

تاريخ القبول: 2019/05/05

تاريخ الإرسال: 2019/03/27

**القانون الخاص والقانون العام****(محاولات ما بين الإلغاء والصمود)****(Private & Public Law)****( Attempts between cancelation and resistance )**

Amira almardhi awad

أميره المرضي عوض

[Amira.al3@outlook.com](mailto:Amira.al3@outlook.com)

Kuwait University - school of law

كلية الحقوق، جامعة الكويت

State Audit Bureau – Kuwait

ديوان المحاسبة الكويتي

**الملخص:**

استقر في أذهان الفقه القانوني وتحديد الروماني (اللاتيني) تقسيم القانون إلى قسمين، القانون العام والقانون الخاص. يتضمن كل فرع من هذا التقسيم طائفة معينة من التشريعات التي تقسم استناداً لمعايير المصلحة والغاية أو معيار صفة الأشخاص وطبيعة العلاقة محل التنظيم. أما وقد سلمنا بذلك، وبالنظر إلى التطورات التي شهدتها الساحة القانونية - والتي جاءت بعد تغير المحيط الخارجي الذي ينظمه ويعنى به القانون - كتغير البيئة الاقتصادية، وتوسع المذهب الاشتراكي على حساب مذهب الاقتصاد الحر، أدى كل ذلك إلى الالتفات إلى هذا التقسيم. مما أدى بالفقه القانوني للقول بأن القانون العام بدأ بغزو ساحة القانون الخاص، أو ربما كان القانون الخاص هو من بدأت تحتل أدواته ساحة القانون العام. الأمر الذي قاد إلى الدعوة لإلغاء التقسيم والنظر إلى القانون كوحدة واحدة متجانسة.

وعليه، فهل يصح القول أن تقسيم القانون إلى قسمي العام والخاص مجرد أسطورة تاريخية للأمس ولم تعد تصلح لواقع اليوم؟ أم أن المبررات التي ساقته نشأة هذا التقسيم لا زالت قائمة وتكفي لحمله حتى في ظل التغيرات الراهنة؟

**الكلمات المفتاحية:** قانون عام؛ قانون خاص؛ الاشتراكية؛ الاستثمار الأجنبي؛ الكومون لو؛ مصلحة عامة؛ الدولة.

**Abstract :**

It was settled in the jurisprudence mind that the law divided in to two section, private law and public law. And each of these sections collect some kinds of rules. This dividing depends on some criteria such as the public interest and the personality of the parties who create the legal action.

Nowadays, there is a remarkable improvement in the legal area, because of the economic improvement which makes the state one of the parties in the economic legal actions. This makes the legal jurisprudence ask about the nature of these new legal actions, in which section of law have we consider it? And from this view they turn to look at the law as one whole section without any dividing in to private and public branches.

In this essay, we will study this view, and find the final conclusion about the dividing for law, is it a truth or a myth?

**Key words :** public law ; private law ; socialism ؛ foreign investment ; common law ; public interest ; state.

**المقدمة:**

استقر في أذهان الفقه القانوني وتحديداً الروماني (اللاتيني) تقسيم القانون إلى قسمين، القانون العام والقانون الخاص. يتضمن كل فرع من هذا التقسيم طائفة معينة من التشريعات التي تقسم استناداً لمعايير المصلحة والغاية أو معيار صفة الأشخاص وطبيعة العلاقة محل التنظيم. فيصم بذلك القانون العام طائفة القوانين التي تظهر فيها الدولة كصاحبة سلطة وسيادة والقوانين التي تهدف - كما ينادي البعض - للمصلحة العامة، بينما يُعنى القانون الخاص بالتشريعات التي يكون المخاطب بها هم الأفراد والتي تظهر فيها الدولة باعتبارها فرد عادي وهي تشريعات تهدف بحسب الأصل للمصلحة الخاصة. أما وقد سلمنا بذلك، وبالنظر إلى التطورات التي شهدتها الساحة القانونية - والتي جاءت بعد تغير المحيط الخارجي الذي ينظمه ويُعنى به القانون - كتغير البيئة الاقتصادية، وتوسع المذهب الاشتراكي على حساب مذهب الاقتصاد الحر، أدى كل ذلك إلى الالتفات إلى هذا التقسيم، والنظر إليه بمنظور جديد يتناسب والتطورات الراهنة. فدخلت الدولة في النشاط الاقتصادي، وتوفيرها للمزيد من الخدمات التي لم تعد تقتصر على الأمنين

الداخلي والخارجي فقط بل امتدت لتشمل ميدان الصحة والتعليم والتنمية الاقتصادية، أدى بالفقه القانوني للقول بأن القانون العام بدأ بغزو ساحة القانون الخاص، أو ربما كان القانون الخاص هو من بدأت تحتل أدواته ساحة القانون العام. الأمر الذي قاد إلى الدعوة لإلغاء التقسيم والنظر إلى القانون كوحدة واحدة متجانسة.

وعليه، فهل يصح القول أن تقسيم القانون إلى قسمي العام والخاص مجرد أسطورة تاريخية للأمس ولم تعد تصلح لواقع اليوم؟ أم أن المبررات التي ساقت نشأة هذا التقسيم لا زالت قائمة وتكفي لحمله حتى في ظل التغيرات الراهنة؟

### الأصل التاريخي في تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص:

ترجع نشأة قسمة القانون لقسمي العام والخاص إلى القانون الروماني أو كما يسمى "قانون العائلة الرومانية الجرمانية"<sup>(1)</sup>. فقد بدأ القانون آنذاك بالقانون الخاص وحده، حيث كان القاضي يطبقه وحده في منازعات الخصوم. وبدخول الدولة كطرف في بعض النزاعات، أصبح القاضي - بموجب تطبيقه للقانون الخاص - يُتهم بعدم الحياد، ذلك أن تطبيق قواعد القانون الخاص كانت تميل دائماً لصالح الأفراد وتجرد الدولة من أي اعتبار للسلطة والسيادة التي لا يعرفها ميدان القانون الخاص. وبذلك أنشأ القضاء الإداري بمقتضى الفكرة التي يقرها القانون الطبيعي وهي وجوب وجود قانون قائم سلفاً ويخضع له الحكام والمحكومين. وبذلك أصبح القانون العام نداً للقانون الخاص يساويه في القوة التشريعية ويشاطره التنظيم في الدولة.

أما عن المعايير التي يتخذها الفقه في هذه التفرقة، فيتجه البعض من الفقه إلى تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص وفقاً لمعيار غائي " أي بالنظر إلى الغاية من القانون". فيكون القانون جزءاً من القانون العام متى كانت الغاية منه هي تحقيق المصلحة العامة، ويكون القانون فرعاً من القانون الخاص متى كانت غايته تحقيق المصلحة الخاصة للأفراد. إلا أن هذا التقسيم يفتقر إلى الدقة، ذلك أن هدف القانون الخاص هو دائماً تحقيق المصلحة العامة، فلا يقوم بحماية المصلحة الفردية على حساب المصلحة العامة، فالمصلحة الخاصة توجد دائماً في قلب المصلحة العامة وما وضعت إلا لخير الجماعة.<sup>(2)</sup>

وعليه، استقر الفقه على الأخذ بالمعيار الشخصي الذي يقيم التفرقة على أساس طبيعة العلاقة وطبيعة أشخاصها، أو بعبارة أدق بطبيعة ظهور هؤلاء الأشخاص. فيكون القانون فرعاً للقانون العام إذا كان ينظم العلاقة التي تكون فيها الدولة ظاهرة بمظهر السلطة والسيادة، بحكم قيامها على المصالح الأساسية للمجتمع. بينما يكون القانون فرعاً للقانون الخاص، حيث تكون العلاقة بين الأفراد أو تكون الدولة قد دخلت في إطار هذه العلاقة باعتبارها شخص خاص يتعامل كغيره من الأشخاص الخاصة.<sup>(3)</sup>

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

في بداية القرن التاسع عشر، حيث حصل التضاد الواضح بين المذهبين الرأسمالي الذي كانت تقوده الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا الغربية، بينما تقود الحركة الاشتراكية أوروبا الشرقية بمعاونة الاتحاد السوفييتي. ترتب على ذلك شيوع الفكر الاشتراكي، وتحول الدول من الحراسة التي تقتصر أدوارها على توفير الأمن الداخلي والخارجي، إلى دول متدخلة في أوجه النشاط الاقتصادي والاجتماعي، فلم يعد هناك مجالاً عصياً على الحكومات وأصبحت تدخل في كل أوجه النشاط، وأصبحت الدولة ملزمة بتوفير الرعاية الصحية، خدمات التعليم، الرعاية الأسرية، والضمان الاجتماعي.<sup>(4)</sup>

وقد تجسدت النزعة الاشتراكية في قوانين كل البلدان ولم يعد مقتصرأ على الاتحاد السوفييتي فقط<sup>(5)</sup>. وكان لهذا التبدل في الأولويات أثره على الحد الفاصل - كما يذهب جانب من الفقه - ما بين القانون العام والقانون الخاص. ففي عقود الاستثمار الأجنبي<sup>(6)</sup> على سبيل المثال، ونتيجة انتماء كل من أطراف العقد لنظام قانوني مختلف، فهناك الدولة التي تباشر

سلطتها في التعاقد باعتبارها ذات سيادة، تملك الحق في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، التأمين، وتكفل تحقيق المصلحة العامة المتمثلة بالعمل على تنفيذ خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تكون محل تلك العقود لاسيما النفطية منها. وهناك بالمقابل المستثمر الأجنبي، وهو طرف خاص يسعى لاستثمار رأس ماله في بيئة استثمارية آمنة نسبياً، تكفل له ضمان عدم تأثر أبعديات عقد الاستثمار واقتصادياته بموجب أي إجراء قد يتخذ من قبل الدولة المتعاقدة. مما اضطرت معه - ولغرض أن تكون الدولة المضيفة

بيئة جاذبة للاستثمار - أن تورد بعض الشروط التي تجردها من السلطة المطلقة في هذا العقد. فإذا كانت الدولة تملك التوجيه والإشراف، إلا أن القدر الأكبر من التنظيم يكون في يد المستثمر الأجنبي. كما يتميز هذا العقد بمنظومة لا بأس بها من الضمانات التي تكفل للمستثمر الأجنبي عدم تأثر مصالحه بأي إجراء تشريعي أو إداري قد تتخذه الدولة مما ينعكس سلباً على العقد، وتتمثل تلك المنظومة بشروط الثبات التشريعي<sup>(7)</sup>، وشرطي عدم المساس وإعادة التفاوض<sup>(8)</sup>، والتي غالباً ما يسعى المستثمر الأجنبي لعدم التضحية في أي منها في عقد الاستثمار.

ومن هنا بدأ النقاش الفقهي يدور حول مدى تكييف تلك العقود باعتبارها عقود إدارية، حيث أن الدولة وإن كانت تملك سلطة التوجيه والإشراف والإنهاء، مما يجعل هذا العقد قريباً لطائفة العقود الإدارية. إلا أنه بالمقابل، عقود الاستثمار لا تتعلق دائماً وبجميع الأحوال بمرفق عام للقول بأنها تكتسب وصف العقود الإدارية بشكل مطلق. ثم إن الدولة لا تملك دائماً إيراد شروط غير مألوفة في تلك العقود، بل على العكس أصبحت الشروط غير المألوفة من صالح المستثمر على حساب الدولة المضيفة للاستثمار، علاوة على وجود مكنة الاتفاق على التحكيم لحل النزاعات التي قد تثار بشأنها مما يقرب هذا العقد من دائرة العقود الخاصة التجارية أو المدنية. وبذلك استقر الفقه<sup>(9)</sup> على اعتبار عقود الاستثمار عقوداً ذات طبيعة خاصة، لا تكتسب الوصف الدقيق للعقد الإداري، كما لا تتجرد من أي سلطة أو سيادة ليجعلها في دائرة العقود التجارية الخاصة.

أما عن منظور الفقه الأنجلو أمريكي لعقد الاستثمار، فتوجد أيضاً تلك البينية في طبيعة المصالح والنظام القانوني الذي يخضع له كل من أطراف العقد. ففي صدد القانون البريطاني، على الرغم من أن القضاء البريطاني لا يعرف قواعد عامة تنطبق على العقود الإدارية، إلا أنه استقر في عقود الامتياز البترولي على أن تطبيق القواعد المعروفة للعقود المدنية على العقد لا يعني أن تتجرد الدولة من سلطتها في تعديل العقد إذا كان ضرورياً للمصلحة العامة، أو يمنعها من اللجوء إلى المبادئ القانونية العامة. ويصبح الأمر أكثر تعقيداً بسماع النظام البريطاني بمقاضاة الدولة في حال خرقها لبنود التعاقد تماماً كسائر الأفراد. أما عن القانون الأمريكي، فالوضع لا يختلف كثيراً عن القانون

البريطاني. حيث أن العقود التي تبرمها الدولة تعامل بحسب الأصل معاملة العقود التي تبرمها الأفراد إلا إذا اختارت الدولة اللجوء إلى التعاقد من منطلق كونها صاحبة سيادة وسلطة لغاية تحقيق النفع العام، كما يسمح للسلطة التشريعية بالتدخل في تشريعات قد تؤثر على أوضاعاً قائمة مسبقاً بموجب تلك العقود. ومن هنا أصبح من شأن جدل التوفيق بين المصالح المتعارضة أن يأخذ حيزاً في فقه "الكومون لو" أيضاً<sup>(10)</sup>.

هذا عن عقد الاستثمار الأجنبي، ويظهر أيضاً الحديث عن دخول أسلوب السلطة العامة 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 الاستفادة من خبرات وكفاءات هذا القطاع، وتخفيف العبء على القطاع العام، بما يؤول في نهاية المطاف لخير الجماعة والنفع العام. إلا أن تجربة التخصيص وعلى الأخص الكويتية، كشفت عن وجود تداخل كبير في أدوات القطاعين العام والخاص في تنفيذ برنامج التخصيص. فعلى الرغم من اعتبار شركة المساهمة التي يتم تأسيسها لغرض التخصيص من شركات القطاع الخاص الخاضعة بأحكامها لقانون الشركات. إلا أن نشأتها أتت بطريقة مغايرة لما هو معروف في قانون الشركات، فقد تم تأسيس الشركة بموجب قانون بدلاً من العقد التأسيسي. كما أن قانون تنظيم برامج وعمليات التخصيص رقم 37 لسنة 2010، يعطي للدولة في تلك الشركة "السهم الذهبي" وتحدده المادة 16 على أنه "قدرة تصويتية تمكن الدولة من الاعتراض على قرارات مجلس الإدارة لغرض حماية المصلحة العامة". الأمر الذي يبتغده الفقه على اعتباره استعارة لأسلوب القانون الإداري في العقود الإدارية واستخدامه في قانون الشركات. فيتعارض السهم الذهبي بذلك مع مبدأ حرية التصرف في الملك، كما يتعارض مع مبدأ حرية انتقال رأس المال والنفذ في الأسواق. مما ينعكس على قواعد المنافسة بين الشركات في السوق الواحدة، فإذا كانت جل الشركات تملك اتخاذ قراراتها في حرية مطلقة، تنقيد الشركة المؤسسة لغرض التخصيص بموجب حق الاعتراض الممنوح للدولة في السهم الذهبي<sup>(11)</sup>.

كما يلاحظ على تجربة التخصيص، أنها بموجب نص المادتين 13، 15 من قانون التخصيص العام. تعطي للدولة في سبيل تنظيم عملية تأسيس الشركة، الحق في تملك

نسبة 20% من رأس المال، كما يعطيها الحق في ملكية كسور الأسهم غير المخصصة للمواطنين والأسهم التي لم يسدد قيمتها المواطنون بموجب الاكتتاب العام، تمهيداً لتحويل ملكيتها للشريك الاستراتيجي. إلا أن الملكية المؤقتة للدولة في هذا الصدد من شأنها أن تجعل نسبة المال العام في الشركة تصل لغاية 25% من مجموع رأس المال. الأمر الذي سينتج عنه تدخل الجهات الرقابية لغرض الرقابة على المال العام، وهو الأمر الذي يكون في غير مقتض وفلسفة تأسيس الشركات، كما يعوق عملية التخصيص وتحقيق الغرض المرجو منها.

هذا ويظهر على ساحة القانون الخاص تأثر قوانينها بشكل كبير بالنزعة العقابية والجبرية التي تعتبر من أدوات القانون العام بحسب الأصل. فنجد في قوانين البيئة، وحماية المنافسة، وتنظيم الاحتكار - لانعكاسها على الصالح العام - نجد الدولة تتدخل في التنظيم الجبري من خلال إقرارها سياسة التسعير الجبري، كما تقرر بعض العقوبات في حال ارتكاب أحد صور المنافسة غير المشروعة أو في حال إساءه استعمال المركز الاحتكاري. وعليه لم يعد القانون الخاص ميداناً لحرية الممارسات التجارية، بل أصبحت الفلسفة السيادية والنزعة العقابية تأخذ نصيباً لا بأس به في تلك القوانين<sup>(12)</sup>.

#### انعكاسات التطورات الراهنة على التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص:

كان للتغيرات التي طرأت على الوسط القانوني والمصالح التي بدأت تتبدل، كان لها أثر على فكرة تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص. فقد أدى التداخل بين المصلحتين العامة والخاصة بالفقه إلى القول بأن هذا التقسيم لم يعد صالحاً لتنظيم العلاقات الاشتراكية الجديدة. كما أن هذا التقسيم هو مجرد تقسيم كلاسيكي اكتسب قوته من رسوخه القديم قبل أن يكتسبه من منطق ذاتي أو ضرورة خاصة<sup>(13)</sup>.

وبدأت الدعوة إلى إلغاء هذا التقسيم، والنظر للقانون كوحدة واحدة لا تقبل التجزئة. وكان (دوجي) يرى في ذلك أن "ليس هناك قانون خاص وقانون عام ولكن هناك القانون". وما يدل على صحة ذلك أن الأنظمة القانونية المقارنة كالنظام الأنجلو أمريكي والنظام السوفييتي لا تعرف هذا التقسيم على الإطلاق.

إلا أنه بالالتفات إلى هذا القول والتمحيص فيه، قد نجد أن الانتقاد محل نظر وذلك للعديد من الأسباب. أولاً فيما يخص عدم معرفة الأنظمة القانونية الأخرى لهذا التقسيم. يُرد عليه بأنه لا يصح القياس بين النظام القانوني اللاتيني والأنظمة القانونية الأخرى في هذا الخصوص وذلك لاختلاف الطبيعة والبنية التي يقوم عليها كل نظام. فنظام "الكومون لو" الأنجلو أمريكي إن كان لا يعرف هذا التقسيم، فذلك بسبب أن هذا النظام لا يولي أهمية للقانون بحد ذاته، فهو نظام قائم على السوابق القضائية وهو بدوره ينقسم أيضاً إلى نظامين، نظام السوابق القضائية "common law" ونظام العدالة الذي يطبقه القاضي لغرض سد الثغرات وإكمال النواقص التي شابت نظام "الكومون لو" وهذه المحكمة تعرف بمحكمة العدل أو محكمة الضمير، فيتحرر القاضي في هذا النظام من الإلزام القضائي ويحكم من وحي ضميره متحرراً بالعدالة فقط. بالتالي يحترم القضاة التشريع الصادر من البرلمان، إلا أنهم يعتبرونه استثناء من "الكومون لو" فيطبقونه في حدود ضيقه. كما لا يكتسب هذا التشريع قيمته القانونية إلا إذا أكده القضاء في سابقة قضائية. فبات التشريع في مفهوم دول "الكومون لو" جسم غريب لا يعتبر تعبيراً طبيعياً للقانون<sup>(14)</sup>.

لذا بات من المنطقي ألا يعرف هذا النظام التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، فهو أساساً لا يعرف أي تقسيم للقانون إلى مدني ودستوري وإداري. وذلك على خلاف بنية القانون اللاتيني التي تقوم بالدرجة الأولى على القانون الصادر من السلطة التشريعية باعتباره المصدر الأول والرئيس للقانون، ويلزم القضاء بحيث يعد الخروج عنه عيباً يشوب الحكم القضائي ويستوجب نقضه.

ونضيف على ذلك، أن هذا التقسيم على الرغم من عدم وجوده في البنية القانونية البريطانية، إلا أن القضاء البريطاني يولي لهذا التقسيم أهمية حيث يعتمد على بعض الإشكالات القانونية، فجدد يلجأ له في سبيل تحديد الاختصاص القضائي للقضاء البريطاني في العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي. حيث يقسم التشريعات إلى تشريعات عامة وأخرى خاصة، وبالتالي العلاقات التي تنشأ عن تشريعات القانون العام تعتبر من قبيل العلاقات العامة التي لا ينظرها القضاء على أنها علاقة خاصة ذات عنصر أجنبي وتكون بمنأى عن نطاق القانون الدولي الخاص<sup>(15)</sup>.



أما عن النظام الاشتراكي السوفييتي، فإنه إن كان يصح هذا القياس في ظل قيام الاتحاد السوفييتي حيث كان من مطبقي النظام الاشتراكي المطلق، إلا أنه بعد انهياره عام 1991 لم يعد هناك مجالاً للحديث عن دول تتبنى اليوم النظام الاشتراكي. أما عن الصين فعلى الرغم مما يروج لها على أنها الدولة الاشتراكية الوحيدة اليوم، إلا أن نظامها لا يخلو من النزعات الرأسمالية التي تجعل من القول بوجود النظام الاشتراكي المطلق في الوقت الحالي محل نظر. بالتالي تعدو الاشتراكية اليوم مجرد حركة سياسية قائمة على المصالح الاقتصادية وليست نظام قانوني يصلح للمقارنة. وقد تتبنى بعض الدول الرأسمالية لعدد من المفاهيم الاشتراكية لكن هذا لا يجعلها دولة ذات نظام اشتراكي، بل إن السبب في دراسة التفرقة بين القانونين العام والخاص من جديد، يكمن في تبني الدول الرأسمالية للنزعات الاشتراكية مما جعلها تقف في منتصف الحد الفاصل بينهما.

فأصبحت الدولة الواحدة لها العديد من الأدوار المختلفة التي تمارسها باعتبارها صاحبة سلطة تارة وباعتبارها شخص خاص تارة أخرى في العلاقة الواحدة. كما أن النظام الاشتراكي - حينما كان قائماً في الاتحاد السوفييتي - كان يغالي في مفهوم الملكية الجماعية التي تجعل من كل وسائل الإنتاج ملكاً جماعياً تمتلكه التعاونيات وفقاً لخطة إنماء اقتصادية وتستثمر لمصالحها. فكانت بنية هذا النظام قائمة على رعاية المصالح الاقتصادية. فالقانون بجميع فروعه ما هو إلا انعكاس للنظام الاقتصادي في المجتمع. فهو بذلك لا يعرف التفرقة بين القانونين العام والخاص. بل أكثر من ذلك، القانون العام في النظام السوفييتي الاشتراكي هو الذي يحدد الشكل القانوني لهذا النظام، والقانون الخاص مجرد تابع له. فلم يعد هناك مصلحة خاصة، وأصبحت كل المصلحة عامة وتخص الجماعة. كما يعد القانون المدني وقانون المرافعات والقانون الإداري جزء من القانون العام، ويقول في ذلك (لينين) "نحن لا نعترف بوجود قانون خاص فكل شيء عندنا أضحى من القانون العام".

وعلى ذلك، أصبح القياس بين الأنظمة الأخرى والنظام الروماني اللاتيني فيما يتعلق بتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، قياساً مع الفارق. فلا يصح قياس أي منهما على الآخر وذلك لاختلاف بنية ومنظور كل نظام من تلك الأنظمة للقانون.

أما عن الجانب الآخر الذي يتأسس عليه نقد التفرقة، فهو أن هذا التقسيم لم يعد يصلح اليوم، لما للتداخل بين المصلحتين العامة والخاصة من أثر على طبيعة العلاقات الجديدة المختلطة التي بدأت تنشأ على الحد الفاصل ما بين القانون العام والقانون الخاص. ونقول في ذلك أن الانتقادات التي وجهت لهذا التقسيم صحيحة، إذا ما كان التقسيم بالفعل قائم على المعيار الغائي. ذلك ان الصالح العام والصالح الخاص، يوجد بينهما من التداخل الذي يصعب فصله والذي يكفي لحمل هذا الانتقاد. إلا أن الفقه بإجماع ينتقد هذا المعيار في التقسيم كما سبق الإشارة إليه. فهو معيار غير منضبط، ذلك أن المصلحة الخاصة غالباً ما تتجسد في صلب المصلحة العامة. أما عن المعيار الذي تم تبنيه فهو المعيار الشخصي القائم على أطراف العلاقة وطبيعة ظهور الدولة فيها.

وفيما يخص التطورات الراهنة بشأن العلاقات القانونية الجديدة، التي لا تعرف ميدانها الحقيقي هل هو القانون الخاص أم القانون العام. ذلك أن السلطة أصبحت تظهر في القانون الخاص، وأصبحت الإرادة تلعب دوراً لا بأس فيه في العقود التي تبرمها الدولة. إلا أن مظاهر السلطة في الحقيقة ليست بجديدة على ميدان القانون الخاص. فنشأة القانون بحد ذاتها كانت من قبل السلطة البرلمانية. كما أن أهم الحقوق المدنية وهو حق الملكية منشأه دستوري. وأصبح للملكية وظيفة اجتماعية تحد من إطلاقها لاعتبارات المصلحة العامة كفكرة التقادم وفكرة التعسف في استعمال الحق. ونجد الجنسية وعلى الرغم من أنها جزء من القانون العام، إلا أنها تدرس ضمن نطاق القانون الدولي الخاص وهو فرع من فروع القانون الخاص. هذا وتتدخل السلطة العامة حتى في ظل قواعد القانون الخاص لمتطلبات التنظيم، بفرض قواعد على المتعاملين في ظل هذا القانون وتقرير العقوبات في حال مخالفة أحكامه كالعقوبات المقررة في قانون الشركات. كما تتدخل الدولة بما لها من سلطة وتسمح للقاضي في تعديل اتفاقات المتعاقدين، وتعديل قيمة الشرط الجزائي في العقود في حال كان مبالغاً فيه، كما يعطي القضاء السلطة في تعديل العقد لمصلحة الطرف المدعى في عقود الإذعان بما يكفل رفع الإجحاف الذي لحقه. إلا أن كل هذا التدخل السلطوي لم ينفى عن تلك القواعد صفتها كقواعد قانون خاص، ذلك أن العبرة بطبيعة العلاقة وأطرافها الذين أتوا بها للوجود القانوني.

أما عن الصعوبات التي يكشف عنها الواقع العملي، فهي في الحقيقة ليست ناشئة عن تقسيم القانون. بل ناتجة عن الفلسفة التي يتبناها كل فرع من فروع القانون والتي تنعكس على العلاقات القانونية، بحيث تجعل من العلاقة يتجاذبها فرعين من فروع القانون كالقانون المدني والقانون الإداري في عقود الاستثمار الأجنبي. كما أن هذا التقسيم لاحق على نشأة تلك القوانين وليس هو السبب في تكوين فلسفتها، بل ولاحق على نشأة القضاء الإداري والمدني. فلا يصح القول أن إلغاء هذا التقسيم من شأنه أن يحل مشكلات الواقع العملي المتعلقة بالنظام القانوني الذي يحكم تلك العلاقات القانونية. بل إن الإلغاء - على فرض أن تم - لن يحقق أي نتيجة إيجابية في الواقع العملي. فعلى الرغم من محاولة إكمال السياق الذي يناهز به الفقه، نجد بأن معضلة إخضاع العقد الاستثماري للقانون الإداري أم القانون المدني قائمة ومستمرة حتى في فرض إلغاء التقسيم. وما يدل على ذلك، أنه حتى في دول نظام "الكومون لو" التي لا تعرف هذا التقسيم، يحاول القضاء والفقه القانوني، إيجاد سبباً للتوفيق بين المصالح المتعارضة في عقد الاستثمار الأجنبي. فقد حاول الفقه في سبيل هذا التوفيق إيجاد حلول عن طريق إدخال القانون الدولي في السياق "أي بتدويل العقد"<sup>(16)</sup>، وإعطاء المستثمر عدد من الضمانات التي قد تكفل له عدم المساس. وذلك تجنباً للخلاف بشأن أي النظامين الذي يحكم مصالح هذا العقد، فهناك المصلحة العامة التي تتشدها الدولة والمصلحة الخاصة بالمستثمر التي لا يمكن التضحية بها بشكل مطلق<sup>(17)</sup>.

أما عن القضاء البريطاني، في محاولته لوضع معايير للفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي التي يتداخل فيها القانون العام والخاص. نجده أولاً: يعتبر العلاقات الناشئة عن تشريعات الاستيراد والتصدير، تشريعات التحكم بالأسعار وتشريعات مكافحة الاحتكار من العلاقات العامة وليست الخاصة. ثانياً: وضع ثلاثة معايير للقضاء يطبقها القاضي في سبيل تحديد طبيعة العلاقة ومن ثم تحديد التقسيم القانوني الذي تنتمي له وهي (النظر إلى أطراف النزاع/ الغاية التشريعية من القانون الذي يحكم العلاقة/ والمفهوم العام للواقعة محل النزاع)<sup>(18)</sup>. إلا أن تلك المعايير قد لا يكون لها أثر في تحديد القانون الذي تخضع له العلاقات المختلطة، ذلك أن أطراف النزاع، والغاية من التشريع، كما والإطار العام

للواقعة في تلك العلاقات دائماً ما يكون في نقطة التقاطع التي يصعب فيها الوصول لقول واحد وحاسم.

### الخاتمة والنتائج :

ونخلص من ذلك، إلى أن التفرقة بين القانونين العام والخاص قد لا يكون لها على أرض الواقع سوى النتائج العلمية التي تعتمد على هذا التقسيم في فروع القانون لغرض تسهيل الدراسة في كليات الحقوق، ولأغراض التخصص. أما عن الصعوبات العملية فهي في الحقيقة لا تتسبب لهذا التقسيم، بل تتسبب لطبيعة القوانين التي يشتمل عليها التقسيم، والتي كانت سابقة على نشأته. وبالتالي الحديث اليوم يجب ألا ينصب على إلغاء هذا التقسيم، بل بدلاً من ذلك لا بد أن يكون مرتبطاً أولاً على قبول وجود هذا الاتصال والتقاطع بين فروع القانون المختلفة، الأمر الذي أصبح من متطلبات قيام الدولة الحديثة. والأمر الآخر في الإقرار بأن الخط الذي قام في أذهان الفقه كان بسبب اعتماده على المعيار الغائي في التقسيم، إلا أن الاعتماد لا بد أن يكون قائم على المعيار الشخصي والنظر إلى الدولة بمنظور الطرف في العلاقة مع فصل هذا الدور عن دور الدولة باعتبارها سلطة منظمة. وعلى ذلك تصنف القوانين الحديثة كالتخصيص وقانون البيئة، حماية المنافسة، وتنظيم الاحتكار على أساس من طبيعة ظهور الدولة في تلك القوانين والقبة التي ترتديها فيه. ففي التخصيص كون الدولة متى دخلت في شركة المساهمة المؤسسة لغرض التخصيص باعتبارها مساهم، تخضع للقواعد التي يخضع لها المساهم الفرد بنسبة ملكية 20% من رأس المال، فتعامل معاملة الشخص الخاص. ذلك على الرغم من امتلاكها للسهم الذهبي، كونه أمر منتقد من جانب الفقه لمخالفته لفلسفة إدارة الشركات، كما أنه لا يغير من فكرة أن الدولة بحسب الأصل هي مساهم في الشركة بنسبة ملكية معينة ويخضع لقواعد المساهمين.

أما عن قوانين المنافسة والاحتكار فإن الدولة وإن نظمت تلك الممارسات باشتراطات وعقوبات ناتجة عن خرق تلك القوانين وظهرت كصاحبة سلطة، إلا أنه متى سرت قواعد المنافسة والاحتكار على الدولة باعتبارها تاجر كما في شركات النفط التي تملكها الدولة

ملكية خاصة، فلا جدال على أنها تعتبر من الأشخاص الخاصة وبالتالي ينتمي هذا القانون لقسم القانون الخاص.

ولا ينال من ذلك أن الدولة تصّمن تلك القوانين بعض الاشتراطات والعقوبات في حال مخالفتها، ذلك أن القدر البسيط من السلطة لأغراض التنظيم لا يؤثر على طبيعة القانون ويجعله يرتدي ثوب القانون العام بدلاً من القانون الخاص. فالعبرة إذن بطبيعة دور الدولة في العلاقة التي تكون محل هذا القانون، بغض النظر عن الأحكام التنظيمية والجزائية فيه كون هذا الظهور مقبول ومفترض من جانب الدولة حتى في تشريعات القانون الخاص<sup>(19)</sup>.

#### المصادر العربية:

- 1- علي البارودي، القانون العام والقانون الخاص - تقسيم منققد -، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مصر، 1968.
- 2- عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.
- 3- عبدالمنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، 1978.
- 4- عبدالسلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، 1980.
- 5- غسان رباح، العقود النفطية - العلاقات الدولية الخاصة -، 1988.
- 6- حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.
- 7- محمد محمد عبداللطيف، القانون العام الاقتصادي، مجلس النشر العلمي، 2012.
- 8- أحمد عبدالرحمن الملحم، الشريك الاستراتيجي والسهم الذهبي في قانون برامج وعمليات التخصيص، مجلة الحقوق، العدد 1، 2012.
- 9- إبراهيم محمد الحمود، المالية العامة للدولة، الطبعة الثالثة، 2014/2013.
- 10- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، د.س.

#### المصادر الأجنبية:

11- James Fawcett, Janeen M, Carruthers, private international law, fourteenth edition

12- M.Sornarajah, The International Law On Foreign Investment, second edition, CAMBRIDGE

### التشريعات:

- 1- قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي رقم 116 لسنة 2014.
- 2- دستور دولة الكويت الصادر في 1962.
- 3- قانون تنظيم برامج وعمليات التخصيص رقم 37 لسنة 2010.

### الهوامش والمراجع المعتمدة

(1) تضم هذه العائلة مجموعتين من القوانين الأولى هي المجموعة اللاتينية المتمثلة بالقانون المدني الفرنسي الصادر في 1804، كما تضم المجموعة الجرمانية القانون المدني الألماني الصادر 1896 والنافذ في 1900. هذا وقد أدت حركة النهضة التي دعت إلى إحياء القانون الروماني إلى احتضان إيطاليا لهذا القانون، حيث بدأت بتدريس القانون الروماني في جامعة Boulogne ، كما قويت دعائم المنهج الروماني بتبني فكرة القانون الطبيعي التي نادى بها فلاسفة ذلك العصر. وبذلك تكوّن منهجاً موحداً للقانون الروماني الألماني كان خليطاً من القانون الروماني والمذهب الإنساني والقانون الطبيعي. عبدالسلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، 1980، ص 93-96.

(2) عبدالحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص 373.

(3) عبدالمنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، 1979، ص 43.

(4) أما عن الدستور الكويتي، فيتضح من ديباجته التي تنص على أن هذا الدستور جاء "سعيًا نحو مستقبل أفضل ينعم فيه الوطن بمزيد من الرفاهية والمكانة الدولية"، يتضح بأن الدستور يتبنى النظام الاقتصادي الجديد للدولة قائم على الرفاهية للوطن، مما يعني بأن الدولة لم تعد ملتزمة بتوفير الحياة الكريمة والضرورية فقط، بل تتجاوز ذلك إلى توفير ما يحقق الرفاه للأفراد. الأمر الذي انعكس على إلزام الدولة بضرورة مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية في التوزيع والتكاليف العامة والأعباء الوظيفية. فنجد

المادة 20 تنص على أن يكون الاقتصاد الوطني أساسه العدالة الاجتماعية، وقوامه التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص، هدفه تحقيق التنمية الاقتصادية وزيادة ورفع مستوى المعيشة وتحقيق الرخاء للمواطنين.

(5) "الدول العربية وجدت نفسها حائرة بين المعسكرين الغربي والشرقي. وثورة جمال عبدالناصر في يوليو 1952 تعتبر نتوجاً لانتشار الفكر الاشتراكي في الوطن العربي، فأخذت الثورات والانقلابات تتوالي في البلدان العربية في سوريا والعراق أسوة بمصر". إبراهيم محمد الحمود، المالية العامة للدولة، الطبعة الثالثة، 2014/2013، ص 9.

(6) عرف قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي في مادته الأولى عقد الاستثمار تحت مفهوم "نظام الشراكة" على أنه "نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة - متى تطلب المشروع ذلك - في أحد المشروعات التي يتم طرحها = = من قبل الهيئة بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه، يقوم من خلاله بتنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية، وتدبير تمويل له وتشغيله أو إدارته وتطويره، وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة".

(7) " وهي أن تعهد الدولة المتعاقدة بموجب هذا الشرط بوصفها سلطة تشريعية في ذات الوقت، بعدم إصدار أية تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، والإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها". حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 324.

(8) تتعهد الدولة بموجب شرط عدم المساس - حال إدراجه - ألا تقوم بتعديل العقد بالإرادة المنفردة بما يخل بمصلحة المستثمر الأجنبي. كما تتعهد بموجب شرط عدم

التفاوض بالجلوس للتفاوض مع المستثمر الأجنبي لتعديل بنود العقد بما يتناسب والظروف الجديدة التي تكون قد طرأت عليه.

(9) غسان رباح، العقد التجاري الدولي - العقود النفطية -، 1988، ص 165 - 188. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار - العلاقات الدولية الخاصة -، 2006، ص 65 - 75.

(10) غسان رباح، المرجع السابق، ص 191 - 198

(11) أحمد عبدالرحمن الملحم، الشريك الاستراتيجي والسهم الذهبي في قانون برامج وعمليات التخصيص، مجلة الحقوق، العدد 1، 2012، ص 14.

(12) "أصبحت ظاهرة تدخل الدولة في علاقات الأفراد الخاصة، ظاهرة معروفة ومنتزاد على مر الأيام. والمشرع يزيد في كل يوم في عدد القواعد القانونية الآمرة التي لا تجوز مخالفتها في العقود المبرمة بين الأفراد". سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، ص 563.

(13) علي البارودي، القانون العام والقانون الخاص - تقسيم منتقد -، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر، 1968، ص 64.

(14) عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص 146 - 166.

(15) James Fawcett, Janeen M, Carruthers, private international law, fourteenth edition, p129,130.

(16) وهو أن يعامل عقد الاستثمار على اعتباره اتفاقية دولية، فيكون التزام الدولة ضمن بنود هذا العقد التزاماً دولياً، وعلى ذلك لا تستطيع الدولة أن تتخلص من هذا الالتزام في مواجهة المستثمر بحجة أن قانونها الداخلي يعطيها الحق في الإنهاء أو باتخاذ الإجراء الذي يشكل خرقاً للالتزام أياً كان. إلا أن هذا القول فيه من المجافاة لأهم القواعد المستقر عليها في القانون الدولي وهي أن الأفراد - ومنهم المستثمر الأجنبي - لا يعترف لهم بالشخصية الدولية، وعليه لا يمكن أن يكون طرفاً في اتفاقية دولية للقول بأن عقد الاستثمار أصبح اتفاق دولي بين الدولة والمستثمر.

(17) M.Sornarajah, The International Law On Foreign Investment, second edition, CAMBRIDGE, p.34.



(18) James Fawcett, Janeen M, Carruthers, private international law, fourteenth edition, p129,130.

(19) وهناك من الفقه من يدعو إلى النظر للقانونين العام والخاص بمنظور جديد اقتصادي يتناسب وطبيعة العلاقات الاقتصادية الجديدة وما تتطلبه من المرونة والقابلية للتغير، كالقانون المدني الاقتصادي، والقانون الإداري الاقتصادي. فيكون بذلك القانون الاقتصادي ليس فرعاً ثالثاً للقانون، بل يتبع التقسيم الكلاسيكي فيكون هناك قانون خاص اقتصادي وقانون عام اقتصادي. محمد محمد عبداللطيف، القانون العام الاقتصادي، مجلس النشر العلمي، 2012، ص 21.

إلا أن هذه الدعوة لا توفر حلاً قاطعاً للمسألة، كونها تقوم في نهاية المطاف على التقسيم السابق، وكل ما هنالك أنها اعطته تسمية جديدة. علاوة على أنها قد تثير الجدل حول مدى سلامة اكتساح المنظور الاقتصادي لساحة القانون في دول لا تقوم على الاشتراكية المطلقة. والأمر اللافت في هذا التقسيم. أن الفقه في سبيل تحديد التشريعات الاقتصادية التي تدخل في ظل القانون الاقتصادي العام، وتمييزاً لها عن القانون الاقتصادي الخاص. يتبنى معيار تدخل السلطة لغرض تحقيق المصلحة العامة، فيكون بذلك التشريع الاقتصادي فرعاً للقانون العام متى تدخلت الدولة ممثلة بمؤسساتها وكياناتها في التنظيم أو الاستغلال لتحقيق الصالح العام. إلا أن هذا المعيار ربما من شأنه أن يعيد الخلط بين قواعد القانون العام والقانون الخاص. ذلك أنه معيار غير فاصل. فكما هو مقرر أن السلطة تظهر - ولا بأس بذلك - حتى في ظل قواعد القانون الخاص غير الاقتصادي. إلا أن ذلك لم ينفي عنها صفتها كقانون خاص ولم يلبسها ثوب القانون العام. فالمعيار الحقيقي في التفرقة بين القانون العام الاقتصادي والقانون الخاص هو طبيعة ظهور الدولة باعتبارها مخاطبة ضمن أحكام القانون، وليس بمجرد دخولها في التنظيم.