن عزة محمد، دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول، 2013.
- حميد فلاح، مقال تحت عنوان واقع الالتزام الدولي بحماية البيئة في اتفاقيات تحرير التجارة العالمية، مجلة صوت القانون العدد الثاني، أكتوبر 2014.
- عجابي عماد، مقال بعنوان تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة المسيلة –العدد الرابع-ديسمبر 2014.
- عجامي عماد، مقال بعنوان تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية- العدد الرابع – ديسمبر 2014 .
- عيبوط محمد وعلي، مقال بعنوان"الاستثمارات الأجنبية في ظل سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 01 ،جانفي 2006.

- **المداخلات :**

- حسن جميعي،مداخلة تحت عنوان الإطار القانوني الدولي لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، ندوة الويبو الوطنية عن إنفاذ حقوق الملكية الفكرية للقضاة والمدّعين العامّين،المنظمة العالمية للملكية الفكرية،البحرين، المنامة، 12 و13 يونيه/حزيران 2004.

- خوادجية سميحة حنان،" تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر"، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ورقلة، الموسوم بعنوان: الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائي،يومي 18-19 نوفمبر ،2015 .
- كسال سامية مداخلة تحت عنوان مبدأ حرية التجارة و الصناعة أساس قانونيي للمنافسة الحرة ، قدمت بالملتقى الوطني حرية المنافسة في التشريع الجزائري جامعة، باجي مختار، بجاية يومي 03-04 أفريل 2013.

- **المحاضرات:**

- رابح سانة، محاضرات في الحريات العامة، المركز الجامعي نور البشير، معهد الحقوق والعلوم السياسية، البيض، 2015-2016.
- الربيعي محمود دليل حقوق الملكية الفكرية وحمايتها.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

- BERNARD SAINTOURENS- Le droit des affaires- presses universitaire de Grenoble-1997- .
- Rachid zouamia.le droit de la concurrence .édition .belkeise Algérie 2009 .

الفهرس

شكر

إهداء

مقدمة..... 1

الفصل الأول:مضمون مبدأ حرية التجارة والصناعة

مقدمة الفصل الأول..... 7

المبحث الأول:مفهوم مبدأ حرية التجارة والصناعة..... 8

المطلب الأول: الإطار ألمفاهيمي لمبدأ حرية التجارة والصناعة..... 8

الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية التجارة والصناعة..... 9

الفرع الثاني: علاقة مبدأ حرية التجارة والصناعة بالمفاهيم الأخرى..... 13

المطلب الثاني: الإطار التاريخي لمبدأ حرية التجارة والصناعة..... 18

الفرع الأول: نشأة مبدأ حرية التجارة والصناعة في فرنسا 18

الفرع ثاني: مراحل ظهور مبدأ حرية التجارة والصناعة في القانون الجزائري 22

المبحث الثاني: ضمانات مبدأ حرية التجارة والصناعة في القانون الجزائري 29

المطلب الأول :الضمانات الدستورية..... 29

المطلب الثاني: الضمانات التشريعية والتنظيمية لمبدأ حرية التجارة والصناعة 32

الفرع الأول : الضمانات التشريعية (قوانين الاستثمار)..... 32

الفرع الثاني: الضمانات التنظيمية لمبدأ حرية التجارة والصناعة..... 34

خلاصة الفصل الأول..... 36

الفصل الثاني: تطبيقات مبدأ حرية التجارة و الصناعة

مقدمة الفصل.....38
المبحث الأول: تطبيقات مبدأ حرية التجارة والصناعة على المستوى الوطني 39
المطلب الأول: القيود متعلقة بالدخول للأنشطة التجارية والصناعية.....39
الفرع الأول :القيود الواردة على الأشخاص.....39
الفرع الثاني: القيود الواردة على الأنشطة التجارية والصناعية.....51
المطلب الثاني: القيود في إطار حماية المستهلك.....57
الفرع الأول: قواعد حرية المنافسة 57
الفرع الثاني: قواعد شفافية الممارسات التجارية.....60
الفرع الثالث: قواعد نزاهة الممارسات التجارية.....60
المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ حرية التجارة والصناعة على المستوى الدولي.....65
المطلب الأول: تقييد حرية التجارة بمبادئ حماية البيئة.....65
الفرع الأول:طبيعة القيود التي تفرضها حماية البيئة علي حرية التجارة 65
الفرع الثاني:حق الدولة في حماية البيئية كقيد على اتفاقيات تحرير التجارة العالمية....66
الفرع الثالث: القواعد البيئية والفنية.....67
المطلب الثاني: تقييد حرية التجارة بمبادئ حماية الملكية الفكرية.....67
الفرع الأول: إتفاقية الملكية الفكرية في إطار " الجات" 67
الفرع الثاني: اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس)....68
خلاصة الفصل الثاني 70
خاتمة.....72
ملخص.....75
قائمة المراجع.....78
الفهرس.....85