

جامعة عمار ثليجي بالأغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم : الحقوق

الموضوع:

الضمانات الممنوحة للحريات والحقوق الدستورية في مواجهة نصوص التجريم

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر حقوق
تخصص: القانون الجنائي و العلوم الجنائية

إشراف الدكتورة:
- طهاري حنان

من اعداد الطالبين:
- حجو مصطفى
- مجلد مصطفى

لجنة المناقشة

الدكتور.....راجحي لخضر.....رئيسا
الدكتورة.....طهاري حنان.....مشرفا
الدكتور.....بوقرين عبد الحليم.....مناقشا

السنة الجامعية: 2018/2019

كلمة شكر

الحمد لله على فضله وعونه أن وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع

ها نحن نضع اللمسات الاخيرة على عملنا المتواضع الذي تم بعون الله وتوفيقه

ولولا هدي الله لنا لما تمكنا من اتمام هذا الموضوع لولا فضله وعونه

نشكر الأستاذ المشرف بوقرين عبد الحلیم

على قبوله الإشراف على هاته المذكرة وعلى توجيهاته وملاحظاته القيمة طيلة فترة

إنجاز هذا العمل.

أيضا نشكر كل

من مد لنا يد العون من قريب أو من بعيد لانجاز هذه المذكرة.

إن مواضيع حقوق الإنسان والحريات العامة من المواضيع التي أصبحت بالغة الأهمية في عصرنا هذا، سواء على المستوى الدولي أو الوطني حيث تعد من بين الموضوعات التي تعطي الاهتمام الكبير من طرف الباحثين بالأخص، وذلك لتدارك حجم المخاطر التي يتعرض لها الإنسان في الوقت الحالي دوليا ووطنيا وما يترتب عن تلك الانتهاكات من نزاعات دولية وداخلية تهدد أهم مبدأ جاءت به الأمم المتحدة وميثاقها للحفاظ عليه ألا وهو مبدأ الحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

بناء على ذلك عرف العمل على المستوى الوطني والدولي العديد من الأليات ووسائل الضغط القانونية المادية والمعنوية والتي يلجأ إليها من أجل حمل الدولة على الوفاء بالتزاماتها القانونية واحترام حقوق الإنسان على المستوى الإقليمي أو في العلاقات المتبادلة بهدف الحفاظ على السلم والأمن الدوليين من جهة، ومن جهة أخرى الرقي بحقوق وحريات الفرد والجماعات لضمان التطور الدائم والمستمر لكرامة الفرد والشعوب.

فبعد الإستقلال وجدت الجزائر نفسها أمام فراغ مؤسستي من الناحية القانونية وأكثر من نصف الشعب يعيش الفقر المدقع والجهل والامية بإضافة إلي الصراع على السلطة، أمام كل هذه التحديات إختارت الجزائر التوجه الاشتراكي ونظام الحزب الواحد فقد رصدت الجزائر في دساتيرها مجموعة من الحريات الدستورية كحرية التجارة والصناعة والاستثمار حيث أن الجزائر تحاول وضع الاصلاحات الاقتصادية التي تقررها على الورق منذ سنوات ان تكون على الواقع وتجسدها على جميع المواطنين الجزائريين دون تمييز بينهم فالحرية مكفولة للجميع وحرية الرأي والتعبير فالجزائر تعرف مجموعة من المتغيرات على الساحة السياسية جعلها تعمل على حرية التعبير للشعب وحرية الراي مضمونة دستوريا وغيرها من الحريات الاخرى ولكن من المعروف تنتهي حرية الفرد عندما تبتدأ حرية الاخرين لهذا كان لابد من وضع علاقة تربط الحريات بمواجهة التجريم .

فالمشروعية هي صفة كل ما هو مطابق للقانون، وهو مبدأ التصرف الإداري حيث تتوافر الضمانات الأساس للفرد، وحيث لا تستطيع الإدارة بموجبه العمل إلا طبقا للقانون، وهو بهذا المعنى يشمل أغلب القواعد وليس كلها في الحال مهما كانت عامة ومجردة ،وأيا كان مصدرها دستوريا أو تشريعيا أو عرفيا أو قضائيا أو إداريا، وهذا ما كان بعض الفقهاء لا يعرئ بالتعريف

الواسع للقانون يجعل مصطلح المشروعية مرادفا للتنظيم القانوني ومن حيث كونه مصدرا للمشروعية، كالفقهاء الذين يحددون خضوع الإدارة للقوانين الشكلية فقط . وبالتالي لا بد للدولة وهي تقوم بأداء وظائفها الداخلية والخارجية من عنصر تنظيم سياسي مسؤول عن أداء هذه الوظائف يسمى بالسلطة السياسية ومن أجل تحقيق كافة وظائف الدولة الأخرى من أمن وصحة عامة وكل ما يتعلق برفاهية أفراد المجتمع ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الاجتماعية ومنها الجنائية؛ وبالتالي إن مبدأ المشروعية لا يعني مجرد خضوع القوانين للرقابة بكافة أنواعها، بل تخضع أيضا لقواعد خارجية مع شكل من القواعد النفسية مثلا: أن تضع نصب عينيها تحقيق المصلحة العامة ومن البديهي إدراك أن تحقيق هذا الهدف مسألة لا تدخل ضمن القواعد الخارجية المفروضة على الإدارة.

مشكلة البحث:

ان مشكلة الحريات في الجزائر باختلاف أنواع كما تطرقنا سابقا هي مضمونة في الدستور منذ 1963 الى غاية 2016 لكن هذه تعرف بعض التجاوزات عند البعض فكان لا بد من ان يكون في المقابل مجموعة من القوانين التي تعمل على العلاقة بين الحريات والتجريم فيعد الجانب الجنائي والمتمثل في تجريم أفعال معاقب عليها من أخطر الوسائل التي تمارسها السلطة السياسية في الدولة، وذلك لمساس التجريم والعقاب بحريات الأفراد مساسا ملحوظا وبغية توضيح أساس التجريم والعقاب والمنطق الذي يحدد كل منهما وتأثير ذلك على حرية الأفراد ايجاد ضمانات تتناول مبدأ لهذه الحريات فسوف يتم التطرق للشرعية، في إطار التجريم والعقاب على أن هناك جوانب تتعلق بالإجراءات لم يتناولها . حيث أن مبدأ الشرعية مجال واسع لا يمكن التطرق لكافة جوانبه في مضمون بحث واحد، ولهذا سوف نتطرق لدراسة أهم مكوناته وأساسه الأساسية .

وتكمن أهمية الدراسة الى الحريات الدستورية التي كفلها القانون في مواجهة مبدأ شرعية التجريم والعقاب الذي يطرح تساؤلات كثيرة ومنه تكون الاشكالية كالتالي: كيف هي الحريات الدستورية في القانون الجزائري ؟ وما هي الضمانات التي يمكن من خلالها حمايتها؟ وكيف قيد المشرع النصوص القانونية لتجريم الحريات والحقوق الدستورية؟

أهمية وهذا ما دفع بنا إلى اختيار هذا الموضوع هو تقابل موضوع الحريات الدستورية مع مبدأ شرعية الجرائم

وأما عن منهجية البحث تناول الفقه الجنائي الحريات الدستورية ومبدأ الشرعية الجنائية بالعديد من الدراسات التي اتحدت في منهجية معالجته ولهذا سوف يتم تناول الحريات الدستورية ومبدأ الشرعية الجنائية مبدأ الشرعية في هذا البحث ووصولاً إلى تحديد أهمية ونتائج من أهمية المبدأ في اتجاه مصلحة المجتمع والفرد ونتائجه على مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة، وسريان النص الجنائي في التشريع والقضاء وكذا العوامل المؤثرة في المبدأ في مواجهة الحريات الدستورية .

أما عن أسباب إختيارنا لموضوع بحثنا هذا فهي متنوعة بين أسباب شخصية ذاتية وأسباب موضوعية بحتة، أما الأسباب الذاتية فتعود للإهتمام المتزايد بهذه الحقوق والحريات على المستويين الداخلي والخارجي وكرغبة منا في التطلع عن الوسائل القانونية الدستورية المسخرة من المشرع الجزائري بهدف حماية هذه الحقوق وكذلك باعتبار أن طبيعة الموضوع طبيعة عملية وإحترافية أكثر مما هي عملية فلسفية، وإضافة لكل ذلك محاولتنا إثراء معلوماتنا الشخصية في مجال حماية حريات الإنسان والتطلع لأهم ما وصلت إليه القوانين الدولية والداخلية في مجال الحماية باعتبار إحترام حقوق وحريات الإنسان هو المعيار الثابت دولياً في الحكم على ديمقراطية الدول والعلاقات الدولية والأسس التي يقوم عليها أهم ميثاق في العالم ألا وهو ميثاق الأمم المتحدة.

أما عن الأسباب الموضوعية فتعود لكثرة الحديث عن حقوق الإنسان وحمايتها وبالخصوص لما يحدث من إنتهاكات لحقوق الإنسان في العالم وكذلك الإهتمام المتزايد من طرف المؤسس الدستوري الجزائري بهذه الحقوق وتخصيص لها فصلاً كاملاً تحت تسمية الحقوق والحريات وتجريم المساس بهذه الحقوق بعقوبات دستورية ردية تلزم الفرد والمجتمع على إحترام هذه الحقوق وتحريم تقيدها ولا التمييز فيها، وكذلك محاولة منا بتدعيم المكتبة الجامعية ببحث متخصص في الحماية الداخلية لحقوق الإنسان ودراسة حالة الجزائر كنموذج.

وهذا ما دفع بنا لمعالجة موضوع البحث بعدة أساليب، فيجد الأسلوب التحليلي مكانه ونحن في صدد تحليل المواد القانونية والدستورية لتقريب الفهم الصحيح لها، كما يجد الأسلوب الوصفي

مكانه ونحن نقوم بتعريف المفاهيم القانونية والتعاريف الفقهية، كما يجد الأسلوب المقارن مكانه ونحن في صدد البحث في المواد الدستورية الجزائرية وما يقابلها من مواد في باقي الدساتير الدولية والمواثيق والمعاهدات الخاصة بحقوق الإنسان والهدف من تنويع الأسلوب هو تقريب الفهم والإستعاب للموضوع بأسلوب شيق كفيل بإيصال المعني.

أما عن الأهداف المرجوة بلوغها من هذا الموضوع هي توسيع الفهم الجيد لهذه الحريات والحث على إحترامها بفهمها، كذلك محاولة منا من معرفة التقييم الموضوعي للمؤسس الدستوري الجزائري في مجال حقوق الإنسان والبحث في الآليات التي كرسها من أجل تحقيق المساواة والإحترام التام لهذه الحقوق بإعتبارها الركائز الأساسية التي تقوم عليها الحياة البشرية تثبت للفرد منذ ولادته وحثي وفاته دون تمييز أو تقييد.

وكأي بحث علمي متخصص يجد الباحث فيه العقبات والعراقيل لا بد من تداركها وتجاوزها، وأهم هذه العقبات التي صادفتنا في مشوارنا هذا هو ادراج الحريات هذا ما صعب علينا إدراجها في خطة متوازنة وشاملة لكل هذه الحريات في مواجهة التجريم وأيضا قلة المراجع المتخصصة في موضوع بحثنا هذا وخاصة على مستوى الآليات القانونية الضامنة لحماية هذه الحقوق، كما يعود إلى كثرة التقارير الدولية والداخلية الصادرة عن الهيئات المتخصصة مما صعب علينا إدراجها في مضمون الموضوع وإختيار الأفضل منها لما يخدم موضوع بحثنا، وكذلك إعتماذنا على بعض المراجع الأجنبية وكما هو متعارف علميا أن الترجمة تخل بالمعاني الحقيقية للأفكار المراد تبليغها. ومن كل ما سبق نجد أنفسنا أمام طرح الإشكالية التالية والمتمثلة في:

قام المشرع بعدة إصلاحات دستورية في العديد من المستويات أهمها على مستوى حريات الدستورية ؟ فكيف ساهم ذلك في تجسيدها وكيف لها ان تكون في مواجهة التجريم؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية أن نقسم موضوع مذكرتنا إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول الى مفهوم الحريات الدستورية من خلال التهريف بالحريات الدستورية في القانون الجزائري وأنواعها أما الفصل الثاني فنجعله لعلاقة الحريات الدستورية بمواجهة التجريم.

تمهيد

يعتبر موضوع الحريات العامة من الموضوعات ذات الأهمية القصوى في الحياة اليومية للفرد والجماعة من جهة، وكذا تماسك واستمرارية الحياة الإجتماعية وإزدهارها في إطارالدولة كتنظيم إجتماعي من جهة أخرى. فبعد أن كانت الحريات العامة تدرس ضمن محاضرات القانون الدستوري، إزدادت أهميتها بمرور الزمن وأصبح لها مكانة خاصة على مستوى الدراسات القانونية، سواءً في إطار القانون العام أو في إطار القانون الخاص . حيث أصبحت تلعب دورًا أساسيًا في تجسيد و بناء دولة الحق والقانون وكذا تكريس مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان .و هذا ما أدى إلى إستقلالية الحريات العامة بتحولها إلى مقياس يدرس في إطار محاضرات منفصلة عن محاضرات القانون الدستوري.

إن للحريات العامة نظام قانوني خاص يزداد أهمية بمرور الزمن وذلك حسب تطور النظم القانونية، بل نستطيع القول أنه يكاد أن يكون لكل حرية عامة نظامها القانوني الخاص بها، دون أن ننسى أن هناك أحكام ومبادئ قانونية عامة مشتركة تمس جميع الحريات العامة.

المبحث الأول: تعريف الحريات العامة و علاقتها بمبدأ المساواة و ببعض المصطلحات المرتبطة بها
 سنتطرق إلى تعريف الحريات العامة في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسنخصصه إلى مبدأ المساواة باعتباره أساسى و جوهري بالنسبة إلى الحريات العامة و علاقته بها، أما المطلب الثالث فسنتناول فيه بالدراسة علاقة الحريات العامة ببعض المصطلحات الأخرى المرتبطة بها.

المطلب الأول: تعريف الحريات العامة

لم يرد أي نص قانوني صريح، دستوري أو تشريعي، يعرف لا الحرية ولا الحريات العامة وإنما ترك مسألة ذلك إلى الفقه القانوني بالرغم من اختلاف نظمه ومصادره الفكرية. فهناك اختلافات حول المفهوم وحول التسمية المستعملة لتحديد الحريات العامة، هناك من يسميها الحريات الأساسية وهناك من يسميها الحريات والحقوق وهناك من يسميها الحريات وحقوق الإنسان... إلخ. وبمأن العنوان يتكون من مصطلحين، مصطلح "الحرية" و مصطلح "العامة" سنتطرق بالتعريف إلى معنى الكلمتين في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: تعريف الحرية من المنظور القانوني

لم يرد نص قانوني صريح في القانون الجزائري يعرف الحرية، لكن نجد ان المشرع الدستوري الجزائري بالرغم من أنه قد أدرج الحريات العامة في متن الدستور¹، إلا أنه اشار إلى مصطلح الحرية في ديباجة جميع الدساتير التي عرفتها الجمهورية منذ الإستقلال، مغلبا عليها في المضمون الطابع التاريخي، الفلسفي، الديني والتحرري من جهة أخرى وفي إطار القانون المقارن نجد أن الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن تعرض لهذه المسألة في مادته الرابعة، بحيث إعتبر أن "الحرية تتمثل في إستطاعة فعل كل ما لا يضر بالآخرين: بحيث أن، ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان لا حدود لها إلا تلك التي تؤمن لأعضاء المجتمع الآخرين الاستمتاع بنفس تلك الحقوق. هذه الحدود لا يمكن تعريفها إلا عن طريق القانون."²

هناك تعريفات فقهية عديدة لكلمة "حرية" حيث يختلف كل تعريف باختلاف الزمان والمكان والنظام السائد والمستوى الحضاري لكل مجتمع.

فتعرف الحرية على أنها "قدرة الإنسان في إتيان كل عمل لا يضر بالآخرين، وأن تكفل له هذه الحرية كل شيء بما فيها حرية التعبير عن الرأي وتقييد بعدم إضرار الشخص بغيره"³ "فهى الاستطاعة أو القدرة المعترف بها للإنسان على القيام بأفعال وتصرفات على سبيل الاستقلالية فهى سلطة تقرير المصير التي بموجبها يختار

¹ يحيواي نورة، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، دون طبعة، دار هوم، الجزائر، 2004، ص 7

² ناجمي سمية، الحقوق والحريات في الدستور الجزائري و الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2014 - 2013، ص 1.

³ عماد ملوخية، الحريات العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 6-13

الإنسان تصرفاته الشخصية. بما أن الإنسان يعيش في وسط اجتماعي معين، فحرية كل فرد يجب أن تتعايش أو تتوافق مع حرية الآخرين للمحافظة على أمنهم وسلامتهم. وقد عرفها الأستاذ الطاهر بن عاشور في كتابه المشهور، أصول ال نظام الاجتماعي في الإسلام، على أنها "عمل الإنسان ما يقدر على عمله حسب مشيئته لا يصرفه عن عمله أمر غيره.¹"

كما عرفها الأستاذ وهبة ال زحيلي بأنها "هي ما يميز الإنسان عن غيره، ويتم كن بها عن ممارسة أفعاله وأقواله وتصرفاته بإرادة واختيار، من غير قسر ولا إكراه، ولكن ضمن حدود معينة²."

لقد خلص أستاذ القانون رافع ابن عاشور، بعد أن حاول تحليل الإشكالية القانونية التي تطرحها الحرية في إطار طبيعة الحياة الاجتماعية، إلى القول "فالحرية إذ ا من مفهوم قانوني هي سلطة المواطن في التصرف في نفسه وتقرير مصيره، والتصرف في النفس من هذا المنطلق أساسي إذ أنه يفرض على الإنسان قبل كل شيء تفرقة بين ما هو أساسي لانشرحه الشخصي ويحتاج لحماية خاصة وقصوى وبين ما هو ليس جدير بذلك³". وبما أن الحرية المطلقة في إطار الحياة الاجتماعية فرضية مستحيلة تؤدي إلى الفوضى وإنعدام النظام العام وحتى القضاء على الحريات نفسها، تتدخل الدولة كنظام اجتماعي بإسم المجتمع ولحمايته وحماية إستمراريته وتماسكه بهدف الحد من الحرية وجعلها موجودة في الحياة العملية. لكن في نفس الوقت هذا التدخل يمكن أن يؤدي إلى إنتهاك هذه الحريات ومصادرتها (الإستبداد). لذلك وجب ضرورة موازنة هذه المعادلة الصعبة، وذلك بالتمييز بين ما هو ممنوع بصفة مطلقة من الأفعال لكونها مضرّة بالفرد والجماعة معاً، كما أنها تهدد الإستقرار الاجتماعي كالسرقة والقتل وسائر الإعتداءات، وما هو مضيق عليه من أفعال لأنها غير ضرورية لإنتعاش الفرد وتهدد الجماعة بصفة معتبرة فتكون محل تنظيم وتضييق، وهناك نوع ثالث من الأفعال ضرورية وأساسية في حياة الفرد خاصة في إنشراحه، إزدهاره وسعادته في حياته، لكن هذه الأفعال يمكن لها أن تخلق الغير وتهدد النظام، فلا بد من فسح أقصى مجال لممارستها⁴ كحرية الفكر، التعبير وما إلى غير ذلك، هذا النوع من الحريات هو الذي يمثل موضوع الحريات العامة التي يجب الإعتراف بها وضمان ممارستها، تنظيمها وبيان حدودها وآلية الرقابة على ممارستها.

¹ محمد الطاهر ابن عاشور، أصول النّظام الاجتماعيّ في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، تونس، 1985، ص. 160

² وهبة الزحيلي، حقّ الحرّيّة في العالم، دار الفكر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الرابعة، 2007، ص. 39

³ رافع ابن عاشور، الحريات العامة في النظم الديمقراطية، مجلة التسامح، العدد الخامس والعشرون، تونس، 2009، ص. 4

⁴ رافع ابن عاشور، الحريات العامة في النظم الديمقراطية، مجلة التسامح، العدد الخامس والعشرون، تونس، 2009، ص. 4.

الفرع الثاني: تعريف الحريات العامة وموقف المشرع الجزائري من ذلك

توصف الحريات بأنها "عامة" عندما تترتب عليها واجبات يتعين على الدولة القيام بها، وواجبات الدولة حيال الحريات العامة قد تكون واجبات سلبية وقد تكون واجبات إيجابية¹، فمن الواجبات السلبية للدولة لصالح الأفراد عدم المساس بسلامتهم الجسدية والعقلية، ومن الواجبات الإيجابية عمل الدولة على خلق فرص عمل وكذا توفير أماكن للإستمتاع بأوقات الفراغ.

وجاء التعبير "حريات عامة" بالجمع وليس بالمفرد، لكون هذه الأخيرة مجموعة من الحريات معترف بها للأفراد، و محمية من طرف القانون، و مضمونة من طرف الدولة.

وتعرف على أنها "حالة خاصة عن الحريات عموماً، وتكون مدموجة في القانون ضمن نصوص دستورية أو تشريعية أو دولية، وتخضع لنظام قانوني للحماية المشددة كما عرفها معجم اللغة الفرنسية على أنها" مجموع الحقوق المعترف بها للأفراد، منفردين أو جماعة، في مواجهة الدولة"²

لكن في غياب أي تعريف صريح من طرف النصوص القانونية، يمكن أن نعرف الحريات العامة على أنها تعبير عن سلطة تقرير المصير المعترف بها بواسطة معايير على الأقل تشريعية وتستفيد هذه الحريات من حماية مشددة حتى في مواجهة السلطات العامة³.

من هذا التعريف الأخير يمكن أن نستنتج مجموعة من الأركان الأساسية للحريات العامة:

أ. سلطة تقرير المصير:

هي مجموعة السلطات التي يمارسها الإنسان على ذاته دون أن يحتاج بالضرورة إلى تدخل الغير وبذلك يصبح الفرد يفكر فيما يشاء، وينتقل لأي مكان يشاء... الخ. لكن هذه النظرة قد تكون ضيقة للحريات العامة لأنها تلغي الحريات "المدينة" أو الحريات التي تتطلب أو تستلزم ضرورة تدخل السلطة والمجتمع ومثال ذلك: الحق في الصحة، الحق في الثقافة، الحق في السكن... الخ. ومن أجل تجاوز ذلك يتحتم علينا الأخذ بعين الإعتبار الحريات المدينة وبذلك فما يجعل حرية "حرية عامة" هو تدخل السلطة السياسية بهدف الإعتراف بها وتنظيمها.

¹ مريم عروس، النظام القانوني للحريات العامة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1999 - 1998، ص. 5

² طالع الأستاذ باسود عبد المالك، "الحريات الأساسية في التشريعات الداخلية"، الملتقى الدولي الثالث حول دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، 29 / 28 أبريل 2010، ص 2 و 3

³ « Ensemble des droits reconnus aux individus، isolément ou en groupe، face à l'Etat »، Le petit Larousse illustré 2013، édition Larousse، 2012، Paris، p. 627

ب . إستفادة الحريات العامة من حماية مشددة حتى في مواجهة السلطات العامة:

هذه الفكرة تؤدي بنا إلى الحديث عن مبدأ "دولة القانون" وهو المبدأ الذي يتنافى مع مبدأ "الدولة البوليسية"، كلى المبدأين ظهرا في الأصل في ألمانيا إبان الحكم النازي تحت سلطة هتلر، وتشمل فكرة دولة القانون التي تبنتها هيئة الأمم المتحدة، عدة مفاهيم كالسيادة الشعبية، واحترام حقوق وحريات الأفراد وسمو القانون وغير ذلك. وقد حاول تبسيطها البعض من رجال القانون باعتبارها احترام تطبيق القاعدة القانونية ويتحقق ذلك بوجود احترام لقاعدة مبدأ "تدرج القوانين" تكون فيه الإدارة مقيدة بالقوانين والقواعد العامة التي وضعها البرلمان كمثل للشعب. فيما أجمع الفقه أن دولة القانون تتمثل في أنها نظام مؤسساتي الذي تكون بموجبه السلطات العامة خاضعة للقانون. وقد بين الفقيه كلسن أن دولة القانون هي الدولة التي تكون فيها المعايير القانونية متدرجة بصفة أن يكون لسلطاتها حدود. وبهذا فإن كل قاعدة قانونية تستمد صحتها من القواعد التي تعلوها. و بهذا أصبح القانون يحمي الفرد من التعسف والاعتداء على حرياته ومن بين الأسس التي تقوم عليها دولة القانون وجود دستور يسمو على كل القوانين، الرقابة على دستورية القوانين، مبدأ الفصل بين السلطات، تطبيق النهج الديمقراطي في الدولة¹.

أشار الأستاذ طعيمة الجرف، إلى أن الدولة المعاصرة لم تعد تلك "الدولة الاستبدادية التي يختلط فيها القانون بإرادة الحاكم ومشئته دون أن تخضع هذه الإرادة أو المشيئة لقيود محددة معلومة. إن الدولة المعاصرة دولة قانونية تحكمها قاعدة خضوع الحكام للقانون والتزام حكمه في كل ما يقوم بين الدولة والمحكومين من علاقات من جانب أو بينها وبين الوحدات الدولية الأخرى من جانب آخر"² فالحرية العامة تجد بيئتها وحيويتها في الحياة العملية في إطار دولة الحق والقانون.

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من الحريات العامة، فنجد أن دستور 1996 المعدل في مادته 63 نص على أنه "يمارس كل واحد جميع حرياته في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور، لاسيما احترام الحق في الشرف وستر الحياة الخاصة وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة" ومن جهة أخرى خصص للحريات العامة أحكام خاصة نص عليها في الفصل الرابع من الباب الأول لدستور 1996 المعدل، بعنوان "الحقوق والحريات" حيث تطرق إلى الغالبية منها في هذا الفصل، مع الإشارة إلى أنه نص على البعض الآخر منها خارج هذا الفصل³. وقد أرجع المؤسس الدستوري مسألة تنظيم الحريات العامة من اختصاص "السلطة

¹ El-Hadi Chalabi, *l'Algérie, l'Etat et le droit (1979-1988)*, édition Arcantère, paris, 1989, p.15.

² طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964، ص 21

³ ومثال ذلك نص المادة 151 من الدستور "الحق في الدفاع معترف به . الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية .

التشريعية" البرلمان بغرفتيه وهي السلطة المخولة لوحدتها للتشريع في هذه المسألة استناداً إلى المادة 140 من الدستور الحالي خاصة الفقرة الأولى منه، حيث تنص على أنه " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها الدستور وكذلك في المجالات التالية:

-حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية لاسيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين ". ومن ذلك يتبين أن دستور الجمهورية أخذ موقفاً تقدمياً في هذه المسألة بجعل التشريع في مجال الحريات العامة من اختصاص البرلمان لوحدته دون غيره من المؤسسات الدستورية الأخرى نظراً لحساسية الموضوع وارتباطه بحقوق وحريات الإنسان الأساسية في حياته وكذا سعادته وازدهاره.

المطلب الثاني: مبدأ المساواة كأساس للحريات العامة

لمبدأ المساواة علاقة وطيدة ومباشرة مع الحريات العامة، فهو مبدأ دستوري أساسي تستند إليه كافة الحريات العامة واعتبره الكثير من فقهاء القانون أنه "المفتاح الرئيسي للوصول إلى الديمقراطية الحقيقية وكفالة الحرية منذ القدم، إذ إن المجتمع الذي تتعدم فيه المساواة، وتسوده روح التمييز والتفريق يصل به الأمر في النهاية إلى الإنكار التام للحرية"¹

كما يعتبر مبدأ المساواة حق من حقوق الإنسان ومبدأ من المبادئ العامة للقانون، مضمونه أن يتساوى جميع الأفراد في الحقوق والحريات بدون تمييز ولا تفرقة على أي أساس كان سواء العرق الدين، الجنس، اللغة...إلخ . فبدون مبدأ مساواة لا توجد حرية، حيث أشار العميد ليون ديقوي Léon Duguit إلى أنه " ترتبط الحرية بالمساواة ارتباطاً وثيقاً ووطيداً، حتى في تعريفهما، إلى درجة أنه في الديمقراطية اليونانية القديمة كانت تعرف الحرية من خلال المساواة بين الأفراد وبتنفيذ السلطة الحاكمة للقاعدة العامة على جميع الأفراد دون تمييز، حتى وإن كانت القاعدة استبدادية أو تعسفية"² ، " إلى أن المساواة هي روح الديمقراطية، بدونها ينهار كل معنى للحرية."

كما أكد الاستاذ محمد بوسلطان أن " الحرية باعتبارها حق أساسي معترف به عمومًا، تعتمد على المساواة بوصفها العمود الرئيسي، لأن الحرية لا يستقيم لها معنى إلا إذا تمكن المواطنون من الحصول على معاملة

¹ الطاهر بن خرف الله ، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجزء الثاني: التعبير الدستوري للحريات العامة الحقوق، طاكسيج. كوم، الجزائر، 2009 ، ص 46

² عبد الغاني بسيوني عبد الله "النظم السياسية": أسس التنظيم السياسي، الدار الجامعية بيروت، لبنان ، 1948 ، ص352 نقلا عن نعيم عطية، مساهمة في النظرية العامة للحريات الفردية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1964 ، ص 315 -

متساوية في الحالات المتماثلة، لذا فإن الحرية والمساواة تضمنان الاستقلالية والهوية الشخصية وبها تحدث التعددية أثرها بمعناها العام في المجتمع¹ .

لذلك جاءت دساتير الجمهورية منذ الإستقلال مكرسةً لهذا المبدأ الأساسي كما يوجد الكثير من المظاهر لتطبيقاته في دستور 1996 المعدل من بينها: المساواة أمام القانون² ، المساواة أمام القضاء³ ، المساواة في تولي الوظائف العامة في الدولة⁴ المساواة أمام التكاليف العامة العبي الضريبي وأداء الخدمة العسكرية) وذهب المؤسس الدستوري إلى أكثر من ذلك باعتبار أن مبدأ المساواة هدف من أهداف جميع مؤسسات الدولة بنصه في المادة 34 لدستور 1996 المعدل على أن " المؤسسات تستهدف ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان وتحويل دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية " ، هنا يتبين الدور الاساسي والبناء الذي يلعبه مبدأ المساواة في إطار الحريات العامة وضمان ممارستها.

المطلب الثالث: بعض المصطلحات الأخرى التي لها علاقة بالحريات العامة

للحريات العامة علاقة بالكثير من المصطلحات القانونية الأخرى، ارتأينا أن نتطرق للبعض منها للفائدة العامة . لم يتفق فقهاء القانون على تحديد تعريف دقيق وواضح لكل مصطلح من هذه المصطلحات، بل أكثر من ذلك قد تستعمل هذه المصطلحات في بعض الأحيان في غير موضعها. لذا ارتأينا تقديم بعض التوضيحات في هذا المجال . فمن جهة وجب التمييز بين الحق والحريات العامة ومن جهة أخرى التمييز بين الحريات العامة وحقوق الإنسان.

من الصعب جداً التفريق بين الحقوق والحريات العامة لأن المصطلحين متلازمين جداً وأثار هذا الموضوع خلافاً بين فقهاء القانون . فنجد أن " الحق هو الوجه الآخر للواجب الالتزام فإذا كانت الحريات العامة التزامات واجبات على - - عاتق الدولة من أجل ضمان نوع من الحرية في المقابل تعتبر في نفس الوقت حقوق في صالح الأفراد سواء كانوا مواطنين أم أجناب شخصيات طبيعية أم شخصيات معنوية خاضعين للقانون الخاص أو

¹بوسلطان محمد، " ثلاثية المساواة وحرية الرأي والتعددية الحزبية في التطور الدستوري في الجزائر"، أشغال الندوة الإفريقية بالجزائر حول موضوع تطور القانون الدستوري في إفريقيا، مجلة المجلس الدستوري عدد خاص، الجزائر، العدد رقم 2014 - 4 ، ص 43 - 44

²أنظر المادة 29 من دستور 1996 المعدل التي تنص على أن " كل المواطنين سواسية أمام القانون . ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي."

³أنظر المادة 140 من دستور 1996 المعدل التي تنص على أن " أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة.

⁴المادة 51 من دستور 1996 المعدل نصت على أنه" يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون. "

القانون العام .والحقيقة أن الحرية تمهيد للحق، لن تصبح الحرية حقا إلا بممارستها ممارسة يتطلبها القانون " ، فالحق ميزة معينة لصالح فرد أو فئة معينة يحدد القانون شروط معينة للاستتثار به .بينما الحريات العامة تكفل للجميع على قدم المساواة وهي بطبيعتها متنافرة مع القيود ولا تقيد إلا في حدود عامة معينة¹ .

أما فيما يخص الفرق بين حقوق الإنسان والحريات العامة، فحقوق الإنسان تستمد مصدرها من القانون الطبيعي، أما الحريات العامة فهي حقوق إنسان في الأصل غيرتها النصوص القانونية من قانون طبيعي إلى قانون وضعي .فكل الحريات العامة هي حقوق إنسان والعكس غير صحيح.

كما أنه تجب الإشارة إلى أن، مصطلح حقوق الإنسان يقابله ما يعرف في فقه القانون الخاص بالحقوق الشخصية أو اللصيقة بالشخصية، بحيث أنها حقوق تثبت للإنسان لمجرد كونه إنساناً وتهدف إلى حمايته روحاً وجسداً .وهي في نفس الوقت حريات توجب على المشرع وضعها حيز التطبيق بمنحها نظام قانوني يسمح بممارستها وذلك بالموازنة مع مقتضيات الحياة الاجتماعية وما يقتضيه النظام العام والآداب العامة في مجتمع معين وفي زمان معين ،وهو ما يسمى إصطلاحاً بالحريات العامة.

توصل الفقيه جون ريفيرو (Jeans Rivero) إلى التفريق بين المفهومين بقوله أن "الحريات العامة هي حقوق للفرد قبل الدولة كفلها الدستور أو القانون ويتم ممارستها في مواجهة السلطة العامة وفقاً للقانون .ومصدر هذه الحريات وضعي بحت، هو الإرادة الشعبية التي قامت بوضع الدستور أو القانون، أما حقوق الإنسان فهي حقوق تستمد وجودها من مصادر تاريخية وفلسفية ترجع إلى فكرة القانون الطبيعي .ووفقاً لفكرة هذا القانون يملك الإنسان بحكم إنسانيته مجموعة من الحقوق تكمن في طبيعة الإنسان ذاته، ولا يمكن جردها بدون المساس بطبيعته الإنسانية، ويتعين على القانون الوضعي أن يعترف بهذه الحقوق وأن يكفل حمايتها .فإذا قام القانون الوضعي بهذا الإقرار وكفل هذه الحماية اعتبرت حقوق الإنسان في نظر القانون الوضعي حريات عامة² . "

كما اننا نجد ان الحريات العامة لها علاقة مباشرة مع النظام العام الذي يتكون من العناصر الأساسية التالية : الأمن العام، السكنينة العامة، الصحة العامة وكذا الآداب العامة .وتتكفل السلطة العامة ممثلة في الضبط الإداري بالحفاظ عليه في جميع الأحوال .يعتبر النظام العام حد من حدود ممارسة الحريات العامة كما سنتطرق لذلك لاحقاً . فلا يمكن ممارسة الحريات العامة في إطار غياب النظام العام أو ما يسمى بحالة الفوضى، وفي

¹ للتفصيل أكثر طالع عمران قاسي، الحريات الاساسية و حقوق الإنسان و المواطن و آليات ضمانها في دستور 96 ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002 - 2001 ، ص 25 إلى 27

² Rivero Jean (1910–2001) et Hugues Moutouh, *Les libertés publiques*, Tome 1, 9ème édition et mise à jour, Presses universitaires de France, Paris, 2003, pp. 13–17.

المقابل لا يمكن الإعتداء على الحريات العامة باسم النظام العام أو كما يسمى " بالتعسف في استعمال السلطة"، فهي معادلة صعبة بين الفكرتين تستوجب إيجاد أرضية للتعايش دون تنافر أو تضارب، مع العلم أن سلطة الضبط ليست مطلقة في تقديرها لفكرة النظام العام فهي تخضع للتشريع الذي ينظم مسبقاً الحرية المعنية من جهة ومن جهة أخرى تخضع للرقابة القضائية.

على مستوى آخر، نجد استعمالات لمصطلح الحريات الأساسية عوض مصطلح الحريات العامة وفي الظاهر أن الحريات العامة أوسع من الحريات الأساسية¹ لأن هذه الأخيرة تشمل مجموعة الحريات الأصلية التي تبنى على أساسها الحريات العامة الأخرى وهو ما اصطلح على تسميته "حريات الجيل الأول"، فهي "حريات لازمة لإمكان التمتع بغيرها من الحريات العامة لأنها تعد شرط وجود لغيرها من الحريات الفردية والسياسية على السواء "كالحق في الأمن وحرمة المسكن. ولذلك يمكننا الحديث عن إمكانية وضع تدرج بالنسبة للحريات العامة، فهناك حريات عامة تعتبر أكثر أهمية ولا تقبل أي تدخل من طرف المشرع من أجل الحد منها ومثال ذلك "الحق في الأمن" ولكن هناك حريات أخرى تتطلب تنظيم تشريعي ومثال ذلك حرية التنقل.

¹ ولقد جاء بفكرة " الحريات الأساسية " لأول مرة المجلس الدستوري الفرنسي في قراره 10 و 11 أكتوبر 1984 ، حرية الصحافة . حيث إعترف بأنه من بين الحريات العامة يوجد حريات أساسية

المبحث الثاني : أنواع الحريات الدستورية

نذكر من الحريات الدستورية ما يمكننا التطرق اليه من حرية الراي والتعبير وحرية الصناعة والتجارة والاستثمار حيث يعتبر مبدأ حرية الصناعة والتجارة الأساس القانوني لاقتصاد السوق حيث أعيد تفعيله في دستور 2016¹ وهو يتضمن حسب التفسير المقدم من طرف الفقه و الاجتهاد القضائي محتوى مزدوجا² المعنى الرئيسي والمتعلق بكونه يشكل أساس الحقوق التي يمكن للأفراد الاحتجاج بها أمام الإدارة لممارسة النشاطات الاقتصادية وبالتالي فهو يحد من تدخل الإدارة في تنظيم الأنشطة الاقتصادية؛ أما التفسير الثاني فيتعلق بحصر الشروط التي يمكن من خلالها للأشخاص العمومية ممارسة النشاط الاقتصادي وهو ما يعبر عنه بمبدأ عدم المنافسة تجاه المبادرة الخاصة.

المطلب الأول : حرية الصناعة والتجارة والاستثمار

الفرع الاول: حرية الصناعة والتجارة

أولا: التكريس القانوني للمبدأ

انطلاقا من ميثاق طرابلس رفضت النصوص الأساسية الأولى مبدأ الحرية في ممارسة النشاط الاقتصادي بالنسبة لأشخاص القانون الخاص من خلال تكريس أولوية القطاع العام وطبيعة دور الدولة في الاقتصاد باعتبارها العون الاقتصادي الأساسي المحتكر لوظيفة المقابلة تم نهاية الثمانينيات الاعتراف بمبدأ الحرية الاقتصادية بصفة غير معلنة، وهو قبول فرضه منطق الإصلاحات الاقتصادية الهادفة إلى فك الاحتكار العمومي الممارس من قبل المؤسسة العمومية الاقتصادي وتحرير المبادرة الخاصة الأمر الذي يؤكد على مستوى التشريع مع بداية اعتماد آليات السوق على غرار تحرير نظام الأسعار وتكريس أولى قواعد المنافسة لم يتم تكريس مبدأ الحرية بصفة صريحة إلا انطلاقا من دستور 1996 من خلال دسترة المبدأ نهائيا في مادته 37 مما يقتضي بالنسبة للمشرع ضمان هذه الحرية الاقتصادية من خلال كل النصوص المتعلقة بممارسة النشاط الاقتصادي ومصاحبتها بمجموعة ضمانات تضمن حرية النفاذ لهذه الأنشطة.

ثانيا: قبول المبدأ في القانون الجزائري

يمكن التمييز بين مرحلتين فاصلتين في مسألة قبول مبدأ حرية الصناعة والتجارة في النظام القانوني الجزائري : مرحلة تأرجح فيها المشرع بين الرفض المطلق والقبول الضمني غير المعلن بالنظر لاعتبارات ابيولوجية

¹ القانون رقم 16 - 01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المتضمن تعديل الدستور، ج . ر . 14

² A.DE LAUBADERE : Droit public économique, Dalloz, Paris, 1974, p243.

وسياسية. حيث يتعلق الرفض المطلق بالجدل الفقهي¹ المرتبط بانتقال هذا المبدأ الليبرالي والوارد في القانون الفرنسي إلى القانون الجزائري، وهو جدل غير منفصل عن تفسير قانون 31 ديسمبر 1962² ومدى تمديد العمل بقانون 17 مارس 1791 في القانون الوضعي الجزائري باعتباره إرثاً قانونياً استعمارياً كان ساري المفعول أثناء الحقبة الاستعمارية. من جهة أخرى، وبعد سنوات من القطيعة تم قبول المبدأ من قبل المشرع بصفة غير معلنة وذلك من خلال نصوص ذات صلة بالإطار العام لممارسة النشاط الاقتصادي على غرار قانون الأسعار، إصلاح النظام القانوني للمؤسسة العمومية، نظام الملكية العمومية وقانون المنافسة.

1- الرفض المطلق

يرى الأستاذ « أحمد محيو » برفض القانون الجزائري لهذا المبدأ غداة الاستقلال ويربط تحليله حول مسألة استقباله في القانون الجزائري بحق الملكية الخاصة، حيث ورغم تكريس القانون المدني لسنة 1975 لهذا الحق إلا أنه لا يجعل منه حقاً مطلقاً³. يفسر الأستاذ « بن هني »⁴ استبعاد الطابع المطلق لحق الملكية الخاصة⁵ بإدماج هذه الملكية ضمن الإستراتيجية السياسية والاقتصادية التي تكونت في إطار الميثاق الوطني ثم من خلال دستور 1976 وعليه، فرغم اعتراف القانون الفرنسي بمبدأ حرية الصناعة والتجارة وحمايته بواسطة القاضي الإداري إضافة إلى تكريس حق الملكية الخاصة، غير أن هذا التصور لم يكن بالإمكان استقباله بنفس الكيفية في بلد اختار اشتراكية وسائل الإنتاج. إن هذا الرفض يعزز قانون الأملاك الوطنية لسنة 1984 نظراً لتكريسه لمبدأ ملكية الدولة ووحدة الأملاك الوطنية واستبعاد التفرقة الكلاسيكية بين الأملاك العامة والأملاك الخاصة والتي تعبر عن وظائف الدولة الليبرالية التي ترجح المبادرة الخاصة

في نفس الإطار، يرى الأستاذ « بوسماح »⁶ برفض القانون الجزائري لمبدأ حرية الصناعة والتجارة والتعارض بين قاعدة شكلية من أصل ليبرالي والمتمثلة في قانون Allardes وقاعدة سياسية من أصل اشتراكي تتعلق بالمادتين

¹ W.LAGGOUNE : Le contrôle de l'Etat sur l'entreprise industrielle privée en Algérie, les éditions internationales, Alger, 1996, pp 33.

² القانون رقم 62-166 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد العمل بالتشريع الفرنسي، ج ر 1962، ص 18.

³ A.MAHIU : Cours d'institutions administratives 3 ,eme édition, Alger ,OPU ,1981 ,p08.

⁴ A.BENHANI : Evolution du droit de propriété en Algérie ,IDARA ,n, ,2,1996 °p.55

⁵ تنص المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أن الملكية هي « حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة » وهو إعادة تقل للمادة 544 من القانون المدني الفرنسي مع حذف الطابع المطلق لهذا الحق حيث تنص المادة 544 على حق الاستعمال المطلق لهذه الملكية:

«...La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue»

⁶ BOUSSOUMAH.M ,Algérie en socialiste entreprise, Alger ,1982, p 318.

12 و 22 من دستور 1963 واللذان لا تكرسان أية حرية اقتصادية، كما يرى بأن الخيار الاشتراكي غداة الاستقلال يعتبر قاعدة مشكلة للسيادة الوطنية وبالتالي فهو يتعارض بالنتيجة مع تبني مبدأ من أصل ليبرالي في القانون الوضعي الجزائري. إضافة إلى ذلك، يستشهد الأستاذ « بوسماح » بقانون الاستثمار لسنة 1963 و 1966 والذين يمنعان من تدخل المبادرة الخاصة الوطنية ثم الأجنبية في ممارسة الأنشطة الاقتصادية، كما أن صدور القانون التجاري سنة 1975 لم يتضمن أية إشارة إلى مبدأ حرية الصناعة والتجارة. ينفي قانونا الاستثمار لسنتي 1963¹ و 1966² وجود أية حرية في مجال المبادرة الخاصة بالاستثمار، ويكرسان أولوية الدولة على المبادرة الخاصة أين يعتبر الاستثمار العمومي القاعدة العامة فيما يخضع إنشاء المؤسسة الصناعية والتجارية الخاصة لنظام الاعتماد الذي يخضع هو الآخر لتوجهات التنمية الاقتصادية حيث يتم ربط المبادرة الاقتصادية الخاصة بأهداف تنمية جغرافية واجتماعية.

بعد إلغاء العمل بالتشريع الفرنسي سنة 1975 وإنهاء الجدل بشأن تمديد العمل بمبدأ حرية الصناعة والتجارة في القانون التجاري، يتساءل الأستاذ « العقون »³ عن مدى تكريس القانون الجزائري لما بعد سنة 1975 لقطيعة حقيقية مع هذا المبدأ مستدلا بدستور 1976 الذي يتبنى الاشتراكية كخيار اقتصادي يتعارض والمبدأ الليبرالي كما لا ينص على هذا المبدأ ضمن الفصل الرابع المتضمن الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن إضافة إلى اعترافه فقط بالمكالية الفردية الغير استغلالية⁴ ضمن الفصل الثاني المتعلق بالاشتراكية وهي كلها عناصر تؤكد الطرح المتعلق برفض القانون الوضعي الجزائري لمبدأ حرية الصناعة والتجارة خلال هذه الحقبة التاريخية. إن هذا الرفض يترجم من خلال قانون الاستثمارات لسنة 1982⁵ والذي يربط عملية الاستثمار بأهداف الميثاق الوطني ويدمج الاستثمارات الخاصة في نظام التخطيط كما أنها تخضع للاعتماد المسبق والذي يمنح حسب أولويات المخطط الوطني للتنمية وأهدافه وتقديراته.

¹ القانون رقم 63 - 277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمار، ج ر سنة 1963، ص 774، (ملغى).

² الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمار، ج ر 80، (ملغى).

³ W. LAGGOUNE , op cit , p 48.

⁴ تنص المادة 16 من دستور 1976 على أن « الملكية الفردية ذات الاستعمال الشخصي أو العائلي مضمونة. الملكية الخاصة غير الاستغلالية يعرفها القانون، جزء لا يتجزأ من التنظيم الاجتماعي الجديد. الملكية الخاصة لاسيما في الميدان الاقتصادي، يجب أن تساهم في تنمية البلاد وان تكون ذات منفعة اجتماعية وهي مضمونة في إطار القانون.

⁵ القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982 المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج ر. 34.

2- الاعتراف غير المعلن

كرست قوانين 1988 إصلاح نظام المؤسسة العمومية من خلال إعادة تعريفها وإخضاعها لقواعد القانون التجاري عن طريق الفصل التام بين ملكيتها وملكية الدولة مما أدى إلى تقليص حجم تدخل الدولة في التسيير المباشر للاقتصاد وإعادة النظر في وظيفتها الإنتاجية والاستغلالية. في نفس التوجه تم فك احتكار النشاط الاقتصادي الممارس من قبل المؤسسة العمومية مما يعني تراجع الدولة عن ممارسة وظيفة المفاولة و الاتجاه نحو تبني أولى قواعد اقتصاد السوق¹ وهو ما انعكس مثلا على القطاع المصرفي بتحريره سنة 1990 وفتحه أمام الاستثمار الخاص².

مع صدور دستور 1989 والذي جاء لضمان الحقوق والحريات الفردية والجماعية³ ظهرت إرادة السلطات العمومية في تبني الأدوات الليبرالية من خلال التوجه نحو اقتصاد السوق فرغم عدم النص الصريح على مبدأ حرية الصناعة والتجارة، إلا أنه إلى جانب تكريسه لحريات سياسية وحقوق اجتماعية هامة من خلال الباب الرابع المعنون بالحقوق والحريات نص على حرية اقتصادية قاعدية حيث تنص المادة 49 منه على أن « حق الملكية الخاصة مضمون» وهي حرية تعد الركيزة الأساسية لأي نظام ليبرالي قائم على التملك الخاص وحرية المبادرة⁴. في المقابل أعاد تعريف مفهوم الملكية العمومية، حيث وخلافا لدستور 1976 الذي كرس ملكية الدولة من خلال المادة 14 معطيا بذلك دورا اقتصاديا موسعا للدولة باعتبارها عوناً اقتصادياً أعاد دستور 1989 من خلال مادته 17 الفصل في طبيعة الملكية العمومية باعتبارها ملكاً للمجموعة الوطنية وليس للدولة ومن ثم تقليص الدور الاقتصادي للدولة .

تم تكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة بصفة ضمنية من خلال القانون رقم 12-89⁵ المتعلق بالأسعار والذي يعتبر حسب الأستاذ بن ناجي النص المؤسس لاقتصاد السوق في الجزائر⁶ وهذا بالنظر إلى تضمنه أولى القواعد المتعلقة بالمنافسة ولو بصورة غير صريحة، ذلك أنه من الناحية الشكلية يعتبر نصاً وسيطاً بين مرحلة الاقتصاد الإداري الموجه واقتصاد السوق وبداية التحرير الاقتصادي، حيث يلغي هذا النص صراحة الأمر رقم

¹ المرسوم رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988 المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج. ر. 42 .

² القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 ، المتعلق بالنقد والقرض، ج. ر. 16 .

³ جاء في ديباجة دستور 1989 أن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية. كما أن المادة 31 منه تنص على أن الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة.

⁴ H.TEMMAR : Les fondements théoriques du libéralisme, OPU, Alger, 2005, p25.

⁵ القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05 ماي 1989 المتعلق بالأسعار، ج. ر. 29 .

⁶ CH.BENNADJI : Le droit de la concurrence en Algérie ,RASJEP ,2000 ,n ,03 °p.144

37-75 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار الذي يخضع هذه الأخيرة لنظام التحديد الإداري، غير أنه يجمع في المقابل بين الآليات الإدارية التقليدية لتقنين الأسعار من جهة وآليات اقتصاد السوق من جهة أخرى على غرار وضع تحرير نظام الأسعار بمراعاة العرض والطلب مثلا وهو ما تكرسه المادة 11 عن طريق الجمع بين النظامين؛ نظام الأسعار المقننة من جهة ونظام التصريح بالأسعار من جهة أخرى. في نفس التوجه، صدر الأمر رقم 06-95 المتعلق بالمنافسة وهو يندرج في إطار مرحلة الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق وتحرير السوق استجابة للالتزامات الجزائر الدولية خصوصا بعد إبرام اتفاق By Stand سنة 1994 مع صندوق النقد الدولي والشروع في برنامج إصلاح اقتصادي يهدف إلى انسحاب الدولة من التسيير المباشر. رغم أن هذا النص لا يكرس مبدأ حرية الصناعة والتجارة صراحة إلا أنه يكرس مبدأ حرية الأسعار والمنافسة ويجعل من هذه الأخيرة أداة تنظيم وسير السوق قصد تحقيق الفعالية الاقتصادية وهما أساس اقتصاد السوق يتأكد هذا التوجه من خلال عرض الأسباب، حيث يندرج هذا النص « في إطار الإصلاحات الاقتصادية التي باشرتها السلطات العمومية والهادفة إلى الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق ويأتي لوضع المبادئ الكبرى التي تحكم المنافسة في الجزائر وحمايتها والسهل على حسن سير السوق» من جهة أخرى، يجد هذا النص مشروعيته الدستورية في دستور 1989 وكذا أرضية الوفاق الوطني والتي تنص في جانبها الاقتصادي على «مواصلة الإصلاحات من أجل تكيف الاقتصاد الوطني مع التحولات الكبرى للاقتصاد العالمي والانتقال المتحكم فيه إلى اقتصاد السوق¹».

ثالثا: الاعتراف الصريح بالمبدأ

لم يعترف النظام القانوني الجزائري بمبدأ حرية الصناعة والتجارة إلا انطلاقا من دستور 1996 في مادته 37 من جهته، كرس دستور 2016 من خلال مادته 43 هذه الحرية مع التحول على المستوى الشكلي من حرية الصناعة والتجارة إلى حرية الاستثمار والتجارة وهو تكريس دستوري يترتب عنه ثلاث نتائج أساسية :

- أولا أن المبدأ ذو قيمة دستورية، مما يعني أنه يلزم السلطة التشريعية، إذ لا يمكن للبرلمان التشريع بتحويل كل وسائل الإنتاج إلى القطاع العام كما لا يمكنه إقرار تأمين الاقتصاد أو قطاع نشاط
- ثانيا اعتبار المبدأ حرية عامة، مما يعني الحد من صلاحيات الإدارة في تقليص هذه الحرية من خلال تدابير تنظيمية فوحده المشرع مختص بذلك .

¹ المرسوم الرئاسي رقم 94 - 40 المؤرخ في 29 جانفي 1994 المتعلق بنشر الأرضية المتضمنة الوفاق الوطني حول المرحلة الانتقالية، ج ر 06 ، ص 06.

- ثالثاً أن الاعتراف بهذا المبدأ يلزم أشخاص القانون الخاص بالامتناع عن الاتفاق أو التعاقد على منع ممارسة نشاط اقتصادي.)

1- دسترة المبدأ

شهد القانون الجزائري تحولاً هاماً مع التعديل الدستوري لسنة 1996 أين تمت دسترة مبدأ حرية الصناعة والتجارة من خلال المادة 37 والتي تنص على أن « حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون وهي مادة تعبر في السياق الجزائري عن أول تكريس دستوري لاقتصاد السوق. ولو أن التشريع سبق له تكريس المبدأ بصفة صريحة من خلال المرسوم التشريعي رقم 12-93¹ الذي يتبنى في مادته الثالثة مبدأ حرية الاستثمارات² بفتحها على المبادرة الخاصة الوطنية والأجنبية والأخذ بنظام أكثر ليبرالية وهو المتعلق بنظام التصريح دون الحاجة إلى الحصول على رخصة إدارية مسبقة وهو الأمر الذي يوحي بالتكريس الضمني لمبدأ حرية الصناعة والتجارة. إن الأخذ بنظام التصريح يعزز قبول مبدأ الحرية في القانون الجزائري، فهو يسمح بتحقيق ضمانات بالنسبة للمستثمر على غرار الحماية من الحجز الإداري وهي أول مرة يمنع فيها قانون الاستثمار بطريقة صريحة استعمال الإدارة لهذا الإجراء.

يشكل هذا الاعتراف الدستوري إضافة إلى ترقية المبدأ إلى مستوى الدستورية في سلك المعايير القانونية ضماناً جوهرية أمام المبادرة الخاصة وتحرير ممارسة الأنشطة الاقتصادية وهو ما انعكس على قانون الاستثمار لسنة 2001³؛ إذ وبالرغم من عدم اعتماد المادة 37 في التأسيسات الدستورية لهذا النص، إلا أن المادة الرابعة منه تكرر هي الأخرى مبدأ حرية الاستثمار، حيث تنص على أن « الاستثمارات تتجز في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلق بالنشاطات المقننة وحماية البيئة » إضافة إلى استفادتها من الحماية والضمانات القانونية وإخضاعها لنظام التصريح البسيط لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وتتعلق هذه الضمانات بتطبيق مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمر المحلي والأجنبي في مجال الحقوق والواجبات المتعلقة بالاستثمار، تكريس مبدأ الأمن القانوني من خلال المادة 15 بعدم تطبيق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة إلا بطلب من المستثمر، عدم المصادرة الإدارية للاستثمارات المنجزة إلا في الحالات المنصوص عليها قانوناً، إضافة إلى اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة وجود خلاف بين المستثمر والدولة.

¹ المرسوم التشريعي رقم 12-93 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر. 64.

² تنص المادة 3 من هذا المرسوم على أن : الاستثمارات تتجز بكل حرية مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة.

³ الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر 47.

2- نتائج التكريس الدستوري

مبدأ دستوري يلزم البرلمان؛ حرية المبادرة ليست مبدأ مطلقاً، حيث يمكن للمشرع أن يدخل عليه قيوداً لتحقيق أهداف المصلحة العامة وذلك بإخضاع ممارسة بعض النشاطات لنظام الرخصة الإدارية المسبقة على غرار القطاعات الخاضعة لرقابة سلطات الضبط ومن ذلك قطاع الغاز والكهرباء¹، الاتصالات السلكية واللاسلكية²، القطاع البنكي الخاضع لاعتماد مجلس النقد والقرض³ إضافة إلى ذلك، يمكن للمشرع تقييد حرية الاستغلال من خلال وضع شروط الاستغلال أو فرض الشروط التقنية للصنع من أجل ضمان نوعية بعض المنتجات وحماية البيئة. من جهة أخرى، يمكن للمشرع إخراج بعض النشاطات من الاستغلال الخاص ليتم ممارستها في شكل احتكار عمومي، على غرار بعض النشاطات المتعلقة بالمرفق العام مثل توزيع الكهرباء والغاز توزيع المياه والبريد وهذا رغم الاعتراف التدريجي بإدخال قواعد المنافسة في هذه القطاعات. إذا كان المشرع يستفيد من هذا الهامش في تقييد حرية الصناعة والتجارة باعتبار الدستور نفسه يعترف له بهذا الاختصاص حيث تمارس في إطار القانون، فإن القيمة الدستورية للمبدأ تفرض في المقابل بالنسبة للمشرع شرطين تقييديين على هذا الاختصاص: عدم إمكانية تأمين الاقتصاد بتحويل ملكية وسائل الإنتاج إلى القطاع العام كما لا يمكنه فرض نمط تسيير النشاطات الاقتصادية عن طريق التخطيط الإداري.

* مبدأ يلزم الإدارة؛ يعتبر مبدأ حرية الصناعة والتجارة حرية عامة خصوصاً وأنه من الناحية الشكلية يرد ضمن الباب الرابع من الدستور المتعلق بالحقوق والحريات، وهو ما يترتب عنه أن كل التقييدات المدخلة على هذه الحرية من اختصاص مجال التشريع، حيث لا يمكن للتنظيم تقييد المبدأ وهذا بالنظر إلى أنه يضمن حرية الوصول إلى الأنشطة وخلق المؤسسات فهي تمثل حرية الفرد في اختيار مهنته وإنشاء المؤسسة ومن ثم فإن الإدارة غير مختصة في تقييد حرية إنشاء المؤسسة إلا في حالة تدخلها لتطبيق نص تشريعي. من جهة أخرى، يتضمن المبدأ الاعتراف للقطاع الخاص بحق المبادرة الاقتصادية وممارسة النشاط

الاقتصادي، وعليه فالإدارة باستثناء حالة تطبيق نص تشريعي لا يمكنها خلق مؤسسات عمومية تنافس القطاع الخاص. غير أن المبدأ يعرف استثناءات تسمح للإدارة بالتدخل دون نص تشريعي وهذا في حالة خلق مؤسسات

¹ القانون رقم 01-02 المؤرخ في 5 فيفري 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر رقم. 08 .

رقم ر ج واللاسلكية، السلكية والاتصالات للبريد العامة بالقواعد المتعلقة ، 2000 أوت 06 في المؤرخ 2000.03 رقم القانون² .48.

رقم الأمر بواسطة والمتم المعدل 52 ر ج والقرض، النقد قانون المتضمن 2003 أوت 26 في المؤرخ 11-03 رقم الأمر³ المؤرخ 10 - 04 رقم الأمر و 44 ر ج ، 2009 لسنة التكميلي المالية قانون المتضمن 2009 جويلية 22 في 01-09 المؤرخ .. 50 ر ، ج 2010 أوت 26 في

عمومية تخضع للقانون المشترك للشركات الخاصة لا تتمتع بامتيازات السلطة العمومية، كما يمكنها التدخل لتعويض عدم وجود القطاع الخاص استجابة لمتطلبات المصلحة العامة خصوصا على المستوى المحلي.

الفرع الثاني: ضمانات مبدأ حرية الصناعة والتجارة

لا يتوقف ضمان مبدأ الحرية في ممارسة الأنشطة الاقتصادية على مستوى التكريس القانوني، بل يتعدى إلى إعطاء محتوى فعليا لهذه الحرية على مستوى الضمانات العملية الموضوعية و الإجرائية. فإذا كان القانون التجاري يضمن نوعا من السيولة في الوصول إلى خلق المؤسسة التجارية بالنظر إلى بساطة الإجراءات فإن عملية الاستثمار أي خلق المؤسسة المنتجة في المقابل تعترضها جملة من العراقيل الإدارية وهو ما تؤكد إحصائيات المركز الوطني للإحصائيات في إحصائه الاقتصادي لسنة 2012 والذي يظهر الإحصاء هشاشة القطاع الخاص في الجزائر إضافة إلى عدم توازنه بالنظر إلى سيطرة المؤسسة العائلية، الاتجاه نحو الخدمات و العزوف عن النشاطات المنتجة. فمن أصل 951718 وحدة اقتصادية 528328 تنشط في قطاع التجارة، 325442 في قطاع الخدمات و 9720 فقط في القطاعات المنتجة¹.

1- في مجال حرية التجارة

في مجال التجارة، لا يعني المبدأ حرية الأشخاص في ممارسة النشاط التجاري بل يقتضي تكريس تصور تعاقدى لنظام الشركات التجارية عن طريق تبسيط عملية إنشائها وتسييرها مع منح مكانة هامة لإرادة المساهمين يمكن فحص درجة تكريس هذه الحرية على مستوى الشروط الموضوعية والإجرائية المتعلقة بمنح صفة التاجر، مدى تبسيطها أو تعقدها إضافة إلى مدى احترام إرادة الأشخاص في اختيار الشكل القانوني للشركات التجارية وفي اعتماد أنماط التنظيم والتسيير في مجال التجارة الخارجية ورغم التكريس الشكلي لمبدأ حرية التصدير والاستيراد على مستوى النص إلا أننا نحظر لعودة آليات الرقابة التقليدية للدولة عن طريق العمل بنظام الرخصة.

- حرية التجارة الداخلية

بالنسبة للقانون التجاري، ورغم عدم تبنيه الصريح والشكلي لمبدأ حرية الصناعة والتجارة إلا أنه تضمن تعريفاً ليبراليا للتاجر، حيث تعرف المادة الأولى منه على أنه «كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذ حرفة معتادة له» دون ربطه بأي شرط إداري مسبق ماعدا الالتزام بالتسجيل في السجل التجاري². وهو نفس التعريف الذي كرسه اجتهاد المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 3 جانفي 1987 والذي جاء فيه «: من المقرر قانونا أنه يعد تاجرا

¹ N.GRIM ,Entrepreneurs ,pouvoir et société en Algérie ,Casbah éditions ,Alger ,2012 p.130

² التجاري القانون من 21 و 19 المادتين

ويخضع للقانون التجاري كل من يملك محلا تجاريا ومسجل في السجل التجاري ويمارس أعماله التجارية على سبيل الاعتياد¹

تكرس المادة 4 من القانون رقم 04-08² وهو نص تشريعي لا يعتمد في تأشيراته الدستورية على المادة 37 المكرسة لحرية الصناعة والتجارة، مبدأ حرية ممارسة النشاط التجاري، حيث تنص على أن «التسجيل في السجل التجاري يمنح الحق في الممارسة الحرة للنشاط التجاري باستثناء نشاطات المهن المقننة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري والتي تخضع ممارستها إلى الحصول على ترخيص أو اعتماد .«يشترط المشرع لمزاولة الأنشطة التجارية التوفر على الصفة القانونية للتاجر والتي لا تتحقق إلا بالتسجيل في السجل التجاري، حيث تلزم المادة الرابعة من القانون كل شخص طبيعي أو اعتباري يرغب في ممارسة النشاط التجاري بالقيود في السجل التجاري .وعليه، فممارسة النشاط التجاري مرتبط بشرط إجرائي جوهري يتعلق بالحصول على السجل التجاري والذي يمنح صاحبه الأهلية القانونية لممارسة هذا النشاط، فهو بتعريف المادة الثانية من القانون رقم 04-08 سند رسمي يؤهل كل شخ طبيعي أو اعتباري يتمتع بكامل أهليته القانونية لممارسة نشاط تجاري ويعتد به أمام الغير إلى غاية الطعن فيه بالتزوير .تحدد مدونة النشاطات الاقتصادية النشاطات الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري³ والتي تشكل معيارا مرجعيا قصد تعريف كل نشاط اقتصادي يكون محل طلب تسجيل في السجل التجاري وهي تعد وتسير من قبل المركز الوطني للسجل والتجاري ويتم تحيينها بقرار من وزير التجارة . من الناحية العضوية يوسع القانون رقم 04-08 من مجال تطبيقه ليلزم إضافة إلى المؤسسات المحلية المقيمة كل مؤسسة تمارس نشاطها بالجزائر باسم شركة تجارية يكون مقرها بالخارج بالتسجيل في السجل التجاري .أما من حيث مجال تطبيقه المادي، تستثنى من التسجيل في السجل التجاري الأنشطة الفلاحية والحرفية والشركات المدنية الغير هادفة لتحقيق الربح كما تستثنى المؤسسات العمومية المكلفة بتسيير الخدمات العمومية باستثناء ذات الطابع التجاري والصناعي .من حيث الأشخاص يضع هذا النص جملة من الموانع القانونية في ممارسة النشاط التجاري وتتعلق أساسا ببعض الجنايات والجنح والتي تم تقليص عددها من 14 إلى 6 بموجب تعديل سنة 2013⁴ بإسقاط جرائم الاختلاس، الغدر والسرققة، إخفاء الأشياء، إصدار شيك بدون رصيد، تبيض الأموال

1 . 20 ص ، 2000 ، الجزائر والتوزيع، للنشر العلوم دار التجاري، القضاء :باشا .ع- ح¹

² لقانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج . ر . 52

³ المرسوم التنفيذي رقم 15-249 المؤرخ في 29 سبتمبر 2015 يحدد محتوى وتمحور وكذا شروط تسيير وتحيين مدونة

الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، ج . ر . 53 .

⁴ لقانون رقم 06-13 المؤرخ في 23 جويلية 2013 يعدل ويتم القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق

بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ، ج . ر . 39

والغش الضريبي وإضافة جرائك وجنح جديدة تتعلق بحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، إنتاج وتسويق منتجات مغشوشة موجهة للاستهلاك والتقليد والمساس بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة. من جهة أخرى، يمنع النص ممارسة النشاط التجاري على الأشخاص الخاضعين لنظام خاص ينص على حالات التناهي والمحددة بموجب نص. حدد المرسوم التنفيذي رقم 111-15 كليات وإجراءات القيد والتعديل والشطب من السجل التجاري¹، وهو نص يتضمن ميزتين هامتين في تبسيط إجراءات خلق المؤسسة التجارية

- أولاً الاعتراف بإمكانية الإجراء الإلكتروني، وهو تدبير تم تكريسه من خلال المادة 05 مكرر من القانون رقم 04-08 وأعيد تكريسه من خلال المادة الثالثة من هذا المرسوم، حيث يمكن التسجيل في السجل التجاري وإرسال الوثائق بالطريقة الإلكترونية وفقاً للإجراءات التقنية للتوقيع والتصديق الإلكترونيين مع إمكانية تسليم مستخرج من السجل بنفس الطريقة. - ثانياً عدم مركزية الإجراء حيث يقدم طلب القيد لدى الفرع المحلي للمركز الوطني للسجل التجاري المختص إقليمياً من حيث الإجراءات والوثائق، يتم تقديم طلب من المعني بمضي ومحرر على استمارات المركز إضافة إلى إثبات وجود محل تجاري مؤهل لاستقبال نشاط تجاري بتقديم سند الملكية أو عقد إيجار إضافة إلى القانون الأساسي المتضمن تأسيس الشركة في حالة الشخص المعنوي ونسخة من إعلان النشر القانوني وهي نفس الوثائق المطلوبة بالنسبة للتعديل. إذا كانت هذه الإجراءات تتميز ببساطتها إلا أن النص لا يحدد في المقابل أجال الرد.

*النشاطات المقننة

تعتبر النشاطات المقننة كاستثناء لمبدأ حرية الصناعة والتجارة باعتبارها تخضع لنظام الرخصة الإدارية المسبقة، وهو ما تكرسه المادة 25 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية والذي يخضع ممارسة أي نشاط أو مهنة مقننة قبل الحصول على السجل التجاري للحصول على رخصة أو اعتماد مؤقت تمنحه الإدارات أو الهيئات المؤهلة لذلك.

تعرف المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 234-15² الأنشطة والمهن المنظمة بأنها أنشطة ومهن ذات طابع خصوصي وهذا بالنظر إلى طبيعتها أو موضوعها ولا يسمح بممارستها إلا إذا توفرت فيها الشروط التي يتطلبها التنظيم وهذا كون ممارستها يمكن أن تمس بأحد عناصر النظام العام على غرار أمن وممتلكات الأشخاص، الصحة العمومية والبيئة. يخضع التأطير القانوني لممارسة هذه الأنشطة للتنظيم لسلطة الإدارة،

¹ المرسوم التنفيذي رقم 111-15 المؤرخ في 03 ماي 2015 يحدد كليات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري، ج ر.

² المرسوم التنفيذي رقم 234-15 المؤرخ في 29 أوت 2015 يحدد شروط وكليات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة

للتسجيل في السجل التجاري، ج ر. 48

حث يخضع كل نشاط منظم إلى تنظيم خاص يتخذ بموجب مرسوم تنفيذي يحدد طبيعة النشاط، الشروط الخاصة لممارسته، تحديد إجراءات وآجال الحصول على الرخصة، وضع دفتر الشروط إضافة إلى النظام العقابي المطبق عند الإخلال بالقواعد التنظيمية.

*الأنشطة التجارية غير القارة

تعرف المادة 20 من القانون رقم 04-08 النشاطات التجارية غير القارة بأنها كل نشاط تجاري يمارس عن طريق العرض أو بصفة متنقلة وتحيل على التنظيم لتحديد كفاءات ممارستها. حيث يحدد المرسوم التنفيذي رقم 13-140¹ مفهوم هذه الأنشطة إضافة إلى شروط ممارستها. تمارس هذه النشاطات في شكل تقديم خدمات أو بيع منتجات معروضة على الرفوف أو في السيارات المهيأة أو على الطاولات أو على المنصات. بالنسبة للشروط الإجرائية لممارستها فهي تخضع إضافة إلى القيد في السجل التجاري إلى نظام الرخصة الإدارية والتي يتم تسليمها من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، وتخضع ممارستها لاحترام جملة من الالتزامات المتعلقة بالنظام العام على غرار متطلبات الأمن العمومي والأمن والنظافة والسكينة والصحة العمومية إضافة إلى عدم الإضرار بالمحيط العمراني.

2- حرية التجارة الخارجية

أنهى دستور 1989 احتكار الدولة على نشاط التجارة الخارجية، حيث ينص في مادته 19 على أن تنظيم التجارة الخارجية من اختصاص الدولة، كما يوكل للمشرع اختصاص تحديد شروط ممارستها ومراقبتها تركز المادة الثانية من الأمر رقم 04-03² مبدأ الحرية في عمليات التجارة الخارجية، وهو نص يعتمد صراحة في تأشيراته الدستورية على المادة 37 المتعلقة بحرية الصناعة والتجارة، حيث تنص المادة الثانية على أنه « تنجز عمليات استيراد المنتجات وتصديرها بحرية » مع الإشارة إلى إخراج العمليات المتعلقة باستيراد وتصدير المنتجات التي تخل بالأمن والنظام العام وبالأخلاق من مجال تطبيق هذا الأمر.

إذا كان المشرع قد كرس مبدأ الحرية في نشاط التجارة الخارجية إلا أنه في المقابل أورد بعض القيود والاستثناءات على هذا المبدأ، ومن ثم فهو ليس مبدأ مطلقاً بل يخضع لإرادة المشرع الذي يحيل من خلال المادة الثالثة على التنظيم لتحديد الشروط والتدابير الخاصة باستيراد وتصدير بعض المنتجات المدرجة على سبيل الحصر والمتعلقة بالصحة البشرية والحيوانية وبالبيئة وبمحافظة الحيوان والنبات وبالحفاظ على التراث

¹ المرسوم التنفيذي رقم 13-140 المؤرخ في 10 أبريل 2013، يحدد شروط ممارسة الأنشطة التجارية غير القارة، ج. ر. 21

² الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج

الثقافي وهذا وفقا للنصوص التشريعية الخاصة بها .من جهة أخرى تضع المادة 6 من هذا الأمر استثناء جوهريا لمبدأ حرية التجارة الخارجية، وهو يتعلق بتكريس نظام الرخصة الإدارية المسبقة، حيث يمكن تأسيس تراخيص لاستيراد المنتجات وتصديرها في حالتين :سواء لإدارة أي تدبير يتخذ بموجب هذا الأمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها . لا يحدد المشرع الشروط الموضوعية والإجرائية للحصول على هذه التراخيص ولا الجهة المخولة قانونا لإصدارها، بل يحيل من خلال الفقرة الثانية للمادة 6 على التنظيم لتحديد ذلك.

بدأ تفعيل مبدأ رخص الاستيراد مع دور القانون رقم 15-15¹ المعدل والمتمم للأمر رقم 04-03 استجابة لسياسة الحكومة الهادفة إلى تقليص فاتورة الاستيراد والتحكم في تحويل العملة الصعبة، وذلك بالعودة إلى نمط الرخصة الإدارية ودفتر الشروط ونظام الحصص وهو نظام يعود بنا لفترة الاحتكار العمومي فإذا كان هذا النص يعتمد صراحة على المادة 37 من الدستور ويكرس مبدأ الحرية في إنجاز عمليات استيراد وتصدي المنتجات من خلال مادته الثانية بمراعاة قواعد النظام العام، إلا أنه يعترف في المقابل بإمكانية إدراج قيود كمية أو نوعية على هذه الحرية عن طريق إجراء رخص الاستيراد والتي يعرفها بأنها « كل إجراء إداري يفرض كشرط مسبق لتقديم وثائق لجمركة البضائع زيادة على تلك المخصصة لأغراض الجمركة .» إذا كانت هذه التدابير التقييدية ذات الطابع التنظيمي والإداري تقلص من حرية الاستيراد والتصدير، فإن المشرع يشترط اتخاذها ببعض الأهداف الحمائية للاقتصاد الوطني على غرار : حماية الموارد الطبيعية القابلة للنفاد، ضمان الكميات الأساسية من المواد الأولية المنتجة على المستوى الوطني للصناعة والحفاظ على التوازن المالي الخارجي وتوازن السوق . من جهة أخرى، يشترط المشرع في تطبيق هذه التدابير احترام مبدأي الحياد تجاه المتعاملين والعدالة والأنصاف لكن في نفس الوقت يحيل على التنظيم لتحديد شروط وكيفية تطبيقها مما يعني سلطة أوسع للإدارة في تقييد هذه الحرية.

2- في مجال حرية الاستثمار

تم ربط التكريس الدستوري لحرية الاستثمار في المادة 43 بجملة من الضمانات الدستورية الجديدة على غرار مناخ الأعمال والذي تعمل الدولة على تحسينه والعمل على ازدهار المؤسسات إضافة إلى ضمانات أخرى كلاسيكية على غرار الالتزام بمبدأ عدم التمييز بين المتعاملين وهو مبدأ سبق للتشريع المتعلق بالاستثمار وأن

¹ لقانون رقم 15 - 15 المؤرخ في 15 جوان 2015 يعدل ويتم الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق

بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج . ر . 41

كرسه .من جهته يعيد قانون الاستثمار¹ تكريس جملة من الضمانات المساعدة لخلق الأنشطة الكلاسيكية على غرار العمل بإجراء التصريح عن طريق الشباك الموحد، تكريس بند الاستقرار القانوني، الحماية من نزع الملكية إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا مع الاستفادة من تعويض عادل ومنصف، امكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض النزاعات و الاستفادة من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر إضافة إلى العائدات الناجمة عنه.

- مبدأ عدم التمييز

تكرس المادة 21 من قانون الاستثمار لسنة 2016 مبدأ عدم التمييز بين المتعامل الوطني والأجنبي من خلال مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة فيما يخص الحقوق والواجبات المتعلقة بالاستثمار، غير أن هذا المبدأ لا يعد مطلقا بالنظر إلى وجود تفرقة في مجال الحقوق بالنسبة للنشاطات .فالنص ذاته يفرق في مجال المزايا بين الاستثمارات العادية والمشاركة لكل الاستثمارات، المزايا الإضافية لفائدة النشاطات ذات الامتياز والمنشئة لمناصب الشغل والمزايا الاستثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني.

شهد القانون الجزائري تراجعاً في مجال المساواة وعدم التمييز أمام المستثمر الأجنبي وهو ما يكرسه قانون المالية التكميلي لسنة 2009² والذي يحد من نظام حرية الاستثمار الذي كرسه الأمر رقم 03-01 هذا الأخير يكرس مبدأ عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي من خلال مادته الأولى والتي تخضعهما لنفس النظام المطبق، إضافة إلى المادة 14 والتي تنص في مجال الضمانات الممنوحة للمستثمرين الأجانب على مبدأ عدم التمييز في المعاملة، حيث يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريين في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار .

يناقض قانون المالية التكميلي هذا التوجه بإدخال أحكام جديدة على قانون الاستثمار والذي أصبح يحمل تناقضا في حد ذاته بين القواعد المكرسة لمبدأ حرية الاستثمار ومبدأ عدم التمييز من جهة وبين هاته القواعد الجديدة التي تضع المستثمر الأجنبي في وضعية استثنائية مقارنة بالمستثمر الوطني من جهة أخرى.

في مجال حرية الاستثمار، تنص المادة 4 من الأمر 03-01 على حرية انجاز الاستثمارات مع مراعاة التشريع المتعلق بالأنشطة المقننة وحماية البيئة والتصريح المسبق لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، غير أن المادة 58 من قانون المالية التكميلي تضيف مادة 4 مكرر والتي تميز بين المستثمر الوطني و الأجنبي وتخضع هذا الأخير للتصريح المسبق لدى المجلس الوطني للاستثمار والذي يفصل بقرار حول كل الاستثمارات التي تساوي

¹ القانون رقم 09-16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر . 46

² الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، ج ر . 44

قيمتها أو تتجاوز مبلغ 500 مليون دينار جزائري. إضافة إلى ذلك، فإن نفس المادة تكرر إلزامية الشراكة بالنسبة للمستثمر الأجنبي وهي شراكة تعطي أغلبية الرأسمال 51 % للمتعامل الوطني.

من جهة أخرى، فإن المادة 62 تتبنى حق الشفعة بالنسبة للدولة على كل تنازل عن حصص المساهمين الأجانب، وهو حق تم الاحتجاج به في قضية متعامل الهاتف النقال «أوراسكوم»¹ في مجال المزايا الخاصة بالنظام العام والمتعلقة ببعض الحوافز والإعفاءات الجبائية والجمركية التي تكرسها المادة 9 من الأمر - 03 / 01، تم إضافة المادة 9 مكرر والتي تشترط على المستثمر الأجنبي منح الأولوية الوطنية للمنتوجات و الخدمات المحلية كشرط شكلي للاستفادة من مزايا النظام العام.

في مجال الاستثمار المصرفي، يعزز الأمر رقم 10-204² المتضمن قانون النقد والقرض من تدخل الدولة في هذا القطاع من خلال ثلاث آليات تتعلق بإخضاع الشركاء الأجانب للشراكة بالأغلبية الوطنية طبقا لقانون المالية التكميلي 2009 وهو ما تكرسه المادة 83 التي تنص على عدم الترخيص بالمساهمات الأجنبية في البنوك والمؤسسات المالية التي يحكمها القانون الجزائري فلا في إطار شراكة تمثل المساهمة الوطنية المقيمة % 51 على الأقل من رأس المال، منح حق الشفعة للدولة في حالة التنازل عن الأسهم ومنحها الحق في امتلاك سهم نوعي في رأسمال البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية ذات رؤوس الأموال الخاصة تمثل بموجبه في الهيئات الاجتماعية دون حق التصويت.

2- مناخ الأعمال

بعد تكريس حرية الاستثمار تم دسترة مفهوم جديد يتعلق بمناخ الأعمال، حيث تنص المادة 43 من دستور 2016 على أن « الدولة تعمل على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية ، وهو ما يعني إلزام المشرع باتخاذ كل التدابير التشريعية لتكريس هذا المفهوم، فالدولة وفي إطار دورها الضبطي الجديد ملزمة بوضع كل الشروط المعيارية لحسن سير اقتصاد السوق وهو ما جاء في رأي المجلس الدستوري عند إخطاره بمشروع الدستور³ » ؛ اعتبارا أن المادة المذكورة موضوع التعديل ترمي إلى إناطة الدولة بمهمة تحسين مناخ الأعمال وضبط السوق وحماية المستهلك ومنع الاحتكار والمنافسة

¹ S. FERDI : Un droit de préemption très problématique ; Après Djezzy ,une affaire Nedjma ,le Quotidien d'Oran 11 ,septembre. 2012.

² الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد والقرض، ج ر . 50

³ الرأي رقم 01-16 ر . بت د /م د المؤرخ في 28 جانفي 2016 ، المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، ج ر

غير النزيهة « وهي مهام تهدف إلى تحقيق ضمانات الحكامة الاقتصادية، حيث أن « دسترة هذه المهام غايتها توفير الشروط اللازمة لممارسة الأعمال وتحقيق تنمية الاقتصاد الوطني، وضمان الحكامة الاقتصادية وتأييدها بضمانات كفيلة بتحقيق هذه الغاية».

يترتب عن هذه الدسترة انتقال مناخ الأعمال من مفهوم تصوري يرتبط بالمحيط العام للمؤسسة ومدى بساطته وتحفيزه بما يضمن حرية الأفراد في إنشاء وتنظيم وتسيير المؤسسة، تم تطويره لدى المؤسسات المالية الدولية على غرار البنك العالمي إلى مفهوم قانوني معياري دستوري يلزم المشرع ومؤسسات الدولة. غير أن هذا التحول لا يمكن لمسه على مستوى قانون الاستثمار لسنة 2016 والذي لا يتضمن أية إشارة إلى مناخ الأعمال سواء باعتباره مفهوما قانونيا جديدا أو بصفته التزاما دستوريا بالنسبة للدولة المكلفة بتحسينه من خلال آلية التشريع. لا يوجد نمط موحد لمؤشرات مناخ الأعمال بل توجد منهجيات معتمدة في التقييم وهذا بالنظر على وجود عدة مؤسسات لإنتاج هذه المؤشرات: البنك العالمي، لجنة منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، برنامج الأمم المتحدة للتنمية، مخابر العلوم¹ منذ سنة 2003 تقوم مؤسسة Business Doing بنشر تقرير يتضمن المؤشرات الكمية حول أهم المعوقات التنظيمية التي تعوق المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في مختلف مراحل تواجدها ويتضمن آخر تقرير لهذه السنة معلومات حول 189 اقتصادا ملخصا المعلومات حول 10 مؤشرات تمس بتنظيم الأعمال: إنشاء المؤسسات، الحصول على رخصة البناء، الربط بالكهرباء، نقل الملكية، الحصول على القروض، حماية الاستثمارات الأقلية، النظام الجبائي، التجارة الدولية، تنفيذ العقود التنظيم المتعلق بسوق العمل وذلك من أجل القيام بترتيب شامل حول سهولة القيام بالأعمال. فيما يخص الجزائر فقد سجلت بعنوان تبسيط الإجراءات تقدما واحدا خلال سنة 2016 ويتعلق بإسقاط الالتزام بتقديم عقد ملكية موثق للحصول على رخصة البناء. غير أن ترتيبها العام فيما يخص سهولة القيام بالأعمال لازال في ذيل الترتيب إذ احتلت المرتبة 163 من أصل 189²

الفرع الثالث: تطور مكانة مبدأ حرية الاستثمار من التهميش إلى التكريس

لقد عرفت مكانة مبدأ حرية الاستثمار حاليا تطورا كبيرا مقارنة بالحقية الاشتراكية، حيث تجاهلت آنذاك كل قوانين الاستثمار سواء في فترة الستينات أو الثمانينات مبدأ حرية الاستثمار، لاعتباره مجرد استثناء لمبدأ أولوية الاستثمار العمومي في التمويل.

¹ M-C.BELMIHOUB : Comment améliorer le climat des affaires pour une croissance de durable ,Panel dur le développement l'entreprise privée en Algérie 24 ,avril.2001

² Banque Mondiale ,Doing Business ,2016 mesure de la qualité et de l'efficience du cadre réglementaire, 2016, p 5-22.

لكن مع مطلع الثمانينات عرفت الجزائر أزمة اقتصادية كبيرة نتيجة انخفاض كبير الأسعار النفط وتدهور الأوضاع الاجتماعية وارتفاع نسبة الديون، وتبعاً لذلك عرفت الجزائر ابتداء من سنة 1988 إصلاحات اقتصادية متعددة، تجلت بصفة عامة في تحرير الاقتصاد

عن طريق مجموعة من النصوص القانونية¹، والتي من شأنها تأهيل المنظمة القانونية للانتقال من نظام اشتراكي إلى نظام رأسمالي يكون فيه لمبدأ حرية الاستثمار دور أساسي، بحيث يعتبر من أهم الحوافز الضمانات التي تقدمها الدولة المضيفة من أجل استقطاب المستثمرين.

وفي ظل صعوبة المرحلة الانتقالية التي كانت عليها الجزائر آنذاك كان لزاماً عليها التدرج في عملية تبني وتكريس مبدأ حرية الاستثمار، ففي البداية تم التمهيد لتكريس هذا المبدأ من خلال مؤشرات وإجراءات أولية تمثلت في تحرير الدولة للتجارة الخارجية بموجب نظام رقم 91-03 الصادر عن بنك الجزائر والخاص بشروط القيام بعمليات استيراد سلع للجزائر وتمويلها²، وتحرير القطاع المصرفي بموجب القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض³ الذي يعتبر بذرة الإصلاح من حيث فتح المجال أمام المستثمرين غير المقيمين من خلال تشجيعهم على تحويل رؤوس الأموال للاستجابة لحاجات الاقتصاد الوطني⁴، واستمر الوضع على هذا الحال أي عدم وجود نص صريح ينص على حرية الاستثمار إلى غاية 1993 أين كان التجسيد الفعلي لحرية الاستثمار

أزلاً : التكريس الرسمي لمبدأ حرية الاستثمار

إن نجاح أي عملية استثمار، تكون مرتبطة بشكل وثيق بالضمانات التي تقدمها الدول مستضيفة الاستثمار للمستثمر سواء كان وطنياً أو أجنبية، ويعتبر ضمان حرية الاستثمار من أهم الحوافز و الضمانات التي تقدمها الدول، فإن تكريس هذه الضمانة يعتبر أكثر من ضروري خاصة لدى الدول النامية التي تعاني اقتصادياتها من نقص في الموارد المالية⁵.

¹ - إن هذه النصوص التي أصدرها المشرع في هذه الفترة تبين بوضوح رغبته في تبني النظام نظام رأسمالي

² - نظام رقم 91-03 مؤرخ في 20 فبراير 1991 يتعلق بشروط القيام بعمليات استيراد سلع للجزائر وتمويلها، جرج ج، عدد 22، لسنة 1991.

³ - قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أبريل سنة 1990 يتعلق بالنقد و القرض، ج ر ج ج، عدد 16 لسنة 1990 (ملغى).

⁴ - قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 37.

⁵ - أبو قحف عبد السلام، اقتصاديات الإدارة والاستثمار، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1993 ص 16

و بما أن الجزائر وعلى غرار مختلف البلدان النامية كانت تعاني من نقص في رؤوس الأموال، قامت هي الأخرى بإعادة النظر في السياسة الاقتصادية الاشتراكية التي أثبتت فشلها، وهذا من خلال تبنيها لمبادئ ليبرالية، وإن كان أهمها على الإطلاق مبدأ حرية الاستثمار.

ومن أجل خلق التجانس والملاءمة بين المنظومة القانونية المتشعبة بالمبادئ الاشتراكية والنهج الجديد الذي يكرس حرية الاستثمار، كان لزاما على المشرع إعادة النظر في هذه المنظومة القانونية، وكان التجسيد في قانون الاستثمار لسنة 1993 الذي من خلاله كرس و بطريقة صريحة مبدأ حرية الاستثمار.

ثانيا: مكانة مبدأ حرية الاستثمار في قانون ترقية الاستثمار

بالرجوع إلى قوانين الاستثمار السابقة نجد أنها همشت كلها مبدأ حرية الاستثمار رغم أهميته باعتباره من أهم الضمانات التي تستقطب المستثمرين بشكل عام وتدفعهم إلى ضخ استثماراتهم في الدول المكرسة لمثل هذه الضمانات، لهذا أصبح التغيير أمرا لا مفر منه، وأضحى بأهمية بمكان أن يلجأ المشرع إلى وضع قانون يستجيب لهذه المتطلبات، وهو ما ترجم من خلال إصدار المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار. التبيان المكانة التي يحظى بها مبدأ الحرية في قانون ترقية الاستثمار لسنة 1993 يقتضي الأمر التطرق إلى كيفية الإعلان عن تكريس هذا المبدأ في ظل هذا القانون (أولا) وتبيان مجال تطبيقه (ثانيا).

1- الإعلان الصريح عن تكريس مبدأ حرية الاستثمار

رغم الجهود المكثفة التي شرع فيها المشرع في إطار الإصلاحات الاقتصادية من أجل تحسين الوضع الاقتصادي، وذلك من خلال إصدار العديد من النصوص التي ترمي إلى تحقيق تحول الاقتصاد الوطني وجعله يواكب الاقتصاد العالمي إلا أن هذه الجهود لم تكن كافية لتحقيق هذا الهدف، وبالتالي استوجب الأمر الاستمرار في عملية الإصلاحات إلى غاية تحقيق الهدف المنشود، والذي تأتي في سنة 1993 من خلال إصدار المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار¹.

والذي بموجبه تم إلغاء كل النصوص السابقة المتعلقة بالاستثمار، حيث أكدت المادة 49 من المرسوم التشريعي المذكور أعلاه أن ما عدا القوانين المتعلقة بالمحروقات فإن جميع الأحكام السابقة المخالفة لهذا المرسوم سوف تلغى، وهي أحكام قانون رقم 13-82 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة للاقتصاد وسيرها، وأحكام قانون 88-25 المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، والفقرة الثانية من المادة 183، والفقرة الثانية من المادة 184 من قانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض.

¹ - أنظر المادة 49 من المرسوم التشريعي رقم 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

وعليه فإن هناك نشاطين لا يخضعان لأحكام هذا المرسوم وهما نشاط البحث و التنقيب في قطاع المحروقات و ميدان الأبحاث المنجمية¹ .

بالرجوع إلى الأحكام و المبادئ التي تضمنها المرسوم التشريعي المذكور أعلاه نجد أنه يعتبر من أهم النتائج التي أفرزتها الإصلاحات الاقتصادية، كيف لا والمشرع من خلاله أعلن وبطريقة صريحة ورسمية عن تكريس لأهم المبادئ الليبرالية وهو مبدأ حرية الاستثمار ، بل أكثر من ذلك أكسب هذا المبدأ مكانة أصيلة وثابتة في المنظومة القانونية الجزائرية²، و قد أورد هذه المكانة ووضحها في نص المادة الثالثة (03) منه والتي تنص : " تنجز الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة وتكون هذه الاستثمارات، قبل انجازها، موضوع تصريح لدى وكالة المذكورة أدناه".

انطلاقا من هذا النص نجد أن المشرع الجزائري كرس بوضوح مكانة مبدأ حرية الاستثمار، ويظهر جليا تكريس هذه المكانة من خلال جوانب عدة، منها تبني مبدأ المساواة في المعاملة، التخلي على آلية الاعتماد المسبق التي تعتبر من أهم القيود التي تجعل المستثمرين ينفرون من الاستثمار في الدول التي تكرر مثل هذه الآليات لأن الإقرار بمثل هذه الآلية يتنافى مع حرية الاستثمار³ .

ومن أجل تسهيل وتبسيط الإجراءات الإدارية اكتفى المشرع الجزائري بإجراء بسيط وهو تقديم تصريح بالاستثمار لدى وكالة ترقية ودعم الاستثمار، والتصريح ما هو إلا وسيلة إخطار أو تبليغ تودع لدى الجهة المؤهلة، ولا تتطلب شكلا قانونيا معيناً، و هذا إن دل على شيء فإنه يدل على حرص المشرع على أن تكون الإجراءات سهلة ومبسطة⁴.

ثالثا : مجال تطبيق مبدأ حرية الاستثمار

لقد حدد المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار مجال تطبيق مبدأ حرية الاستثمار، بحيث حدد مجال تطبيقه من حيث الزمان، و من حيث الموضوع وأيضا من حيث الأشخاص المخاطبين به.

¹ - يوسف محمد، "مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار"، إدارة، العدد 17 لسنة 1999، ص 56.

² - عليوش قريوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 16.

³ - زويبري سفيان، حرية الاستثمار والرقابة على الصرف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص 9

⁴ - عجة الجلاي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار: الأنظمة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 584-586.

1_ مجال تطبيق المبدأ من حيث الزمان

من بين أهم المميزات التي تضمنها المرسوم التشريعي رقم 93-12 أنه لا يحفز فقط الاستثمارات الجديدة أي التي سوف تنشأ مستقبلاً، بل يعطي أهمية كبيرة أيضاً للاستثمارات الجاري إنجازها في النظام التشريعي والتنظيمي القائم، بحيث تستفيد هي الأخرى من جميع الحوافز الضامات التي يكرسها هذا القانون بما فيها ضمان حرية الاستثمار¹، وهذا ما أكدت عليه المادة 45 منه التي تنص "يمكن للاستثمارات الجاري إنجازها عند صدور هذا المرسوم التشريعي أن تستفيد بأحكامه.

كما يمكن للاستثمارات التي شرع في استغلالها في غضون السنوات الخمس السابقة لصدور هذا المرسوم التشريعي أن تستفيد من أحكامه وتكون الاستثمارات المنصوص عليها في المقطعين السابقين موضوع طلب يقدم طبقاً للمواد من 3 إلى 11 أعلاه...²

نفهم من خلال ما تضمنته نص المادة المذكورة أعلاه أن كل الأحكام التي تضمنها المرسوم التشريعي بما فيها الأحكام التي تركز مبدأ حرية الاستثمار تطبق بأثر رجعي، بمعنى أخرى نطاق تطبيق المبدأ من حيث الزمن حدده المشرع من خلال هذا المرسوم بأثر رجعي، وهذا خلافاً لمبدأ عدم رجعية القوانين المكرس في المادة 02 من القانون المدني حيث تنص "لا يسري القانون إلا على ما وقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي"³. وعليه فيمكن للمستثمرين الذين استثمروا في طور الإنجاز أو في مرحلة في الاستغلال أن يستفيدوا من أحكام هذا المرسوم التشريعي لكن بتوفر شرطين الأول أن يقدم المستثمر طلباً لمراجعة قرار الترخيص السابق والثاني أن لا يتعدى الأثر الرجعي مدة خمس سنوات فهو محدد من حيث الزمن⁴.

2 - مجال تطبيق المبدأ من حيث الموضوع

لقد حددت المادة الأولى والثانية من المرسوم التشريعي رقم 93-12 نطاق تطبيق مبدأ حرية الاستثمار من حيث موضوع الاستثمار بحيث تنص الأولى "يحدد هذا المرسوم التشريعي النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية الخاصة و على الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة أو الفروعها أو لأي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي". وعليه إذن فالمشرع حدد نطاق الاستثمارات المخاطبة بمبدأ حرية الاستثمار في الاستثمارات الموجهة

¹ - يوسف محمد، "مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار"، مرجع سابق ص 56.

² - مرسوم تشريعي رقم 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق

³ - القانون المدني الجزائري، الأمانة العامة للحكومة، 2012، www.Joradp.dz

⁴ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص ص 17-18.

لإنتاج السلع والخدمات، وتستثنى النشاطات المخصصة للدولة أو أحد فروعها، فبالنسبة لإنتاج السلع فهي بصفة عامة كل عملية إنتاج الأشياء ذات طابع مادي في الجزائر مثل صناعة الآلات و المعدات،¹ أما الخدمات فهي عكس إنتاج السلع بحيث تتميز بطابع غير مادي، أي تشمل كل الحقوق و الواجبات المرتبطة بإنتاج فكري لها قيمة من الناحية الاقتصادية مثل المساعدة التقنية و الاستشارة و الخدمات ما بعد البيع.²

وأضافت المادة الثانية " تستفيد من أحكام هذا المرسوم التشريعي الاستثمارات المنشئة والمنمية القدرات والمعيدة للتأهيل أو الهيكلة التي تنجز في شكل حصص من رأس المال أو حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي"

الملاحظ في هذه المادة أن المشرع إلى جانب تحديده مجالات الاستثمارات التي استوجب أن تكون في الأنشطة الموجهة إلى إنتاج السلع والخدمات حدد أيضا الأشكال التي سوف تتخذها هذه الاستثمارات بحيث استوجب أن تكون في شكل :

- الإستثمارات المنشئة، أي أن تكون الاستثمارات في شكل مؤسسات جديدة و برأس مال خاص وطني أو أجنبي.

- الاستثمارات المنمية القدرات، أي الاستثمارات التي تنجز من أجل الزيادة والرفع من القدرات المالية للمؤسسة من خلال العمل على رفع مردودية الإنتاج و توسيعه.³

- الاستثمارات المعيدة للهيكلية والتأهيل، ويقصد بها الاستثمارات المخصصة من أجل إعادة بعث النشاط في مؤسسة متوقفة أو تم إعلان إفلاسها، ونلاحظ أن المشرع عندما مدد أشكال الاستثمار إلى عمليات التأهيل والهيكلية في هذه الفترة لم يضع نظاما قانونيا يضبط ويوضح هذه العمليات، بل بقيت الأمور مبهمه حتى صدور الأمر 22-95 المتعلق بالخصوصية الذي بين ووضح الأمور، و بهذا تصبح الخصوصية شكل من أشكال الاستثمار من خلالها يتم التنازل أو بيع أملاك المؤسسات العمومية إلى مؤسسات خاصة أو أشخاص طبيعية⁴

¹ - عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2012، ص 143.

² - HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes, LITEC, Paris, 2000, p 140.

³ - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 85.

⁴ - BOUHEZZA Mohamed, « La privatisation de l'entreprise publique Algérienne et le rôle de l'Etat dans ce processus », Revue des sciences économiques et de gestion, n° 03, 2004, p 81.

3 - مجال تطبيق المبدأ من حيث الأشخاص :

لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 01 و 02 و 43 من المرسوم التشريعي 93-12 الأشخاص المخاطبين بالمبدأ العام لحرية الاستثمار، معتمدا في ذلك على معيار جنسية المستثمرين، وهذا ما سوف نبينه لاحقا عند تبين المستثمرين المعنيين بالمبدأ وهم:

أ- **المستثمر الوطني**: ويشمل المستثمر الوطني كل من المستثمر الوطني الخاص والمستثمر الوطني العمومي، وبالعودة إلى نص المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-12 نجد أنها استبعدت المستثمر الوطني العام وحصرت الاستثمارات في المستثمر الوطني الخاص فقط¹

لكن تدارك المشرع النقص في المادة 43 من نفس المرسوم حيث تنص: " يمكن أن تستفيد الاستثمارات التي تنجزها المؤسسات العمومية الوطنية من أحكام هذا المرسوم التشريعي عن طريق التنظيم "

من خلال هذا النص نفهم أن المشرع كرس أيضا حرية الاستثمار للمستثمر الوطني العمومي، ومن خلال إعطاء إمكانية الاستفادة للمؤسسات العمومية الوطنية من أحكام هذا المرسوم عن طريق تنظيم سوف يصدر.

و فعلا صدر المرسوم التنفيذي رقم 97-320 الذي يحدد الكيفيات التطبيقية للمادة 43 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار² إذ تنص المادة الأولى: " عملا بالمادة 43 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق 5 أكتوبر 1993 والمذكورة أعلاه ، يحدد هذا المرسوم كيفيات تطبيق ترتيبات دعم الاستثمارات على المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية "

نتوصل من خلال أحكام هذه المادة إلى نتيجة مفادها أن المشرع كرس حرية الاستثمار أيضا للمستثمر العمومي والمحدد في المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية التي ستستفيد من هذه الضمانة.

ب- **المستثمر الأجنبي**: كما سبق وأن رأينا أن القوانين المتعلقة بالاستثمار الوطني لم تحقق النتائج المرجوة منها خاصة مع ظهور الأزمة الاقتصادية التي أظهرت بوضوح مدى هشاشة النظام الاقتصادي الجزائري³.

¹ - المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق

² - مرسوم تنفيذي رقم 97-320، مؤرخ في 24 أوت 1997، يحدد الكيفيات التطبيقية للمادة 43 من المرسوم التشريعي 93-12 - 93 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 و المتعلق بترقية الاستثمار ، ج ر ج ج، عدد 57، صادر بتاريخ 27 أوت 1997. (ملغى).

³ - بن سويح خديجة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة ماجيستر، فرع قانون المؤسسات كلية الحقوق، جامعة

و بالتالي هذا ما دفع بالمشروع الجزائري لفتح مجال واسع للمستثمر الأجنبي، وهذا ما يتجلى من خلال نص المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93-12¹ وقد وردت المادة 12 من نفس المرسوم مكملة للمادة الأولى حيث يجب على المستثمر الأجنبي لكي يستفيد من التحويل أن ينجز الاستثمار بعملة قابلة للتحويل الحر.

المطلب الثاني: حرية التعبير :

الفرع الأول: مفاهيم في المفهوم العام:

الحرية إذن هي إباحة التصرف غير الخاضع للإكراه خاصة من قبل السلطة أو الحكومة، فبقدر ما يكون المواطن مستقلا يكون حرا. وتبقى القيود التي تفرضها الدولة على حرية التعبير من خلال البنية القانونية وكذا النظام السياسي، أهم الأخطار التي تهدد الحرية بصفقتها العامة، والحكومة ليس وحدها من يحول دون انطلاق حرية التعبير؛ فهناك الفقر والجهل والجوع من وغير ذلك من الظروف الاجتماعية التي تحيط بالفرد والتي قد تكون عبئا على حقه في ممارسة حرية التعبير².

أ- **في اللغة:** جاء في قاموس (لاروس الفرنسي): «أن الحرية أضحت تعرف بأنواعها المختلفة كحرية العقيدة، وحرية التعليم، وحرية التعاقد، وحرية الحياة الخاصة، كما ظهر ما يسمى "بالحريات العامة": هي مجموعة من الحقوق المعترف بها للأفراد (أفراد وجماعات) اتجاه الدولة وسلطتها».

ب- في الاصطلاح:

- **عند الإعلاميين:** عرفها "أحمد زكي البدوي": «هي حق الفرد في اتخاذ الآراء دون التدخل في التعبير عن رأيه، ويشمل هذا الحق حرية البحث عن المعلومات منة أي نوعا ونقلها بغض النظر على الحدود وذلك إما شفويا أو كتابيا أو طباعة سواء كان ذلك في قالب فني أو بأي وسيلة أخرى يختارها»

ويتعبير آخر هي تلك القدرة التي يتمتع بها الأشخاص للتعبير عن ذواتهم من دون قيود أو ضغوط أو توجيه.

- **وعند الفلاسفة:** ف "جميل منيمة" يرى أن الحرية تكاد تنفر بميزات خاصة تجعلها أساسية فهي تضم المطلقو المحدود والمعيارية إلى الوضعية، والفردية إلى الاجتماعية وهي تجمع الفيزيقي إلى الميتافيزيقي والجسمي إلى النفسي والأخلاقي إلى السياسي والقانوني والاقتصادي، فهي بذلك تشكل المكانة المحورية.

¹ - تنص المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، يتعلق بترقية الاستثمار على مايلي

يحدد هذا المرسوم التشريعي النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية الخاصة و على الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة لإنتاج السلع أو الخدمات غير مخصصة للدولة أو لفروعها

حسن عماد مكاوي، أخلاقيات العمل الإعلامي، الدار المصرية اللبنانية، ط1، القاهرة، 1994. ص 1

والحرية عند البعض تجاوز كل إكراه خارجي أو داخلي وهي القيمة الثابتة للشخص لأن يتحرك دون قيد أو شرط، وهي على النقيض تماما من الحتمي، والتي تعني خضوع الفعل الإنساني لشرط من الشروط يفسر حدوثه وفق مبدأ العلة والمعلول، فهناك من نفاها باسم الحتمية.¹

الفرع الثاني: واقع حرية التعبير في القانون الجزائري

تفرض الدولة الطرف قيودا صارمة على حرية التعبير وحركة الصحفيين، حيث سجلت العديد من حالات اعتقال الصحفيين، سواء خلال تغطيتهم للأشكال الاحتجاجية المنظمة بالعاصمة الجزائر، أو أثناء قيامهم بتغطيات صحفية لأحداث كبرى من قبيل تجديد عهدة الرئيس الحالي للمرة الرابعة.²

وتكريسا لسياسة الإغلاق الممنهج في وجه الصحافة والنشطاء الأجانب، قامت الحكومة الجزائرية بوضع العديد من العراقيل، قصد إطالة أجال الحصول على طلبات تأشيرات الدخول للتراب الجزائري³، كما أجبروا على التقيد بالتواجد في أماكن محددة سلفا وألا تتناول تغطياتهم موضوعا غير الانتخابات، ناهيك عن انقضاء مدة التأشيرات بعد ثلاثة أيام من يوم الاقتراع.

إن عدم رغبة الحكومة الجزائرية في إجراء إصلاح تشريعي حقيقي يضمن حرية الصحافة، يتبين جليا في إبقاءها على غرامات ثقيلة في القانون رقم 11-14 بتاريخ 2 غشت 2011، رغم تعديل المادتين 144 مكرر والمادة 146 من قانون العقوبات، حيث أبقت الدولة الطرف على المواد 296 و298 من القانون الجنائي واللتين تتصان على عقوبة السجن بتهمة التشهير في حق الأفراد، مما يعيق عمل الصحفيين بشكل كبير، وجعلهم يمارسون رقابة ذاتية على أعمالهم.

فالهجمة الشرسة التي تعرض لها قطاع الصحافة بالجزائر منذ 2014، والتي بموجبها شددت الحكومة الجزائرية قبضتها على قطاع الإعلام عموما، لا من حيث العمل بحرية أو مصادر التمويل، أو اعتقال الصحفيين

¹ أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات الإعلام، دار الكتاب اللبناني، دط، بيروت، 1985، ص73.

² اعتقلت الصحفية زينب بنزيطة من قناة الشروق مع العديد من الصحفيين بمناسبة تغطيتهم لمظاهرة رافضة لتجديد عهدة الرئيس الجزائري عبد العزيز بوتفليقة للمرة الرابعة بالعاصمة الجزائري من الصحفيين. والحال يسري على كذلك على الصحفي مزيان عبود الذي اعتقل هو الآخر بسبب عمله الصحفي ونشاطه في حركة "بركات"، ولقي الرسام الكاريكاتوري جمال غانم نفس المصير متابعته بتهمة إهانة الرئيس، كما تم اعتقال الصحفي حسن الوالي أثناء تغطيته لمظاهرة من تنظيم حركة "بركات"

³ ويتعلق الامر على سبيل المثال بصحفيين من وسائل إعلام فرنسية ك Le Journal du Point و l'Epxresse و Dimanche و Le Monde و BFMTV، واليومية الألمانية FAZ، والقناة الألمانية ZDF، وكذلك مع صحفيين إسبانيين من وكالة EFE ويومية Diario del Mundo.

والمدونين¹ والتضييق عليهم، ساهمت في تراجع الجزائر إلى الرتبة 136 من بين 180 بلدا في مؤشر حرية الصحافة التي تصدرها منظمة مراسلون بلا حدود.

ورغم التنصيص على وجوب ضمان الحق في حرية التعبير وفي الوصول إلى المعلومات في القانون الجزائري، إلا أن الممارسة أثبتت أن تطبيق القانون الجنائي لتكبير الصحفيين والنشطاء وإتقالهم بالغرامات يعد أمرا شائعا للالتفاف على القانون وإسكات تلك الأصوات.

ما فتئت الدولة الطرف تشدد قبضتها على أنشطة مختلف المنظمات غير الحكومية على كامل التراب الجزائري، وخاصة بمخيمات تندوف، في علاقة بحرية التعبير، حيث يسعى تنظيم البوليساريو إلى مضايقة المدافعين عن حقوق الإنسان² والنشطاء والصحفيين³ وأصحاب الرأي، لتكبير أفواههم وتقزيم هامش حرية التعبير بالبلد، بما في ذلك الإغلاق الأمني المحكم لمخيمات تندوف الواقعة على التراب الجزائري، وقمع كل الآراء المنتقدة للنظام بحجة المس بالنظام العام والأمن، وهي مسوغات عامة وفضفاضة لا تنكئ على أي سند قانوني، وتثير مخاوف أغلب المنتبحين للشأن العام بالدولة الطرف.

فالحكومة الجزائرية تقوم بمنع جميع الأنشطة التي من شأنها تثقيف الأفراد في مجال حقوق الإنسان وتمكين الأشخاص من معرفة حقوقهم، كما هي منصوص عليها في المواثيق والمعاهدات الدولية.

وبالنظر إلى الاختلالات التي تعرفها القوانين والتشريعات المرتبطة بالحق في حرية التعبير، سواء على مستوى التشريع أو الملائمة أو الأعمال، خاصة القانون رقم 06-12، وقانون العقوبات الجزائري، بالإضافة إلى القانون رقم 06-01، فضلا عن القواعد العرفية التي ظل يمارسها تنظيم البوليساريو بالريف الصحراوي بالجنوب الغربي للجزائر، فإن حرية التعبير بالريف الصحراوي ما تزال تشهد قيودا مشددة، خاصة فيما يتعلق بالآراء المخالفة لتوجهات هذا التنظيم⁴.

¹ اعتقل المدون مرزوق التواتي في يناير 2017، بعد إجراء مقابلة مع دبلوماسي أجنبي، وقد حكم عليه بعشر سنوات نافذة و 50000 دينار جزائري، وطال الاعتقال كذلك الصحفي سعيد شيتور في يونيو من نفس السنة، لاتهامه بالتجسس وبيع وثائق سرية لدبلوماسيين أجنبين، وهو متابع أمام محكمة جنائية بتهم قصد عقوبتها السجن المؤبد .

² كحالة كمال الداودي الذي تعرض للتعذيب والمعاملة القاسية والمهينة والحاطة من الكرامة، رفقة سيدي أحمد العروسي بومهدي، وينتميان إلى حركة شباب التغيير بالريف الصحراوي بالريف الغربي بالجنوب الغربي للجزائر. وحالة الطفل القاصر عبد الحي إبراهيم كوري، اعتقل سنة 2010، ولا يتجاوز عمره 10 سنوات.

³ حالة الصحفي السالك صلوح، عضو هيئة تحرير مجلة المستقبل الصحراوي، الذي اعتقل من طرف قوات البوليساريو، يوم الثلاثاء 01 أكتوبر 2013، على خلفية نشر المجلة لمواضيع تنتقد المسؤولين العسكريين للتنظيم، وأطلق سراحه بعد وقت وجيز .

⁴ انظر الملحق رقم 1: منشور لتنظيم البوليساريو يحرم على العاملين في قطاع الإعلام، كتابة أو تصوير أي عمل صحفي أو إعلامي يتنافى مع الخط التحريري الرسمي لتنظيم البوليساريو.

وما يمكن استخلاصه ان المشرع الجزائري اهتم كغيره من دول العالم بالحريات التي اقرها الى المواطنين للممارستها بكل حرية ولقد ركزنا على حرية التعبير التي تعرف اهتماما كبيرا في الاونة الاخيرة ارتباطا بما يحدث في الجزائر وعن التكريس لمبدأ حرية الصناعة والتجارة والاستثمار فالتكريس الدستوري لمبدأ حرية الصناعة والتجارة ما هو في النهاية إلا نتيجة التحولات التي أملاها منطلق الإصلاحات الاقتصادية منذ نهاية الثمانيات، أكثر منه الإرادة في تبني مشروع اقتصادي قائم على المبادرة الخاصة. ما يؤكد هذه النتيجة هو التردد بشأن مكانة المؤسسة الخاصة والتميز التقليدي بينها وبين نظيرتها العامة وهو ما يعكسه عدم استقرار التشريع المتعلق بالاستثمار واستعمال آلية قوانين المالية لتعديله المتكرر. هو هشاشة المكانة القانونية الممنوحة للمؤسسة الخاصة في النظام القانوني الجزائري.

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

تمهيد

حري بنا ونحن بصدد تناول مبدأ شرعية التجريم والعقاب، أن نحدد أولاً مفهوم الجريمة بشكل دقيق، فالجريمة هي اعتداء على المصلحة العامة و النظام العام أكثر منه اعتداء على الفرد فالدولة هي الحامي والمحدد لأنواع الجرائم، كما أنها المعاقب وليس الفرد على عكس ما كان في غابر الأزمنة . و إذا كان العقاب صلاحية أصيلة للدولة فقبل تحديده يجب تحديد الجرائم والأفعال المعاقب عليها التي تقع كلها تحت تسمية قانون العقوبات أو القانون الجنائي . و هو قسمان، قسم خاص يتضمن مجموعة الجرائم ويحدد عقوبات كل جريمة و هو بمثابة تطبيق للقسم الثاني الأعم المسمى بالقسم العام الذي يتناول القواعد العامة للجريمة أو ما يعرف بنظرية الجريمة، فما ذا نقصد بالجريمة؟

لقد تعددت تعريفات الفقه الجنائي للجريمة واختلفت فمنهم من عرفها بأنها "فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبير أمن". و يرى آخرون "أن الجريمة هي كل سلوك خارجي إيجابيا كان أم سلبيا حرمه القانون وقرر له عقابا إذا صدر عن إنسان مسؤول.

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

المبحث الأول: ماهية مبدأ شرعية الجرائم

الصفة الغير المشروعة للسلوك ركن من أركان الجريمة والتي مصدرها نص التجريم الذي يضيف هذه الصفة على ماديات معينة مع انتفاء الأسباب التي ترفع عن هذه الماديات الإجرامية صفتها الغير مشروعة. وبمعنى آخر أن الصفة غير المشروعة للسلوك كركن من أركان الجريمة تقتض أمرين أولهما إيجابي و هو وجود نص جنائي يضيف على السلوك الصفة الغير مشروعة ويحدد الجزاء الذي يستحقه مرتكب السلوك أما الثاني فسلبي: يتمثل في انتفاء الأسباب التي تبيح السلوك وتجرده من هذه الصفة وترده إلى الأصل العام في الأشياء وهو الإباحة فالركن الشرعي له عنصران: خضوع الفعل لنص التجريم فمصدر الصفة الغير مشروعة جنائيا للسلوك هو نص التجريم الذي يتضمنه قانون العقوبات والقوانين المكملة له، والذي يجرم السلوك ويحدد له عقابا أو تدابير أمن، فهو مصدر مشروع للسلوك. واشتراط خضوع الفعل لنص التجريم يعني حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية¹، وبهذا الحصر يقوم العنصر الثاني للركن الشرعي وهو "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أو تدابير الأمن"، و هو مبدأ أساسي مؤداه أن الجريمة لا ينشئها إلا نص قانوني وأن العقوبة لا يقرها غير نص قانوني فما مفهوم مبدأ شرعية الجرائم؟ وما تقدير قيمته؟ هذا ما سنأتي إليه من خلال المطلبين الموالين.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ شرعية الجرائم.

يعتبر مبدأ شرعية الجرائم من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها التشريعات العقابية الحديثة فما هو مدلوله والى ما تعود جذوره؟ و ما هي أهم دعائمه و أسسه؟ كل ذلك سنجيب عليه فيما يلي من فروع

الفرع الأول : مدلول مبدأ شرعية الجرائم

عرفه الأستاذ نجيب حسني وفتوح عبدالله بأنه " حصر عدم المشروعية الجنائية في نصوص القانون الجنائي التي تحدد الجرائم والعقوبات" ويعني هذا المبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني أي مصدر الصفة غير المشروعة للفعل هو نص القانون ويقال لهذا النص " نص التجريم "

¹ عمر خوري، شرح قانون العقوبات -القسم العام- كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص18.

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

وهو في نظر القانون الجزائري يشمل قانون العقوبات والقوانين المكملة له والقوانين الجزائية الخاصة وبالتالي يحدد في كل نص الشروط التي يتطلبها في الفعل كي يخضع لهذا النص ويستمد منه الصفة غير المشروعة ويحدد العقوبة المقررة لهذا الفعل وبالتالي فإن القاضي لا يستطيع أن يعتبر فعلاً معنياً جريمة إلا إذا وجد نصاً يجرم هذا الفعل فإذا لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل إلى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بأنه مناقض للعدالة أو الأخلاق أو الدين و أساس هذا المبدأ هو حماية الفرد و ضمان حقوقه و حريته و ذلك بمنع السلطات العامة من اتخاذ أي إجراء بحقه ما لم يكن قد ارتكب فعلاً ينص القانون عليه و فرض على مرتكبيه عقوبة جزائية¹.

الفرع الثاني : جذور مبدأ شرعية الجرائم.

في العصور القديمة لم تكن هذه القاعدة معروفة حيث كانت العقوبات تحكّمية وكان في وسع القضاة أن يجرم أفعال لم ينص القانون عليها ويفرضوا العقوبة التي يرونها كما كانوا يرجعون إلى العرف لتجريم بعض الأفعال وتقرير العقوبة لها .

وإن كان هناك بعض مؤرخي القانون الجزائري يقولون بأن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات عرفت لأول مرة في القانون الروماني في العهد الجمهوري بدليل وجوده عند فقيهي الرومان (أوليبانوس) و (بولس) أما العهد الإمبراطوري فلم تكن هذه القاعدة معروفة لأن القانون الروماني في هذا العهد كان يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في التجريم و العقاب

أولاً :مبدأ شرعية الجرائم في الشريعة الإسلامية.1

وهذه القاعدة ترجع بذورها الأولى إلى الشريعة الإسلامية أي ترجع إلى مدة تزيد على أربعة عشر قرناً فمن القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية أنه :

"لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورد النص " أي أن أفعال المكلف المسؤول لا يمكن وصفها بأنها محرمة مادام لم يرد نص بتحريمها ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها ونفهم من ذلك بأنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسؤولية ولا عقاب على فاعل أو تارك . والمعنى

¹ اسحاق ابراهيم منصور، موجز في علم الإجرام و العقاب، ط2، ديوان الطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة1991، ص12.

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

الذي يستخلص من هذا الكلام هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وهذه القاعدة في الشريعة لا تتنافى مع العقل والمنطق و تستند مباشرة على نصوص صريحة في هذا المعنى ومنها :

قوله تعالى : (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا)¹

وقوله تعالى : (ولئلا يكون للناس حجة بعد الرسل)²

و قوله تعالى : (ولأنذركم به و من بلغ)³

وغيرها من النصوص قاطعة بأنه لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وطبقوا هذه القاعدة على الجرائم ولكنهم لم يطبقونه تطبقا واحدا في كل الجرائم حيث طبقوه تطبيقا دقيقا في جرائم الحدود و القصاص بخلاف جرائم التعازير فلم يطبقونه بتلك الصورة والسبب في ذلك أن المصلحة العامة وطبيعة التعازير تقتضي ذلك. وبهذا ثانيا: مبدأ شرعية الجرائم في القوانين الوضعية⁴.

تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التي لم تعرف هذه القاعدة إلا في عام 1216 في إنكلترا و إن كان هذا المبدأ غير معمول به في انكلترا بالمفهوم المعروف به في الحقوق اللاتينية . ففي انكلترا لا يوجد دستور مكتوب ولا قانون عقوبات مكتوب وبإمكان القاضي أن يعتبر أي سلوك لا اجتماعي جريمة و لكن المشرع بدأ منذ أوائل هذا القرن بسن قوانين جزائية خاصة مثل (قانون القتل -قانون السرقة) وبالتالي حد من سلطة القاضي في خلق جرائم جديدة.

إلا أن النشأة الحقيقية لهذا المبدأ في القوانين الوضعية كان في القرن الثامن عشر حيث ظهر نتيجة للانتقادات الشديدة من قبل الفلاسفة والفقهاء لتسلط القضاة وتحكمهم في الأحكام حيث كان القضاة متأثرين بالنواحي الخلقية والدينية فكان أحكامهم يخلط بين الجريمة الجنائية والمعصية الدينية والرذيلة الخلقية فظهر هذا المبدأ بصورة واضحة في الولايات المتحدة الأمريكية وظهر في إعلان

¹ سورة الإسراء الآية 15.

² سورة النساء الآية 165

³ سورة الأنعام الآية 19

⁴ عبدالله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، بدون ط، موفم للنشر ،الجزائر، سنة 2009، ص89،88.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

الحقوق عام 1774 وقد عرف هذا المبدأ في قانون العقوبات النمساوي الصادر عام 1787 إلا أنه أعلن لأول مرة بعد قيام الثورة الفرنسية في شرعية حقوق الإنسان عام 1789 ثم نص عليه القانون الفرنسي عام 1810 ثم انتقلت هذه القاعدة إلى غيره من التشريعات الوضعية ثم أخذت به الدساتير و القوانين في العالم ثم أخذت به الأمم المتحدة في البيان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 كانون الأول 1948 كما جاء في التشريع المصري لم تكن هذه القاعدة معروفة قبل سنة 1883 وفي هذا العام نص المشرع عليها ضمناً في المادة 18 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وفي المادة 19 من قانون العقوبات الصادر سنة 1883 ولما صدر الدستور في عام 1923 قرر هذه القاعدة في المادة (6) منه : ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها))

وبالتالي لا يشترط صدورها بقانون وإنما يكفي أن يصدر بناء على قانون ليشمل حالات التي يفوض الشارع فيها السلطة التنفيذية في تحديد الجرائم وتقرير العقوبات .¹

ثالثاً: مبدأ شرعية الجرائم في التشريع الجزائري .

يؤكد المشرع الجزائري على احترام المبدأ والعمل بمقتضاه من خلال النصوص الدستورية ونصوص قانون العقوبات أيضاً.

أ- في الدستور:

- أكد دستور الجزائر لسنة 1989 و 1996 في عدة نصوص منهما على احترام مبدأ الشرعية وهو بذلك يرتفع من مجرد مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري يستفيد من كل الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه ومن هاته المواد:

- المادة 28- 29 : كل المواطنين سواسية أمام القانون

- المادة 42 45: كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كافة الضمانات التي يطبقها القانون

المادة 43- 46 : لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم.

¹ عبدالله أوهابيبية، المرجع السابق، ص92،91،90.

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

المادة 44- 47 : لا يتابع أحد أو يقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها .

المادة 140 131 أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع وجسده احترام القانون.

المادة 133-142 : تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية الشخصية. - ب- في قانون العقوبات¹.

أما في قانون العقوبات² فقد نصت المادة 01 على مضمون مبدأ الشرعية بنصها "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون" وتأكيدا لمبدأ الشرعية فقد جاءت النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى فنصت المادة 02 على مبدأ عدم الرجعية وهو من أهم المبادئ الداعمة لمبدأ الشرعية "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة". ونصت المادة 03 على تحديد نطاق قانون العقوبات "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية".

- الأمر رقم 96/المتضمن التعديل الدستوري و المؤرخ في 28 نوفمبر 1996.

الفرع الثالث: أسس و دعائم مبدأ الشرعية.

لهذا المبدأ دعائم يستند عليها هذا المبدأ وهذه الدعائم هي:

أولا : نظرية فصل السلطات

نتيجة لتسلط القضاة في الأحكام في القرن الثامن عشر ظهر مبدأ فصل السلطات التي نادى بها مونتسكيو و مقتضى هذا المبدأ أنه يوجد سلطات ثلاثة في الدولة السلطة التشريعية- التنفيذية- القضائية، وكل سلطة لها اختصاصات محددة لا يجوز لها تجاوزها فالسلطة التشريعية مختصة بسن القوانين ومنها النصوص الجزائية التي تجرم الأفعال و تحدد العقوبة له أما السلطة القضائية

¹ الأمر رقم 89 المتضمن التعديل الدستوري و المؤرخ في 23 فبراير 1989

² الأمر رقم 66-156 و المتضمن قانون العقوبات الجزائري مؤرخ في 08 يونيو 1966، ج.ر. 49 مؤرخة في 10 أوت 1966

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

تعهد بتطبيق هذه القوانين وبالتالي القاضي لا يستطيع أن يجرم فعل غير منصوص عليه ولو اقتنع بأن الفعل منافي لعدالة لأن ذلك يعتبر تدخلا في اختصاص السلطة التشريعية وهذا لا يجوز طبقاً لمبدأ فصل السلطات¹

ثانياً : الدعامة المنطقية

ترجع إلى تنديد الفقهاء والفلاسفة بتحكم القضاة وقناعتهم الأكيدة بأنه لا يمكن تقييد السلطة المطلقة للقضاة إلا بوضع نصوص مكتوبة محددة في القانون تنص على الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة لها . وبالتالي السماح للأفراد بإتيان الأفعال التي لم ينص القانون على تجريمها ، والامتناع عن الأفعال المجرمة بنص القانون وهذا ما نادى به المحامي الإيطالي " بيكاريا " في كتابه المشهور " الجرائم والعقوبات " ونادى بيكاريا بحرمان القاضي من تفسير هذه النصوص ووجوب تطبيقها حرفياً بحيث لا يستطيع القاضي التشديد أو التخفيض أي تجريد القاضي من أية سلطة تقديرية.

ثالثاً : الدعامة السياسية

ترجع إلى نظرية العقد الاجتماعي الذي نادى به الفيلسوف " جان جاك روسو " والتي مقتضاها أنه يوجد عقد ضمني بين الدولة والأفراد حيث يتنازل الأفراد بموجب هذا العقد عن جزء من الحرية الممنوحة لهم لصالح الدولة مقابل أن تقوم الدولة بتوفير الحماية لهم واعتمدت هذه النظرية على العقد الاجتماعي كأساس لتحديد حق الدولة في العقاب فقالوا بأن العقوبة هي جماع حقوق الأفراد في الدفاع عن أشخاصهم وأموالهم التي نزلوا عنها للمجتمع وبالتالي المساواة بين الناس في العقاب لأن كل فرد نزل للمجتمع عن قدر من الحقوق معادل ومساوي لما نزل عنه غيره وهذه المساواة تقتضي وجود قانون يحدد الأفعال المجرمة ويحدد العقوبة المقررة لهذه الأفعال بحيث يكون للعقوبة أساس قانوني ويجعله مقبولة من قبل جميع الأفراد كونها ثمرة اتفاق جماعي وتوقع في سبيل المصلحة العامة والعليا للمجتمع وبالتالي يضمن للعقوبة خصائصها لتكون عادلة وعامة التطبيق

¹ فتوح عبد الله الشادلي وعبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، النظرية العامة للجريمة بدون ط، دار الهدى للمطبوعات، الجزائر، سنة 1998، ص 197، 196

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

على جميع الناس ومجردة من القسوة.¹

المطلب الثاني : تقييم مبدأ شرعية الجرائم

الفرع الأول : أهمية مبدأ الشرعية

أولاً: الأهمية الدولية

نرى أن هناك كثير من الاتفاقيات والبروتوكولات أكدت على أهمية هذا المبدأ، كما جاء في المادة الثانية الفقرة الثالثة في البروتوكول رقم 4 لاتفاقية حقوق الإنسان الصادر في 16 تشرين الثاني عام 1963:

((لا يجوز وضع قيود على ممارسة هذه الحقوق غير تلك التي تطابق القانون و تقضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لمصلحة الأمن القومي أو الأمن العام، للمحافظة على النظام العام أو منع الجريمة أو حماية الصحة والأخلاق أو حماية حقوق وحريات الآخرين)).

كما جاء في إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر عام 1789 الذي أصدرته الجمعية التأسيسية : ((لا يجوز اتهام أحد أو توقيفه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون و بحسب المراسيم المحددة فيه)).

ثانياً : الأهمية الدستورية

لهذا المبدأ قيمة كبيرة حيث أن الدول تعتبره من المبادئ الأساسية و تنص عليه في دساتيرها . في سوريا تبنى المشروع السوري هذا المبدأ في دساتيرها المتعاقبة التي مرت على القطر العربي السوري ، حيث ورد في المادة العاشرة في دستور عام 1950، و المادة الثامنة من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة الصادر 15 آذار 1958 و المادتين 27 و 38 من الدستور السوري المؤقت لعام 1969 و كرس أخيراً في الدستور الصادر عام 1973 فنصت المادة 29 منه على أنه : (لا جريمة ولا عقوبة بلا نص قانوني. أما في مصر عندما صدر الدستور في عام 1923 قرر هذه القاعدة صراحة في المادة السادسة منه لا جريمة ولا عقوبة غلا بناء على قانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليه) . كما جاء في المادة الثامنة

¹ فتوح عبد الله الشاذلي وعبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص198.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

من الدستور اللبناني: (لا يمكن تحديد الجرائم أو تعيين عقوبة إلا بمقتضى قانون)¹.

ثالثاً : الأهمية الإقليمية

نرى أن هناك كثير من الاتفاقيات و البروتوكولات أكدت على أهمية هذا المبدأ ، فقد جاء في المادة الثانية في الفقرة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان : (حق كل إنسان في الحياة يحميه القانون ولا يجوز إعدام أي إنسان عمداً إلا تنفيذاً لحكم قضائي بإدانته في جريمة يقضي فيها القانون بتوقيع هذه العقوبة).

و قد جاء في المادة السابعة الفقرة الأولى منه :

(لا يجوز إدانة أي شخص بسبب ارتكابه فعلاً أو الامتناع عن فعل لم يكن يعتبر وقت وقوع الفعل أو الامتناع جريمة في القانون الوطني أو القانون الدولي ولا يجوز توقيع عقوبات أشد من تلك المقررة وقت ارتكاب الجريمة).

و قد جاء في الفقرة الثانية : (لا تخل هذه المادة بمحاكمة أو عقوبة أي شخص بسبب ارتكابه فعلاً أو امتناعه عن فعل يعتبر وقت فعله أو الامتناع عن فعله جريمة وفقاً للمبادئ العامة لقانون في الأمم المتحدة²).

رابعاً : الأهمية العملية :

لهذا المبدأ أهمية كبيرة من الناحية العملية للأسباب التالية :

1_ يعد من أسس الحرية الفردية أي صمام الأمان للحريات الفردية ويضمن حقوق الأفراد بحيث يحدد الجرائم ويحدد العقوبات المقررة لها بشكل واضح حتى لا يترك ثغرات في القانون ويكون وسيلة تسلط بيد القضاة وبالتالي القاضي لا يستطيع الحكم بالإدانة إلا إذا وجد في القانون سنداً على الجريمة والعقوبة فهو لا يملك أن ينشئ جريمة من أمر لم يرد نص قانوني بتجريمه مهما رأى فيه من الخطورة على حقوق الأفراد أو مصالح الجماعة فهو يرسم حداً فاصلاً بين المشروع وغير المشروع بحيث يكون الأفراد أحراراً في إتقان الأفعال المشروعة وإن كانت ضارة وبالتالي السلطات

¹ د.محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات المصري العام، منتديات الحقوق و العلوم القانونية، تاريخ الزيارة

27 أكتوبر 2018.

² د.محمود محمود مصطفى، المرجع السابق. ص 82.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

العامّة لا تستطيع ملاحقة هذا الشخص لأنه غير مسؤول جزائياً .
2- يعطي العقوبة أساس قانوني بحيث يجعلها مقبولة من قبل الرأي العام كونه توضع في سبيل المصلحة العامة بحيث يطبق على جميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليه في هذا النص دون التمييز بينهم.

3- الدور الوقائي للقانون وهذا الدور يتمثل بأن يكون الفرد على علم بالأفعال التي تعد جريمة والأفعال الغير مجرمة بحيث يمكن أن نعتبر القانون بمثابة إنذار مسبق للأفراد بعدم اقتراف الأفعال المنصوص عليه وهذا يجعل الأفراد أقرب إلى الامتثال من العصيان¹

4- يحمي جميع الأفراد في المجتمع المجرمين وغير المجرمين بحيث يحمي المجرم من نفسه بأن لا يقترف جريمة عقوبتها أشد من الجريمة المرتكبة وتحمي غير المجرمين من الأفعال التي قد يرتكبها المجرم.

قبل أن ندخل في مصادر التجريم والعقاب لا بد لنا من التساؤل هل تدخل التدابير الاحترازية في نطاق مبدأ الشرعية :

على الرغم من أن المشرع يستهدف من التدابير الاحترازية الوقاية الاجتماعية لا الجزاء وهو مجرد إجراء علاجي يستفيد منه المحكوم عليه ، فلا يمكن تجريد التدابير الاحترازية من الإيلاء وإن كان غير مقصود ، فبعض التدابير الاحترازية تصل إلى حد سلب الحرية ولذلك يجب على الشارع أن يحدد التدابير ويحدد ماهية كل منها حتى لا يكون وسيلة استغلال بيد القضاة ، ولكن التدابير لا يطبق بالصورة الجامدة التي عرفناها في نصوص التجريم والعقاب ، وذلك لأن المشرع ينص على التدابير الاحترازية دون أن يقرر تدبير محدد لكل جريمة وإنما يترك للقاضي الحرية في أن يختار من بين التدابير التي نص عليها الشارع ما يكون مناسباً للجرم.

ونقول بأن التدابير الاحترازية تدخل في مبدأ الشرعية بحيث لا يستطيع القاضي أن يحكم بغير التدابير المنصوص عليه في القانون².

¹ ابراهيم الشبّابي، الوجيز في شرح القانون العقوبات الجزائري ، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة، ص143.

² ابراهيم الشبّابي، المرجع السابق، ص 145.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

1- حماية الحقوق والحريات الفردية: هذا المبدأ يرسم حدود بين ما يعتبره المشرع الجنائي سلوكات جديرة بالتجريم والعقاب وهي الاستثناء وبين السلوكات التي لا تعتبر كذلك، فمن يأتي فعلا لم يجرمه القانون فهو طبقا لمبدأ الشرعية بأمان من المسؤولية الجنائية تجسيدا لقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة والإعمال بهذا المبدأ يضيء نوعا من الأمان والارتياح لدى أفراد المجتمع

2- تحقيق فكرة الردع العام: ومعنى الردع هو تحذير الأفراد وتخويفهم مسبقا من النتائج المترتبة على إتيان سلوك جرمه القانون وحدد له عقوبة، وبالتالي تتحقق فكرة الردع التي تعتبر وسيلة للوقاية من وقوع الجرائم وضمان فعال للمحافظة على أمن واستقرار المجتمع ولا يقتصر مبدأ الشرعية على حماية الأبرياء وإنما يحمي أيضا الجناة من تعسف القضاة بإلزام القاضي الحكم بالعقوبة التي جاء بها نص التجريم.

الفرع الثاني : نتائج مبدأ شرعية الجرائم

1- قاعدة عدم رجعية النص الجنائي (إلا ما كان أصلح للمتهم "استثناء") :لمعاقبة شخص لا بد أن تكون الجريمة قد حددت أركانها بموجب قانون مطبق وقت ارتكابها ، ولا يجوز معاقبة شخص على فعل كان مباحا وقت ارتكابه ثم صدر قانون يجرمه.

2- حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص تشريعية مكتوبة: وهذا استبعاد كافة المصادر المألوفة في فروع القوانين الأخرى (كالعرف، ومبادئ القانون الطبيعي...)، والنص التشريعي المكتوب هو الصادر عن البرلمان أو رئيس الجمهورية، أو السلطة التنفيذية في مجال المخالفات (لوائح تنظيمية)

3- حصر القياس في تفسير النصوص التجريم: ليس للقاضي أن يقيس فعلا لم يرد نص تجريمه على فعل ورد نصبت جريمه فيقرر الأول عقوبة الثاني(قياس).

هذا لا يمنع إمكانية خضوع النص التجريمي للتفسير الضيق أي البحث عن المعنى الذي يرمي إليه المشرع من وراء الألفاظ المستعملة في النص ويجب على القاضي أن يلتزم بحرفية النص الجنائي حتى لا يجرم فعلا لم يقصده المشرع.

4- قاعدة الشك تفسر لصالح المتهم: في حالة وجود غموض في النص الجنائي واستحال على

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

القاضي تحديد التفسير وتساوت في نظره وجوه متعددة، في هذه الحالة الشك يفسر لصالح المتهم والمجال الرئيسي لتطبيق هذه القاعدة الإثبات في المواد الجنائية، حيث إذا تعادلت أدلة الإدانة مع البراءة رجح الثانية، لأن الإدانة تبنى على اليقين والأصل في إثبات البراءة.¹

الفرع الثالث : الإنتقادات الموجهة للمبدأ

على الرغم من أهمية هذا المبدأ والقيمة الحقيقية له إلا أنه لم يسلم من النقد:

النقد الأول : ذهب البعض بأنها قاعدة جامدة ورجعية أما الجامدة لأنه لا يستطيع مواكبة التطورات والمستجدات التي تطرأ على المجتمع بحيث تظهر أفعال جديدة مخلة بأمن ونظام المجتمع ولم ينص القانون على تجريمه ، و يزداد هذا الأمر صعوبة في العصر الحديث حيث خلفت الحضارة الإنسانية المتشعبة و الحياة الاجتماعية المتشابكة أنواعا مختلفة من أنماط السلوك البشري سريعة التغيير و التجدد بحيث لا يمكن مواجهته بجمود النصوص و ثباته ولكن يمكننا الرد عليهم بأن المشكلة ليست من النص القانوني و إنما المشكلة من السلطة التشريعية التي تنص القوانين بحيث تتعاس احيانا عن صدور القوانين لمواجهة المستجدات إلا أننا نستطيع التغلب على هذه المشكلة بوجود سلطة تشريعية يقظة و تزويده بجميع الوسائل التي تتمكن من خلاله من ملاحقة الصور الإجرامية المستحدثة.

أما القول بأنها رجعية لأنه يفرض الجريمة ككيان قانوني متجراً من شخص المجرم بحيث يحدد العقوبة في كل جريمة حسب الأضرار المادية المترتبة عليه لا وفق الخطورة الكامنة في شخص المجرم مثلاً في جريمة السرقة يفرض العقوبة بنفس القدر دون أن يراعي الظروف المحيطة بالمجرم فالشخص الذي يقدم على السرقة بدافع الفقر هو أقل خطورة عن الشخص الذي يقدم عليه بدافع حسب المال والجشع . لذلك نادو بضرورة تقسيم المجرمين بدلاً من تقسيم الجرائم فليس المهم هي الجريمة كواقعة مادية وإنما المهم هو المتهم الذي هو محور الدعوى الجنائية ولذلك نجد أن المشرع رجعت عن نظام العقوبات المحددة إلى نظام تفريد العقوبة حيث أعطى القاضي سلطة تقديرية واسعة نوعاً ما في هذا الشأن بحيث حدد في بعض الجرائم حدين للعقوبة (حد أدنى - حد

¹ عمر خوري، مرجع سابق، ص36.

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

أعلى) وترك للقاضي سلطة اختيار العقوبة الملائمة ضمن هذين الحدين حسب شخصية المتهم والظروف المحيطة بالجريمة كما حدد لبعض الجرائم عدة عقوبات وترك الحرية للقاضي باختيار العقوبة المناسبة لشخص كل مجرم¹.

ولكن سلطة القاضي في هذا الشأن ليست مطلقة لأن القانون هو الذي يحدد حدود الملائمة ويجب على القاضي مراعاة هذه الحدود وبالتالي لا يوجد تعارض بين تفريد العقاب ومبدأ الشرعية . كما يمكن الرد عليهم بأن السلطة الواسعة قاضي صحيح تجعله قادراً على فهم شخصية المجرم و علاجها إلا أن هذه السلطة قد تساء استخدامها ومن المستحسن أن ينوع المشرع العقوبات و التدابير لكل جرعة و أن يمنح القاضي سلطة تقديرية لكي يختار من بينها ما يلاءم شخصية المجرم.

النقد الثاني : وذهب الآخرون إلى أن هذا المبدأ لا يوفر الحماية الكاملة للأفراد ضد الأفعال الجديرة في ذاتها بالتجريم كونها قاصرة عن الإحاطة بجميع الأفعال المخلة بالأمن والاستقرار في المجتمع ، ونزع أية سلطة تقديرية للقاضي في معاقبة العابثين بالأمن والنظام بحجة عدم وجود نص يجرم هذا الفعل سواء تعلق بالسلوك الفردي أو بالسلوك الجماعي.

فيما يتعلق بالسلوك الفردي فكثيراً ما تقع من الأفراد أفعال مخلة بالنظام ومنافية للأخلاق لا تجرمها الكثير من القوانين فمن يتناول طعاماً في مكان خاص كالمطاعم والمقاهي ثم يمتنع عن دفع ثمن الطعام ففعله هذا لا يقل خطورة عن السرقة ومع ذلك فإن الكثير من القوانين لا تنص على تجريمها.

أما فيما يتعلق بالسلوك الاجتماعي : فالمشرع ليس في وسعه حصر جميع الأفعال الضارة والمخلة بالنظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة .

الرد على الإنتقادات : إن المشرع يستطيع أن يستعمل في نصوص التجريم والعقاب عبارات بحيث يحقق التوازن بين مصلحة المجتمع وحقوق الأفراد فلا تكون هذه العبارات ضيقة بحيث يطبقه القاضي حرفياً ولا واسعاً بحيث يستغل القاضي هذه النقطة ويجرم أفعال لم ينص عليه القانون

¹ عبدالله أوهابيه، مرجع سابق، ص112.

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

وبالتالي إهدار حقوق الأفراد ، كما يمكننا القول بأن الاستقرار القانوني يعلو على حماية المصالح المشتركة ، فإذا تبين للمشرع أن فعلاً ما منافي للنظام السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي بادر إلى تجريمه بنص.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ شرعية الجرائم على الحريات الدستورية

المطلب الأول: مصادر النصوص الجزائية و تفسيرها.

الفرع الأول : مصادر النصوص الجزائية.

أولاً : القانون (التشريع) : والقانون هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة ووفقاً للدستور فالتشريع يجب أن يتضمن إزاء قواعد قانونية ومن صفات القاعدة القانونية العموم والتجريد أي يجب أن يتناول جميع الأشخاص الذين يتوافر فيهم شروط التجريم دون تمييز . إن الأصل أن القانون الجنائي الوضعي يستمد نصوصه من القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية طبقاً للأوضاع الدستورية فهذه القوانين هي عنوان إرادة المجتمع التي تتجلى باشتراك العناصر التشريعية في وضعها وإصدارها طبقاً لأحكام الدستور

ثانياً: اللوائح و التنظيمات: اللوائح والتنظيمات هي عبارة عن نصوص تصدر عن السلطة التنفيذية متضمنة القواعد التي تفصل أحكام التشريعات وتوضحها وتبين كيفية تنفيذها وتطبيقها وإما أن تصدر عن رئيس الجمهورية أو الوزراء المختصين أو الإدارات العامة والمجالس البلدية . إن القول بأن القانون هو المصدر الوحيد للتجريم والعقاب لا يؤخذ على إطلاقه بل يستثنى منه أمران :

- من واجب السلطة التنفيذية وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وهي لا تستطيع القيام بهذه المهمة إلا إذا اتخذت ما يلزم لضمان تنفيذ اللوائح بتقرير جزاءات جنائية .

- أنه فضلاً عن العلاقات الاجتماعية التي لها صفة دائمة وثابتة توجد علاقات أخرى متعددة تختص جهات معينة وتتغير بتغير الزمان والظروف وبالتالي يجب على المشرع أن يتحرك تنظيمها وتدعيمها بالجزاءات إلى السلطة الإدارية . وبذلك نقول بأن اللوائح والقرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية يمكن أن تكون مصدراً للتجريم والعقاب ، بل تذهب بعض القوانين على وضع العقاب على مخالفة أحكام اللوائح و القرارات ففي غالب الأحيان عندما يفرض القانون وزيراً أو مديراً عاماً أو مجلس بلدياً في إصدار لائحة ينص في الوقت نفسه على العقوبة التي تطبق في

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

حالة مخالفة أحكام هذه اللائحة.¹

دور العرف و الشريعة الإسلامية في نطاق التجريم والعقاب :

العرف هو القواعد التي درج الناس على إتباعها في أمورهم ومعاملاتهم والتي يعتبرونه بأنه ملزمة لهم من الوجه القانونية ، والآن : نتساءل عن دور هذه المصادر في التجريم والعقاب. من حيث المبدأ : لا يجوز اعتبار مصادر القانون (الشريعة الإسلامية و العرف) مصدرا للتجريم و العقاب و السبب في ذلك يعود إلى أن العودة إلى هذه المصادر يهدم مبدأ الشرعية و يؤدي إلى خلق جرائم و عقوبات لم ينص عليه القانون . ولكن يرد على هذه القاعدة استثناءات ثلاثة: الاستثناء الأول : عندما يعود القاضي إلى قانون غير جزائي لحل قضية جزائية، فله أن يعود إلى مصادر هذا القانون .مثل جريمة الزنا يعود القاضي إلى قانون الأحوال الشخصية للثبوت من صحة عقد الزواج وله أن يعود إلى العرف و الشريعة الإسلامية إذا احتاج لذلك. وكذلك في جريمة السرقة يعود القاضي إلى القانون المدني في مسألة تحديد ملكية الشيء المسروق وله أن يعود إلى مصادر القانون المدني.

الاستثناء الثاني : إذا كان القاضي أمام مسألة لا سبيل لحلها بغير الرجوع إلى العرف مثل التعرض للآداب و الأخلاق العامة : حيث تحديد ركن هذه الجريمة لا يتم بغير الرجوع إلى العرف. وكذلك بعض العبارات الغامضة التي وردت في قانون العقوبات بحيث يتعذر معرفة معناها بغير الرجوع إلى العرف .

الاستثناء الثالث : عندما يتدخل العرف ليبرر فعلا جرمه القانون مثل الظهور بملابس الاستحمام على شاطئ البحر أو في حوض السباحة. وكذلك ختان الأولاد و الألعاب الرياضية التي يمارسها الصغار و الكبار على النحو الذي يقره القانون . و بذلك نقول بأن العرف يلعب دورا ثانويا وضيقا في نطاق التجريم و العقاب و إن كان يلعب دورا أساسيا في حالات الاعفاء من العقاب و لذلك يهدمه أن يكون غير النص التشريعي مصدرا للتجريم و العقاب ولا شأن لهذا المبدأ في الحالات الأخرى.

¹ د. محمود محمود مصطفى، مرجع سابق

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

الفرع الثاني : تفسير النصوص الجزائية.

أولاً: أنواع التفسير : من حيث المصدر فإنه يمكننا تقسيم التفسير الى ثلاثة تقسيمات:

-التفسير التشريعي: ويكون ذلك عندما يصدر عن المشرع الذي سن التشريع الأصلي تشريعاً آخر لتفسيره ويسمى " القانون التفسيري " حين يرى بأن الضرورة تدعو لذلك. و التفسير التشريعي قد يرافق النص نفسه حين يرى المشرع ضرورة وضع التعريفات أو تفسير بعض العبارات أو المصطلحات القانونية وقد يأتي التفسير لاحقاً لقانون عندما يكون التطبيق قد كشف غموضه و يرى المشرع أن من واجبه التدخل لإزالة هذا الغموض . ويعتبر هذا القانون التفسيري بمنزلة التشريع نفسه وإن كان نادر في القانون الجنائي ومتى صدر قانون تفسيري فهو ملزم للقاضي كالتزامه بأي قانون آخر.

-التفسير القضائي: هو أكثر أنواع التفسير شيوعاً وأشدّها أهمية من الوجهة العملية وإن يكن من الوجهة القانونية أدنى مرتبة من التفسير التشريعي ، وهذا التفسير هو الذي يصدر عن القضاء في معرض تطبيقهم للقواعد التشريعية أي في معرض القضية المعروضة أمام القضاء من أجل هذه القضية فقط حيث أن التفسير القضائي ليس له الصفة الإلزامية إلا بالنسبة للقضية التي صدر من أجلها.

-التفسير الفقهي: هو الذي يصدر عن الفقهاء وذوي الاختصاص في القانون المطروحة في كتبهم و مباحثهم المنشورة ، بغية تحليل النصوص القانونية و شرحها ضمن إطار النظرات العامة و المبادئ الأساسية التي قررها المشرع . ولقد لعب فقهاء القانون دوراً أساسياً في تفسير الشرائع الوضعية و إيضاح غموضها و رفع الالتباس عنها كما لعبوا دوراً أساسياً في تطوير التشريع في البلاد و كثيراً ما دفعوا المشرع لإصدار قوانين جديدة ، تزيل غموض النصوص القانونية القديمة و عيوبها أو تضيف جرائم أو عقوبات جديدة أو تعدل من عناصر التجريم والعقاب. إلا أن الفقه في أغلب الشرائع الوضعية ليس له قوة ملزمة من قبل المحاكم¹.

متى يجوز التفسير : التفسير يكون في حالة غموض النص أو نقصه فالنص إما أن يكون غامضاً

¹ فتوح عبد الله الشادلي وعبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص68.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

وإما أن يكون ناقصاً .

-النص الغامض : ويعتبر النص مشوباً بالغموض أو الإبهام فيما إذا كان عباراته غير واضحة كل الوضوح بحيث يحتمل التأويل والتفسير وبحيث يمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد وبالتالي يجب على القاضي.

الجنائي أن يؤوله ويبحث عن معناه الحقيقي الذي قصده الشارع مثله مثل القاضي المدني تماماً ويستطيع أن يستعين بكل طرق التفسير المنطقية واللغوية يسترشد بمقارنة النص العربي بالفرنسي لأن كل منهما يكمل الآخر.

- النقص والسكوت : ويعتبر أن هنالك نقصاً في النص فيما إذا جاءت عباراته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها أو إذا أغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يفترض أن ينص عليها في هذه الحالات يجب على القاضي الجزائي أن يحكم بالبراءة لأنه لا يستطيع أن يمتنع عن الفصل في الدعوى بحكم ينهي الخصومة المعروفة أمامه لأن امتناعه عن الحكم يوقعه تحت طائلة العقاب وكذلك لا يستطيع أن يعتبر المتهم جانياً استناداً إلى مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون . وبذلك يختلف القاضي الجزائي عن القاضي المدني.

قيود تفسير النصوص الجنائية: يقيد التفسير في القانون الجزائي قاعدتان: قاعدة التفسير لبضيق للنصوص الجزائية و قاعدة حظر القياس في النصوص الجزائية.

القاعدة الأولى : التفسير الضيق للنصوص الجزائية : إن القاضي الجزائي مقيد بقاعدة التفسير الضيق للنصوص الجزائية و ذلك بخلاف القاضي المدني حيث يتمتع القاضي بحرية واسعة في تفسير النصوص المدنية فهو يلجأ إلى القياس و مفهوم المخالفة و قواعد اعرف لكي يصل مقصد الشارع من النص أما القاضي الجزائي يجب أن يتقيد بالنص فلا يتوسع في تفسيره فيخلق جرائم و عقوبات غير منصوص عليها ولا يجوز له مراعاة العرف إلا في الحالات الاستثنائية التي أشرنا إليها كما أنه لا يجوز إطلاقاً تطبيق مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة .

القاعدة الثانية : خطر القياس في النصوص الجزائية : القياس هو إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص في الحكم المنصوص عليه لاشتراكهما في علة الحكم فالقياس إذا وسيلة للتوسع في تطبيق

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

النص على حالات مماثلة لم ينص المشرع صراحة عليها و هذا معناها خلق جرائم جديدة لم ينص القانون عليها وبالتالي الخروج على مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات و لهذا فقد اتجهت أكثر التشريعات الحديثة إلى عدم الأخذ بالقياس في القضايا الجزائية هل يفسر الشك لمصلحة المدعى عليه : قلنا إذا كان النص غامضاً فيجب على القاضي الجنائي أن يؤوله و يبحث عن معناه الحقيقي الذي قصده الشارع وله أن يستعين في ذلك بكل طرق التفسير المنطقية واللغوية . ولكن أحياناً يكون الوصول إلى قصد الشارع مستحيلاً في هذه الحالة " الشك يفسر لمصلحة المدعى عليه " والمجال الرئيسي لتطبيق هذه القاعدة هو الإثبات فإذا تعادلت أدلة الإدانة مع أدلة البراءة فيجب على القاضي أن يحكم بالبراءة لأن البراءة هو الأصل والبراءة قائمة على اليقين والإدانة قائمة على الشك واليقين يتقدم على الشك .

المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ الشرعية و النص الجنائي.

الفرع الأول : نطاق تطبيق مبدأ الشرعية.

يطبق هذا المبدأ على تعريف الجرائم وعلى تحديد العقوبات وتدابير الأمن والتي تطبق على الشخص مرتكب الفعل المجرم مع مراعاة انتفاء سبب من أسباب الإباحة.

1- من حيث تعريف الجريمة : عملاً بمبدأ الشرعية ليس كل الأعمال المخالفة للنظام العام مهما بلغت خطورتها تعرض مرتكبيها للعقاب بصفة تلقائية، وإنما يتعرض منها للعقاب ما هو مجرم بنص فحسب، ومن ثم لا تشكل جريمة تستوجب العقاب إلا الأعمال المنصوص والمعاقب عليها بنص سواء صيغ في شكل قانون (بالنسبة للجنايات والجنح) أو في شكل لائحة تنظيمية (بالنسبة للمخالفات). ويقتضي مبدأ الشرعية أن تكون الجريمة محددة و أن يكون التجريم واضحاً، كما يقتضي التفسير الضيق للنص) والذي أشرنا إليه سابقاً.¹

2- من حيث تحديد العقوبة: مثلما أشرنا سابقاً أنه لا جريمة إلا بنص فلا عقوبة أيضاً إلا بنص والقاعدتان مكملتان وملزمتان لبعضهما البعض إذ أنه من الضروري أن يكون المرء على دراية ليس فقط بأن فعل ما مجرم بل يجب أيضاً أن يعلم بالعقوبة التي يتعرض إليها لو أتى ذلك الفعل

¹ فتوح عبد الله الشادلي وعبد القادر القهوجي، المرجع سابق، ص71.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

ومن ثم يتعين على المشرع أن يتولى بنفسه التنقيص على عقوبة معينة لكل تجريم يقيمه. غير أنه من الجائز أن يقضي القاضي بعقوبة تفوق الحد الأقصى المقرر قانوناً، يحدث هذا عند توافر شروط العود، كما يجوز له أيضاً أن يتنازل عن الحد الأدنى المقرر قانوناً إذا ما أسعف المتهم بالظروف المخففة.

3- من حيث اتخاذ تدابير الأمن: يقتضي مبدأ الشرعية من ناحية أخرى أن يكون الفرد على دراية مسبقة بنوع تدبير الأمن الذي يعرضه إليه تصرفه وأن يكون تدبير الأمن موقوفاً على معاينة مسبقة لحالة الخطورة، أي احتمال قوي لارتكاب جريمة مستقبلاً كما لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلا لتدابير الأمن المنصوص عليها صراحة في القانون، غير أن الطابع الوقائي والعلاجي لتدابير الأمن يفرض تطيف مبدأ الشرعية وهكذا فإذا كان ليس¹ للقاضي أن يلجأ إلا لتدابير الأمن المنصوص عليها صراحة في القانون، فليس للمشرع أن يحدد بدقة لكل تصرف تدبير أمن معين كما هو الحال بالنسبة للعقوبات، فبالنسبة للأحداث مثلاً فإن تدابير التربية التي تطبق عليهم لا علاقة لها بالجريمة المرتكبة وإنما تأخذ بالحسبان السن فحسب. أما إذا تعلق الأمر بفئة من تدابير الأمن التي تسبب إزعاجاً للأفراد فيتعين أن تكون محددة بنص صريح مع تعيين الحالة الخطيرة التي ينطبق عليها ومن هذا القبيل تدابير الأمن الشخصية والعينية حيث لا يجوز الحكم عليها إلا في الحالات المحددة صراحة في القانون.

الفرع الثاني : سريان النص الجنائي من حيث الزمان.

أولاً: قاعدة عدم رجعية النص الجنائي الموضوعي.

-تعريف القاعدة : الأصل أن النصوص الجنائية لا تسري بأثر رجعي بحيث تطبق النص فقط على الأفعال التي وقعت منذ لحظة العمل به إلى غاية إلغائه أو تعديله، ولا يطبق على الأفعال التي سبقت صدوره².

-مبررات القاعدة:

-لا يعاقب الشخص على فعل كان مباحاً وقت ارتكابه ثم جرمه القانون الجديد.

¹ ابراهيم الشباني، مرجع سابق، ص 48

² عمر خوري، مرجع سابق، ص 32

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

- لا يجوز تطبيق عقوبة أشد من تلك التي كانت مقرة وقت ارتكاب الفعل.
- نطاق تطبيق قاعدة عدم الرجعية يتوقف تطبيق القاعدة على عنصرين :
- أ- تحديد وقت العمل بالقانون الجديد: يسري القانون من يوم نشره في الجريدة الرسمية بعد مرور 24 ساعة بالنسبة للجزائر العاصمة والولايات الأخرى بعد 24 ساعة من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى الدائرة)¹.
- الإلغاء : الإلغاء الضمني: أحكام القانون الجديد يلغي صراحة مخالفة لأحكام القانون الجديد و الإلغاء الصريح: القانون الجديد يلغي صراحة القانون القديم.
- ب- تحديد وقت ارتكاب الجريمة: يكمن في تحديد وقت ارتكاب الفعل لا وقت تحقق النتيجة.
- بالنسبة للجرائم الوقتية: لا تثير أي إشكال في تحديد وقت ارتكاب الجريمة (الفعل) لكن الإشكال في بعض الجرائم وهي:
- الجريمة المستمرة : التي يقوم ركنها المادي على عنصر الدوام والاستمرارية "جريمة إخفاء أشياء مسروقة". تعتبر أنها ارتكبت في ظل القانون الجديد على الرغم من أن البدء في تنفيذها كان في ظل القانون القديم ما دام الجاني استمر في تنفيذها في ظل القانون الجديد.
- جريمة الاعتياد: التي يقوم ركنها المادي على تكرار الفعل المعاقب عليه لقيام الجريمة إذ يكفي أن يقع أحد هذه الأفعال في ظل القانون الجديد حتى نطبقه على هذه الجريمة "جريمة الاعتياد على التسول"
- الجريمة المتتابعة: التي يقع ركنها المادي في شكل دفعات رغم وحدة المشروع الإجرامي، يكفي أن تقع أحد² هاته الدفعات في ظل القانون الجديد حتى نطبقه على هذه الجريمة.
- ثانيا: الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم الرجعية (القانون الأصح للمتهم)
- حسب المادة 02 من ق ع " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة". ونعني بالاستثناء رجعية القانون الجديد الأصح للمتهم على وقائع ارتكبت في ظل القانون القديم.

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.ر 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975

معدل و متمم

² عبدالله أوهابيبية، مرجع سابق، ص42، 41

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

ولتطبيق القانون الأصلح للمتهم¹ لا بد من توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: التأكد من أن القانون الجديد هو الأصلح للمتهم: وهذه المهمة مسندة للقاضي الجنائي يقوم بالمقارنة بين القانون القديم (الذي وقعت في ظله الجريمة وتم إلغائه) وبين القانون الجديد الذي تجري في ظله المحاكمة، والضوابط التي يلجأ إليها لتحديد القانون الجديد هل هو أصلح للمتهم أم لا وهي:

أ- من حيث التجريم:

-إذا ألغى القانون الجديد نص التجريم أصبح الفعل مباحا؛

-إذا أدخل القانون الجديد سببا من أسباب الإباحة أو مانعا من موانع العقاب لم تكن موجودة في ظل القانون القديم؛

-إذا أضاف القانون الجديد ركنا من أركان الجريمة لم يكن موجودا في ظل القانون القديم (كاشتراط ركن الاعتياد)؛

-إذا ألغى القانون الجديد ظرفا مشددا للعقاب أو إذا أضاف ظرفا مخففا.

ب- من حيث العقاب:

-القاعدة العامة: أن القانون يكون أصلح للمتهم إذا خفف من العقوبة.

-إذا أخذ القانونان بنفس العقوبة، فيكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا جاء بعقوبة أخف، فإذا خفض من الحد الأدنى أو من الحد الأقصى أو من الحدين معا فهو الأصلح للمتهم.

يثور الإشكال في حالة ما إذا خفض القانون الجديد من الحد الأدنى ورفع من الحد الأقصى أو العكس هنا يجب المقارنة بين القانون القديم والجديد على أسس موضوعية وواقعية، فإذا رأى القاضي بأن المتهم يستحق وجدير بتخفيف العقوبة عليه فيطبق القانون الذي خفض من الحد الأدنى، أما إذا رأى القاضي أن المتهم يستحق عقوبة مشددة فيطبق القانون الذي خفض من الحد الأقصى.

إذا قرر القانون القديم عقوبتين على سبيل الوجوب وجاء القانون الجديد وقررها على سبيل الجواز

¹ الأمر رقم 66-156 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري مؤرخ في 08 يونيو 1966، ج.ر. 49 مؤرخة في 10 أوت 1966

معدل و متمم.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

فإن هذا الأخير يكون أصح للمتهم.

الشرط الثاني: صدور القانون الجديد قبل الحكم نهائيا في الدعوى: كي يستفيد المتهم من القانون الأصح له يجب أن يكون هذا القانون الجديد قد صدر قبل الحكم نهائيا في الدعوى العمومية، والحكم الثاني هو الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه سواء بالطرق العادية أو الغير العادية، وعلّة هذا الشرط في المحافظة على الاستقرار القانوني واحترام حجية الشيء المقضي به. فإذا لم تحرك الدعوى العمومية أو أنها حركت وصدر فيها حكم ابتدائي وجب على المحكمة النازرة في الدعوى أن تطبق القانون الأصح للمتهم من تلقاء نفسها (محكمة، مجلس، محكمة العليا). أما إذا أصبح الحكم باتا وقت صدور القانون الجديد فإنه يتمتع سريانه على الفعل الذي تم الفصل فيه ولو كان هذا القانون فعلا أصح للمتهم..

- الاستفادة من القانون الأصح بعد صدور حكم بات: إذا صدر قانون جديد بعد حكم بات يجعل الفعل مباحا.

- لا مصلحة للمجتمع في عقاب شخص عن فعل أصبح مباحا في نظره.

الشرط الثالث: أن لا يكون القانون القديم من القوانين المحددة الفترة: القانون المحدد الفترة هو القانون الذي يضعه المشرع لمواجهة ظروف استثنائية طارئة كالحرائق، الزلازل، حصار، حرب... وإن كان التشريع الجزائري لا يتضمن النص على حكم من هذا النوع من القوانين فإن غالبية الفقه الجنائي ترى أن القانون الأصح للمتهم لا يجوز تطبيقه على حالات وأوضاع نظمها القانون المؤقت واستنقت مدة العمل به. وهذا حتى لا تضيع الحكمة من وجود هذا القانون والمتمثلة في مجابهة أوضاع استثنائية، وأن من يخرق هذه القوانين يكون جديرا بالعقاب حتى بعد انقضاء العمل بها¹.

ب- التطبيق الفوري لقوانين الإجراءات أو قوانين الشكل والإجراءات وقاعدة عدم الرجعية: هي تلك القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي والاختصاص وسير الدعوى الجنائية وتنفيذ العقوبات فتطبق هذه القوانين بصفة استثنائية فور نفاذها من أجل وقائع ارتكبت قبل صدور ما دام لم يصدر فيها

¹ ابراهيم الشباني، مرجع سابق، 68، 69.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

حكم نهائي، وأهمية ذلك أنها تعتبر أفضل من القانون القديم. غير أن هذا التطبيق للقانون الجديد محكوم بشرطين:

- لا يطبق القانون الجديد فوراً كلما وجد لصالح المتهم المتابع أو المحكوم عليه حق مكتسب.
- أن لا يؤدي تطبيق القانون الجديد إلى إبطال الإجراءات التي تمت صحيحة في ظل القانون القديم.

الفرع الثالث: سرية النص الجنائي من حيث المكان.

لقيام الركن الشرعي يجب أن يكون النص الجنائي ساري المفعول قبل ارتكاب السلوك المجرم غير أن هذا غير كافي إذ لا بد من تحديد المكان الذي وقعت فيه هذه الجريمة لتحديد القانون الواجب التطبيق، وهو ما يطلق عليه بسرية النص الجنائي من حيث المكان والذي تحكمه أربعة مبادئ أولاً: مبدأ الإقليمية: ولا يمتد سلطان هذا القانون خارج الحدود الوطنية، إذن فالقاعدة الجنائية الوطنية حسب هذا المبدأ لها شقان:

- شق إيجابي: يعني أن لكل جريمة تقع في إقليم الدولة تخضع لتشريعها العقابي بغض النظر عن جنسية الجاني أو المصلحة المعتدى عليها.
- شق سلبي: أن النص الإيجابي -كأصل- لا سلطان له على ما قد يقع خارج الإقليم الوطني من جرائم.

- تطبيق مبدأ الإقليمية النص الجنائي: نصت المادة 03 من قانون العقوبات " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية"¹، ما المقصود بأراضي الجمهورية؟

أولاً: تحديد إقليم الدولة: حسب المادة 12 من دستور 1996 يتكون إقليم الدولة من ثلاثة عناصر:
- إقليم بري - إقليم بحري - إقليم جوي²

ثانياً: تحديد مكان ارتكاب الجريمة: يتكون الركن المادي من ثلاثة عناصر، فموضوع الركن

¹ الأمر رقم 66-156 و المتضمن قانون العقوبات الجزائري مؤرخ في 08 يونيو 1966، ج.ر. 49 مؤرخة في 10 أوت 1966 معدل و متمم

² الأمر رقم 96/المتضمن التعديل الدستوري والمؤرخ في 28 نوفمبر 1996

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

المادي بعناصره الثلاث في أحد الأقاليم المذكورة سابقا سهل علينا تحديد القانون الواجب تطبيقه وهو قانون الدولة التي وقعت فيها الجريمة سواء على إقليمها البري، البحري، الجوي. لكن الإشكال: في حالة وقوع أحد عناصر الركن المادي في إقليم (السلوك) والآخر (النتيجة) في إقليم آخر. لقد وضع المشرع الجزائري حلا لهذا الإشكال في المادة 586 من ق ا ج : "تعد مرتكبة في الإقليم الجزائري كل جريمة يكون عمل من الأعمال المميزة لأحد أركانها المكونة لها قد تم في الجزائر".

-الجرائم التي تعد مرتكبة في الإقليم الجزائري: إضافة إلى الحالة المذكورة في المادة 586 من ق ا ج : يمكن أن تعد جرائم مرتكبة في الإقليم الجزائري:

أ- الجرح والجنايات التي ترتكب على ظهر السفن وعلى متن الطائرات: - على ظهر السفن: امثال المادة 590 نستخلص منها حالتين يطبق عليها ق ع ج. - السفينة التي تحمل راية جزائرية أيا كان تواجدها. - السفينة التي تحمل راية أجنبية في ميناء البحرية الجزائرية...¹

-حالة الاشتراك : المنصوص عليها في المادة 06 من ق ا ج ويشترط لتطبيق هذا الحكم أن يكون افعال معاقبا عليه بالجزائر وفي القطر الذي ارتكبت فيه قاعدة ثنائية التجريم. وأن تكون الواقعة الموصوفة بأنها جناية أو جنحة قد ثبت ارتكابها بقرار نهائي من الجهة القضائية الأجنبية الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية هناك أشخاص لا يسري عليهم النص الجنائي الوطني رغم ارتكابهم الجرائم داخل إقليم الدولة وذلك لتمتعهم بحصانة وهذه الحصانة قد يكون مصدرها القانون الداخلي أو الخارجي.

الجرائم التي تقع بالجزائر و لا يطبق عليها قانون العقوبات: القاعدة العامة أن قانون العقوبات يطبق على من يرتكب الجريمة بالجزائر مهما كانت جنسيته و مركزه إلا أن هناك أشخاص لا يطبق عليهم و هم:

1- رئيس الدولة: يعتبر رئيس الجمهورية رئيس المجلس الأعلى للقضاء (م 154 دستور) و (م

¹ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

63 قانون القضاء)¹ و لكن لا يعني ذلك انه معفي من المسؤولية الجنائية فطبقا لنص المادة 158 من الدستور فانه تؤسس محكمة عليا للدولة تختص بمحاكمة الرئيس عن الأفعال التي توصف بأنها جناية عظمي.

2- نواب الشعب: طبقا لنص المادة 109 من الدستور فان النواب يتمتعون بالحصانة البرلمانية و عليه لا يطبق عليهم قانون العقوبات إذا توافر شرطين: الاول: أن تكون الجريمة من الجرائم القولية كالسب و الشتم و الالهانة و القذف. و الثاني : أن ترتكب الجريمة أثناء انعقاد الجلسة.

3- السلك السياسي الأجنبي: يتمتع أفراد البعثات الدبلوماسية و السياسية الأجنبية بحصانة سياسية تمنعهم من الخضوع للقضاء الجزائري و لكن لا يعني ذلك أن سلوكهم المجرم لا يخضع للعقاب بل يخضعون لقوانين بلدانهم.

4- السلك القنصلي: تطبق عليهم نفس الاجراءات التي تطبق علي السلك السياسي.

5- القوات المسلحة الأجنبية: بشرط أن يكون حضورهم للجزائر بناء على معاهدة أو اتفاق.

ثانيا : المبادئ الاحتياطية : لقد أثبتت الضرورات العملية في مكافحة الإجرام أن مبدأ الإقليمية غير كافٍ لضبط جميع أنواع الجرائم التي يتعدى نطاقها إقليم الدولة، مما أدى بالمشرع إلى الأخذ بمبادئ أخرى مكملة لمبدأ الإقليمية وهي :

أ) مبدأ الشخصية : يعني أن يطبق النص الجنائي على كل من يحمل الجنسية الجزائرية ولو ارتكب جريمة خارج إقليمها وذلك في حالة عودته إلى الجزائر وعلته ذلك حتى لا تكون الجزائر موطناً للخارجين عن القانون الذي يسيئون إلى الجزائر بارتكابهم جرائم في الخارج. تطبيق مبدأ الشخصية في القانون الجزائري بالنسبة للجنايات: نصت عليها المادة 582 من ق ا ج وتشرط لتطبيق المبدأ بالنسبة للجنايات:

- أن توصف الجريمة بجانية وفق القانون الجزائري بغض النظر عن وصفها في قانون الدولة التي وقعت فيها.

- أن يكون مرتكبها جزائري الجنسية أصلية أو مكتسبة المادة 584 ق ا ج

¹ قانون 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر. 58 مؤرخة في 08 سبتمبر 2004.

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

- أن ترتكب الجناية خارج إقليم الدولة؛
- أن يعود الجاني إلى الجزائر لا تجوز محاكمته غيابيا.
- أن لا يكون قد حكم على الجاني نهائيا بالخارج أو قضى العقوبة أو سقطت بالتقادم أو بالعفو عنها (عدم محاكمة الشخص مرتين. بالنسبة للجنح: المادة 583 من ق ا ج)
- يجب أن تكون الجريمة موصوفة بجنحة في القانون الجزائري والقانون الأجنبي في نفس الوقت؛
- بالنسبة للجنح التي ترتكب ضد الأشخاص فلا يجوز تحريك الدعوى العمومية إلا بناءً على شكوى قدمها المجني عليه أو بناءً من السلطات المختصة للدولة التي وقعت فيها الجنحة إلى النيابة العامة على مستوى الجزائر العاصمة؛ نفس الشروط المذكورة بالنسبة للجنايات.¹
- (ب) مبدأ عينية النص الجنائي معناه تطبيق النص الجنائي على كل شخص يحمل جنسية أجنبية ارتكب في الخارج جريمة تمس بالمصالح الأساسية للدولة الجزائرية بشرط أن يتم القبض عليه في الجزائر أو أن تحصل عليه عن طريق تسليمه من طرف الدولة التي وقعت فيها الجريمة المادة 588 من ق ا ج² شروط تطبيق مبدأ العينية: لتطبيق مبدأ العينية لا بد من توافر الشروط التالية
- 1- أن يرتكب الجاني جناية أو جنحة تمس بمصلحة أساسية للدولة الجزائرية؛
 - 2- أن يتمتع الجاني بجنسية أجنبية؛
 - 3- أن تقع هذه الجناية أو الجنحة خارج إقليم الجزائر؛
 - 4- أن يتم القبض على الجاني في الجزائر أو أن تحصل عليه الجزائر عن طريق تسليمه من طرف الدولة التي وقعت فيها الجريمة؛
 - 5- ألا يكون قد حكم على الجاني نهائيا أو قضى العقوبة أو سقطت بالتقادم.
- (ج) مبدأ العالمية معناه تطبيق النص الجنائي على كل شخص يحمل جنسية أجنبية ارتكب جريمة ضد الإنسانية في الخارج وتم القبض عليه في الجزائر كجرائم الحرب، الإرهاب، ... إلخ.
- (د) مبدأ خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة: انتفاء سبب من أسباب الإباحة عنصر يقوم عليه الركن الشرعي للجريمة، فإذا توافرت أحد أسباب الإباحة خرج الفعل عن نطاق نص التجريم وانتفت

¹ عبدالله أوهابيه، مرجع سابق، ص154

² الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

الفصل الثاني تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

الصفة غير المشروعة عنه وردته إلى أصله وهو المشروعية بعدما كان مجرماً وعلّة ذلك أن انتفاء علّة التجريم لا يعني عدم حمل الفعل معنى العدوان إذا ما ارتكب في ظروف معينة ما يبرر إباحتها كالشخص الذي يقتل دفاعاً عن النفس، الجراحة للتطبيب.. ونعرف الإباحة بأنها ظروف مادية أو موضوعية تلحق لسبب من أسباب الإباحة يعد فعلاً مشروعاً ويترتب على ذلك اعتبار كل مساهم في ارتكاب الجريمة بصفة فاعل أصلي أو شريك بريئاً لسريان هاتاه الأسباب عليه. التفرقة بين أسباب الإباحة وما يشتهب بها :

1- التمييز بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية: ¹

الأولى تتعلق بالركن الشرعي للجريمة وتؤثر في وجود هاتاه الأخيرة، في حين أن الثانية تتعلق بالركن المعنوي لها ولا تؤثر في وجودها فتقوم الجريمة الجنائية حتى بوجودها غير أنه لا تقوم المسؤولية الجنائية ولا يستفيد منها إلا من توافرت فيه مع إمكانية قيام المسؤولية المدنية في الأضرار التي سببتها الجريمة.

2- التمييز بين أسباب الإباحة وموانع العقاب :

وتعرف بأسباب الإعفاء من العقاب وهي لا تتعلق بأركان الجريمة حيث يقتصر أثرها على إعفاء الجاني من العقوبة فقط.

أسباب الإباحة في القانون الجزائري: نصت عليها في المادة 39 من ق ا ج هما حالتين: ²

أ- ما يأمر أو يأذن به القانون .

ب- الدفاع الشرعي. وتوجد حالات أخرى أقرها المشرع العقابي:

أ- حالة الضرورة . ب- رضاه المجني عليه.

أ- أمر القانون: أفعال يأمر بها القانون مباشرة وتتم تنفيذاً لأمر صادر عن سلطة عامة شرعية (مدنية كانت أو عسكرية) حيث تعتبر هذه الأفعال مباحة لا تقوم الجريمة بتوافرها (القانون سبب إباحتها) (مثال: موظف ينفذ عقوبة الإعدام صادر عن المحكمة...)

شروط الأفعال التي تتم تنفيذاً للقانون:

¹ عبدالله أوهابيه، مرجع سابق، ص 160

² الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

-توافر الصفة المطلوبة قانوناً: في القائم بذلك العمل كاشتراط صفة الموظف، ضابط الشرطة.
-أن تكون الغاية من تنفيذ هاته الأفعال (الأوامر) هو تحقيق المصلحة العامة وإلا تنتفي عن الفعل صفة المشروعية ويدخل في دائرة التجريم.

ب- ما يأذن به القانون: (استعمال الحق القانون يجيز في حالات معينة ويرخص ممارسة عمل معين (بدون ترخيص أعتبر ذلك العمل جريمة) والفرق بين ما يأمر به القانون وبين ما يأذن به: الأول إجباري يجب القيام به ويترتب على مخالفته قيام المسؤولية الجزائية، أما الثاني اختياري يقوم به الشخص أو يمتنع لا تقوم المسؤولية الجزائية.

أنواع الأعمال التي يأذن بها القانون: نوعين¹

1-الحالات التي يأذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطته التقديرية في حدود الرخصة المعطاة له، فعمله هنا لا يعد جريمة لأنه مستند إلى إذن من القانون (رخصة) عمل مباح (مثال: تقطيش المنازل....)

2-الحالات التي يأذن بها القانون للممارسة أحد الحقوق المقررة: من بينها:
-حق التأديب المقر بموجب الشريعة الإسلامية والعرف: الأب على أولاده، زوجته، معلم على تلميذه....

-حق ممارسة ومباشرة الأعمال الطبية (بشروط عمليات جراحية لا تعد اعتداء على الجسم.
-حق ممارسة الألعاب الرياضية: استعمال العنف وفق قواعد اللعبة (كالملاكمة.
شروط اعتبار الأفعال السابقة تندرج ضمن ما أذن به القانون وبالتالي سبباً للإباحة:
-أن يكون الحق المستعمل مقرراً بمقتضى قانون؛
-وقوع الفعل نتيجة استعمال هذا الحق؛

-ضرورة توافر الصفة المطلوبة قانوناً كالصفة الأب، الملاك، الطبيب...

-استعمال الحق في الحدود المسموح بها قانوناً.

الدفاع الشرعي:

¹ عبدالله أوهابيه، مرجع سابق، ص163

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

تعريفه: هو حق يقره القانون لمن يعدده خطر اعتداء حال على نفسه أو ماله أو نفس أو مال الغير باستعمال القوة اللازمة لرد هذا الخطر المادة 39 من ق ا ج¹ الشروط العامة للدفاع الشرعي.

1- شروط تتعلق بفعل الاعتداء:

أ- يجب أن يكون الاعتداء غير مشروع: أي أن يقع الاعتداء على مصلحة محمية قانونا، وبمعنى آخر أن يتجه إلى تحقيق جريمة إذا ترك بدون رد منه يحول دون ذلك، فالقانون يحمي حق الحياة وحق السلامة الجسدية وحق الملكية من القتل، الضرب، الجرح، السرقة... ولا يشترط في فعل العدوان أن تتحقق فيه كل عناصر الركن المادي وأن يصل إلى حد الشرع، فقد يكون الفعل مجرد عمل تحضيري ولكنه يحمل في طياته الخطر.

الاعتداء الصادر من عديمي المسؤولية (المجنون أو الطفل الغير مميز: يرى الفقه الجنائي أن إذا كان هذا الفعل مشروعاً من الناحية الذاتية بسبب عدم مسؤولية مرتكبه فإنه غير مشروع من الناحية الموضوعية ذلك أن أسباب انعدام المسؤولية لا تمحو الطابع الإجرامي عن الفعل المرتكب من طرف المعتدي. وخلصوا إلى أنه الفعل الذي يقوم به المجنون أو الطفل الغير مميز يمكن أن يكون محل رد مشروع.

ب- أن يكون الخطر حالاً: يقتضي هذا الشرط أن الخطر قائماً فإذا زال الخطر بالعدول أو الوقوع فلا مجال للتمسك بحالة الدفاع الشرعي، و إلا تحول إلى اعتداء يرتب المسؤولية الجزائية. ويستبعد هذا الشرط الخطر الوهمي أو المحتمل الذي سوف يقع في المستقبل². ويكون الخطر حالاً في صورتين:

الصورة الأولى: عندما يكون الجاني على وشك البدء في ارتكاب فعل العدوان.

الصورة الثانية: عندما يبدأ الجاني في ارتكاب الفعل العدواني وإحداث الضرر.

ج- أن يهدد الخطر النفس والمال: نص المادة 39 جاء عام وشامل، فكل الجرائم التي تقع على

¹ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

² عمر خوري، مرجع سابق، ص 203

الفصل الثاني

تقييد النصوص القانونية للتجريم للحريات والحقوق الدستورية

الأشخاص قتل، ضرب، انتهاك عرض... تجيز الدفاع الشرعي: كذلك الجرائم التي تقع على الأموال. وقد وسع نص المادة نطاق الدفاع ليشمل نفس ومال الغير.

شروط تتعلق بفعل الدفاع : هناك شرطان

أ- شرط اللزوم : أنه لا يمكن للمدافع رد الاعتداء إلا بارتكاب جريمة، فإذا كان بوسعه رد الخطر بفعل مشروع فلا يجوز له صده بفعل غير مشروع. يرى الفقهاء الجنائيين أن الشخص غير مطالب بها.

ب- شرط التناسب: لكي يثبت حق الدفاع الشرعي يجب تناسب أفعال الدفاع مع العدوان فلا يجوز الدفاع بأكثر مما يقتضيه رد العدوان. وتحديد هذا التناسب مسألة وقائع يفصل فيها قضاة الموضوع بالنظر إلى ظروف كل حالة (المدافع والمعتدي).
إثبات الدفاع الشرعي:

كقاعدة عامة : يقع إثبات الدفاع الشرعي على النياية العامة إثبات الشروط المطلوبة قانوناً لقيام حالة الدفاع الشرعي. القضاء الفرنسي قضى بأنه على المتهم إثبات توافر الشروط القانونية للدفاع الشرعي، ونشير إلى أن المشرع قد نص على حالات خاصة يكون فيها الدفاع الشرعي قرينة ويعفى المتهم من الإثبات¹.

ومنه فمبدأ الشرعية الجنائية من خلاله تقسم الجريمة بالنظر إلى الركن الشرعي الى جرائم سياسية وجرائم عادية، العادية هي التي تقع على الأشخاص والممتلكات أما السياسية فهي كل عمل سياسي يجرمه القانون. وللتمييز بين الجريمتين وضع الفقه معيارين أولهما شخصي: يتعلق بالدافع من وراء ارتكابها، أهو سياسي أم لا ؟و آخر موضوعي يبحث في موضوع الجريمة. والمشرع الجزائري لم يعرف هاته الطائفة من الجرائم.

¹ محمود محمود مصطفى، مرجع سابق

ان موضوع الحريات العامة من الموضوعات ذات الأهمية القصوى في الحياة اليومية للفرد والجماعة من جهة، وكذا تماسك وإستمرارية الحياة الإجتماعية وإزدهارها في إطار الدولة كتنظيم إجتماعي من جهة أخرى فالجزائر اهتمت بموضوع الحريات الدستورية بكل أنواعها كغيرها من دول العالم فبعد ان كانت الحريات العامة تدرس ضمن محاضرات القانون الدستوري، إزدادت أهميتها بمرور الزمن وأصبح لها مكانة خاصة على مستوى الدراسات القانونية، سواءً في إطار القانون العام أو في إطار القانون الخاص . حيث أصبحت تلعب دوراً أساسياً في تجسيد و بناء دولة الحق والقانون وكذا تكريس مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان . و هذا ما أدى إلى إستقلالية الحريات العامة بتحولها إلى مقياس يدرس في إطار محاضرات منفصلة عن محاضرات القانون الدستوري.

إن للحريات العامة الدستورية نظام قانوني خاص يزداد أهمية بمرور الزمن وذلك حسب تطور النظم القانونية، بل نستطيع القول أنه يكاد أن يكون لكل حرية عامة نظامها القانوني الخاص بها، دون أن ننسى أن هناك أحكام ومبادئ قانونية عامة مشتركة تمس جميع الحريات العامة التي كرستها الجزائر في دساتيرها حتى آخر دستور لسنة 2016 الذي كرس الحريات في مواد

فمنح الحرية في الصناعة والتجارة والاستثمار حتى وصل الى التكريس ومحاولة التجسيد على الواقع ليمارس كل فرد من المواطنين حريته في هذه الاتجاه حتى حرية التعبير التي عرفت في الاونة الاخيرة متغيرات حسب متغيرات الحالة السياسية التي تعيشها البلاد والحراك لقائم منذ 22 فيفري

وحيث يكون أن تنتهي حريتك عند بداية حرية الآخرين فان الحريات لا يمكن أن تكن بمنأى عن التجريم الذي تقسم الجريمة بالنظر إلى الركن الشرعي الى جرائم سياسية وجرائم عادية، العادية هي التي تقع على الأشخاص والممتلكات أما السياسية فهي كل عمل سياسي يجرمه القانون. وللتمييز بين الجريمتين وضع الفقه معيارين أولهما شخصي: يتعلق بالدافع من وراء ارتكابها، أهو سياسي أم لاوآخر موضوعي يبحث في موضوع الجريمة. والمشرع الجزائري لم يعرف هاته الطائفة من الجرائم. ومن نتائج التمييز بين الجرائم السياسية والعادية هو عدم تسليم اللاجئين المجرمين السياسيين بين الدول، أما العاديين فحسب اتفاق الدول بينها أما في النطاق الداخلي لم يميز المشرع الجزائري بين الجرائم السياسية والعادية على مستوى العقوبة. .

نظراً للأهمية العملية لهذا لمبدأ الشرعية التجريم سواء بالنسبة للأفراد أو للقضاء فأما بالنسبة للأفراد تمثل هذا المبدأ إنذار مسبق للعلم بالأفعال المجرمة والعقوبة المقررة لها وبالتالي ترك الحرية للأفراد

الخاتمة

بإتيان الأفعال الغير منصوصة عليه . أما بالنسبة للقضاء فإنهم يجدون في مبدأ الشرعية الأساس القانوني لتجريم الأفعال وتحديد العقوبات . فضلاً على أنه أفضل حل لمنع تسلط القضاة في الأحكام

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

أولاً: القرآن الكريم:

المراجع باللغة العربية:

ثانياً: الكتب:

1. ابراهيم الشباني، الوجيز في شرح القانون العقوبات الجزائري ، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة.
2. اسحاق ابراهيم منصور، موجز في علم الإجرام و العقاب، ط2، ديوان الطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة1991.
3. بوسلطان محمد، " ثلاثية المساواة وحرية الرأي والتعددية الحزبية في التطور الدستوري في الجزائر"، أشغال الندوة الإفريقية بالجزائر حول موضوع تطور القانون الدستوري في إفريقيا، مجلة المجلس الدستوري عدد خاص، الجزائر، العدد رقم 4 .
4. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات المصري العام، منتديات الحقوق و العلوم القانونية، تاريخ الزيارة 27 أكتوبر 2013.
5. طالع الأستاذ باسود عبد المالك، " الحريات الأساسية في التشريعات الداخلية"، الملتقى الدولي الثالث حول دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، 28 / 29 أفريل 2010 .
6. الطاهر بن خرف الله ، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجزء الثاني: التعبير الدستوري للحريات العامة الحقوق، طاكسيج. كوم، الجزائر، 2009 .
7. طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964 .
8. عبدالله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام ، بدون ط، موفم للنشر ،الجزائر، سنة2009
9. عماد ملوخية، الحريات العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012 .
10. عمر خوري، شرح قانون العقوبات -القسم العام- كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.

قائمة المصادر والمراجع

11. فتوح عبد الله الشادلي وعبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، النظرية العامة للجريمة بدون ط، دار الهدى للمطبوعات، الجزائر، سنة 1998.
12. محمد الطاهر ابن عاشور، أصول النّظام الاجتماعيّ في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، تونس.
13. وهبة الزّحيلي، حقّ الحرّيّة في العالم، دار الفكر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الرابعة، 2007 .
14. يحيى نورة، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، دون طبعة ، دار هوم، الجزائر، 2004 .

ثالثا: رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

15. عبد الغاني بسيوني عبد الله "النظم السياسية": أسس التنظيم السياسي، الدار الجامعية بيروت لبنان ، 1948 ، ص352 نقلا عن نعيم عطية، مساهمة في النظرية العامة للحريات الفردية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1964 .
 16. للتفصيل أكثر طالع عمران قاسي، الحريات الاساسية و حقوق الإنسان و المواطن و آليات ضمانها في دستور 96 ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، 2001 - 2002 .
 17. مريم عروس، النظام القانوني للحريات العامة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998 - 1999 .
 18. ناجمي سمية، الحقوق والحريات في الدستور الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح ورقلة - 2013 .
- رابعاً: مجالات:

19. رافع ابن عاشور، الحريات العامة في النظم الديمقراطية، مجلة التسامح، العدد الخامس والعشرون، تونس، 2009 .

قائمة المصادر والمراجع

النصوص القانونية:

1-الدهاتير:

20. دستور 1996

2-الأوامر:

21.الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

22.الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

23.الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

24. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

25. الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمار، ج ر 80 ، (ملغى).

26.الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.ر. 78. مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم.

27.الأمر رقم 89 المتضمن التعديل الدستوري والمؤرخ في 23 فبراير 1989.

28. الأمر رقم 96/المتضمن التعديل الدستوري والمؤرخ في 28 نوفمبر 1996.

29.الأمر رقم 66-156 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري مؤرخ في 08 يونيو 1966، ج.ر. 49 مؤرخة في 10 أوت 1966 معدل و متمم.

30. القانون رقم 02-01 المؤرخ في 5 فيفري 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر رقم. 08 .

31. الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر 47.

قائمة المصادر والمراجع

32. الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر 43 .
33. الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد والقرض، ج ر 52 المعدل والمتم بواسطة الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، ج ر 44.
34. الأمر رقم 04-10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد والقرض، ج ر 50 .
35. الأمر رقم 66-156 و المتضمن قانون العقوبات الجزائري مؤرخ في 08 يونيو 1966، ج.ر 49 مؤرخة في 10 أوت 1966 معدل ومتمم.
36. الأمر رقم 66-156 و المتضمن قانون العقوبات الجزائري مؤرخ في 08 يونيو 1966، ج.ر 49 مؤرخة في 10 أوت 1966 معدل و متمم
37. الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر . 44
38. الأمر رقم 10 - 04 المؤرخ في 26 أوت 2010 ، ج ر . 50 .
- 3-القوانين:**
39. الدستور "الحق في الدفاع معترف به الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية .
40. القانون المدني الجزائري
41. القانون المدني الفرنسي
42. القانون رقم 63 - 277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمار، ج ر سنة 1963 ، ص 774 ، (ملغى.)
43. قانون رقم 15 - 15 المؤرخ في 15 جوان 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر 41 .

قائمة المصادر والمراجع

44. القانون المتضمن التعديل الدستوري، ج ر 06.
45. القانون رقم 62-166 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد العمل بالتشريع الفرنسي، ج ر 1962.
46. القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982 المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج ر.
47. القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05 ماي 1989 المتعلق بالأسعار، ج ر . 29 .
48. القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 ، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر .
49. القانون رقم 03.2000 المؤرخ في 06 أوت 2000 ، المتعلق بالقواعد العامة للبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية، ج ر رقم 48.
- قانون 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر.58 مؤرخة في 08 سبتمبر 2004.
50. القانون رقم 16 - 01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المتضمن تعديل الدستور، ج ر . 14
51. لقانون رقم 08-04 المؤرخ في 14 أوت 2004 يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر . 52
52. قانون رقم 06-13 المؤرخ في 23 جويلية 2013 يعدل ويتم القانون رقم 08-04 المؤرخ في 14 أوت 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ، ج ر 39 .
53. لقانون رقم 09-16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر 46 .
- 4-المراسيم الرئاسية:**
54. المرسوم الرئاسي رقم 94 - 40 المؤرخ في 29 جانفي 1994 المتعلق بنشر الأرضية المتضمنة الوفاق الوطني حول المرحلة الانتقالية، ج ر 06 .

قائمة المصادر والمراجع

المراسيم التنفيذية:

55. المرسوم التنفيذي رقم 111-15 المؤرخ في 03 ماي 2015 يحدد كفايات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري، ج. ر. 4
56. المرسوم التنفيذي رقم 234-15 المؤرخ في 29 أوت 2015 يحدد شروط وكفايات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، ج. ر. 48
57. المرسوم التنفيذي رقم 140-13 المؤرخ في 10 أبريل 2013 ، يحدد شروط ممارسة الأنشطة التجارية غير القارة، ج. ر.
58. المرسوم رقم 88-201 المؤرخ في 18 أكتوبر 1988 المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج. ر.
59. المرسوم التشريعي رقم 12-93 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر. 64.
60. المرسوم التنفيذي رقم 249-15 المؤرخ في 29 سبتمبر 2015 يحدد محتوى وتمحور وكذا شروط تسيير وتحيين مدونة الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، ج. ر. 53 .

باللغة الفرنسية:

61. M-C.BELMIHOUB : Comment améliorer le climat des affaires pour une croissance de durable ,Panel dur le développement l'entreprise privée en Algérie 24 ,avril.2001
62. Banque Mondiale ,Doing Business ,2016 mesure de la qualité et de l'efficience du cadre réglementaire, 2016.

63. S. FERDI : Un droit de préemption très problématique ; Après Djezzy ,une affaire Nedjma ,le Quotidien d’Oran 11 ,septembre. 2012.
64. N.GRIM ,Entrepreneurs ,pouvoir et société en Algérie ,Casbah éditions ,Alger ,2012 .
65. CH.BENNADJI : Le droit de la concurrence en Algérie ,RASJEP ,2000 ,n ,03.
66. H.TEMMAR : Les fondements théoriques du libéralisme, OPU, Alger, 2005.
67. «...La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue»
68. BOUSSOUMAH.M ,Algérie en socialiste entreprise, Alger ,1982.
69. A.MAHIOU : Cours d’institutions administratives 3 ,eme édition, Alger ,OPU ,1981 .
70. A.BENHENI : Evolution du droit de propriété en Algérie ,IDARA ,n, ,2,1996 .
71. A.DE LAUBADERE : Droit public économique, Dalloz, Paris, 1974, p243.
72. W.LAGGOUNE : Le contrôle de l’Etat sur l’entreprise industrielle privée en Algérie, les éditions internationales, Alger, 1996.
73. « Ensemble des droits reconnus aux individus, isolément ou en groupe, face à l’Etat » , Le petit Larousse illustré 2013, édition Larousse, 2012, Paris.

قائمة المصادر والمراجع

74. El-Hadi Chalabi، l'Algérie، l'Etat et le droit (1979-1988)، édition Arcantère، paris، 1989.

75. Rivero Jean (1910-2001) et Hugues Moutouh، Les libertés publiques، Tome 1، 9ème édition et mise à jour، Presses universitaires de France، Paris، 2003.

صفحة	الموضوع
	شكر
	الاهداءات
أ	مقدمة
الفصل الاول : تعريف الحريات الدستورية	
06	تمهيد
07	المبحث الاول: تعريف الحريات العامة وعلاقتها بمبدأ المساواة وبيعض المصطلحات المرتبطة
07	المطلب الاول : تعريف الحريات العامة
07	الفرع الأول: تعريف الحرية من المنظور القانوني
09	الفرع الثاني: تعريف الحريات العامة وموقف المشرع الجزائري من ذلك
11	المطلب الثاني: مبدأ المساواة كأساس للحريات العامة
12	المطلب الثالث: بعض المصطلحات الأخرى التي لها علاقة بالحريات العامة
15	المطلب الأول: حرية الصناعة والتجارة والاستثمار
15	الفرع الأول: حرية الصناعة والتجارة
22	الفرع الثاني: ضمانات مبدأ حرية الصناعة والتجارة
29	الفرع الثالث: تطور مكانة مبدأ حرية الاستثمار من التهميش الى التكريس
36	المطلب الثاني : حرية التعبير
36	الفرع الأول: مفاهيم في المفهوم العام
28	الفرع الثاني: واقع حرية التعبير في القانون الجزائري
الفصل الثاني: تقييد النصوص القانونية لتجريم الحريات والحقوق الدستورية	
41	تمهيد
42	المبحث الاول: ماهية مبدأ شرعية الجرائم
42	المطلب الاول : مفهوم مبدأ شرعية الجرائم
42	الفرع الأول: مدلول مبدأ شرعية الجرائم

فهرس المحتويات

43	الفرع الثاني: جذور مبدأ شرعية الجرائم
46	الفرع الثالث: أسس ودعائم مبدأ الشرعية
47	المطلب الثاني: تقييم مبدأ شرعية الجرائم
47	الفرع الأول: أهمية مبدأ الشرعية
51	الفرع الثاني: نتائج مبدأ شرعية الجرائم
51	الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة للمبدأ
54	المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ شرعية الجرائم على الحريات الدستورية
54	المطلب الأول: مصادر النصوص الجزائية وتفسيرها
54	الفرع الأول: مصادر النصوص الجزائية
55	الفرع الثاني: تفسير النصوص الجزائية
58	المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ الشرعية والنص الجنائي
58	الفرع الأول: نطاق تطبيق مبدأ الشرعية
59	الفرع الثاني: سريان النص الجنائي من حيث الزمان
62	الفرع الثالث: سريان النص الجنائي من حيث المكان
94	الخاتمة
-	قائمة والمراجع
-	فهرس المحتويات