التنظيم التشريعي لمبدأ حرية التجارة والصناعة

الأستاذة : بلال سليمة

أستاذة مساعدة بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة سعد دحلب البليدة.

مُقَدِّمَة

إن حرية المنافسة أصبحت أحد المقتضيات الأساسية لتحرير الاقتصاد، فلا يمكن أن تزدهر حرية المشروعات إلا في ظل منافسة حرة تسودها الشفافية والمساواة، من هنا يبدو تدخل المشرع ضرورياً لتكريس مبدأ المنافسة وتنظيمها على حد سواء. فإذا لم توجد قواعد قانونية تنظم المنافسة فإن سلوك القائمين بالنشاط الاقتصادي يمكن أن يؤدى إلى تكوين أسواق احتكارية ويمكن للسوق أن تهدم نفسها إذا لم تقدم لها السلطة العامة الإطار القانوني. فالنظام الاقتصادي للسوق يفرض تنظيماً قانونياً حتى يمكن المحافظة على أوضاع المنافسة وتوازنها، بما يؤدى إلى تجنب الممارسات الضارة بها.

إنّ تكريس المنافسة الحرّة يرتكز أساسا على مبدأ حرية التجارة والصناعة، لكون هذا الأخير يعد الأساس القانوني لحرية المنافسة ويعد هذا المبدأ انعكاسا واضحا للأفكار الليبرالية التي جاءت بها الثورة الفرنسية، وبواسطته يمكن التمييز بين نظام ليبرالي وآخر اشتراكي، فهو يشكل دعامة أساسية للنشاط الاقتصادي الحر وأمرا مسلّما به في الدول التي تنتهج نظام اقتصاد السوق. وهذا ما جعل تدخل المشرّع ضرورياً وملحّا في مجال تنظيم حرية التجارة والصناعة. ولكن وبالرغم من الأهمية القانونية والاقتصادية لمبدأ حرية التجارة والصناعة،إلا أنّه طرح نقاشا واسعا حول مدى قيمته التشريعية والدستورية ومدى اختصاص المشرع بتنظيمه.ولتسليط الضوء على هذه الإشكالية سنتطرق إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة في ظل القانون الفرنسي في المبحث الأول من جهة، ومن جهة ثانية إلى موقف التشرّيع الجزائري ومدى تكريسه لهذا المبدأ في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مبدأ حرية التجارة والصناعة في التشريع الفرنسي

يمنح مبدأ حرية التجارة والصناعة من الناحية النظرية حرية واسعة للأشخاص لممارسة أي نشاط يرونه محققا لمصالحهم، ومن أجل ذلك يفرض على الدولة واجب عدم التدخل في الاقتصاد ومزاحمة الخواص وتقييد حرية مزاولة الأنشطة إلاّ في حدود ضيّقة، غير أنّ اعتبارات كثيرة تستدعي في غالب الأحيان تدخل الدولة في الاقتصاد، وهذه المسائل لا تتّضح إلا من خلال التطرق لمضمون المبدأ وذلك بتبيان الطبيعة القانونية لهذا المبدأ (المطلب الأول)،والتطرق للقيود الواردة عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مضمون مبدأ حرية التجارة والصناعة

إن مبدأ حرية التجارة والصناعة أو كما يدعى أيضا مبدأ حرية المبادرةla liberté d'entreprise، ظهر في فرنسا، عقب الثورة التي نادت باحترام حقوق الإنسان الأساسية والتي من بينها حرية التجارة والصناعة، ذلك كرد فعل عن النظام السائد سابقا الذي يقوم على الامتياز وعلى احتكار التجارة من قبل مجموعات من الأشخاص لهم امتيازات ونفوذ، يحول دون قدرة الشخص الراغب في ممارسة النشاط التجاري أو الصناعي من تحقيق ما يريد.

وقد كان لزاما على الدولة أن تتدخل لمنع تقييد حرية التجارة والصناعة بواسطة إصدار قانون ألاردdécret d'Allard في 2-17 مارس 1791، وقانون لوشابلي Le Chapelier في 14-17 جوان 1791، فالقانون الأول منح الحرية لكل شخص في ممارسة التجارة أو امتحان مهنة أو أي نشاط فني أو حرفة مقابل دفع ضريبة، واحترام إجراءات الضبط المعمول بها في هذا المجال[1]. أما القانون الثاني فيؤكد على فتح المجال للمبادرة الخاصة بمنع أي شكل من أشكال التكتل والتجمع، وقد تكرس هذا المسعى في الدساتير التي صدرت في 1793، 1795 و1848، وأما الدساتير الصادرة بعد ذلك فقد اكتفت بالإشارة إليه ضمنيا وذلك بالإحالة إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789.

وهذا ما جاء في إعلان دستور 1946 و1958 باعتبار أن هذا الإعلان وإن كان لا يتضمن نصّا صريحا بشأن مبدأ حرية التجارة والصناعة، فإنّه يقتضي الاعتراف ضمنيا بالحرية الاقتصادية التي تمثّل جانبا سياسيا من الحرية الشاملة المعترف بها للمواطنين وعليه فإنّ قانون ألارد وقانون لوشابلي يمثلان الحجر الأساس لمبدأ حرية التجارة والصناعة،الذي استوحت منهما دساتير فرنسا المختلفة إيديولوجيتها التقليدية الخاصة بالنظام القانوني للاقتصاد[2]. غير أن عدم

احتواء الدستور الفرنسي (خلافا للدستور الجزائري) على نصّ صريح يقرّ بوجود المبدأ أثار إشكالية تحديد الطبيعة والقيمة القانونية لهذا المبدأ وفي تحديد النتائج المتوخاة من هذا المبدأ.

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لمبدأ حرية التجارة والصناعة

يلاحظ من استقرار قرارات مجلس الدولة الفرنسي أنه أحيانا ينظر إلى حرية التجارة والصناعة نظرته إلى المبادئ العامة للقانون، أي يعتبر حرية التجارة والصناعة من المبادئ العامة للقانون التي لا تحتاج كي تطبق إلى إصدار نص قانوني معين، ويستخلص هذا المعني من قرار مجلس الدولة في قضية مارسيل دولابولاي l'arrêt martial de Laboulay الصادر في 28 أكتوبر 1960 حيث أشار إلى "المبادئ العامة للقانون المضمونة بموجب ديباجة دستور 27 أكتوبر 1946 التي أحالت إليها ديباجة دستور 1958 ".

وفي أحيان أخرى يعتبر مجلس الدولة حرية التجارة والصناعة حرية عامة Liberté public، ولعلّ القصد من ذلك هو جعل تنظيم هذه الحرية من اختصاص التشريع ويستند هذا التفسير إلى القرار الذي اتخذه في قضية دوجيناك Daudjinac سنة 1951 حين استخدم عبارة " انتهاك حرية التجارة والصناعة المضمونة بالتشريع"، لمّا اعتبر حرية التجارة والصناعة من الحريات العامة التي يضطلع التشريع بتحديدها وتنظيمها، وذلك بناءا على المادة 34 من دستور 1958 التي جاءت بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة، التي من ضمنها "حرية التجارة والصناعة"[3]. وعليه نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يكيف مبدأ حرية التجارة والصناعة أحيانا على أنه من المبادئ العامة للقانون وأحيانا أخرى على أنه من الحريات العامة، مما صعّب في مسألة التمييز بدقة بين الحرية العامة والمبدأ العام للقانون حينما نسقطها على حرية التجارة والصناعة، وهذا يؤثر مباشرة في محاولة تحديد المرتبة أو الدرجة التي يحتلها المبدأ في سلم وتدرج القواعد القانونية.

الفرع الثاني: الدرجة القانونية لمبدأ حرية التجارة والصناعة

أثار مبدأ حرية التجارة والصناعة نقاشا بين الفقهاء حول تحديد مرتبته ودرجته بالنسبة للتدرج التشريعي للقواعد القانونية، وسواء اعتبرناها مبدأ عاما للقانون أو حرية عامة، فالأمر لا يختلف بدليل أن مجلس الدولة الفرنسي يمنح التشريع صلاحية تنظيم هذه الحرية بإرساء النطاق الذي يجب أن تمارس فيه[4]. وفي رأي بعض من الفقه فإن التسليم بانتماء حرية التجارة والصناعة إلى المبادئ العامة للقانون يمنح لها صفة ومرتبة القواعد الدستورية وليس التشريعية[5].

غير أنّ بحث الفقه عن مرتبة حرية التجارة والصناعة في سلم القواعد القانونية، أصبح غير مجديا بعد القرار الصادر في 16 جانفي 1982 من طرف المجلس الدستوري الفرنسي بشأن قضية التأميمات التي وقعت حينذاك، حين اعتبر أنّ هذه الحرية هي في عداد القواعد الدستورية، بحيث كرّس المرتبة الدستورية لحرية المبادرة الخاصة، واعتبرها ركيزة أساسية لحرية التجارة والصناعة[6]. وعليه يعتبر مبدأ حرية التجارة والصناعة من المبادئ الدستورية التي تفرض نفسها على البرلمان، ومن الحريات العامة التي تقيد الإدارة وهو أيضا من القوانين العامة التي يجب أن تحكم علاقات الأشخاص فيما بينهم.

الفرع الثالث: النتائج المترتبة عن مبدأ حرية التجارة والصناعة

يترتب عن مبدأ حرية التجارة والصناعة أن يكون من حق أي شخص أن يمارس التجارة أو الصناعة بكل حرية بشرط مراعاة قوانين التجارة والضبط الاقتصادي. ويجب أن يكون النشاط الاقتصادي من الأمور التي يستقل بها الخواص أصلا دون أن يكون للسلطات العمومية حق التدخل في ذلك من الناحية المبدئية. ويقتضي الاعتراف بمبدأ حرية التجارة والصناعة الإقرار بحرية المنافسة، فالمنافسة الحرّة مسألة ملازمة للتجارة والصناعة، فلا يتحقق الاعتراف بحرية النشاط التجاري والصناعي ما لم يضمن حق القيام بهذا النشاط في نظام يسوده التزاحم والتنافس، ولذا يفرض مبدأ المنافسة الحرّة أن تمتنع الدولة أيضا عن تقييد أو تفضيل هذا المتنافس عن غيره من المتنافسين كأن تقدم له امتيازات أو مساعدات مالية تقود إلى الإخلال بقواعد المنافسة النزيهة، أو الصحيحة.

وإضافة إلى القيود التي يفرضها مبدأ حرية التجارة والصناعة على الدولة فإنه يفرض على الأعوان الاقتصاديين احترام هذا المبدأ أثناء ممارستهم حريتهم في التجارة والصناعة، فيمنع عليهم تنظيم المنافسة وتقييدها بالاتفاقات أو غيرها من الممارسات المتنافية مع المنافسة إضرار بغيرهم من المتنافسين[7]. وعليه إن مبدأ حرية التجارة والصناعة يعتبر دعامة أساسية للنشاط الاقتصادي الحر، يلقي على عاتق الدولة واجب عدم التدخل في هذا النشاط ومنافسة الأعوان الاقتصاديين، بحيث يتم منع كل الأسباب التي تؤدي إلى إعاقة التجارة والصناعة بغض النظر عن مصدرها سواء الدولة أو المتنافسون. فمدى المنافسة يتّسع كلما أحجمت الدولة عن التدخل في النشاط الاقتصادي وقلّت الممارسات والأعمال التي تعيقها. غير أنّ هذا لا يستلزم منع الدولة أو مؤسساتها من مباشرة بعض الأنشطة الاقتصادية، وحرية المبادرة الخاصة لا تمنع وجود القطاع العام ولكن تمنع القضاء على القطاع الخاص[8]. وتجب الإشارة إلى أنّ مبدأ حرية التجارة

والصناعة ليس مبدأ مطلقا مانعا لأي تدخل تجاري أو صناعي للدولة أو لإحدى مؤسساتها فيجب أن لا نتجاهل تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي. الأمر الذي يطرح إشكالية في غاية الأهمية وهي تحديد المدى الذي يمكن أن يبلغه تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي على نحو لا يؤدي إلى تقييد حرية الخواص في ممارسة التجارة والصناعة[9].

المطلب الثاني: حدود مبدأ حرية التجارة والصناعة

إنّ ممارسة الدولة للنشاط الاقتصادي أصبح أمرا مألوفا ولو كان نشاطا منافسا للنشاط الذي يقوم به الخواص بل بإمكانها الانفراد والاستئثار بممارسة نشاط اقتصادي معين بصفة حصرية دون أن يكون للخواص الحق في منافستها وهي بالتالي تتخذ شكلين للتدخل.

الفرع الأول : التدخل التنافسي للدولة

تعتبر حرية التجارة والصناعة من الحريات العامة وينتج عن ذلك أن تقييدها لا يتمّ إلا بواسطة تشريع مصادق عليه في البرلمان. وتفرض هذه الحرية التزاما على الإدارة بعدم منافسة القطاع الخاص في التجارة والصناعة، وهذا التفسير المتجذر لمبدأ حرية التجارة والصناعة تكرّس من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي في 09 ماي 1930 الذي يرى فيه أنّ إنشاء المؤسسات التي لها طابع تجاري تبقى كقاعدة عامة من اختصاص المبادرة الخاصة[10].

ولكن فيما بعد وبفضل الموقف المرن والمتسامح للقضاء الإداري الفرنسي، أصبح بإمكان الإدارة ممارسة النشاط الاقتصادي بشرط مراعاة مبدأ المساواة في شروط المنافسة بين المتعاملين العموميين والخواص، أي ضرورة ممارسة القطاع العام لنشاطه في نفس الظروف والشروط التي تمارس فيه المؤسسات الخاصة نشاطها[11]. في بداية الأمر استخدمت صيغة الظروف الاستثنائية مبررا لإنشاء المرافق العامة التي لها قابلية منافسة النشاطات الخاصة، ثم أصبح إنشاء هذه المرافق يتمّ بدعوى الظروف الخاصة في بعدها الزماني والمكاني إلاّ أنّ عبارة الظروف الخاصة تحمل معنى عدم كفاية الأداء الإنتاجي للقطاع الخاص كمّا ونوعا.

وجاءت مرحلة أخرى أين أصبح القضاء يسمح بالنشاط التجاري والصناعي للمجموعات المحلية متى كان هذا النشاط من الصلاحيات التي يخوّلها القانون لهذه المجموعات، وبالتالي سلّم القضاء أخيرا بحق المؤسسات العمومية في إنشاء مرافق بقصد إشباع حاجاتها الخاصة بها وبوسائلها الخاصة، ويمتنع

عليها تقديم خدماتها لشخص عام آخر إذا كان يتواجد في وضعية تنافسية مع متعامل خاص[12].

والواقع أن القضاء كان يقف موقف حيطة وحذر من تدخلات الدولة في النشاط الاقتصادي، وكان مترددا في كبح جماح التدخل الإداري في النشاط الاقتصادي، وقد تعرض القضاء العادي من جهته لمبدأ المساواة بين المتعامل العام والمتعامل الخاص حينما تصدى لمسألة امتياز المرافق العامة، فلم يذهب إلى حد اعتبار النشاط الخارج عن موضوع الامتياز من قبيل المنافسة غير الشرعية بل حرص في كل فرضية أن يجد ما إن كان صاحب الامتياز متمتّعا فعلا لقاء نشاطه، بامتيازات حقيقية على حساب المؤسسات الأخرى المتنافسة أم لا[13].

و عليه أصبح من المسلم به سواء على صعيد القوانين الداخلية أو قانون الاتحاد الأوروبي، دخول المؤسسات العامة كمنافس في السوق، ويشترط لدخول هذه المؤسسات في السوق مراعاة مبدأ المساواة في شروط المنافسة بين المتعامل العام والمتعامل الخاص. والمادة 222 من معاهدة روما المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة، لا تعارض الملكية العامة للدول الأعضاء، وتترك لها كامل الحق في التدخل بوصفها متعامل اقتصادي، إلا أنّ ذلك مشروطا باحترام قواعد المنافسة[14].

الفرع الثاني: التدخل الحصري للدولة "الاحتكار وحق الاستغلال الحصري"

يمكن أن يظهر الاحتكار كمناقض لحرية المنافسة، ولكن يوجد مع ذلك فرق بين الاحتكار العام والاحتكار الخاص، فالاحتكارات العامة هي التي تنشئها الدولة، ولا تعامل نفس معاملة الاحتكارات الخاصة، فالأولى ليست محظورة بصورة آلية، أما الثانية فهي محظورة حينما تتعسف مؤسسة في وضعيتها المهيمنة على السوق. ومجال احتكار الدولة لبعض الأنشطة الاقتصادية مجال واسع، كاحتكار صناعة وبيع التبغ والكبريت والمواد المتفجرة، وصناعة النقود والميداليات والبريد والغاز والكهرباء.

ويلاحظ أن بعض الاحتكارات تنصب على كامل النشاط بينما البعض منها لا يخص إلا جوانب معينة من نشاط معين. والغالبية العظمى للاحتكارات العامة هي احتكارات تابعة للدولة، وإنشاء الاحتكارات يتم عن طريق التشريع، وقد تواترت قرارات مجلس الدولة وأحكام محكمة النقض الفرنسية على ضرورة التقيد بهذه القاعدة والمجموعات العامة التي تحظى باحتكار بإمكانها منح استغلاله إلى شخص خاص أو مؤسسة عامة مثلا الكهرباء الغاز، توزيع المياه، المواصلات، السكك الحديدية. وما يمكن ملاحظته هنا أن صاحب الامتيازconcessionnaire سيتمتع بامتيازات إدارية مماثلة لتلك التي يتمتع بها

مانح الامتياز concédant، ويستفيد أيضا، في بعض الأحيان باختصاصات السلطة العامةprérogative de puissance publique مثل سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة أو سلطة التنظيمpouvoir de règlementation.[15]

المبحث الثاني: مبدأ حرية التجارة والصناعة في التشريع الجزائري

نصت المادة 37 من الدستور الجزائري الصادر في 1996 على أنه: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون"، وبهذا النص الدستوري يكون المشرع الجزائري قد اعترف صراحة بحرية التجارة والصناعة، وهيأ المناخ المناسب ومهّد الأرضية اللازمة لمباشرة حرية المنافسة واستبعد كل العوائق والحواجز التي تحول دون قيام المؤسسات الخاصة بلعب دورها الكامل في زيادة الفاعلية الاقتصادية وبالتالي في عملية التنمية، بعد أن كانت لفترة طويلة حكرا على الدولة، وأضفى على حرية المنافسة حماية ضد كل الممارسات المنافية للمنافسة سواء كانت صادرة من الدولة أو من الخواص.

و الجدير بالذكر أّن المنافسة الحرة لا تعمل بصورة فعّالة إلاّ بإعمال مبدأ حرية التجارة والصناعة وهو ما تنبهت إليه الكثير من النصوص القانونية الصادرة بعد 1988، ولكن قبل تكريس حرية المبادرة الخاصة ابتداء من 1988، عرفت الجزائر تطبيق مبدأ حرية التجارة والصناعة وهي تحت الاحتلال الفرنسي، وهذه المسألة قد أثارت جدال فقهي بعد الاستقلال، حول مصير حرية التجارة والصناعة بعد الاستقلال عندما صارت الدولة تتولى تسيير الاقتصاد الوطني (الفقرة الأولى)، وما مدى تكريس القانون بهذا المبدأ (الفقرة الثانية).

الفرع الأول : مصير مبدأ حرية التجارة والصناعة

لقد انقسم الفقه إلى تيارين أساسين يختلفان في وجهة نظرهما عن مآل ومصير مبدأ حرية التجارة والصناعة.

أولا: التيار الفقهي الأول

بعدما استقلت الجزائر من الاحتلال الفرنسي الذي كان يترك المجال للمبادرة الخاصة لممارسة النشاط الاقتصادي، بكل حرية طبقا لقانون آلارد الصادر في 2-17 مارس 1791 المذكور سالفا، قام المشرع الجزائري، بوضع قانون 31 ديسمبر 1962، يتضمن مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي، ويرى هذا التيار الفقهي، أن أحكام قانون آلارد، قد كرسها التشريع الجزائري من الناحية الشكلية بفعل اصطدامها بمحيط سياسي اقتصادي واجتماعي أدى إلى انكماش مبدأ

حرية التجارة والصناعة وأصبحت ممارسة هذه الأخيرة في الجزائر "حرية مشروطة".

وقد دعّم هذا التيار الفقهي موقفه القائم على استمرار العمل بمبدأ حرية التجارة والصناعة بعد الاستقلال ضمن النظام القانوني الجزائري، بتوفر بعض النصوص القانونية التي توحي بأن الدولة المستقلة حديثا تراعي في عملها حرية التجارة والصناعة، من ذلك مثلا ما نصّ عليه دستور 1963 من الاعتراف بالملكية الخاصة واحترامها وكذلك دستور 1976 ونصّ التقنيين المدني أيضا على الملكية الخاصة وعلى حرية التعاقد وعلى حرية العمل، فهذه الحريات إذا جمعت يمكن أن تشكل اعترافا ضمنيا من المشرّع بحرية التجارة والصناعة[16].

ثانيا: التيار الفقهي الثاني

قام هذا التيار، بانتقاد التيار الفقهي الأول، بحيث يرى أن المشرّع الجزائري لم يواصل العمل بقانون آلارد لسنة 1791، لأن المادة الأولى من قانون 31 ديسمبر 1962 نصت على عدم سريان مفعول الأحكام المتناقضة مع السيادة الوطنية[17]. إضافة إلى المادة العاشرة من دستور 1963 المؤرخ في 8 سبتمبر 1963 التي تنص على أن الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية تتمثل في تشييد مجتمع اشتراكي ومحاربة ظاهرة استغلال الإنسان بكل أشكالها[18]. كما أن دستور 1976 لم يتطرق لهذا لمبدأ ضمن الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن، حيث تطرّق لمجموعة من الحريات دون ذكر حرية التجارة والصناعة كحرية فردية.

غير أنّ هذا التيار لم يدعم رأيه بنصوص قانونية صريحة فلا يوجد أساس قانوني يعبر عن رفض المشرع الجزائري القاطع والصريح لحرية المبادرة الخاصة، لكن تبني الجزائر النظام الاشتراكي، والاعتماد الكلي على المؤسسات العامة لإحداث التنمية وتدخلها غير المحدود في النشاط الاقتصادي واحتكارها لهذا النشاط يعتبر مؤشرا واضحا على رفض حرية التجارة والصناعة.

وقد أدى التدخل غير المحدود للدولة في النشاط الاقتصادي إلى تبعية المؤسسات الخاصة لأجهزة الدولة وتقييد مجالات نشاطها وإخضاعها لنظام قانوني صارم وغير مألوف، فقد تم حصر الاستثمار الخاص في مجالات هامشية، بينما منح المشرع للمؤسسات العامة احتكار التجارة الخارجية والإنتاج والتسويق في القطاعات الهامة كالمحروقات والمناجم والمواد الغذائية والإسمنت والحديد والصلب، وفي مجال الخدمات كالنقل الحديدي والجوي والبحري والبنوك

والتأمينات، وبالمقابل تمّ تقييد المقاول الخاص من حيث إمكانية التركيز الاقتصادي وتوسيعه وذلك بمنعه من تملّك أكثر من مؤسسة واحدة من قبل شخص واحد، وتقييد حجم المؤسسة من حيث تحديد مبلغ الاستثمار ربما لا يتجاوز 35 مليون دينار، وتحديد المجالات التي يمكن للمؤسسة الخاصة أن تتدخل فيها حيث تم حصرها في الصيد البحري والسياحة والفندقة والنقل العمومي وصيانة الآلات الصناعية[19].

ويتضح من خلال استقرار النصوص القانونية أن الدولة قد قيدت إنشاء المؤسسات الخاصة وحددت نطاق نشاطها وحصرته في أنشطة هامشية وثانوية، الأمر الذي يعد تعبيرا عن الرفض الصريح للاستثمار الخاص والاعتماد الكلي على المؤسسات العامة كأدوات لبلوغ التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وكنتيجة لهذه السياسة المنتهجة من قبل الدولة أصبح دور الأفراد والمؤسسات الخاصة هامشيا جدا إلى جانب القطاع العام في تحقيق التطور الاقتصادي. وبالتالي أصبحت المنافسة في مجالات الأنشطة الصناعية والتجارية شيئا لا يذكر، مما أدى إلى الركود الاقتصادي. الأمر الذي وضع السلطات السياسية أما خيار واحد وهو محاولة وضع إصلاحات اقتصادية للدولة، فقامت بتحرير القطاع العام من التبعية الشديدة إزاء الدولة وتم إعادة الاعتبار للقطاع الخاص الوطني.

الفرع الثاني: مدى تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة

تكرّس مبدأ حرية التجارة والصناعة بواسطة نصوص قانونية كثيرة، إذ ابتداء من سنة 1986 انخفضت العائدات النفطية، وانكمش حجم الواردات وكذا الاستثمارات العمومية، مما أدى إلى تدهور الوضع الاقتصادي للبلاد، وارتفاع ملموس في حجم البطالة، وانخفاض النمو الاقتصادي. أدت كل هذه الظواهر إلى عجز الدولة على تلبية الطلبات الاجتماعية المتراكمة وتلاشي الميكانيزمات التقليدية التي كانت تضمن هيمنة الدولة على المجتمع، ونتيجة لكل ذلك شرعت الجزائر ابتداء من عام 1988 في الإصلاحات الاقتصادية، من خلال مجموعة من النصوص تكرس صراحة أو ضمنا مبدأ حرية التجارة والصناعة.

أولا: بعض النصوص المكرسة لمبدأ التجارة والصناعة

نتيجة العجز الاقتصادي والاجتماعي الذي عانت منه الجزائر، جعل الدولة تتخلى عن الخيار الاشتراكي وتقتنع بضرورة اعتماد نظام اقتصاد السوق كطريق للتنمية وذلك بتكييف منظومتها التشريعية وفق ما يتطلبه ذلك الاقتصاد بالانسحاب التدريجي للدولة من الحياة الاقتصادية وفتح مجال الاستثمار أمام القطاع الخاص،

والاعتراف بحرية التجارة والصناعة، وقد تمّ تقسيم هذه النصوص إلى مجموعتين:

أ- المجموعة الأولى: نصوص ترمي إلى تقليص دور الدولة في التدخل الاقتصادي كانت هذه النصوص في مجملها ترمي إلى غاية واحدة وهي تقليص دور الدولة في التدخل الاقتصادي المباشر والتمهيد للانسحاب الكلي منه باستثناء مبدئيا الأنشطة التقليدية التي تختص بها الدولة. من أهم هذه القوانين والنصوص ما يلي:

القانون المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الاقتصادية[20]، الذي منح هذه المؤسسات قدرا واسعا من الاستقلالية إزاء الدولة أو فرع من فروعها وجسد رغبة الدولة في الانسحاب من النشاط الاقتصادي، وصدر بعد ذلك مرسوم 88-01 يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكاره للتجارة[21].

كما تمّ تقليص حجم القطاعات الإستراتيجية، بالمقارنة مع محتوى المادة (14) من دستور 1976، حيث أخرجت من هذه القطاعات النشاطات الصناعية، والقاعدية للحديد والصلب، البنوك والتأمينات.

ب- المجموعة الثانية: نصوص ترمي إلى تمكين القطاع الخاص من أخذ زمام المبادرة الاقتصادية.

حيث تهدف هذه النصوص إلى تمكين المؤسسات الخاصة من استعادة حريتها في مباشرة النشاط الاقتصادي وإحلال هذه المؤسسات محل المؤسسات العامة، وذلك بتبسيط إجراءات الإنشاء وعدم تقييد حريتها في ممارسة التجارة والصناعة وغيرهما من الأنشطة ومنحها الامتيازات المختلفة لتشجيعها على الاستثمار ونذكر من بين هذه النصوص ما يلي: القانون 88-25 المتعلق بتوجيه الاقتصادية الذي ألغى الشروط المتعلقة بإنشاء المؤسسة الخاصة أي إلغاء شرط الترخيص المسبق والإجباري لإنشاء مؤسسة وإلغاء الحد الأقصى للمبلغ المسموح باستثماره من قبل المؤسسة غير أن القانون رقم 88-25 قيد من حرية المؤسسة في القيام بالنشاط الاقتصادي، بأن ألزمها بمراعاة المخطط الوطني للتنمية وهذا يعد تعارض صريح مع مبدأ حرية التجارة والصناعة، وقد تم إلغاءه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار حيث تنص المادة الثالثة (3) على ما يلي : تنجز الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة"[22].

وهذا يعد اعترافا ضمنيا من المشرع بمبدأ الحرية التجارية والصناعية، ونذكر أيضا من بين النصوص صدور قانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض،

والذي يتبين فيه اتجاه المشرع في تكريسه لحرية المبادرة الخاصة في مجال البنوك إذ يخضعها كلها لنفس النظام القانوني[23].

وأخيرا وبعد تعديل الدستور وصدوره في سنة 1996 وبالتحديد في 7 نوفمبر 1996 تم الاعتراف الصريح من طرف التشريع، بحيث تنص المادة 37 منه على ما يلي :

"حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"[24]، كما صدر بعده الأمر رقم 01-03 يتعلق بتطوير الاستثمار وتنص المادة الرابعة منه على الأتي : "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقنّنة وحماية البيئة وتستفيد هذه الاستثمارات بقوة القانون من الحماية والضمانات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها وتخضع الاستثمارات التي استفادت من المزايا قبل إنجازها لطلب تصريح بالاستثمار لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار"[25].

ومن هنا يبدوا واضحا أن المشرّع الجزائري أصبح أقل ترددا فيما يخص الاعتراف بحرية التجارة والصناعة وأكثر تشجيعا للمبادرات الخاصة الوطنية بالنظر إلى المزايا التي يستفيد منها المستثمر وأصبح هذا الأخير لا يبحث عن إمكانية الاستثمار بل عن إمكانية تطوير الاستثمار.

وعليه وبموجب دستور 1996 اكتسب هذا المبدأ قيمة دستورية تحصّنه من تدخل السلطة التنفيذية بغرض النيل منه أو الانتقاص من مفعوله، وبالتالي تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة قد تجسد من خلال انسحاب الدولة الذي برز على الصعيد العضوي من خلال خوصصة المؤسسات العامة وعلى المستوى الوظيفي من خلال زاويتين :

الأولى تتمثل في إلغاء الاحتكارات مثل احتكار التجارة الخارجية والبنوك والطيران وتسيير الموارد المائية، والبريد والمواصلات حيث أصبحت أنشطة حرة خاضعة لمبدأ المنافسة.

والثانية تتمثل في إزالة التنظيم بما يعني أن الدولة لا تتدخل من أجل تسيير النشاط وتوجيهه بل تتدخل فقط من أجل فرض قواعد حد أدنى، تعتبر قواعد لعبة وذلك باسم النظام العام الاقتصادي[26].

غير أنّ الاعتراف النظري بمبدأ حرية التجارة والصناعة لا يكفي لتشجيع الاستثمار وإيجاد منافسة فعلية وكافية، ما لم يكن هناك تطبيق عملي لهذا المبدأ أو الحد من القيود التي تضعها الدولة في سبيل ذلك.

ثانيا : حدود مبدأ حرية التجارة والصناعة

كرست المادة 37 من الدستور مبدأ حرية التجارة والصناعة مع غيرها من النصوص القانونية لكنها إلى جانب ذلك أوردت قيدا على ذلك وهو أن تمارس هذه الحرية في نطاق القانون، ويعني ذلك أن السلطات العامة تتدخل في تنظيم ممارسة المهن والأنشطة، وقد يؤدي ذلك إلى التقليل من مجال مبدأ الحرية أو حتى المساس به، فيمكن للوائح البوليس أن تحد من ممارسة بعض المهن التجارية باسم المحافظة على النظام العام والسكينة العامة، وبمقدور السلطة التنفيذية تنظيم مهنة عندما ينص التشريع صراحة على ذلك[27].

وبالرجوع أيضا إلى نص المادة الثالثة من المرسوم التشريعي المتعلق بالاستثمار مثلا، يشير إلى أنّه "تنجز الاستثمارات بكل حرية"[26] هذا كأصل عام، لكن تشترط الفقرة الثانية من نفس المادة أن يمارس الاستثمار بمراعاة التشريع والتنظيم المتعلقتين بالأنشطة المقننة أو المنظمة أي الأنشطة التي يتطلب القانون شروطا معينة في من يتولاها كالخضوع للقيد في السجل التجاري، والحصول على رخص مسبقة أو اعتمادات من طرف الوالي.

كما أن المادة الأولى من نفس المرسوم أوردت قيدا من شأنه أن يحد من اتساع تطبيق مبدأ حرية الاستثمار، ويتعلق ذلك أساسا بالنشاطات المخصصة التي تستأثر بها الدولة دون غيرها من الخواص بممارستها كصنع الأسلحة والذخيرة والكهرباء والغاز والنشاط المرفقي كالنقل بالسكك الحديدية، وامتياز إصدار الأوراق النقدية.

خاتمة

إنّ تأكيد القيمة الدستورية لحرية التجارة والصناعة، وبالتبعية لحرية المنافسة، يؤدى إلى نتيجة مهمّة وهى أنّ تنظيم هذه الحرية أو تلك لا يكون لغير السلطة التشريعية لأنّ القاعدة الأساسية هي أنّ تنظيم الحريات العامة من اختصاص المشرّع.

وعلى ذلك، فإنه يقع على المشرّع حين ينظّم إحدى القواعد الخاصة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين من أجل ممارسة الحريات العامة أن يمارس هذا الاختصاص كاملاً وأن لا يقف بعيداً عن اختصاصه، وان لا يترك للسلطات القائمة بتطبيق القانون أن تحدد بنفسها شروط وقواعد نشاطها، وإلا فإنّ النص التشريعي يكون مشوباً بعدم الاختصاص السلبي.

الهوامش

(1) GUIBAL (M)، Commerce et industrie، Encyclopédie Dalloz، répertoire de droit commercial، septembre 1994، P 4 .

(2) DE LAUBADERE(A)، Droit public économique 2ème édition.Dalloz، 1976 P 236، 237 et 238 .

(3) DELVOLVE (P)، Droit public de l'économie، Dalloz، 1998، Paris، P110 et 111 .

(4) GUIBAL (M)، Commerce et industrie، OP.CIT ، P28.

(5) DE LAURADE RE (A)، Droit public économique، OP.CIT p241 .

(6) GUIBAL (M)، Commerce et industrie، IBID، P 8 .

(7) BLAISE (J.B)، Droit des affaires، commerçants، concurrence، distributions، LGDJ-DELTA. Paris 1999، p 33 .

(8) GUIBAL (M)، Commerce et industrie، OP.CIT P9، « Commerce et industrie » .

(9) CHARBIT (N)، Secteur public et droit de la concurrence، JOLY، Paris 1999، P 98 .

(10) DELVOLVE (P)، Droit public de l'économie، OP.CIT P119 .

(11) CHARBIT (N)، Secteur public e droit de la concurrence، OP.CIT P106.

(12) MALAURE VIGNAL (M)، droite interne de la concurrence، OP.CIT P 48.

(13) DELVOLVE (P)، Droit public de l'économie، OP.CIT P120 .

(14) IDOT (L)، Concurrence entre secteurs public et privé en droit communautaire RIDE، privé et، N° 3، P449 .

(15) د- محمد الشريف كتو الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري "دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي"، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون جامعة مولود معمري الحقوق، تيزي وزو- الجزائر، 2004، ص 38.

(16) LAGGOUNE (W)، Le contrôle de l'état sur les entreprises privés en Algérie، les éditions internationales، Alger، 1996، P42

(17) المادة الأولى، الفقرة الثانية، (2) من القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 يتعلق بمواصلة العمل بالتشريع الفرنسي، الجريدة الرسمية، العدد 62، الصادر في 11 جانفي 1963، ص 18.

(18) المادة العاشرة (10) من دستور 1963 المؤرخ في 1963/09/08 الجريدة الرسمية، العدد 64، الصادرة في 1963/09/10، ص 89.

(19) القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982 المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني الجريدة الرسمية، عدد 34.

(20) قانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 يتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة السمية، عدد2.

(21) المرسوم رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، الجريدة الرسمية الصادرة في 07-19 أكتوبر 1988، العدد 42.

(22) المادة الثالثة (3) من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمارات، الجريدة الرسمية العدد 64 لصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993، ص 3.

(23) قانون 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية الصادرة في 18 أفريل 1990، ص 450.

(24) المادة 37 من الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية الصادرة في 08 ديسمبر 1996، العدد 76، ص 14.

(25) المادة الرابعة من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمارات الجريدة الرسمية الصادرة في 2001/08/22، العدد 47، ص 5.

(26) د. محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة،المرجع السابق، ص 44.

(27) صفية أورابح، مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001، ص 110 وما بعدها.

(28) المرسوم التشريعي رقم 93-12، يتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 64، المشار إليه سابقا.