الترخيص الإداري المسبق كآلية لممارسة حرية الاستثمار و التجارة
(دراسة حالة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة)

The advanced administrative license as a mechanism for the exercise of freedom of investment and trade (the activities that depends on sensitive establishments)

سلاوي يوسف : أستاذ محاضر"ب"

كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-

تاريخ إرسال المقال: 27/01/2019 **تاريخ قبول المقال:** 16/06/2019

الملخص

إن إ اعتماد حرية الإستثمار و التجارة كمبدأ دستوري من خلال المادة 43 من التعديل الأخير دلالة واضحة على أن الدولة الجزائرية تسهر على ضمان حقوق و حريات الأفراد ، لكن بالمقابل مازالت الدولة كسلطة عامة تحتفظ لنفسها بوظيفة ضبطية تعتبر من أهم مميزات وجود أي دولة ، حيث تهتم بحفظ النظام العام من خلال اتخاذ تدابير و إجراءات وقائية وردعية خاصة في مختلف المجالات، حيث من بين هذه الإجراءات الوقائية نجد آلية التراخيص الإدارية المسبقة لمزاولة بعض الأنشطة التجارية ، و هذا الإجراء يعتبر وسيلة رقابية قانونية مرهونة دائما بالمصلحة العامة، حيث أن هذا الترخيص في الظاهر لا يشكل عائق في ممارسة الحريات، و كمثال نأخذ ضرورة الحصول على اعتماد مسبق لممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة من خلال المرسوم التنفيذي 09-410 ، حيث يكون شرط الحصول على ترخيص مسبق لمزاولة هذا النوع من النشاطات أقرب لاستثناء من حظر عام على الممارسة منه إلى تقييد للحرية و هذا نظرا لخطورة و حساسية هذه الأجهزة على الأمن الوطني و النظام العام.

الكلمات المفتاحية: حرية الإستثمار و التجارة، الترخيص الإداري، التقييد، التجهيزات الحساسة، الإعتماد المسبق، النشاطات التجارية المقننة، الحظر.

المؤلف المرسل: سلاوي يوسف، yojosef 84@gmail.com

Abstract

Adapting the principle of investment and trade freedom as a constitutional principal derived from subject43 from the recent legal modification is a proof that the Algerian state works to ensure individuals liberties and rights. However, the state is still as a general doctrine possesses the function of adjustments as one of the main characters of any state. In addition to that, this procedure does not represent a barrier to practice liberties. For example, it is necessary to receive the prior administrative approval on the activities that uses sensitive establishments or tool as executive law 09-410 indicates. In fact, conditioning to receive the prior administrative approval is close to be exceptional than facing a general prevention due to the risks associated with involving in such activities which may affect the national security and the general order.

Key words: the freedom of investment and trade, the administrative approval (license), constraint, the sensitive establishments, the prior adaptation, the legalized commercial activities, general prevention of freedom.

مقدمة

لقد شهدت الجزائر تحولات واسعة في التوجهات السياسية و الاجتماعية والاقتصادية، خاصة بعد فشل النهج الإشتراكي في تحقيق النمو الاقتصادي، و لهذا وجدت السلطات الجزائرية نفسها أنداك أمام حتمية تغيير النظام الاقتصادي و التوجه إلى اقتصاد السوق، الذي من أهم سماته هو فتح المجال أمام الحرية الإقتصادية أمام القطاع الخاص، و هذا تجسد على ارض الواقع من خلال سن العديد من النصوص القانونية و التنظيمية بداية من دستور 1989 حتى يومنا الحالي.

هذا التحول تميز بتكريس مبادئ النظام اللبرالي من خلال خلق جو للمنافسة و التحفيز على الإستثمار، وجعل مجال ممارسة النشاطات التجارية حقلا مفتوحا أمام جميع الأشخاص الطبيعية و المعنوية، العامة و الخاصة، الوطنية أو الأجنبية، و هذا من خلال تكريس مبدأ حرية الصناعة والتجارة في دستور 1989 لتتغير صياغته في التعديل الدستوري الأخير في 2016 و تصبح حرية الإستثمار و التجارة في المادة 43 منه.

لكن رغم اعتماد حرية الاستثمار و التجارة كمبدأ دستوري مازالت الدولة كسلطة عامة تحتفظ لنفسها بوظيفة ضبطية تعتبر من أهم مميزات وجود أي دولة ، لأن هذه الوظيفة مرتبطة بحفظ النظام العام من خلال إتخاذ تدابير و اجراءات وقائية

وردعية خاصة في مجال الإستثمار و التجارة ، حيث من بين هذه الإجراءات الوقائية نجد آلية التراخيص الإدارية المسبقة لمزاولة بعض الأنشطة التجارية المقننة، و هذا الإجراء يعتبر وسيلة رقابية قانونية مرهونة دائما بالمصلحة العامة.

إن هذا الترخيص في الظاهر لا يشكل عائقا في ممارسة الحريات، و إنما يعتبر كقيود فرضت لحماية النظام العام حتى لا تعم الفوضى فيما لو ترك الأفراد يمارسون حرياتهم دون تقنين أو تنظيم.

لكن حجم التقييد الذي أقرته الدولة على بعض النشاطات المقننة على غرار ممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة (موضوع دراستنا) يشكل عائقا كبيرا أمام فتح المجال للإستثمار في هذه المجالات بالمقارنة مع مبدأ حرية الاستثمار و التجارة المقرر دستوريا.

حيث نجد أن الدولة فيما يخص النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة والنشاطات الشبيهة بها ، تعتبرها تشكل خطرا و تهديدا على عنصر الأمن الوطني ، و بالتالي وضعت لها نظام تقييد خاص يختلف عن باقي النشاطات الأخرى، من خلال المرسوم التنفيذي رقم 09-410 المؤرخ في 10 ديسمبر 2009 الذي يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة،المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 16-61 المؤرخ في 11 فيفري 2016 .

لقد نص المرسوم التنفيذي رقم410/09 على ان ممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة لا يكون إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق من طرف الإدارة المعنية ، و هذا في حالة توفر مجموعة من الشروط في الأشخاص طالبي الرخصة و كذلك إتباع مجموعة من الإجراءات.

من خلال ما سبق يمكن طرح الإشكال التالي: هل يعتبر الترخيص الإداري المسبق كآلية لمزاولة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة تقييد الحرية الإستثمار و التجارة أم استثناءا عن حظر عام للممارسة ؟

و للإجابة على هذه الإشكالية سأتناول شرط الحصول على الترخيص الإداري لممارسة النشاطات التجارية كمبحث أول، و ضمن هذا المبحث سأتناول المبدأ العام و هو حرية الإستثمار و التجارة في الجزائر، و من ثم شرط الترخيص الإداري المسبق كإستثناء عن المبدأ و بعد ذلك مبررات اللجوء لهذا النوع من التقييد في بعض مجالات الإستثمار و التجارة (غالبا المصلحة العامة)، أما في الجزء الثاني من هذا المقال حاولت أن أخذ دراسة حالة تطبيقية عن بعض النشاطات التجارية الخاضعة للترخيص الإداري

المسبق لممارستها (النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة)كمبحث ثاني، تطرقت من خلاله إلى مضمون هذا النشاط و شروط ممارسة هذا النشاط و أيضا تقييد ممارسته بشرط الحصول على الإعتماد المسبق(الترخيص المسبق)، و مدى اعتبار هذا الترخيص الإداري المسبق تقييد للحرية أم استثناء من حظر عام لممارسة هذا النشاط.

المبحث الأول: شرط الحصول على الترخيص الإداري المسبق لممارسة بعض النشاطات

إن أغلب الدول النامية تواجه مشكلة إنخفاض حجم الإستثمارات، حيث يشكل الإستثمار أحد المتغيرات المؤثرة في تطور الدول و نموها الإقتصادي ، و يمثل العامل الأساسي للتنمية، و لما كان كذلك سعت أغلب الدول النامية على غرار الجزائر اعتماد حرية الإستثمار كمبدأ دستوري ، إلا أن الدولة إحتفظت لنفسها بوظيفة الضبط و هذا لإيجاد التوازن بين نشاط الفرد و مصلحته الخاصة من خلال تنظيم هذه الحرية و نطاق ممارستها و ذلك بهدف الحفاظ على النظام العام و تحقيق المصلحة العامة الإقتصادية خاصة، فما هو نطاق حرية الإستثمار و التجارة الممنوحة للأفراد؟ و كيف يتم تأطير هذه الحرية من قبل الدولة عن طريق شرط الحصول على ترخيص إداري مسبق؟

المطلب الأول : حرية الإستثمار و التجارة من الحريات العامة في الجزائر

في فرنسا تم التأكيد على الطابع الدستوري لحرية المبادرة الخاصة ، و اعتبرت كركيزة أساسية لحرية التجارة و الصناعة ، و هذا بعد أن قام المجلس الدستوري الفرنسي بإصدار قرار في 16 جانفي 1782، المتعلق بالتشريعات الخاصة بالتأمينات، و يترتب على ذلك منع المشرع من تقييد هذه الحرية بصفة تعسفية و إلا عد ذلك مخالفا لأحكام المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789.

إذن مما لا شك فيه أن حرية الصناعة و التجارة تعتبر من الحريات العامة التي لا تقبل التعسف في تقييده بكل حال من الأحوال، أما في الجزائر فقد تم تناولها كما يلي:

الفرع الأول: ظهور و تطور حرية الصناعة و التجارة في الجزائر

إن مبدا حرية التجارة و الصناعة يكرس حرية الأفراد في ممارسة أي نشاط تجاري و صناعي أو حرفي، و حرية الأفراد في إنشاء أي مؤسسة في مختلف النشاطات بشرط مراعاة قوانين التجارة و الإستثمار و الضبط الإقتصادي ، و عدم تدخل الدولة مبدئيا في ممارسة النشاط الإقتصادي الذي يستقل به الخواص أصلا ، و يتضمن في الأصل حريتين أساسيتين هما :

- حرية المبادرة : بمعنى حرية كل شخص في إنشاء نشاط إقتصادي أو حر في يراه مناسبا له.

- حرية المنافسة: فالأعوان الاقتصاديون عليهم احترام كل فكرة أو قاعدة لا تمنع المنافسة. و بمقتضى هذا المبدأ لا يجوز للدولة المساس بالمنافسة ، فلا يجوز لها ممارسة النشاطات الاقتصادية و التجارية أو تحول دون المساواة بين المتنافسين.

أما في الجزائر[1] تم تكريس مبدأ حرية التجارة و الصناعة دستوريا صراحة أول مرة في دستور1996 و ذلك في نص المادة 37 منه كما يلي:"حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس في إطار القانون" ، و بهذا النص يكون الدستور قد أضفى حماية كافية لمبدأ حرية التجارة و الصناعة ضد كل ما يمكن أن يقع من صور التعدي سواءا كانت صادرة من الدولة أو الخواص ، و استبعد المشرع كل الحواجز و العوائق التي تحول دون قيام المؤسسات الخاصة بالمشاركة في عملية التنمية ،والإقرار بحرية المنافسة التي نادت بها المنظمات الدولية .

فالمنافسة الحرة مسألة ملازمة للتجارة والصناعة لأنه لا يتحقق الاعتراف بحرية التجارة والصناعة في محيط لا يسوده التنافس. لذلك فقد جاءت الصيغة الدستورية بعبارة "تمارس في إطار القانون "

لكن قبل صدور الدستور تجسد التوجه الاستثماري في المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار[2] الذي احدث ثورة في مجال القانون الداخلي بتكريسه لأول مرة مبدأ حرية الاستثمار، حيث حدد نطاق تطبيقه في نص المادة الأولى التي أقرت على انه :" يطبق على مختلف الاستثمارات الوطنية الخاصة وعلى الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات باستثناء الأنشطة الاقتصادية المخصصة صراحة بنص تشريعي "حيث يرى الأستاذ "عجة جيلالي"[3] أن هذه الحرية لم تكن مطلقة من خلال:

-تقييد إنجاز بعض الاستثمارات بشرط الحصول على الاعتماد المسبق .

-استبعاد الاستثمارات المخصصة صراحة للدولة.

لكن التوجه نحو تكريس أكثر لمبدأ الحرية الاستثمارية تجسد من خلال المرونة في الانفتاح على أكبر قدر من النشاطات الاقتصادية مراعاة للمتطلبات المفروضة في هذه المرحلة لذلك فقد حدثت نقلة نوعية في الانفتاح أكثر على الاستثمارات من خلال الأمر 03/01 المعدل المتمم الصادر في أوت من عام2001 [4]الذي جاء ب :

- استبعاد تقنية الاعتماد واشترط تقنية التصريح الذي يعد إجراءا شكليا .

-نصه صراحة في المادة 04 منه " على أن تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة "

وانطلاقا من كل ما تم بيانه في هذا الجانب نلاحظ :تقليص حدة الاحتكارات العمومية ، فإذا كانت حرية التجارة والصناعة كمرحلة أولى لا تنطبق على النشاطات المخصصة صراحة للدولة سيما الإستراتيجية و منها قطاع المحروقات ،فان هذه الحرية في المرحلة الثانية تطبق على جميع النشاطات بما فيها الإستراتيجية ، ولكن بمراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ حرية الإستثمار و التجارة

و تأكد التجسيد من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016 في مادته 43 ، لكن مع بعض التغيير في المصطلحات المستعملة كما يلي :"حرية الإستثمار و التجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون..." و لكن قبل التطرق للطبيعة القانونية أحاول التطرق للتغيير بين المادة 37 من دستور1996 و المادة 43 من التعديل الأخير، حيث نلاحظ أنه كان هناك إستبدال لمصطلح "الصناعة" بمصطلح "الاستثمار" ، و أيضا عوض تعبير "مضمونة" بتعبير "معترف بها" .

و ما يثار هنا هو لماذا إستبدل المؤسس الدستوري مصطلح الصناعة بمصطلح الإستثمار؟ حسب رأيي فإن مفهوم الإستثمار هو واسع و يحتوي مفهوم التجارة كنشاط ، فكان من الأحسن لو أن المشرع أبقى على المبدأ كما كان في المادة 37 "بحرية الصناعة و التجارة" أو تغييره في المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016 " بحرية الإستثمار فقط" لكان المعنى واضحا و صريح، و هذا ما ذهب إليه الأستاذ بوجلطي أيضا[5].

حيث أنتعريف الاستثمار إنما يرتكز على تقديس الحرية الاقتصادية والتي هي القاعدة العامة لكل تنمية فحرية الاستثمار التي تعني "إزالة كل الحواجز الاقتصادية والتشريعية لحركة الرأس المال الوطني منه والأجنبي"

و أيضا يعتبر الإستثمار هو توظيف المال بهدف تحقيق العائد أو الربح ، و قد يكون الإستثمار على شكل مادي ملموس(الأراضي، البنايات ، المنشات...) أو تكون على شكل غير مادي مثل النقود ، الودائع تحت الطلب، السندات و الأسهم...، و من فإن عملية توظيف الأموال سواءا كانت في الموجودات المادية أو المالية تعتبر استثمارا[6].

أما حسب ماجاء في النص القانوني رقم 16-09 المتعلق بالإستثمار[7] الذي يلغي جميع النصوص السابقة ، فقد جاء في المادة 02 منه تعريف للاستثمار كما يلي:" يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

1- إقتناء أصول تندرج في إطار إستحداث نشاطات جديدة و توسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل.
2- المساهمات في رأس مال الشركة.

أما عن الطبيعة القانونية لمبدأ حرية الإستثمار و التجارة في القانون الجزائري فمن خلال النص الدستوري (تعديل 2016) ، فإن المادة 43 جاءت ضمن الفصل الرابع المعنون ب"الحقوق و الحريات" بالإضافة إلى أن المشرع استعمل صراحة تعبير "الحرية" للدلالة على المبدأ في المادة 43 ، و من هنا يتبين أن مبدأ حرية الإستثمار و التجارة تعتبر من الحريات العامة المعترف بها[8] ، و تمارس في إطار القانون ، الذي يكفل بدوره ممارستها بكل حرية.

لكن هذه الحرية موجود إلا في النص الدستوري و لا نجدها مجسدة في النص القانوني الجديد المتعلق بالإستثمار و هو القانون16-09 ، و هذا بخلاف ما كان في النص السابق و هو الأمر01-03 في المادة 4 منه: "على أن تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة" ، و منه نلاحظ أن المشرع قد تراجع نوعا ما فيما يتعلق بإطلاق هذه الحرية و التفكير من جديد في التضييق عليها و هو ما نستشفه أيضا من خلال الصفة التدخلية و الضبطية للدولة التي جاءت ضمن المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016 ، و من بين الإجراءات الهامة التي تكفل بها الدولة تقييد حرية الإستثمار والتجارة هو شرط الحصول على الترخيص الإداري لمزاولة بعض النشاطات.

المطلب الثاني: الترخيص الإداري كإستثناء على مبدأ حرية الإستثمار و التجارة

إن نظام الحصول على الترخيص المسبق موجود في العديد من الأنشطة ، فمثلا نجده فيما يتعلق برخص البناء ، أو في المجال الإجتماعي كالرخصة الأبوية أو الزوجية ، كما نجده في المجال العلمي كرخصة القيام بتجارب علمية ، لكن أنا سأتطرق بالدراسة في الترخيص الإداري لمزاولة النشاطات الإستثمارية و التجارية كحرية ممنوحة للأفراد بموجب الدستور .

إن إستعمال الترخيص الإداري المسبق كأداة أو وسيلة قانونية رقابية مرهون دائما بتحقيق المصلحة العامة للمجتمع أو حفظ النظام العام بجميع عناصره التقليدية أو الحديثة منها ، و هنا تمتلك الإدارة سلطة تقديرية لمنح هذه الرخصة أو رفض منحها ومدى تأثيرها على تحقيق المصلحة العام و النفع العام، و لتبيان أهمية هذا الإجراء سنتطرق إلى توضيح مفهومه.

الفرع الأول: الترخيص الإداري المسبق كوسيلة تنظيم و رقابة

إن المقصود بالترخيص هو الإجراء الذي يمكن الإدارة من ممارسة رقابة صارمة على بعض النشاطات ، حيث يجب أن تكون هذه النشاطات مقبولة صراحة من السلطات المعنية[9] ، أو بتعبير أخر فالترخيص هو وسيلة وقائية تربط بين الإدارة و القائم بالنشاط ، لأنها عبارة عن إذن أو موافقة مسبقة تمنحه جهة إدارية من أجل القيام بنشاط معين في إطار مشروع ، هذا التعريف يعكس إتجاه القانون الفرنسي فيما يتعلق بالنظرية العامة لممارسة الحريات العامة، حيث يعتبر نظام الترخيص الإداري نظام وقائي يعلق ممارسة الحرية بشرط قبول الهيئات العمومية و بما أنه نظام قد يمس بالضمانات الأساسية فإنه يجب أن يتم وضعه من قبل المشرع[10]، وهذا نظرا لحساسية هذا الإجراء و خطورة إستعمال هذه الوسيلة القانونية على الحقوق و الحريات ، حيث يمتثل هذا الحظر في رهن ممارسة النشاط أو الحرية المقصودة و تعليقها على شرط موافقة السلطة الإدارية ، فإنه قد كان هناك العديد من التعاريف للترخيص الإداري من قبل الفقهاء.

الفقرة الأولى: تعريف الترخيص الإداري المسبق

لقد قدم الفقهاء عدة تعاريف للترخيص الإداري المسبق ، سأذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر لتبيان أهمية و ضرورة هذا الإجراء كوسيلة تنظيم و رقابة كما يلي:

عرفه محمد الطيب عبد اللطيف بقوله: " الترخيص وسيلة من وسائل تدخل الدولة في ممارسة النشاط الفردي للوقاية مما قد ينشأ عنه من ضرر، وذلك بتمكين الهيئات الإدارية بفرض ما تراه ملائما من الاحتياطات التي من شأنها منع هذا الضرر، أو رفض الإذن بممارسة النشاط إذا كان لا يكفي للوقاية منه اتخاذ الاحتياطات المذكورة أو كان غير مستوفٍ للشروط التي قررها المشرع سلفا[11] "

وعرفه عصمت عبد الله الشيخ بأنه " الإجراء الذي بمقتضاه يتم استئذان الإدارة بممارسة نشاط معين[12]" موضّحاً أن الترخيص بهذا المعنى يقوم على عدة عناصر هي:
- أن هناك نشاطاً أو حريةً يستوجب المشرع لممارستها الحصول مقدماً على إذنٍ من الإدارة.
-استئذان الإدارة في مباشرة أو ممارسة هذا النوع من النشاط.
- لا تستطيع الإدارة أن تمنع الأفراد من التقدم بطلب الحصول على الإذن.

ومن جهته عرفه محمد جمال عثمان جبريل بأنه: " إذن بالتصرف يمنح حق ممارسة النشاط المرخص به، وهو قرار يصدر عن سلطة معينة يحمل في طياته ضماناً للمرخص له وللغير بقانونية العمل المرخص به."

و يضيف أيضا من حيث وظيفة وأثر ودور الترخيص الإداري في مراقبة النشاط الفردي قوله: "ومن ناحية أخرى فالترخيص قرار سابق، فهو يتوقف عليه ممارسة النشاط، أي لا يجوز ممارسة هذا النشاط قبل الحصول عليه، فهو قرار إداري يصدر قبل البدء في تنفيذ النشاط الذي يخضع له، فهو قرار لازم قانوناً قبل كل بداية لممارسة النشاط المشروط به.[13]"

وعرفه محمد جمال عثمان جبريل أيضا انطلاقا من إحدى خصائصه بأنه " مستند إداري قانوني يمنح المرخص له حق أو أهلية ممارسة نشاط معين. ومن جانب آخر يشكل ضمانة للجهة الإدارية مانحة الترخيص أن تراقب استخدامه، وضمانة لمرخص له في مواجهة العدول غير القانوني من جانب الإدارة [14]."

ليخلص في نهاية بحثه في تكييفه للترخيص الإداري إلى القول بأن "الترخيص الإداري صورة من صور التنظيم والتقييد التي تستخدمها الإدارة في مواجهة الأفراد، وهو وسيلة رقابية سابقة على ممارسة النشاط، و هو أيضا أسلوب وقائي لتحقيق الغايات الضابطة المتمثلة في حماية النظام العامسواء في مفهومه التقليديأو مفهومه الحديث[15]" .

يتضح من ذلك أن الترخيص الإداري وسيلة قانونية إدارية تمارس بواسطتها السلطة الإدارية رقابتها السابقة وحتى اللاحقة على النشاط الفردي.

فهو إجراء إداري له دور وقائي، يعطي الإدارة إمكانية المحافظة على النظام العام لدى ممارسة الأفراد حقوقهم وحرياتهم ووقاية المجتمع من أخطار النشاط الفردي أو تنظيم مزاولته بهدف توقي الاضطرابات في المجتمع ومنع الإضرارَ به وحماية النظام العام به[16] .

لكن ما يلاحظ أن هناك استعمالات قانونية و إدارية مختلفة للدلالة على الترخيص الإداري المسبق من حيث المصطلحات المستعملة على معنى الترخيص الإداري كعمل قانوني، و من الناحية العملية كوثيقة أو مستند قانوني يتعين على الأشخاص الحصول عليه بغرض ممارسة نشاط منظم أو مقنن أو ممارسة مهنة منظمة، و ما يلاحظ على المشرع الجزائري أن هناك نوعا من الفوضى من ناحية استخدام المصطلحات التي تفيد معنى الترخيص الإداري المسبق و فيما يلي محاولة ذكر أهم المصطلحات المستعملة للدلالة عليه.

الفقرة الثانية : فوضى في المصطلحات المستعملة للدلالة على الترخيص الإداري

1- الترخيص أو الرخصة

وتقابلهما في اللغة الفرنسية ثلاث كلمات أو مفردات هي[17] permission, permis, Autorisation وتعد هذه المفردات هي الكلمات الأكثر استعمالاً للدلالة على المعنى الاصطلاحي لكلمة ترخيص أو رخصة في اللغة العربية في كل من التشريع والفقه والقضاء الإداري في كثير من الدول كمصر والجزائر والمغرب، فهي وسيلة أو تقنية قانونية إدارية في يد السلطة الإدارية في مجال تنظيم ممارسة بعض الأنشطة التي تستوجب الحصول على إذن مسبق من الإدارة المختصة حسب قطاع النشاط الذي تشرف عليه أو الموضوع الذي يتعلق به الترخيص الإداري محل البحث[18] .
ومن ذلك أيضاً استعمال مصطلح الرخصة الإدارية المسبقة في مجال ممارسة بعض الأنشطة المنظمة أو المقننة التي تستوجب ممارستها مؤهلات معينة و مثال ذلك، ما جاء في المادة 19 في الفقرة الأولى من القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 الذي يحدد قواعد حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة[19] من أنه تخضع المنشآت المصنفة وحسب الأخطار أو المضار التي تنجر عن استغلالها لترخيص من الوزير المكلف بالبيئة والوزير المعني عندما تكون الرخصة منصوصا عليها في التشريع المعمول به، ومن الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

و يعبر عنها المشرع الجزائري ب Permis أيضا و لقد استعملت في بعض النصوص القانونية للدلالة على الرخصة و ذلك مثل ما جاء في المادة02 من الأمر رقم 01/85 المؤرخ في 13 أوت 1985 الذي يحدد انتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها[20]، حيث عبر عنها في النص بالغة العربية بالرخصة و باللغة الفرنسية permis ، حيث أنه من ناحية الشكل يعتبر ترخيص إداري مسبق[21].

2- الإجازة: يقابلها بالغة الفرنسية Licence : وهي عبارة عن ترخيص إداري مسبق ولازم لممارسة أنشطة تجارية وصناعية أو مهنية معينة ، التي تفرض عليها الدولة رقابة تتعلق خاصة بنوعيتها وكميتها ومداها ولا سيما في مجال استيراد وتصدير بعض السلع التي يندرج الاتجار فيها ضمن النشاطات التجارية المقننة، وهذا كعنصر من عناصر الرقابة لمتغيرات واتجاهات التجارة الخارجية، كما تستعمل الإجازة كصورة أو نموذج للترخيص الإداري المسبق لممارسة بعض الأنشطة والخدمات المربحة وبيع بعض السلع أوالمنتوجات كاستغلال النقل بسيارات الأجرة أو نقل البضائع ونقل المسافرين للمحترفين، أو فتح حانة أو محل لبيع المشروبات الكحولية، و هذا ما جاء في المادة 02 من المرسوم رقم65-251 المؤرخ في 14 أكتوبر 1965 المتضمن منح الرخص الخاصة ببيع المشروبات، أو استغلال محل لبيع التبغ والكبريت[22].

3- التأشيرة: يقابلها بالغة الفرنسية Visa ، يستخدم هذا المصطلح للترخيص في حالات كثيرة في مجال النشاط الاقتصادي منذ تزايد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، مما أدى إلى خضوع النشاط الاقتصادي لتقدير السلطة الإدارية و مثال ذلكما جاء في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في أول أوت 2004 المحدد لشروط وكيفيات اقتناء المواد والمنتوجات الكيميائية الخطرة من السوق الخارجية ، حيث يخضع اقتناء المواد والمنتوجات الكيميائية الخطرة من السوق الخارجية لتأشيرة تعدها الوزارة المكلفة بالطاقة والمناجم بعد رأي مصالح الوزارة المكلفة بالصناعة.

4- الإعتماد: يقابله بالغة الفرنسية Agrément ،و يستعمل الاعتماد الإداري بشكل أوسع كرخصة إدارية مسبقة في يد السلطة الإدارية لضبط مشاركة المبادرات الخاصة ومساهمتها في تنفيذ سياسة اقتصادية معينة، وهذا بمنحها الحق والسلطة التقديرية الواسعة في اختيار معاونيها في هذه المهمة التي عرفت توسّعاً معتبراً تماشياً مع فلسفة الدولة التدخلية في شتى المجالات بما فيها الاقتصادية، و لقد استعمل المشرع الجزائري هذا المصطلح في نصوص عديدة على غرار نص دراسة الحال و هو المرسوم التنفيذي 09-410 المؤرخ في 10 ديسمبر الذي يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة 2009[23].

و الواضح أن الإعتراف الدستوري بمبدأ حرية الإستثمار و التجارة يبقى خاضع للسلطة التقديرية للدولة ، بمعنى أن المشرع نص صراحة على التقييد في نص المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بعد النص على الحرية قال أنه"... تمارس في إطار

القانون..." و بالتالي فإن تقييد الحرية يكون بنصوص قانونية خاصة و هذا حفاظا على النظام العام و تحقيقا للمصلحة العامة ، و يعد إجراء الترخيص الإداري المسبق أكثر استعمالا في تقنين النشاطات و تقييدها و هذا طبقا للقانون 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004 المعدل و المتمم و المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

و لما كان الترخيص هو إذن أو موافقة مسبقة تمنحه جهة إدارية من أجل السماح لأي شخص بالقيام بنشاط معين، إذن أن هذه الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في منح الإذن من عدمه حسب مجال النشاط و حساسيته و مدى مساسه بالنظام العام ،و هي المخولة الوحيدة في تحديد مستوى الخطر و الحساسية التي تشكلها ممارسة هذا النشاط من طرف الأشخاص، و على هذا الأساس تكون درجة التقييد، و لهذا في الجزء الثاني سنتناول بالدراسة مدى تقييد النشاط المنصب على التجهيزات الحساسة.

المبحث الثاني: تقييد ممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة

إن التجهيزات الحساسة كما جاء في المرسوم التنفيذي 09-410 في المادة 2 منه هو"كل عتاد يمكن ان يمس استعماله غير المشروع بالأمن الوطني و بالنظام العام"، على ان تحدد قائمة التجهيزات الحساسة في الملحق الأول من هذا المرسوم.

أما النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة كما جاء في المادة 6 من نفس المرسوم التنفيذي فإنها تنقسم إلى نوعين: النوع الأول: النشاط المرتبط باستيراد التجهيزات الحساسة و تصديرها و صنعها و بيعها و تركيبها و صيانتها و تصليحها.

النوع الثاني: النشاط المرتبط فقط بتركيب التجهيزات الحساسة و صيانتها و تصليحها.

وبالتالي فإن المرسوم التنفيذي 09-410 يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المتعلقة بالتجهيزات الحساسة و كذا شروط و كيفيات ممارسة هذه النشاطات و منه فإن تقييد هذا النشاطات يتضمن شطرين من ناحية اقتناء هذه التجهيزات و ممارسة النشاط باستعمالها وهذا ما سوف نراه في المطلب الأول، ثم البحث في مدى هذا التقييد والمبررات و الغاية من هذا التقييد في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الحصول على ترخيص مسبق لممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة

إن النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة نشاطات مقننة[24] و تخضع لنظام الرخص المسبقة[25] طبقا للقانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، و كذا المرسوم التنفيذي 15-234 الذي يحدد شروط و كيفيات ممارسة الأنشطة و المهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري ، و كذلك يخضع

لقوانين و تنظيمات خاصة متعلقة بهذا النوع من النشاطات و على رأسها المرسوم التنفيذي 09-410 المؤرخ في 10 ديسمبر 2009 الذي يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 16-61 المؤرخ في 11 فيفري 2016[26] .

الفرع الأول : مفهوم الإعتماد لممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة

حسب أحكام المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 09-410 ، و التي تفيد صراحة على وجوب الحصول على اعتماد مسبق لمباشرة أو مزاولة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة، و هذا يعني أن الإعتماد المسبق في هذه الحالة هو بمثابة رخصة لممارسة هذه النشاطات فضلا عن الشروط و الأشكال المعمول بهما في القانون التجاري فيما يخص تأسيس الشركات.

و نلاحظ أنه نظرا لحساسية هذا النشاط فإن المشرع خصه بتقييد واسع حيث أن الترخيص الإداري لممارسة هذا النشاط ينقسم إلى ثلاث رخص و هي:

1-الإعتماد المسبق: و هو ما يمكن تسميته برخصة الممارسة، حيث بواسطته يتم القيد في السجل التجاري، إضافة إلى أن الاعتماد شخصي و لا يمكن التنازل عنه و هو صالح لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد[27].

2- رخصة الإقتناء مسبقة(التأشيرة): يخضع إقتناء التجهيزات الحساسة من السوق الداخلية أو الخارجية إلى رخصة مسبقة حسب نوع التجهيز من قبل السلطات المعنية[28].

3- رخصة استغلال مسبقة: و هي رخصة اقتناء التجهيزات الحساسة من طرف المصالح المعنية بغرض الحيازة و الإستعمال[29].

و تنقسم الإعتمادات حسب النشاط إلى نوعين :النوع الأول: النشاط المرتبط باستيراد التجهيزات الحساسة و تصديرها و صنعها و بيعها و تركيبها و صيانتها و تصليحها.

النوع الثاني: النشاط المرتبط فقط بتركيب التجهيزات الحساسة و صيانتها و تصليحها[30].

و يسلم الإعتماد لممارسة النشاطات المتعلقة بالتجهيزات الحساسة حسب النوعين الأول و الثاني مصالح الوزارة المكلفة بالداخلية[31].

كما أن المشرع أخضع اقتناء التجهيزات الحساسة على شرط الحصول على رخصة مسبقة سواءا تعلق الأمر باقتناء هذه التجهيزات من السوق الوطنية أو الأجنبية من طرف المتعاملين المعتمدين و إلى رخص في إستغلال هذه التجهيزات في حالة

الإستعمال، حيث تنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 09-410 على:" يخضع كل اقتناء لتجهيزات حساسة على المستوى الوطني من طرف المتعاملين المعتمدين قانونا لرخصة الوالي لمكان ممارسة النشاط بالنسبة للمتعاملين من الأشخاص الطبيعيين ولمكان تواجد مقر الشركة بالنسبة للمتعاملين من الأشخاص المعنويين..." و في الفقرة الثانية تم الإشارة إلى أن تنظيم هذه المادة يكون عن طريق قرار وزاري مشترك ، حيث صدر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 أكتوبر 2011 الذي يحدد شروط وكيفيات اقتناء التجهيزات الحساسة و حيازتها و استغلالها و استعمالها و التنازل عنها[32]، حيث أن طلب رخصة اقتناء التجهيزات الحساسة لا يكون إلا من قبل الأشخاص الذين تحصلوا على اعتماد ممارسة النشاطات المتعلقة بالتجهيزات الحساسة من النوع الأول أو النوع الثاني(المذكورين في المادة 06 من المرسوم التنفيذي 09-410).

الفرع الثاني: شروط ممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة جد معقدة

و إن تعقيد هذه الشروط إنما يظهر من خلال تعقيد وثقل اجراءات الحصول على الترخيص في هذا المجال و أيضا إلى حجم الرقابة و العقوبات المطبقة على المتعاملين في حال اخلالهم بالتزاماتهم

الفقرة الأولى: من ناحية تعقيد و ثقل إجراءات الحصول على الترخيص

إن طالب الإعتماد أو الترخيص عليه اتباع إجراءات قانونية و هي عبارة عن شروط إجرائية مذكورة في المرسوم التنفيذي رقم 09-410 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 16-61 و كذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 أكتوبر 2011، و تتم عملية طلب الحصول على الرخصة بالعديد من المراحل التي تتسم بنوع من الثقل و التعقيد و تتم كما يلي:

1 –**تقديم الطلب**

بصدور المرسوم التنفيذي 14-104 المؤرخ في 12 مارس 2014 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الداخلية و الجماعات المحلية[33]، قد استحدث مديريتان فرعيتان تابعتان لمديرية التنظيم و الشؤون العامة وهما :- المديرية الفرعية للأعمال المقننة والمؤسسات المصنفة.

- المديرية الفرعية للأعمال الخاصة و التجهيزات الحساسة.

و لذلك فإن فعلى الراغب في الحصول على الرخصة تقديم طلبه مرفقا بملف يتضمن الوثائق المطلوبة قانونا لمصالح وزارة الداخلية[34] بالضبط على مستوى المديرية الفرعية

للأعمال الخاصة و التجهيزات الحساسة ، و ما يلاحظ أن إنشاء هذا النوع من النشاطات غير ممكن دون جواب إيجاب من السلطة الإدارية المختصة[35].

و يكون شكل الطلب على شكل نموذج مخصص لذلك، موجود في الملحق الثاني من المرسوم التنفيذي 09-410 إضافة إلى نموذج طلب الإعتماد ، على الطالب تقديم طلب خطي يبين فيه نيته لممارسة هذه النشاطات[36]، و يرفق الطلب بتعهد كتابي مطابق للنموذج المعين في الملحق الثالث بالمرسوم التنفيذي 09-410 و الغرض من هذا التعهد هو احترام الشروط القانونية لممارسة هذه النشاطات كونها تتعلق بالأمن الوطني و النظام العام و مخالفة هذه الشروط يعرض مرتكبها لعقوبات محددة في النصوص التنظيمية المعمول بها[37].

بالإضافة إلى أن محتويات الملف المرفق مع الطلب تتميز بكثرتها و عدم وضوحها في بعض الأحيان، حيث نصت المادة 09 من المرسوم التنفيذي 09-410 على محتويات الملف و فرقت بين الأشخاص الطبيعية و الأشخاص المعنوية ، كما تم التخفيف نوعا ما من محتويات ملفات طلب الإعتماد و ذلك بحذف وثائق الحالة المدنية ، مستخرج السوابق القضائية، و شهادة الجنسية ، حيث تم استبدالها باستمارة المعلومات، و هذا ضمن المرسوم التنفيذي 16-61 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي 09-410 ، و ما يلاحظ على هذه المادة عدم وضوح بعض الوثائق و من بينها الكشف الوصفي للوسائل البشرية و المادية التي ستستعمل لممارسة النشاطات المقرر اعتمادها ، و كذلك سند شغل المحل الذي ستمارس فيه النشاطات المقرر اعتمادها(عقد الإيجار أو عقد الملكية مثلا).

يتم إيداع الطلب مرفوقا بالوثائق لدى مصالح وزارة الداخلية و الجماعات المحلية مقابل الحصول على وصل الإيداع[38].

و يتم دراسة و فحص الملف في أجل لا يتعدى خمسة وستون يوما(65) من تاريخ الإيداع[39]،و بناء على نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 09-410 ، من قبل المصالح المكلفة بوزارة الداخلية بالتعاون مع قطاعات وزارية أخرى ، وهنا نميز بين ثلاث حالات حسب نوع التجهيزات[40] :

الحالة الأولى: بالنسبة للتجهيزات الحساسة المتعلقة بالمواصلات السلكية و اللاسلكية من القسم –أ- و المصنفة في الأقسام الفرعية 2،1،3و5 من الملحق الأول بالمرسوم التنفيذي 09-410 ،تكون دراسة هذه الطلبات من اختصاص الوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال و وزارة الدفاع الوطني.

الحالة الثانية: بالنسبة للتجهيزات الحساسة المتعلقة بالطيران و الطرق الخاصة بالقسم –ب- من الملحق الأول بهذا المرسوم تكون دراسة هذه الطلبات من اختصاص الوزارة المكلفة بالنقل و وزارة الدفاع الوطني.

الحالة الثالثة: بالنسبة للتجهيزات الحساسة الأخرى و المصنفة في القسم –ج- من الملحق الأول من نفس المرسوم، تكون دراسة الملفات من اختصاص وزارة الدفاع الوطني.

ما يلاحظ على هذه المادة أنها لم تذكر أن طلبات الاعتماد تأخذ برأي الوزارة المكلفة بالداخلية، مع العلم إن جميع هذه الطلبات تدرس من طرف المديرية العامة للأمن الوطني(في إطار التحقيق).

2- إجراءات التحقيق و الآجال القانونية

تتمثل المرحلة الأولى قبل بداية عملية التحقيق في دراسة الملفات من الناحية التقنية أي مدى ملائمة الكفاءات المهنية و تطابق الشهادات مع نوع النشاط المراد ممارسته، و بعد قبول الملف من الناحية التقنية تبدأ المرحلة الثانية و المتمثلة في إجراء التحقيق، حيث نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 09-410 على أن اعتماد المتعاملين يخضع لتقدير السلطات المعنية بناءا على:

- نتائج التحقيقات الأمنية التي تجريها المصالح المعنية على المتعاملين.
- الشرو ط الأمنية للمحلات التي ستمارس فيه النشاطات موضوع طلب الاعتماد.

و تتمثل الآجال القانونية في 65 يوما من تاريخ إيداع الطلب ، و الإدارة ملزمة على احترام الآجال القانونية، و لم يشر نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 09-410 إلى إمكانية تمديد الآجال، أما في حالة ما إذا اتضح من خلال دراسة الملف ان هناك وجود تحفظات فإنها ترسل إلى الوزارة المكلفة بالداخلية ، و التي بدورها ترسلها إلى طالب الإعتماد لإزالتها، و نلاحظ أن هذا النص لم يشر لهذه النقطة على خلاف بعض النصوص القانونية المنظمة لنشاطات أخرى[41].

أما في حالة ما إذا انقضى أجل 65 يوما و لم ترد الإدارة بإبداء رأيها، هل يعتبر سكوتها قبولا ضمنيا أم رفضا؟[42]، غير أن بعض النصوص القانونية المنظمة لبعض النشاطات المقننة تناولت مثل هذه الحالات و اعتبر سكوت الإدارة بعد انقضاء الآجال عدم معارضة لممارسة النشاط المرغوب فيه[43]، غير أن الراجح أنه في مجال ممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة ،سكوت الإدارة لا يعتبر ردا إيجابيا و هذا بالنظر لحساسية و خطورة هذه التجهيزات على الأمن الوطني و النظام العام، حيث أن المدة التي حددها المشرع للإدارة للرد على طلب الترخيص ، لا تؤدي بذاتها إلى

اعتبار الترخيص صادر بمجرد إنتهاء المدة المذكورة و إنما أراد المشرع حث الموظفين على البت في طلبات الترخيص قبل نهايتها دون أن يقصد اعتبار طلب الترخيص موافقا عليه حتما بمجرد انتهاء هذه المدة[44].

3- تسليم الإعتماد(الرخصة): و هنا نميز بين حالتين و هما قبول الطلب و رفض الطلب

أولا : في حالة الإيجاب : في حالة الإيجاب تصدر الوزارة المكلفة بالداخلية قرار الإعتماد و هو قرار نهائي يصدر بعد استيفاء اجراءات خاصة ، و هو قرار يصدر في شكل معين طبقا للنموذج المعين في الملحق الرابع من المرسوم التنفيذي 09-410 [45]، تصدره الوزارة المكلفة بالداخلية و تبلغه بصفة مباشرة للمتعاملين لممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة ، حيث يتم استدعاء المتعاملين شخصيا لاستلام قرار الإعتماد ، إن هذا القرار نهائي يجعل صاحبه في مركز قانوني يمنحه حق الممارسة الفعلية للنشاط التجاري[46]، و يمكن تجديد الإعتماد بعد مرور 5 سنوات من طرف السلطة التي منحته و يستوجب التجديد الدوري لها و فق إجراءات محددة في نفس النص القانوني[47].

ثانيا: في حالة الرفض: في حالة الرفض يستوجب على الوزارة المكلفة بالداخلية تبليغ طالب الإعتماد رفض طلبه بقرار يكون معللا وهذا حسب نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 09-410 المعدل و المتمم ، لكن في نفس الوقت لم تبين أحكام نفس المرسوم إمكانية اللجوء إلى الطعن في حالة الرفض ، و هذا عكس ما أشارت إليه بعض النصوص القانونية و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-46[48] "يمكن لطالب الرخصة في حالة رفض طلبه أن يرفع طعنا كتابيا إلى الوزير المكلف بالسياحة من أجل إما لتقديم معلومات جديدة أو تبريرات لتأييد طلبه أو للحصول على إستكمال دراسته..." أما بالنسبة للمادة 10 من المرسوم 09-410، أوجب المشرع أن يكون رفض الطلب معللا قانونا ، و بالتالي لم يورد المشرع إمكانية الطعن في قرار الرفض المعلل أمام القضاء.

الفقرة الثانية : حجم الرقابة و العقوبات المطبقة على المتعاملين في حال اخلالهم بالتزاماتهم

لقد جاء في نص المادة 36 من المرسوم التنفيذي 09-410 المعدل و المتمم ما يلي: "يخضع المتعامل لرقابة مصالح الأمن و كذا كل هيئة أخرى مؤهلة قانونا ، و لهذا يجب إن تقدم للأعوان المكلفة بالرقابة كل الوثائق و تزويدهم بكل التسهيلات الضرورية لإنجاز مهمتهم" ، و ما يلاحظ على نص هذه المادة أنها لم تحدد من هي

الهيئات المكلفات بالرقابة ، حيث جاء النص عاما ، هل يقصد المشرع أعوان الوزارة المكلفة بالداخلية بإعتبارها السلطة المخولة بمنح الإعتماد ، أم الأعوان المكلفين بالبحث و ضبط المخالفات المحددة في القانون 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش[49] ، و هذا ما يتناقض مع اعتبار ان هذه التجهيزات هي تقنية ، و هل بإمكان الأعوان المكلفين بالرقابة على كيفية استعمال هذه التجهيزات ، أم تنحصر مهمتهم في رقابة الوثائق و المحلات[50].

ومنه ما يلاحظ أن هناك حجم رقابة متعددة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة من ناحية الهيئات المكلفة بالتدخل و كذلك الأعوان المؤهلين للقيام بالرقابة ، حيث أن الرقابة التي تمارسها أجهزة الدولة كشخص من أشخاص القانون العام تجعله تتمتع بجميع الصلاحيات اللازمة لحماية المستهلك.

أما فيما يتعلق بالعقوبات الإدارية المطبقة على المتعاملين في مجال النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة و تتراوح بين التعليق المؤقت للرخصة و السحب النهائي لها ما يلي:

- حالة التعليق المؤقت للرخصة[51]: و يتم تعليق الرخصة في حالات عديدة من بينها عدم نقل التجهيزات الحساسة في أحسن الظروف الأمنية ، و عدم نقلها ضمن نظام المواكبة ، و كذلك عدم اخطار السلطة التي سلمت الاعتماد مسبقا بتعديل القانون الأساسي بالنسبة للمتعامل كشخص معنوي ، و عدم إخطار السلطة المانحة للاعتماد في حالة تحويل مكان أو محل ممارسة النشاط ، أو في حالة عدم تحويل محل أو مكان ممارسة النشاطات في حالة موافقة السلطة مانحة الاعتماد في الأجال القانونية.

- حالة السحب النهائي للرخصة[52]: حيث يعتبر السحب الإداري عقوبة إدارية تصدر من الجهة الإدارية مانحة الترخيص ، و العقوبة الإدارية هي إجراء عقابي صادر عن الإدارة تطبيقا لنص قانوني أو لائحي دون تدخل من السلطة القضائية و هذا الإجراء يصدر في شكل قرار إداري فردي يعاقب من يخالف إلتزاما قانونيا[53] ، و يتم سحب الإعتماد في حالات عديدة منها : في حالة إقتناء التجهيزات الحساسة من السوق الوطنية من طرف المتعاملين المعتمدين بدون رخصة صادرة عن الوالي ، و حالة بيع التجهيزات الحساسة و تركيبها و صيانتها لفائدة أشخاص غير مرخص لهم قانونا ، و كذلك تركيب التجهيزات الحساسة و صيانتها و تصليحها من قبل المتعاملين من دون تقديم رخصة ، أو عدم التأكد من هوية الزبون عند بيع التجهيزات الحساسة أو صيانتها أو تركيبها أو تصليحها ، و حالة عدم إعلام مصالح الأمن المختصة إقليميا و كذا السلطات

المانحة للرخصة في حالة سرقة أو ضياع التجهيزات الحساسة من قبل المتعاملين ، و في حالة تعديل المتعامل لخصائص التجهيزات و تغيير في مكوناتها أو ملحقات التجهيز دون رخصة ، أو حالة عدم تقديم المتعامل الوثائق للأعوان المكلفين بالرقابة و عدم تقديم التسهيلات الضرورية لإنجاز مهمتهم.

و في الأخير نقول أن السحب النهائي هو إنهاء للأثار القانونية لهذه القرارات بأثر رجعي بالنسبة للماضي و المستقبل كأنها لم توجد إطلاقا[54]، إذن هو إجراء خطير لا يمكن تطبيقه إلا في المخالفات التي تشكل خطورة على الأمن العمومي و النظام العام.

لكن ما يلاحظ أن حجم القيود الواردة على ممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة من ثقل و تعقد إجراءات طلب الرخصة ، و كذلك حجم و اتساع الرقابة على المتعاملين في هذا المجال ، لينتهي بحالات عديدة يمكن أن تجر عقوبات على المتعاملين تتراوح بين التعليق المؤقت و حتى السحب النهائي للرخصة، هذه العناصر تجعلنا أمام **حظر** لممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة و ليس **تقييدا لحرية** الممارسة و هذا ما سنراه فيما يلي:

المطلب الثاني: النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة بين حضر الممارسة و تقييد الحرية

لقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 15-234 المؤرخ في 29 أوت 2015 المحدد لشروط و كيفيات ممارسة الأنشطة و المهن المنظمة و الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري الذي وضع قواعد موحدة تحكم و تنظم جميع النشاطات التجارية المقننة الخاضعة لنظام التراخيص إذن هذا النص هو بمثابة النص العام، أما المرسوم التنفيذي 09-410 يعتبر نص خاص ينظم شروط الولوج لممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة ، لكن نلاحظ أن هذا النص الأخير يعتبر ممارسة هذا النشاط محظورا على الأفراد و معلقا على شرط الحصول على الترخيص المسبق و ليس تقييد لحرية ممارسة النشاط وهذا ما يتنافى و المبدأ الدستوري الذي ينص على أن حرية الإستثمار و التجارة معترف بها ، و منه هل يعتبر الحصول على ترخيص لممارسة الأنشطة المنصبة على التجهيزات الحساسة إستثناء على حظر عامل لممارسة أم تقييد لهذه الحرية ؟ و هذا ما سنراه فيما يلي:

وهنا سأنطلق من التفريق بين نوعين من النشاطات و هي النشاطات المحظورة و النشاطات المقننة ، حيث يقصد بالنشاطات المحظورة أو الممنوعة هي تلك النشاطات التي يمنع على الأفراد ممارستها لأنها تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة ، حيث من أمثلة ذلك النشاطات المتعلقة بالعتاد الحربي.[55]

كما أن نشاط المتاجرة بالمخدرات محظور بموجب الأحكام التي تتضمن قمع الإتجار بالمواد السامة و المخدرات على الأفراد و الدولة، و ذلك حفاظا على النظام العام والآداب العامة، إذن فالنشاطات المقننة تختلف عن النشاطات المحظورة من حيث أنها ليست ممنوعة ولا محظورة بل يمكن ممارستها إذا ما استوفى القائم بها الشروط اللازمة لمزاولتها.

أما النشاطات المقننة فهي منظمة بشكل بسيط فهي في الأصل نشاطات حرة، فالترخيص في حد ذاته لا يشكل عائق في ممارسة الحريات، و إنما هي قيود فرضت لحماية النظام العام و الأمن العمومي حتى لا تعم الفوضى فيما لو ترك الأفراد يمارسون حرياتهم دون تقنين أو تنظيم مسبقين و رقابة إدارية لاحقة أو حتى سابقة فلا تتدخل الدولة إلا بناء على طلب من له مصلحة أو صفة[56] و هو ما يعرف بشرط الحصول على ترخيص إداري مسبق لممارستها.

حيث أنه من الناحية الفقهية هناك اتفاق بين كل "دوجي" و"جاز" و"هوريو" حول طبيعة الترخيص الإداري المسبق من حيث كونه عملاً شَرطي آلتطبيق الأحكام القانونية الكامنة في الأعمال المُشرِّعة فإنهم اختلفوا في حقيقة هذه الرخصة بعد استيفاء شروطها القانونية : هل هي استثناء منحرية عامة وفي نطاقها ،أم استثناء من حظر عام؟ لقد اختلف الموقف والإجابة على هذا السؤال ،وهي إجابة تنعكس لا محالة على مركز المرخص له وتؤثر فيه لاحقا ،من حيث حقه في الحصول على الرخصة والتمسك بها في إطار ما يُعرف بالحق المكتسب ،كما تنعكس على سلطة الإدارة في منح هذه الرخصة أو منعها وسحبها لاحقا إذا حدث ما يبرر ذلك ،كارتكا بالمرخص له مخالفة أو تحقق الشرط الفاسخ،أواقتضت المصلحة العامة ذلك[57].

إن المرسوم التنفيذي رقم 09-410 المنظم لشروط الولوج لممارسة الأنشطة المنصبة على التجهيزات الحساسة قد فرض شروط صارمة على ممارسة هذه النشاطات التي ترهق المتعاملين و الراغبين في الإستثمار في هذا المجال و نجد هذا النشاط أقرب لإستثناء من حظر عام للممارسة منه إلى تقييد للحرية للأسباب التالية:

أولا: صعوبة و تعقيد إجراءات الحصول على إعتماد ممارسة هذا النوع من النشاطات

-لقد جاء في المادة 2 من هذا المرسوم التنفيذي أنه يقصد بالتجهيزات الحساسة كل عتاد يمكن أن يمس إستعماله غير المشروع بالأمن الوطني و النظام العام[58]، بمعنى أن الأرجح إذا كان الهدف استراتيجي للدولة و هو حماية الأمن الوطني و النظام العام

بكل عناصره التقليدية و الحديثة ، فإن الدولة تكون حازمة و صارمة في السماح بممارسة هذه الحرية، و كأنها تحظر الممارسة في الأصل.

- وهذا ما أكدته المادة الرابعة من نفس المرسوم التنفيذي : بغض النظر عن التنظيم المعمول به ، تخضع ممارسة النشاطات الإتجار و تقديم الخدمات المتعلقة بالتجهيزات الحساسة للحصول على اعتماد مسبق تسلمه مصالح الوزارة المكلفة بالداخلية، ثم في نفس السياق نجد المادة 5 تؤكد على أنه يخضع اعتماد المتعاملين لتقدير السلطات المعنية...، نلاحظ أن هذا المرسوم قد قيد ممارسة حرية الإتجار و المندرجة ضمن الحريات العامة التي نص عليها الدستور لهذا النص وحده دون باقي النصوص العامة في هذا المجال، مثل تلك المنظمة للنشاطات المقننة[59]، و أيضا السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للإدارة مانحة الإعتماد في تحديد مدى أحقية طالب الإعتماد في الحصول على الحق، و هنا نجده أقرب إلى رأي الفقيه "جاز" حيث يرى أن هناك حظر عام على ممارسة هذا النشاط من قبل الدولة[60].

- و ما يؤكد ذلك طلب رأي العديد من القطاعات الوزارية لمنح الإعتماد و هذا ماجاء في المادة السابعة من المرسوم التنفيذي 09-410.

- فرض عدة قيود من شأنها عرقلة و ارهاق المستثمرين في هذا المجال من بينها إخضاع ممارسة هذه النشاطات لعدة تراخيص بالنسبة للمتعاملين الإقتصاديين، منها :

1-الإعتماد المسبق: و هو ما يمكن تسميته برخصة الممارسة، حيث بواسطته يتم القيد في السجل التجاري، إضافة إلى أن الاعتماد شخصي و لا يمكن التنازل عنه و هو صالح لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد[61].

2- رخصة الإقتناء مسبقة(التأشيرة): يخضع إقتناء التجهيزات الحساسة من السوق الداخلية أو الخارجية إلى رخصة مسبقة حسب نوع التجهيز من قبل السلطات المعنية[62].

3- رخصة استغلال مسبقة: و هي رخصة اقتناء التجهيزات الحساسة من طرف المصالح المعنية بغرض الحيازة و الإستعمال[63].

- زد على ذلك أن هذه الرخص تمر بنفس الإجراءات و بنفس المدد الزمنية (65 يوما) مع إزدواجية حالة التحقيق العمومي عند طلب هذه الرخص.

- إن شرط الحصول على ترخيص إداري مسبق يشكل استثناء على مبدأ حرية الإستثمار والتجارة ،وفي حالة سكوت الإدارة عند تقديم طلب الحصول على الترخيص ،وعد مذكر النص القانوني إذا كان سكوتها قبولا ضمنيا أو رفضا ضمنيا ،نكون هنا أما مرأيين لتأويل ذلك السكوت كما يلي:

أولا : يعتبر سكوت الإدارة قبولا ضمنيا لمنح الترخيص إذا كانت الحرية هي الأصل.

ثانيا : يعتبر سكوت الإدارة رفضا ضمنيا لمنحا لترخيص إذا كان الحظر هو الأصل.

و ما يلاحظ أن المرسوم التنفيذي 410/09لميشرلهذه الحالة ، و بالتالي نلجأ لتطبيق للقاعدة التي تنص على" أن الشك يفسر بما ينسجم مع الأصل" فإن سكوت الإدارة عن الرد بعد إنقضاء أجل 65 يوما **يؤول كرفض** ، وهذا ما يجعلنا نستنتج أننا أما محظر عامل ممارسة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة والحصول على الترخيص هو إستثناء من حظرعام.

- إضافة إلى السلطة التقديرية الممنوحة للوزارة المكلفة بالداخلية في حالة رفض طلب الإعتماد و ذلك يكون عن طريق تبليغ الرفض لطالب الاعتماد بقرار معلل دون منحه الحق في الطعن في القرار و هذا يتنافى و مبدأ الحرية المكرس دستوريا.

ثانيا : سلطة واسعة للإدارة من حيث الرقابة على صاحب الرخصة مع سلطة السحب الواسعة

حتى في حالة منح الرخصة يبقى التقييد و الصرامة ملازمين للمتعامل في هذا المجال فإن الرقابة تكون صارمة على المتعامل حيث نصت المادة 36 من نفس المرسوم التنفيذي على أنه يخضع المتعامل لرقابة مصالح الأمن و كذا كل هيئة أخرى مؤهلة قانونا ، و هذا ما يفتح المجال أمام رقابة واسعة ، إضافة إلى العقوبات التي يمكن ان تلحق بالمتعامل إذا أخل بإلتزاماته اثناء مزاولة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة ، حيث تتمثل في التعليق المؤقت للاعتماد في حالات عديدة[64] ، و أيضا ما يزيد الأمر صرامة هو حالات السحب النهائي للاعتماد في حلات كثيرة تقارب 13 حالة[65]، و نظرا لحساسية هذه التجهيزات فإن المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 09-410 قد أدخلها في حالة النشاطات الحساسة المحظور ممارستها إلا بشرط الحصول على اعتماد مسبق من طرف الإدارة المعنية.

خاتمة

لقد جاء التأكيد على مبدأ حرية الإستثمار و التجارة في التعديل الدستوري لسنة 2016 ترسيخا لدولة الحريات في الجزائر تزامنا بمناداة عالمية بضرورة احترام حقوق و حريات الأفراد تطبيقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان من جهة ، و أيضا تطبيقا لأهم مبادئ النظام الاقتصادي اللبرالي المبني على الحرية الفردية الإقتصادية والمنافسة الحرة و النزيهة دون تدخل من الدولة في علاقات الأفراد التبادلية.

حيث أن مضمون المبدأ هو تسبيق حرية الفرد على التقييد ، ففي المعاملات التجارية فطبيعتها تتسم بالمرونة و السرعة و على هذا الأساس من المفروض أن توضع شروط و إجراءات بسيطة فيما يخص الحصول على التراخيص .

لكن ما يلاحظ أن تنظيم بعض النشاطات يكون وفق نظام قانوني خاص ، هذا النظام من المفروض ان يضع قيودا بسيطة ، لأن هذه النشاطات في الأصل تتمتع بالحرية في ممارستها طبقا للدستور ، و مثال ذلك بعض النشاطات الإستراتيجية على غرار حالة النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة الذي نظم وفق المرسوم التنفيذي 09-410 ، هذا المرسوم وضع شروط معقدة جدا للحصول على اعتماد ممارسة هذا النوع من النشاطات ، و حجم الرقابة المفروضة على المتعامل بعد حصوله على الإعتماد ، و هذا بفرض عقوبات كثيرة عليه في حالة مخالفته للتنظيم المعمول به تصل إلى حد السحب النهائي للرخصة في حالات عديدة.

هذا التقييد الخاص أنتج آثارا سلبية على حرية الإستثمار في هذا المجال من حيث حرية المبادرة للولوج لهذه النشاطات الذي لايكون إلا بعد الحصول على ترخيص مسبق من الإدارة المعنية ، بالنتيجة نخلص إلى أننا في حالة إستثناء على حظر عام لممارسة هذا النشاط لأن صاحب الإعتماد حتى بعد حصوله على الإعتماد لا يرقى إلى إعتباره حرية لأنه لا يتميز بالديمومة و إنما دائما يبقى مؤقتا يمكن للإدارة مانحة الإعتماد سحبه في أي وهلة و هذا ما يتنافى مبدأ حرية الإستثمار و التجارة.

الهوامش

1- منصور داود، الأليات القانونية لضبط النشاط الإقتصادي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة ، تخصص قانون أعمال ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة2016، ص10.

2- المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمار الملغى، الجريدة الرسمية العدد 64.

3- نقلا عن بوجلطي عز الدين، البعد الإقتصادي في التعديل الدستوري لسنة 2016، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد2، سنة 2017، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2017، ص 9.

4- الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 47.

5- فانه من خلال المفهوم القانوني للاستثمار الوارد في الأمر 01-03 المعدل المتمم أو في الامر16-09 فانه يبدو ان مفهوم الاستثمار يستغرق مفهوم التجارة وبذلك فان الصياغة الدستورية الجديدة لمبدأ " الحرية الاقتصادية " جاءت - في رأينا - متناغمة مع القوانين المؤطرة للأنشطة الاقتصادية نظرا لما يلي:

-أن الاستثمار أداة لتدويل الاقتصاد العالمي وبالتالي فهو المؤطر لتوسيع التجارة الدولية.

-ان الحرية الاقتصادية بالصياغة التقليدية لدستور 1996 -حرية التجارة والصناعة – وان كانت في مرحلتها الأولى لا تنطبق على النشاطات المخصصة صراحة للدولة - الإستراتيجية - فان هذه الحرية في المرحلة الثانية تطبق على جميع النشاطات ولكن بمراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة ان مقاربة النشاطات الاقتصادية هي مقاربة مستمدة من قانون المنافسة وليس من القانون التجاري الذي يقتصر على الصناعة والتجارة، وهذا ما يفسر إدماج المهن الحرة، وهي مهن خاضعة للقانون المدني في أصلها ، ضمن النشاطات الاقتصادية المعنية بقانون الاستثمار، أنظرب وجلطي عز الدين ،البعد الإقتصادي فيا لتعديل الدستوري لسنة 2016،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،العدد2،سنة 2017،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،الجزائر، 2017،ص11.

6- منصوري الزين، مرجع سبق ذكره، ص 16.

7- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46

8-في فرنسا كان هنا كإختلاف بين الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لمبدأ حرية التجارة والصناعة،لكن هذا الإختلاف سرعان ماتبدد عندما إعتمد مجلس الدولة الفرنسي رأيين لتكييف الطبيعة القانونية لهذا المبدأ كمايلي:

1-إعتبار مبدأ حرية الصناعة والتجارة من المبادئ العامة للقانون، واستند في هذا الرأي على القرار الذي اتخذه في قضية " Daudignac" الصادربتاريخ 22 حوان 1951،حيث عللرأيه بأن المشرع استخدم عبارة "إنتهاك حرية التجارة والصناعة المضمونة بالتشريع."

2-اعتبار حرية ا لتجارة والصناعة من الحريات العامة، واستند في هذا الرأي على القرار الذي اتخذه في قضية "sieur laboulaye" بتاريخ 28 أكتوبر 1960،حيث أقر المجلس أنه:" تنص المادة 34 من دستور 4 أكتوبر 1958 على أن التشريع يحدد القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة ،والتي من ضمنها حرية ممارسة كلا لنشاطات المهنية والتي لم تكن محل أيقيد ،لذلك لا يجوز للحكومة المساس بحرية المواطنين في ممارسة أي نشاط مهني،لم يتم تقييده قانونا".أنظر

-Gérard Farjat , droit de la concurrence , pour un droit économique, PUF , paris 1994,p 45.

9- أزرو يسغي سهام، الترخيص الإداري و المحل التجاري ، مذكرة نيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال ، 2011/2010، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، ص3.

10- دومة نعيمة ، النشاطات المقننة في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، 2016، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق ، ص 2.

11- نقلا عن منصور داود، مرجع سبق ذكره، ص 12.

12- منصوري الزين، تشجيع الإستثمار وأثره على التنمية الاقتصادية، دار الداية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2012، عمان، الأردن، ص60.

13- دومة نعيمة، حراسة و نقل الأموال و المواد الحساسة كنشاط مقنن في الجزائر ، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، 2003/2002، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق ، ص 7.

14- نقلا عن دومة نعيمة، نفس المرجع السابق، ص 8.

15- دومة نعيمة، مرجع سبق ذكره، ص 9.

16-نفس المرجع السابق، ص9.

17- معجم القانون، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة،1999، ص 496

18- زواغي شاهيناز، مرجع سبق ذكره، ص156

19- القانون رقم 03-10 المؤرخفي 19 يوليو سنة 2003 الذي يحدد قواعد حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية، العدد 43

20- الجريدة الرسمية لسنة 1958، ص1182.

21- دومة نعيمة، النشاطات المقننة في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص86

22- المرسوم رقم 65-251 المؤرخ في 14 أكتوبر 1965 المتضمن منح رخص التاكسي، الصفحة1178.

23- حيث نصت المادة 4 من المرسوم التنفيذي 09-410 على أن تخضع ممارسة نشاط الإتجار و تقديم الخدمات المتعلقة بالتجهيزات الحساسة للحصول على إعتماد مسبق تسلمه مصالح الوزارة المكلفة بالداخلية، الجريدة الرسمية العدد 73.

24- الأنشطة المقننة هي كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيد في السجل التجاري، و يستوجبان بالنظر إلى طبيعتهما و موضوعهما بأنها أنشطة و مهن لها طابع خصوصي و لا يسمح بممارستها إلا إذا توفرت شروط يتطلبها التنظيم، و تصنف الأنشطة التجارية الخاضعة للقيد في السجل التجاري إلى أنشطة حرة و أخرى منظمة تستوجب هذه الأخيرة الحصول على ترخيص أو اعتماد مسبق لممارستها، المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15-234 المؤرخ في 29 أوت 2015 المحدد لشروط و كيفيات ممارسة الأنشطة و المهن المنظمة الخاضعة للقيد في السجل التجاري، الجريدة الرسمية العدد 48.

25- غير أن الشروع الفعلي في ممارسة الأنشطة و المهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري يبقى مشروطا بحصول المعني على الرخصة أو الإعتماد النهائي المطلوبين اللذين تسلمهما الإدارات او الهيئات المؤهلة قانونا، و هذا ضمن القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت2004 المعدل والمتمم ،المتعلق بشروط ممارسة الانشطة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 52.

26- الجريدة الرسمية، العدد 09.

27- المواد 12،11،06 من المرسوم التنفيذي 09-410، السابق الذكر.

28- المادة 14 من المرسوم التنفيذي 09-410، السابق الذكر.

29- المادة 17 من المرسوم التنفيذي 09-410، السابق الذكر.

30- المادة 06 من المرسوم التنفيذي 09-410، السابق الذكر.

31- المادتين 07و08 من المرسوم التنفيذي 09-410، السابق الذكر.

32- الجريدة الرسمية ، العدد 63.

33- الجريدة الرسمية، العدد 15.

34- لأن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية أعطيت لها صلاحيات سلطة ضبط في مجال ممارسة النشاطات التجارية و المهن المقنن.

35- دومة نعيمة، حراسة و نقل الأموال الحساسة كنشاط مقنن في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص39

36- انظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي 09-410 السابق الذكر.

37- انظر الفقرة الثانية من المادة 09 من المرسوم التنفيذي 09-410 السابق الذكر.

38- أنظر الفقرة الأولى من المادة 10 من المرسوم 09-410 السابق الذكر.

39- أنظر الفقرة الثانية من المادة 10 من المرسوم 09-410 السابق الذكر

40- أنظر الملحق الأول من المرسوم 09-410، الجريدة الرسمية ، العدد 73، ص ص10-11.

41- حيث جاء على سبيل المثال في المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 05-207 المؤرخ في 04 جوان 2005 المحدد لشروط و كيفيات فتح و استغلال مؤسسات التسلية و الترفيه، الجريدة الرسمية، العدد 39 ما يلي:"...و تبليغ النقائص الملاحظة للمستغل و تحدد أجل لإزالتها في هذه الحالة يتم تعليق أجل ثلاثين(30) يوما المحدد في الفقرة السابقة".

42- للإجابة على هذا السؤال أنظر الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا المقال.

43- لقدجاء في المادة 10 من المرسوم التنفيذي 05-207 السابق الذكر مايلي:"وإذا انقضى هذا الأجل، يعد عدم الرد بمثابة رأي بعدم المعارضة"

44- أزرو يسغي سهام، مرجع سبق ذكره، ص41.

45- أنظر الملحق الرابع من المرسوم التنفيذي 09-410، مرجع سبق ذكره.

46- أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي 09-410 السابق الذكر.

47- أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي 09-410 السابق الذكر.

48- المرسوم التنفيذي رقم 2000-46 المؤرخ في 1 مارس 2000، الذي يعرف المؤسسات الفندقية و يحدد تنظيمها و سيرها و كذا كيفيات استغلالها، الجريدة الرسمية، العدد 10.

49- أنظر المادة 25 من القانون 09-03 المؤرخ في25 فيفري 2009، و المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية ،العدد 15.

- و أيضا المادة 49 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 46.

50- بما أن النشاط المنصب على التجهيزات الحساسة يخضع للتسجيل في السجل التجاري وفي نفس الوقت يتطلب رخصة أواعتمادت منحه إدارة أوهيئة مؤهلة لذلك (وزارة الداخلية فيهذا النشاط)، حينئذ نكون بصدد تطبيق المادتين 25 و 40 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت2004 المعدل والمتمم، المتعلق بشروط ممارسة الانشطة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 52. ،وتبعا لذلك يكون الأعوان المذكور ونفي المادة 30 من هذا القانون معني ونب الرقابة.

51- أنظر المواد 25،27،28،29و 32 من المرسوم التنفيذي 09-410 السبق الذكر.

52- أنظر المواد 13، 36،34،33،31،26،24،22،20،16،15 من المرسوم التنفيذي 09-410 السابق الذكر.

53- أزرو يسغي سهام، مرجع سبق ذكره، ص 115.

54- ناصر لباد ، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد للنشر و التوزيع، سنة 2011، ص 196.

55- الأمر رقم97-06 المؤرخ في 21 جانفي 1997 المتعلق بالعتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية، العدد20 .

56- دومة نعيمة، النشاطات التجارية المقننة في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 12.

57- -Pierre Livet , l'autorisation administrative préalable et les libertés publiques ,LGDJ, Paris, 1974, p45.

- حيث جاء في هذه النقطة مايلي:1- فبالنسبة للفقيه "جاز" لا تعدو الرخصة المسبقة كونها استثناء من حظر عام مفروض من قبل القانون، بمعنى وجود حظر عام على الممارسة، وبديهي أن كل استثناء من هذا الحظر أو المنع إذا لم يترتب على الإجابة الفردية المُرخِّصة من قِبل الإدارة على طلب كان قد قدم إليها لا يمكن قبوله إلا تحت أو في شكل نظام عام تم فرضه بصفة غير شخصية، بحيث يأتي ليغير مجموعة القواعد ثم الأوضاع القانونية في صالح الجميع وليس لمصلحة شخص واحد أو حالة واحدة، وهذه حالة مَهمّةِ ودور الأعمال القانونية المشرّعة ووظيفتها، وليس دور الأعمال الشرطية.

و تقوم نظرية "جاز" عن العمل الشرطي في أنه يوجد في الأصل حظر تشريعي عام على ممارسة الأفراد نشاط معين(كالصيد واستغلال المحال المقلقة للراحة والخطرة والمضرة بالصحة التي تستعمل مواد خطرة أو إذا كان النشاط ممنوعاً أصلاً، كالإتجار في المواد والمنتجات المخدرة أو كان موضوعاً لاحتكار قانوني كاحتكار الدولة لنشاط معين، كما هي الحال مثلا لنشاط التلفزة والهاتف والتلغراف ومن ثم فإن المنع العام لممارسة نشاط معيّن بمقتضى نص قانوني له صفة العمومية، وهو منع لا يمكن رفعه من حيث المبدأ، غير أن القانون قد ينص على جواز رفعه إداريا بترخيص يصدر من جهة إدارية مختصة بعد التأكد من أن المجتمع لن يتعرض لمخاطر تنتج عن السماح بممارسته.

-2 وعلى عكس اتجاه الفقيه جيز في تبيان حقيقة كون الترخيص كعمل شرطي استثناء من حظر قانوني عام، ورغم الاتفاق معه من حيث المبدأ يذهب الفقيهان "دوجي" و "هوريو" إلى أن الترخيص الإداري المسبق من حيث هو عمل شرطي لا شك فيه ولكنه لا يعد مخالفة أو استثناءً من أصل عام هو الحظر العام، وإنما هو استثناء من نظام الحرية ، أي أن الحرية هي الأصل وما الترخيص الإداري المسبق إلا استثناء يرد عليها، لاتفاق هذا الطرح مع المبادئ القانونية العامة والواقع العملي لفلسفة الحريات العامة كموضوع قد تم رصده وضبطه دستوريا. ويبدو هذا من خلال النقاط والأفكار التالية:

أ/ يتميز الترخيص عن الحظر ولو كان مؤقتا في أنه إجراء تنظيمي يقيد فقط ممارسةَ أعمالٍ أو نشاطاتٍ تعتبر في الأصل أعمالاً مباحة باعتبارها مواضيع لحريات فردية معترف بها دستوريا . ومن ثم فإن الترخيص الإداري المسبق لا يتعارض مع القول بأن للطالب حقّا في ممارسة النشاط المطلوب وإن كان هذا مقيّداً بضرورة الحصول على إذن مسبق من السلطة الإدارية المختصة بتنظيم استعماله، فيجب اتباع ما تقرره الإدارة بشأن نطاقه وصورته تبعا لتقدير ظروف كل حالة، وهذا من أجل ضمان تسهيل ممارسة هذا النشاط وهذه الحرية بشكل عملي دونما تعارُض مع حريات الغير ومصلحته أو مع النظام العام والمصلحة العامة.

ب/ إن إعمالَ الإدارة سلطتها في تنظيم ممارسة الأنشطة والحريات الفردية بتقييدها بفرض نظام الترخيص الإداري المسبق منحاً ومنعاً، أو سحباً وإلغاءً. وتأهيل من المشرع. تخضع لرقابة المشروعية من قِبَلِ القضاء الإداري، وهذا من اجل إقامة نوع من التوازن الضروري بين مطلبين متقابلين

- عدم جعل طالبي التراخيص تحت رحمة السلطة التقديرية الواسعة لجهة الإدارة عند تعامُلِها مع طلبات التراخيص المرفوعة إليها، إن شاءت منحت وإن شاءت منعت، ومن ثم يجب إخضاع قراراتها في هذا الصدد لرقابة القاضي الإداري.

- ولكن يجب من جهة أخرى الأخذ بعين الاعتبار كون الترخيص الإداري نظاماً يتفق مع طبيعة الوظيفة الإدارية للدولة، وذلك لأن تَخْوِيل الهيئات الإدارية سلطة فحص النشاط الفردي المطلوبة ممارسته مقدّماً، وتدخّلها في كيفيته ونطاقه إنما تَقَرَّرَ ذلك كله لتحقيق الغاية الوقائية من الوظيفة المذكورة ومن نظام الترخيص الإداري المسبق ذاته. فلهذا السبب ومن اجله مُنِحَتِ الإدارة سلطة تقديرية في دراسة طلب الترخيص والتحقيق فيه لمنحه أو رفضه، في حدود ما خوّلها المشرع من صلاحيات، وما وضعه من شروط مسبقة لقبول الطلبات المرفوعة إليها أو رفضها، وذلك حتى لا يكون عملها عملاً آلياً بحتاً تكتفي فيه بإسقاط أحكام الأعمال القانونية المشرّعة على حالة العمل الشرطي وهي الرخصة إسقاطاً آلياً دونما بحث أو فحص ووزن للأمور وظروف ممارسة النشاط أو الحرية المزمع مزاولتهما، الأمر الذي يستوجب صدور قرارات الإدارة في ردّها على طلبات الترخيص في شكل قرارات صريحة لا ضمنية .

ج/ أن اعتبار الترخيص استثناءً من أصل عام هو الحرية للأسباب السابق ذكرها تترتب عليه نتيجة قانونية هامة وهي أن الحصول على الترخيص بعد استيفاء شروطه يعتبر ويصبح حقاً للطالب كقاعدة، وهذا على عكس ما إذا اعتبرناه استثناءً من حظر عام. في هذا الصدد أنظر محمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992، ص 50-60.

58- لمعرفة قائمة التجهيزات الحساسة، أنظر الملحق الأول من المرسوم التنفيذي 09-410، ص ص 10،11،12.

59- المرسوم التنفيذي رقم 15-234 المؤرخ في 29 أوت 2015 المحدد لشروط و كيفيات ممارسة الأنشطة و المهن المنظمة الخاضعة للقيد في السجل التجاري، الجريدة الرسمية العدد 48.

60- نقلا عن محمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري، مرجع سبق ذكره، ص 55.

61- المواد 06،11،12 من المرسوم التنفيذي 09-410، السابق الذكر.

62- المادة 14 من المرسوم التنفيذي 09-410، السابق الذكر.

63- المادة 17 من المرسوم التنفيذي 09-410، السابق الذكر.

64- أنظر المواد 25،27،28،29و 32 من المرسوم التنفيذي 09-410 السبق الذكر

65- أنظر المواد 13،15،16،20،22،24،26،31،33،34،36 من المرسوم التنفيذي 09-410 السابق الذكر.