

## التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص في ظل التطورات الراهنة The distinction between public law and private law in light of the current developments

\*لطيفة بوشناق

جامعة جيجل-الجزائر

latifa.bouchenak@gmail.com

زينب بوشناق

طالبة دكتوراه جامعة جيجل-الجزائر

zinebbouchenak@yahoo.fr

تاريخ الارسال: 07/ 10/ 2020 تاريخ القبول: 12/ 11/ 2020 تاريخ النشر: 31/ 12/ 2020

### ملخص:

تقسيم القانون إلى عام وخاص تقسيم تقليدي يرجع تاريخه إلى القانون الروماني (اللاتيني)، وقد كان الهدف منه هو جعل الحاكم يتميز عن المحكومين، وذلك بإعطائه سلطات وامتيازات خاصة. غير أنه؛ وبالنظر إلى التطورات التي شهدتها الساحة القانونية، خاصة بعد انحسار النزعة الفردية، وظهور المذهب الاشتراكي، أدى إلى الالتفات إلى هذا التقسيم، والنظر إليه بمنظور جديد، يتناسب معها، وهو ما دفع بالفقه القانوني للقول أن القانون العام بدأ يغزو ساحة القانون الخاص، أو ربما كان القانون الخاص هو من بدأت تحتل أدواته ساحة القانون العام، مما أدى إلى المناداة بإلغاء هذا التقسيم والنظر إلى القانون كوحدة واحدة متجانسة.

**كلمات مفتاحية:** القانون الخاص. القانون العام. الأسس التاريخية. التطورات الراهنة.

### Résumé :

Le droit se divisé en droit général et droit privé , cette division traditionnelle qui remonte au droit romain (latin), il avait comme objectif de distinguer le gouverneur par rapport aux gouvernés en lui donnant des autorités et des privilèges particuliers.

Cependant et suivant les différents développements connus sur la scène juridique, surtout avec l'apparition de la doctrine du socialisme, cela a favorisé attention à cette division, et l'envisager avec une nouvelle perspective, qui lui correspond, ce qui a poussé la jurisprudence juridique à dire que le droit public commençait à envahir l'arène du droit privé, ou peut-être était-ce le droit privé qui a commencé ses outils dans l'arène du droit public, ce qui a conduit à des appels à l'abolition de cette division et de cette considération À la loi comme une seule unité homogène.

**Mots clés:** droit privé. droit public. fondements historiques. développements actuels.

\*المؤلف المرسل

**مقدمة:**

يستخدم الفقهاء لفظ " تقسيم " للتعبير عن وضع القواعد في مجموعات وأقسام، كل مجموعة أو كل قسم ينظم موضوعا متميزا عن غيره، فالتقسيم يسعى إلى تفصيل الكيان المتكامل، وهو أول طريق التخصص في دراسة علم معين، خاصة وأن قواعد القانون في المجتمع الحديث أصبحت لا تحصى ويمكن تقديرها بعشرات إن لم يكن بمئات الآلاف، وهي قواعد تصدر لتطبق، وبغير تقسيم وتبويب سيصبح كل ذلك مستحيلا<sup>1</sup>.

فالتقسيم إذن ضرورة للاستدلال على القاعدة والاهتداء إليها، خاصة وأن التعديلات القانونية أصبحت من الكثرة بمكان، لدرجة أن المكلف بتطبيقها يواجه عناء كبيرا في الإلمام بالقاعدة واجبة التطبيق. فضلا عن أن التقسيم يسهل للفقهاء مهمة دراسة الفروع والمجموعات المختلفة لقواعد القانون، وما يستلزمه ذلك من أفكار عامة وخطوط رئيسية تربط هذه القواعد، كما أن التقسيم يساعد المشرع كذلك على تنظيم موضوع معين بمجموعة قواعد متكاملة بغير تكرار لقاعدة أو نقصان لأخرى<sup>2</sup>.

ويعتبر تقسيم القانون إلى عام وخاص من أهم تقسيمات القانون، وهو تقسيم تقليدي قديم يرجع تاريخه إلى القانون الروماني، حيث أن الرومان كانوا يعتبرون القانون العام قانون الدولة الذي تسود فيه المصلحة العامة، والقانون الخاص هو قانون الأفراد والذي تسود فيه المصالح الخاصة<sup>3</sup>.

غير أن هذا التقسيم زال بانهيار الدولة الرومانية في القرن الخامس الميلادي، فانهارها استتبع وجود إمارات وإقطاعات تعددت فيها الهيئات والجماعات، ولم يعد هناك وجود لهيئة عامة تتركز فيها وحدها السيادة المطلقة في المجتمع<sup>4</sup>.

وقد انتقل هذا التقسيم إلى الفقه اللاتيني الحديث، فانتصار النزعة الفردية ومذاهب الحرية في مطلع القرن التاسع عشر، أدى إلى إمكان الفصل بين نشاط الدولة ونشاط الأفراد والجماعات، بما أتاح إعادة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، يتضمن كل فرع من هذا التقسيم طائفة معينة من التشريعات تقسم استنادا لأسس ومعايير المصلحة والغاية أو صفة الأشخاص وطبيعة العلاقة محل التنظيم، فيضم القانون العام طائفة القوانين التي تهدف لتحقيق المصلحة العامة وتظهر فيها الدولة كصاحبة سلطة وسيادة، بينما يهدف القانون الخاص إلى حماية مصالح خاصة.

غير أنه؛ وبالنظر إلى التطورات التي شهدتها الساحة القانونية، خاصة بعد انحسار النزعة الفردية، وظهور المذهب الاشتراكي، وما صاحبه من تزايد تدخل الدولة في مختلف شؤون الجماعة، وتوفيرها للعديد من الخدمات التي لم تعد تقتصر على الأمنين الداخلي والخارجي، وهو ما أدى إلى تداخل نشاط الدولة مع نشاط الفرد، واستتبع ذلك طغيان نطاق القانون العام وامتزاجه بالقانون الخاص على نحو أفقد التفرقة بينهما أهميتها العملية.

كما أن الدولة تقوم أحيانا بمباشرة النشاط الاقتصادي والتجاري الخاص، وتتبع في إدارته أساليب القانون الخاص. وكثيرا ما تفرض الدولة على النشاط الخاص العديد من القواعد الآمرة بهدف توجيهه وربطه بالخطة الاقتصادية والمصلحة العامة مما أدى إلى تقارب طبيعة قواعد القانون الخاص والقانون العام<sup>5</sup>. إن هذه التطورات؛ أدت إلى الالتفات إلى هذا التقسيم، والنظر إليه بمنظور جديد، يتناسب معها، وهو ما دفع بالفقه القانوني للقول أن القانون العام بدأ يغزو ساحة القانون الخاص، أو ربما كان القانون الخاص هو من بدأت تحتل أدواته ساحة القانون العام، مما أدى إلى المناداة بإلغاء هذا التقسيم والنظر إلى القانون كوحدة واحدة متجانسة.

مما سبق، تبرز الإشكالية الرئيسية لهذا الموضوع والتمثلة في:

إلى أي مدى يمكن للتطورات الراهنة أن تؤثر في أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص؟ وهل أن المبررات التاريخية التي سادت هذا التقسيم قادرة على حمله حتى في ظل هذه التغيرات؟ أم أن هذا التقسيم لا يعدو أن يكون مجرد أسطورة تاريخية ولم يعد يصلح في واقع اليوم؟ وتتجلى أهداف هذه الدراسة فيما يلي:

- مناقشة مدى إمكانية التطورات الراهنة أن تؤثر في أهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وهل أن هذا التقسيم لا يعدو أن يكون مجرد أسطورة تاريخية ولم يعد يصلح في واقع اليوم.  
- معرفة عيوب تقسيم القانون إلى عام وخاص.  
للإجابة على هذه الإشكالية ودراسة الموضوع تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج التاريخي.

ومن أجل تحقيق أهداف البحث تم تقسيم الموضوع كالتالي:

المحور الأول الأسس التاريخية المعتمدة في تقسيم القانون إلى عام وخاص.

المحور الثاني مدى صمود هذه الأسس التاريخية في ظل التطورات الراهنة.

**المحور الأول- الأسس التاريخية المعتمدة في تقسيم القانون إلى عام وخاص:**

إن تقسيم القانون في الفقه اللاتيني الحديث إلى قانون عام وقانون خاص كان بالاعتماد على مجموعة من الأسس والمعايير التاريخية، والتي كانت محل خلاف في الفقه، كما ترتب عنها مجموعة من النتائج، وهو ما سيتم تناوله في هذا المحور.

**أولا- مضامين الأسس التاريخية المعتمدة في التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:**

لقد اختلف الفقهاء في تحديد معيار فاصل بين نوعي قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، وقد تعددت المعايير المقترحة في هذا الصدد إلى ما يقارب سبعة عشر معياراً<sup>6</sup>، ونتولى فيما يلي بيان أهم هذه المعايير.

**أ- معيار طبيعة القواعد القانونية:**

يذهب هذا المعيار إلى أن أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص هو النظر إلى طبيعة القواعد التي يتضمنها كل منهما، وقوة الإلزام فيها، فقواعد القانون العام هي قواعد أمرة لا يملك الأفراد الاتفاق على مخالفتها، أما قواعد القانون الخاص فهي قواعد مكملة يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها<sup>7</sup>. فيعتبر القانون العام وفقا لهذا المعيار هو قانون الخضوع والسيطرة للدولة التي تملك القدرة على تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية، ووسيلتها في ذلك هي القرار الإداري، أما القانون الخاص فهو قانون الحرية وسلطان الإرادة وتكون وسيلته في ذلك هي العقد<sup>8</sup>.

وهو معيار لا يمكن الأخذ به نتيجة للانتقادات الموجهة إليه، فليس صحيحا أن قواعد القانون الخاص كلها قواعد مكملة تمنح للأطراف حق مخالفة أحكامها كالقواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية والحقوق العينية<sup>9</sup>، بل زادت القواعد الأمرة في مجال القانون الخاص نتيجة اتساع محتوى النظام العام الاقتصادي والاجتماعي مما أدى إلى تقليص دور الإرادة في مجال العلاقات بين الأفراد، وذلك نتيجة تدخل الدولة بقواعد أمرة بقصد حماية أحد أطراف هذه العلاقات<sup>10</sup>، كتحديد حد أدنى لأجور العمال، التسعير الجبري في بعض السلع والخدمات، ووضع قواعد حمائية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية، دون أن يؤدي ذلك إلى القول بأن هذه القواعد من قواعد القانون العام.

كما انتقد هذا المعيار أيضا في أن العقد قد يكون وسيلة القانون العام، هذا بالإضافة إلى أن هذا المعيار لا يصلح لتفسير علاقة الدولة بغيرها من السلطات العامة في المجتمعات الأخرى، حيث لا ينازع أحد في أن هذه العلاقة تدخل في نطاق القانون العام رغم أن الدولة لا تملك حق إصدار قواعد أمرة يجب على الأطراف الأخرى الالتزام بأحكامها<sup>11</sup>.

#### ب- معيار طبيعة المصلحة المراد تحقيقها:

يرجع هذا المعيار تقسيم القانون إلى عام وخاص إلى طبيعة المصلحة التي يهدف كل منهما إلى تحقيقها، حيث يضم القانون العام القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة، بينما يتضمن القانون الخاص القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصالح الخاصة<sup>12</sup>.

وقد عيب على هذا المعيار عدم دقته، خاصة أمام صعوبة التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، فتحقيق المصلحة العامة من شأنه تحقيق بعض المصالح الخاصة، وحماية المصلحة الخاصة من شأنه أن يؤدي إلى حماية المصلحة العامة، بل أن فروع القانون جميعها تسعى لتحقيق المصلحة العامة، ولا يتصور أن يستهدف القانون تحقيق المصالح الخاصة للأفراد إذا كانت متعارضة مع المصلحة العامة للجماعة، فتتظلم العلاقة بين أفراد الأسرة، والعلاقة بين العامل ورب العمل ينطوي على تحقيق المصلحتين في نفس الوقت<sup>13</sup>.

#### ج- معيار أطراف العلاقة القانونية:

وبحسب هذا المعيار؛ فإن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تقوم على أساس الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، بحيث نكون أمام القانون العام إذا تعلق الأمر بعلاقة الدولة أو أحد فروعها بالأفراد أو بدولة أخرى، بينما نكون أمام القانون الخاص في علاقات الأفراد مع بعضهم البعض<sup>14</sup>. وقد انتقد هذا المعيار على أن الدولة عندما تباشر نشاطا مع الأفراد قد تدخل بإحدى صفتين: إما بوصفها مجرد شخص معنوي عادي شأنها شأن الأفراد العاديين، كتصرفها في أملاكها الخاصة، فليس هناك أي مبرر لتمييز هذه العلاقة عن علاقات القانون الخاص، بحجة أن الدولة طرف فيها، وبالتالي يخضع نشاطها للقانون الخاص وليس للقانون العام. أو تدخل الدولة أو أحد فروعها في العلاقة بوصفها صاحبة سلطة وسيادة فتضع نفسها في مركز أقوى من مركز الطرف المتعاقد معها، فيكون القانون العام هو الأولى بحكم هذه العلاقة وليس القانون الخاص.<sup>15</sup>

#### د- معيار صفة أطراف العلاقة القانونية:

يعد هذا المعيار أهم معيار اقترحه الفقه حتى الآن، وهو المعيار الراجح، ويعتبر بمثابة تطور لمعيار أطراف العلاقة القانونية، وبحسبه فإن أساس التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص يرجع إلى صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية<sup>16</sup>.

ولما كانت العلاقة بما تنشئه من حقوق وواجبات، ينبغي أن تنسب إلى أشخاص معينين، لذلك جرى الاصطلاح القانوني على تسمية صاحب الحق أو من يلزم بالواجب بالشخص<sup>17</sup>.

والشخص في نظر القانون إما أن يكون شخصا طبيعيا، أي فردا من أفراد المجتمع، أو شخصا اعتباريا، هذا الأخير الذي قد يكون عاما متمثلا في الدولة أو أحد فروعها المختلفة، أو خاصا يتمثل أساسا في الجمعيات والشركات الخاصة.<sup>18</sup>

ووفقا لهذا المعيار فإن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي يكون أحد أطرافها على الأقل يتصرفون باعتبارهم أصحاب سلطة وسيادة، أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة بين أشخاص لا يتصرف أي منهم بصفته صاحب سلطة وسيادة. حتى ولو كان بعض هؤلاء الأشخاص ممن يملك السيادة ولكنه لا يدخل في العلاقة القانونية بهذه الصفة، أي باعتباره صاحب سلطة وسيادة<sup>19</sup>.

ولا شك أن الأخذ بهذا المعيار في الفقه الحديث يرجع إلى وضوحه وسهولة تطبيقه وإعماله.

#### ثانيا- نتائج التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:

ترتب على تقسيم القانون إلى عام وخاص عدة نتائج من الناحية العملية، بالغة الأهمية، ويرجع ذلك أساسا لنوع العلاقات التي ينظمها كل من القانونين ولما يتميز به القانون العام عن القانون الخاص من أحكام خاصة.

ففي مجال الامتيازات يمنح القانون العام للسلطات العامة امتيازات كثيرة لا يمنحها القانون الخاص لأشخاصه، ومن هته الامتيازات حق السلطة العامة في إصدار قرارات بفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد، من ذلك إصدار قرار نزع ملكية عقار للمنفعة العامة، السلطات المخولة للدولة في مجال التجريم والعقاب... الخ<sup>20</sup>.

وكذلك حق السلطة العامة في التنفيذ المباشر، حيث تقرر ما لها من حقوق قبل الأفراد ثم تقوم بالتنفيذ المباشر لاقتضاء حقها، فالدولة تقوم بفرض الضرائب على الأشخاص، وإذا لم يقوموا بالدفع فإنها تقوم بالحجز الإداري على الأموال المملوكة لهم لاستيفاء المبالغ المستحقة لها، دون حاجة إلى اللجوء للقضاء للحصول على حكم يقرر ما لها من حقوق كما يفعل الأفراد<sup>21</sup>.

أما في مجال العقود الإدارية، وهي العقود التي تبرمها الدولة أو أحد فروعها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، فإن القانون العام يخولها حقوقا لا يخولها للأفراد، ويعطيها الحق في تضمين العقد شروطا استثنائية تخرج عن القواعد العادية التي يحكمها القانون الخاص، منها الحق في إلغاء العقد بإرادتها المنفردة أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على الإخلال بتنفيذه، وذلك دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء. والسبب في انفراد العقد الإداري بهذه المزايا هو تعلقه بتسيير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة<sup>22</sup>.

وفي مجال الأموال العامة، فتمتع الأملاك العامة باعتبارها مخصصة للمنفعة العامة بحماية خاصة لا تتمتع بها أموال الأفراد، من حيث عدم إمكانية التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم<sup>23</sup>.

ومن نتائج التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص كذلك اختلاف طبيعة القواعد القانونية، حيث أن قواعد القانون العام في معظمها قواعد ذات طبيعة أمر، لأنها تهدف أساسا إلى حماية المصلحة العامة، لذلك فلا يجوز الاتفاق على مخالفة مقتضاها، في حين تغلب على قواعد القانون الخاص الطبيعة المكتملة والتي تمنح الحق لإرادة الأطراف الاتفاق على مخالفتها لأنها تتعلق بمصالحهم الخاصة دون أن يعني عدم وجود طائفة من القواعد الأمرة الملزمة إلى جانب هته القواعد المكتملة<sup>24</sup>.

ومن نتائج التفرقة أيضا اختلاف الأحكام القانونية المنظمة لمسؤولية أشخاص القانون العام عن تلك المنظمة لمسؤولية أشخاص القانون الخاص.

وقد اقتضت الاختلافات السابقة وجود قضاء إداري متخصص يتولى النظر في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها، في حين يختص القضاء العادي بالنظر والفصل في المنازعات التي لا تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها<sup>25</sup>.

ومن نتائج التفرقة أيضا بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، أن القانون العام باعتباره نظاما قانونيا قائما بذاته يحاول تكملة نفسه بنفسه في حالة وجود نقص يعتريه، مستخلصا من ذات نفسه المبادئ العامة دون أن يلتجئ إلى القانون الخاص<sup>26</sup>.

## المحور الثاني- مدى صمود الأسس التاريخية المعتمدة في تقسيم القانون إلى عام وخاص في ظل التطورات الراهنة:

كأي فكرة قانونية، لم يسلم التقسيم الثنائي للقانون دون نقد، حيث أن هذا التقسيم لم يبق سليماً إلا عند القليل من الفقهاء الأوروبيين الذين ينظرون إلى مبادئ القانون الروماني على أنها مبادئ مبنية على المنطق والتسبب لأنهم يقبلونها دون تمحيص ولا تدقيق، إلا أن هذه الحقيقة سوف تنهار إذا ما وضع التقسيم الروماني للقانون على طاولة المناقشة والتحليل<sup>27</sup>.

ومهما كان الأمر، فقد اختلفت الآراء الفقهية التي انتقدت التقسيم الثنائي، فهناك من انتقد الأساس المنطقي الذي يعتمد عليه هذا التقسيم، ومنهم من انتقده بدعوى عدم انسجامه مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية الراهنة والتداخل الحاصل بين المصلحتين العامة والخاصة.

### أولاً- تبدل في الأولويات، وتداخل بين المصلحتين العامة والخاصة:

لقد انتقد تقسيم القانون إلى عام وخاص من قبل جانب كبير من الفقه، والذي يرى بأن هذا التقسيم لا يستند إلى أي حقيقة علمية، وليس له أساس منطقي يمكن على أساسه فهم فلسفة التقسيم، التي لم تتبع إلا من حقائق اجتماعية وتطبيق عملي تغير فيه مفهوم القانونين العام والخاص ومضمونها مرارا وتكرارا.

حيث هاجم الفيلسوف القانوني الانجليزي جون استون تسمية القانون العام والقانون الخاص، وقال أن هذان التسميتان يجب أن تغادرا علم القانون لأن كل منهما يجب أن يتواجد في كل أقسام القانون، وهذا ما أيده بعض الفقهاء المعاصرين بالقول بأن معظم تعاملاتنا وأعرافنا القانونية ذات صبغة مزدوجة بين العام والخاص<sup>28</sup>.

من ناحية أخرى لاحظ المنتقدون أن جميع التعاريف التي طرحت للقانون العام والقانون الخاص، لا تطبق بشكل منهجي على قواعد القانون، فهناك من القواعد ما يخرج عن القسمين كالقانون الدولي، في حين نجد قواعد أخرى متأرجحة بين القسمين كقواعد المسؤولية<sup>29</sup>، كما أن قانون العمل يقدم مثالا واضحا على الامتزاج والاختلاط بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، وإذا نظرنا إلى أطراف العلاقة القانونية بوصفها معيارا تحدد نوع القاعدة القانونية التي تحكم العلاقة، كنا أمام مشكلة كبيرة فكثير من المؤسسات والهيئات اليوم لا يمكن وصفها بأنها من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، وهو ما يزعزع أساس هذا التقسيم<sup>30</sup>.

ومن جانب آخر يرى أستاذ القانون في جامعة نانت الفرنسية الـن سبويوت أن التقسيم الثنائي اليوم يواجه إشكالية بوضعه قواعد قانونية صادرة بنفس الطريقة ولها نفس الهدف في القانون العام مرة، وفي القانون الخاص مرة أخرى. وأمام هذا الانتقاد دعا البعض في فرنسا إلى وضع قسم ثالث للقانون أسموه القانون المختلط وهو يتضمن قواعد ذات صبغة مزدوجة تحمل بين طياتها صفات من القانون العام وصفات من القانون الخاص<sup>31</sup>.

حيث كان للتضاد الحاصل، في بداية القرن التاسع عشر، بين المذهبين الرأسمالي الحر الذي كانت تقوده الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا الغربية، والمذهب الاشتراكي الذي تقوده أوروبا الشرقية بمعاونة الاتحاد السوفييتي، شيوع الفكر الاشتراكي وتحول دور الدولة من الدولة الحارسة التي تتولى توفير الأمن الداخلي والخارجي، إلى دول متدخلة في أوجه النشاط الاقتصادي والاجتماعي، وهي المالكة لوسائل الإنتاج، ولم يعد هناك مجالا عصيا على سلطاتها، وأصبحت ملزمة بتوفير الرعاية الصحية، خدمات التعليم، الرعاية الأسرية... الخ، وهو ما يعرف اصطلاحا بدولة الرعاية الكاملة<sup>32</sup>.

إن لهذا التبدل في الأولويات -حسب رأي بعض الفقه- أثره على الحد الفاصل بين ما يعتبر من القانون العام وما يعتبر من القانون الخاص.

ومن أمثلة هذا التداخل على سبيل المثال، نجد عقود الاستثمار الأجنبي، والتي تجمع بين طرفين يخضع كل منهما لنظام قانوني مختلف، إذ هناك الطرف الأول المتمثل في الدولة، التي تباشر سلطتها في التعاقد باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، تتولى تحقيق المصلحة العامة المتمثلة بالعمل على تنفيذ خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تكون محل تلك العقود لاسيما النفطية منها، كما تملك الحق في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وهناك الطرف الثاني المتمثل في المستثمر الأجنبي، وهو طرف خاص يسعى لاستثمار رأس ماله في بيئة آمنة نسبيا، ولا تتأثر بأي إجراء قد تتخذه الدولة المتعاقدة<sup>33</sup>.

إن الرغبة في جلب المستثمرين، والدفع بعجلة التنمية الاقتصادية، فرضت على الدولة الحديثة تبني مبدأ حرية الاستثمار، الأمر الذي اضطرها إلى إيراد بعض الشروط التي تجردها من امتيازات السلطة العامة في هذا العقد، ويجعلها تتعامل في مجال الاستثمارات بنوع من المرونة، بحيث تستبقي الدولة حقها في الإشراف والتوجيه، وتترك القدر الأكبر من التنظيم في يد المستثمر الأجنبي، فضلا عن أن القوانين المتعلقة للاستثمار تمنح لهذا العقد عدد لا بأس به من الضمانات التي تضمن للمستثمر الأجنبي عدم تأثر مصالحه بأي إجراء تشريعي أو إداري قد تتخذه الدولة مما يؤثر سلبا على العقد، وهو ما يعرف بشرطي الثبات التشريعي، وشروطي عدم المساس وإعادة التفاوض، والتي يسهر المستثمر الأجنبي لعدم التضحية بأي منها في عقد الاستثمار<sup>34</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة تلك العقود ومدى اعتبارها عقودا إدارية، فهو عقد قريب من طائفة العقود الإدارية على اعتبار أن الدولة تملك سلطة التوجيه والإشراف، إلا أن عقود الاستثمار لا تتعلق دائما وبجميع الأحوال بمرفق عام للقول بأنها تكتسب وصف العقود الإدارية بشكل مطلق، كما أن الدولة لا تملك دائما إيراد شروط غير مألوفة في تلك العقود، وبل على النقيض من ذلك؛ أصبحت الشروط غير المألوفة من مصلحة المستهلك على حساب الدولة المضيفة للاستثمار، إضافة إلى وجود مكنة الاتفاق على التحكيم لحل النزاعات التي قد تثار بشأنها، وهو ما يجعل هذا العقد قريب من دائرة العقود المدنية أو التجارية<sup>35</sup>.

ونتيجة لذلك؛ استقر الفقه على اعتبار عقود الاستثمار بأنها عقود من طبيعة خاصة، فهي لا تكتسب الوصف الدقيق للعقد الإداري، كما لا تتجرد من أي سلطة أو سيادة ليجعلها في دائرة العقود التجارية الخاصة.

كما يلاحظ تدخل الدولة في ميدان القانون الخاص، في عمليات التخصيص التي تلجأ لها الدولة اليوم لاعتبارات المصلحة العامة، فتقوم بتحويل ملكية المشروعات العامة إلى القطاع الخاص رغبة منها في تخفيف العبء على القطاع العام والاستفادة من كفاءات القطاع الخاص، وهو ما يؤدي في النهاية إلى حفظ المصلحة العامة والخاصة.

ومن هذا المنطلق؛ فإن القانون الخاص لم يعد ميدانا للممارسات التجارية فحسب، خاصة بعدما أصبحت الفلسفة السيادية والنزعة العقابية تأخذ نصيبا لا بأس به في تلك القوانين.

فقانون المنافسة وتنظيم الاحتكار وهو القانون الذي يحمي المنافسة الحرة والنزاهة في السوق المعني ويضبط البيئة التجارية عموما، ورغم ذلك تتدخل الدولة بأدوات القانون العام بوصفها صاحبة سلطة وسيادة، فتتدخل في التنظيم الجبري من خلال إقرارها سياسة التسعير الجبري، كما يتضمن تطبيق بعض العقوبات في حال القيام بممارسات مقيدة للمنافسة، أو إساءة استعمال المركز الاحتكاري.

وهو الحال بالنسبة لقانون حماية المستهلك، الذي يهدف إلى حماية هذا الأخير باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، في مواجهة المتدخل الذي يلتزم بتوفير هذه الحماية، المنصوص عليها بموجب قواعد أمره ملزمة، كما يتضمن هذا القانون أيضا على العقوبات المطبقة في حالة مخالفة أحكامه، وعدم احترام الشروط الوطنية ومعايير التقييس، والقواعد اللازمة لأمن وسلامة المنتجات.

### ثانيا- التطورات الراهنة والتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:

إن التداخل بين المصلحتين العامة والخاصة، والتغيرات التي طرأت على الوسط القانوني أدت بالفقه إلى التشكيك في فكرة تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، فظهور معالم التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص واضحة في مراحل تاريخية معينة وانطماس هذه المعالم واختلاطها في مراحل أخرى، أدى إلى القول بأن كل ما يثار من جدل حول تقسيم القانون إلى عام وخاص إنما يرجع إلى سبب جوهري يتمثل في الصراع بين مذهبين، المذهب اللبرالي الفردي والمذهب الاشتراكي، فاللبرالية تنادي بتضييق مساحة القانون العام وتوسيع مساحة القانون الخاص، أما المذهب الاشتراكي فيدعوا إلى تضييق نطاق القانون الخاص والتوسيع من مجال القانون العام<sup>36</sup>.

ونتيجة لذلك قيل أن تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص هو مجرد تقسيم كلاسيكي، تاريخي، وأن قيمته التاريخية أكبر من قيمته العلمية أو العملية<sup>37</sup>، بحيث اكتسب قوته من رسوخه القديم قبل أن يكتسبه من منطق ذاتي أو ضرورة خاصة.

وبدأت الدعوة إلى إلغاء هذا التقسيم الذي لم يعد صالحا لتنظيم العلاقات الجديدة، والذي ينال من وحدة القانون، حيث يجب النظر للقانون كوحدة واحدة لا تقبل التجزئة؛ إذ أنه لا وجود لقانون خاص وقانون عام ولكن هنالك القانون، وما يدل على صحة ذلك أن الأنظمة القانونية المقارنة كالنظام السوفييتي ونظام الكومن لو لا تعرف هذا التقسيم على الإطلاق.

وفي الرد على أوجه النقد السابقة خاصة الانتقاد المتعلق بكون أن هذا التقسيم لم يعد يصلح اليوم، لما للتداخل بين المصلحتين العامة والخاصة من أثر على طبيعة العلاقات الجديدة المختلطة، فإن هذا التقسيم يكون صحيحا إلى حد ما إذا ما رجحنا معيار طبيعة المصلحة المراد تحقيقها. والمشار إليه سابقا، غير أن الفقه بإجماع الآراء ينتقد هذا المعيار في التقسيم لكونه معيار غير دقيق، خاصة وأن المصلحة الخاصة عادة ما تتجسد في صلب المصلحة العامة، أما عن المعيار الراجح فقها فهو الشخصي القائم على صفة طبيعة أطراف العلاقة القانونية، وما إذا كانت الدولة تتصرف باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة.

وبخصوص التطورات الراهنة بشأن العلاقات القانونية الجديدة التي أصبح لا يعرف ميدانها الحقيقي هل هو القانون العام أم القانون الخاص، ذلك أن الإرادة أصبحت تلعب دورا لا بأس به في العقود التي تبرمها الدولة، كما أن مظاهر السلطة أصبحت بارزة في القانون الخاص. فإن مظاهر السلطة ليست بجديدة على ميدان القانون الخاص، كما أن تدخل السلطة العامة في مجال القانون الخاص يكون لمتطلبات التنظيم بفرض قواعد على المتعاملين في ظل هذا القانون وتقرير العقوبات في حال مخالفة أحكامه كالقانون المتعلق بحماية المستهلك، كما تتدخل الدولة بما لها من سلطة وتسمح للقاضي بتعديل اتفاقات المتعاقدين مثل تخفيض قيمة الشرط الجزائي<sup>38</sup>، أو تعديل العقد لمصلحة الطرف المدعى في عقود الإذعان بما يكفل تحقيق التوازن العقدي، كل هذا التدخل السلطوي للدولة لم ينفي عن تلك القواعد صفتها كقواعد قانون خاص.

أما بالنسبة لأهمية هذا التقسيم، فإن بعض الفقه يرى أن هذا التقسيم لا يكتسب قوته من قيمته التاريخية فحسب، بل له قيمة عملية وأخرى علمية، وتتمثل قيمته العملية في أن الدولة قد أخذت به وتبنته، ودليل ذلك، وضع لكل من القانونين قضاء يختص بتطبيقه، وإلى جانب القضاء العادي الذي يفصل في مجال القانون الخاص، يوجد القضاء الإداري الذي يتولى الفصل في المنازعات الإدارية، أما عن القيمة العلمية والتي تتمثل في أن هذا التقسيم، كأى تقسيم آخر يستجيب لضرورات نظرية كالرغبة في التنسيق والإيضاح، وهي ضرورات تهتدي بها التحديدات التصويرية التي توجد في علم القانون<sup>39</sup>.

أما عن القياس بين النظام القانوني اللاتيني وغيره من الأنظمة الأخرى خاصة النظام السوفييتي ونظام الكومن لو فيما يتعلق بتقسيم القانون إلى عام وخاص، فهو قياس لا يمكن الأخذ به نتيجة اختلاف بنية ومنظور كل نظام من تلك الأنظمة للقانون.

حيث أن النظام الاشتراكي السوفييتي وبعد انهياره في أواخر القرن التاسع عشر لم يعد هناك مجال للحديث عن وجود دول تتبنى النظام الاشتراكي المطلق، إذ أن الاشتراكية اليوم أصبحت لا تكون مجرد حركة سياسية قائمة على المصالح الاقتصادية وليست نظام قانوني يصلح للمقارنة. كما أن النظام الاشتراكي كان يغالي في مفهوم الملكية الجماعية التي تجعل من كل وسائل الإنتاج ملكا جماعيا تمتلكه التعاونيات وفقا لخطة إنماء اقتصادية، إضافة إلى أن القانون في ظل هذا النظام لا يعرف التفرقة بين القانونين العام والخاص، ولا توجد هناك مصلحة خاصة فكل المصلحة عامة وتخص الجماعة<sup>40</sup>.

كما لا يصلح القياس أيضا بين النظام القانوني اللاتيني والنظام الأنجلوسكسوني أو ما يعرف بنظام الكومون لو، وذلك بسبب أن هذا النظام لا يولي أية أهمية للقانون في حد ذاته، فهو نظام قائم على السوابق القضائية، وهو في ذلك ينقسم بدوره إلى نظامين: نظام السوابق القضائية ونظام العدالة الذي يطبقه القاضي بغرض سد الثغرات وإكمال النقائص التي شابت نظام الكومون لو، وتعرف هذه المحكمة بمحكمة العدل أو محكمة الضمير، ويحكم القاضي في هذا النظام من وحي ضميره متحررا العدالة فقط، حيث يعتبر التشريع في ظل هذا النظام استثناء على الكومون لو، ولا يكتسب قيمته القانونية إلا إذا أكده القضاء في سابقة قضائية<sup>41</sup>.

كما أنه ورغم أن تقسيم القانون إلى عام وخاص غير موجود في البنية القانونية البريطانية، إلا أن القضاء البريطاني يولي لهذا التقسيم أهمية ويعتمده في حل بعض الإشكالات القانونية، كتحديد الاختصاص القضائي للقضاء البريطاني في العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي

### الخاتمة:

نخلص من خلال الدراسة السابقة إلى أن تقسيم فروع القانون إلى قواعد القانون العام والخاص، يبقى حتى في ظل التطورات الراهنة تقسيم مسلم ومعمول به وخير دليل على ذلك وجود قضاء إداري مستقل يختص بالفصل في المنازعات الإدارية التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، في حين يختص القضاء العادي بنظر منازعات الأفراد العاديين.

ومن هذا المنطلق؛ فإن الحديث اليوم يجب أن لا ينصب على إلغاء هذا التقسيم، بل لا بد من التسليم والقبول بفكرة وجود علاقات الاتصال والتقاطع والتداخل بين فروع القانون المختلفة، وهو الأمر الذي أصبح من متطلبات الدولة الحديثة، كما أن الخلط الذي قام في أدهان الفقه كان نتيجة اعتماد معيار المصلحة العامة للتفرقة بين قواعد القانون إلى عامة وأخرى خاصة، وهو معيار منقذ لا يمكن اعتماده لأنه لا يصلح لتفسير التداخل بين المصلحتين العامة والخاصة.

ونتيجة لذلك؛ فإنه لا بد من الاعتماد على معيار صفة أطراف العلاقة القانونية والنظر إلى الدولة بمنظور الطرف في العلاقة مع فصل هذا الدور عن دور الدولة باعتبارها سلطة منظمة.

وقد اعتبر بعض الفقهاء أن كل ما قيل بشأن تقسيم القانون إلى قانون عام وآخر خاص، إنما مرده إلى سبب جوهري واضح يتمثل في الصراع بين المذهبين مذهب الاقتصاد الحر ومذهب تدخل الدولة، فاللبرالية تدعوا إلى تضيق مساحة القانون العام وتوسيع القانون الخاص والعكس صحيح بالنسبة لداء المذهب الاشتراكي. إن هذا الاختلاف في التقسيم خير دليل على رجاحة الشريعة الإسلامية القائمة على مبدأ الوسطية بأسسه الثابتة والمستقرة التي تتفق مع الطبيعة البشرية كما رسمها وأبدعها الخالق جل في علاه.

إن التفرقة بين القواعد القانونية العامة والخاصة قد لا يكون لها على أرض الواقع سوى النتائج العلمية التي تعتمد على هذا التقسيم في فروع القانون لغرض تسهيل الدراسات في كليات الحقوق، ولأغراض التخصص،

أما عن الصعوبات العملية فلا تنسب في الحقيقة لهذا التقسيم، بل تنسب لطبيعة القوانين التي يشتمل عليها التقسيم والتي كانت سابقة على نشأته.

### الهوامش

- <sup>1</sup> السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص23.
- <sup>2</sup> المرجع نفسه.
- <sup>3</sup> محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، الطبعة السابعة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص69.
- <sup>4</sup> محمد حسن قاسم، المخل لدراسة القانون، الجزء الأول: القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص96.
- <sup>5</sup> محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص145.
- <sup>6</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص70.
- <sup>7</sup> مراد محمودي، النظرية العامة للقانون، دار الكتاب الحديث، مصر، 2005.
- <sup>8</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص70.
- <sup>9</sup> المرجع نفسه.
- <sup>10</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص100.
- <sup>11</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص147.
- <sup>12</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص72.
- <sup>13</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص101.
- <sup>14</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص72.
- <sup>15</sup> الصراف عباس، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص34.
- <sup>16</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص72.
- <sup>17</sup> السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص24.
- <sup>18</sup> المرجع نفسه.
- <sup>19</sup> الصراف عباس، جورج حزبون، المرجع السابق، ص34.
- <sup>20</sup> الفار عبد القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص39.
- <sup>21</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص149.
- <sup>22</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص74.
- <sup>23</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص105.
- <sup>24</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص75.
- <sup>25</sup> الفار عبد القادر، المرجع السابق، ص40.
- <sup>26</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص106.
- <sup>27</sup> نبيل مهدي الدبحاوي، "ثنائية العام-الخاص نقد التقسيم التقليدي للقانون"، المجلة الأكاديمية العالمية للدراسات القانونية، 2019-2-1، ص54.

28 المرجع نفسه.

29 كقواعد المسؤولية العقدية التي تتكفل كثير من الأنظمة القانونية بتنظيم أحكامها وتتدخل في تطبيقها على الرغم من تعلقها بالعقد الذي هو لب القانون الخاص، فأحكام المسؤولية العقدية والتعويض الذي يترتب عليها لا يمكن تبريرها من خلال فلسفة التعاقد وسلطان الإرادة، فهو وليد فلسفة تنبع من المصلحة العامة التي تبنى عليها معظم قواعد القانون العام.

30 نبيل مهدي الذبحاوي، المرجع السابق، ص55-56.

31 المرجع السابق ص 56.

32 أميرة المرضي عوض، القانون الخاص والقانون العام، محاولات ما بين الإلغاء والصمود، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد04، الكويت، سنة 2019، ص303.

33 بن يحيى رزيقة، سياسة الاستثمار في الجزائر: من نظام التصريح إلى نظام الاعتماد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2013، غير منشورة، ص 94 وما بعدها.

34 أميرة المرضي عوض، المرجع السابق، ص304.

35 المرجع نفسه، ص305.

36 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص97.

37 المرجع نفسه.

38 المادة 2/184 من القانون المدني: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه"

39 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص98.

40 أميرة المرضي عوض، المرجع السابق، ص308.

41 المرجع نفسه، ص307.