International Academic
Journal for Law Studies

1(2)(2019) 38-75

الرايه الدولية الالكترونية
INTERNATIONAL ELECTRONIC ALRRAYIH

المجلة الأكاديمية العالمية
للدراسات القانونية

١(٢) ٢٠١٩) ٣٨ - ٧٥

ثنائية العام–الخاص

نقد التقسيم التقليدي لفروع القانون

أ.د نبيل مهدي الذبحاوي

كلية القانون –جامعة الكوفة

ملخص

تقوم دراسة القانون في الكثير من الدول ، ومنها دول منطقة الشرق الأوسط، على تقسيم للقانون إلى فرعين رئيسيين هما فرع القانون العام وفرع القانون الخاص. يقوم هذا التقسيم ، الذي تعود جذوره إلى القانون الروماني ، على التفرقة بين النشاط الذي تظهر فيه الدولة طرفا يتمتع بالسيادة والسلطان من جهة وبين غيره من أنماط النشاط الإنساني من جهة أخرى . لقد أصبح هذا التقسيم اليوم عاجزا عن الإجابة عن أسئلة كثيرة، وحل مشاكل عديدة ظهرت ولا زالت تظهر بسبب ثنائية تقسيم القواعد القانونية. إن القاعدة القانونية قاعدة تحكم السلوك الإنساني فهي تؤثر وتتأثر به ، وإن ظهور أنماط من النشاط الإنساني تصطدم مع تلك الثنائية يحتم على المشتغلين إيجاد بديل عن هذا التقسيم ينبع من التغيرات الإجتماعية والاقتصادية التي طرأت وتطرأ على المجتمع الإنساني.

يحاول الباحث في هذا البحث استعراض الأصل التاريخي لهذا التقسيم والضرورات الاجتماعية والاقتصادية التي رافقت ظهوره ليثبت أنها لم تعد تتناسب والمرحلة التاريخية التي وصل إليها المجتمع الإنساني . يستعرض البحث بعد ذلك النقد الموجه إلى هذا التقسيم والعقبات التي تواجه تبريره في إطار دراسة علم القانون في الجامعات وفي إطار المؤسسات التي تعنى بسن القانون وتطبيقه.

ينتقل الباحث بعد ذلك إلى طرح تقسيم متعدد المستويات للقانون على مستوى الدراسة والتطبيق وهو ياخذ بعين الاعتبار المجالات النظرية التي لا يمكن أن تدخل بسبب عدم انتمائها إلى أي من الفرعين أو وجودها في كليهما أو تلك التي لا تتناغم مع الفرع التي وجدت فيه.

الكلمات الدالة : القانون العام ، القانون الخاص، تقسيم القانون ، نظرية القانون

Abstract

The public-private classification is one of cornerstones of the study of law in civil law countries which includes Middle East Countries. This Roman-originated classification is based on the distinction between actions therein the state has a supremacy on its subjects and other sorts of actions. Undeniably, the classification has been inappropriate for modern life. Many emerging aspects of human conduct has put this classification in the crisis.

This article attempts to present a classification. First, it reviews the historical background of the traditional classification and the circumstances that necessitated its emergence. The article then tries to prove that these circumstances have been incompatible with 21th century. Eventually, the article presents a multi-level classification which considers the social and economic of human society.

Keywords : public law , Private Law, law classification, legal theory.

المقدمة

تتضمن هذه المقدمة أصل الدراسة ومشكلة البحث والأسئلة البحثية والأهداف البحثية ومنهجية الدراسة وتقسيم الخطة البحثية.

أولا: أصل الدراسة

يمكن القول أن جميع الأنظمة القانونية تأخذ بتقسيم القانون إلى القانون العام والقانون الخاص وإن اختلفت في تفاصيله وتفريعاته وتمايزت في فروعه ومفرداته. ولئن كان هذا التقسيم واحدا من أهم أركان علم القانون في البلدان التي ترجع الأسس التاريخية لقوانينها إلى الرومان ، فإن البلدان التي تتبع النموذج الانكليزي في نظامها القانوني قد بدأت تأخذ بهذا التقسيم في كثير من السوابق القضائية وإن كان لم ينضج بعد بشكل يمكن القول معه أن بلدان هذه الشريعة تتبنى هذا التقسيم.

لكن هذا التقسيم يبقى ، كأي فكرة قانونية، خاضعا للتحليل والتأصيل وهو ما يتبع في كثير من الأحيان نقدا في منطقه ومبرراته والذي قد يصل إلى محاولة التمرد عليه والتخلص منه من خلال طرح تقسيمات بديلة عنه.

ثانيا : مشكلة البحث

لقد تم تبني التقسيم الثنائي في كثير من الأنظمة القانونية بدون تمحيص أو تحليل وتقصي لأساسه المنطقي وأصوله التاريخية وهو ما سبب ارتباكا في هذه الأنظمة بسبب وجود قواعد ومبادئ قانونية لا تدخل في تعريف أي من القسمين وأخرى مختلف فيها بين كونها من القانون العام أو الخاص.

ثالثا : الأسئلة البحثية

السؤال المركزي : هل يتلائم التقسيم الثنائي للقانون مع التطور الذي شهدته وتشهده الأنظمة القانونية ومع التغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي طرأت على البلدان التي تأخذ به ؟

الأسئلة الفرعية :

١- كيف نشأ وتطور التقسيم الثنائي للقانون ؟

٢- ما هي النتائج السلبية لهذا التقسيم ؟

٣- كيف تلافي هذه النتائج ؟

رابعا : الأهداف البحثية

الهدف الرئيسي : طرح تقسيم بديل للتقسيم الثنائي يتجاوز عيوب التقسيم الثنائي.

الأهداف الفرعية

١- بيان الأصل التاريخي للتقسيم الثنائي

٢- تحديد عيوب التقسيم الثنائي

٣- تحديد المعالم الرئيسية لتقسيم يقوم على مسايرة التطورات الاجتماعية والاقتصادية

خامسا : منهج الدراسة

يقوم منهج الدراسة على المنهج الاستنباطي ويعتمد الطريقة التحليلية في نقد التقسيم الثنائي مع المزج بينها وبين الطريقة التاريخية والمقارنة. يعتمد البحث في الأساس على دراسة المبادئ والقواعد القانونية بشكل نظري وهو بذلك يعتمد على المصادر التي تتوفر في المكتبات القانونية وقواعد البيانات.

سادسا : خطة البحث

المبحث الأول : مضمون التقسيم الثنائي

المطلب الأول : نشأة التقسيم الثنائي

الفرع الأول : في القانون الروماني

الفرع الثاني : في الشريعة الانكلوأمريكية

المطلب الثاني : معيار التقسيم الثنائي

المبحث الثاني : نقد التقسيم الثنائي

المطلب الأول : نقد الأساس المنطقي للتقسيم

المطلب الثاني : نقد مسايرة التقسيم للتطورات الاجتماعية والاقتصادية

المطلب الثالث : صياغة نظرية لتقسيم علم القانون

الخاتمة

المبحث الأول

مضمون التقسيم الثنائي

إن دراسة نشوء هذا التقسيم تاريخيا عنصر جوهري في في فهم مضمونه، من جانب آخر فإن مضمون هذا التقسيم يتمثل في معيار التفرقة . بناءا على ما تقدم سيكون تقسيم هذا المبحث على مطلبين نعالج في أولهما نشأة التقسيم الثنائي في يكون الثاني مخصصا لمعيار هذا التقسيم.

المطلب الأول

نشأة التقسيم الثنائي

تمهيد وتقسيم :

تختلف نشأة التقسيم الثنائي حسب الأصل التاريخي للأنظمة القانونية فبلدان الشريعة اللاتينية أو ما تعرف ببلدان القانون المدني ترجع في أصول هذا التقسيم التاريخية إلى القانون الروماني، في حين يعود تاريخ نشوء هذا التقسيم في بلدان الشريعة الانكلو–أمريكية او ما يعرف ببلدان الكومنويلث إلى عهد قريب لا يتعدى العصور الوسطى. بناءا على ذلك فإن مبررات كل مجموعة من هاتين المجموعتين من الأنظمة القانونية تختلف عن نظيراتها في المجموعة الأخرى . من أجل هاتين الحقيقتين فإن من المناسب تقسيم النشأة بحسب الشرائع فيكون الفرع الأول مخصصا لمناقشة نشأة التقسيم في القانون الروماني فيما نناقش في الفرع الثاني نشوء التقسيم الثنائي في انكلترا والولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الأول

نشأة التقسيم الثنائي في القانون الروماني

ظهرت علامات التمييز بين نوعين من القواعد في النظام القانوني الروماني في بداية العهد الإمبراطوري[1] وإن كان هناك من يرجعها إلى نهايات العهد الجمهوري الذي ظهرت فيه علامات وبدايات لهذا التمييز [1].

[1] العهد الإمبراطوري يبدأ من عام ٢٧ قبل الميلاد ويمتد إلى عام ٤٧٦

Jennings, Sarah Kellis. "Storytelling and Community: Beyond the Origins of the Ancient Theatre, Greek and Roman." (2015). P 17

وعلى أية حال فإن المشهور أن أقدم نص يتحدث عن تقسيم القانون إلى عام وخاص هو نص الفقيه الروماني أولفيان ، لقد ذهب أولفيان إلى ان القانون العام أو كما يسميه *ius publicum* يحكم الشؤون الدينية والكهنوتية والدوائر القضائية فيما يعالج القانون الخاص *ius privatum* العلاقات بين المواطنين على مستوى العائلة والعمل[٢] ، وعن هذا الفقيه نقلت مجموعة جستنيان هذا التقسيم فقضت بأن دراسة القانون تتضمن فرعين هما القانون العام والقانون الخاص. يتعلق الأول بصالح الدولة الرومانية فيما يتصل الثاني بمصلحة المواطن العادي[٣].

من جانب آخر فإن هناك من يقول بأن طرح الفقيه أولفيان لم يكن تقسيما لفروع القانون بل وصفا لمنطقتين داخل علم القانون هما منطقة القانون الخاص ومنطقة القانون العام. إن هذا يعني اننا لسنا ، حسب هذا الفهم لأولبيان ، أمام تبويب وتصنيف لفروع القانون يشكل اختلافا في المنهج والرؤية كما يتم تصويره اليوم بل أمام تحديد لمناطق تعالج علاقات مختلفة دون أن يكون هناك اختلاف في الفلسفة والمنهج. ويستدل أصحاب هذا التوجه على رأيهم بان القانون العام في ظل القانون الروماني كان يعالج، أحيانا ، قضايا تعد من الشؤون الخاصة للأشخاص العاديين مثل الوصية[٤]

يرى عدة كتاب [٥] أن الأصل التاريخي لهذا التقسيم هو فلاسفة الإغريق حيث يرجعه البعض[٦] إلى أرسطو الذي قسم الاعتداءات حسب مرتكبيها وحسب من ترتكب ضدهم فقرر أن الايذاء الجسدي لشخص هو اعتداء على شخص فيما اعتبر تجنب الخدمة العسكرية اعتداءا على الدولة.

لقد كان التقسيم الروماني تقسيما وصفيا لا مفهوميا ويرى البعض[١] أن السبب الرئيسي لغياب التفرقة الدقيقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص أن الرومان بصورة عامة والفقهاء الرومان بصورة خاصة كانوا أقل اهتماما من

---

[١] Gibor Hamza, The Classification *(divisio)* into 'Branches' of Modern Legal Systems (Orders) and Roman Law Traditions, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catlica de Valpara so XXVII (Valparaso, Chile, 2 semestre de 2006) P 444؛

[٢] Gibor Hamza, , p 444

[٣] J. INST. 1.1.4 (INSTITUTES OF JUSTINIAN (John Baron Moyle trans., Oxford Univ. Press, 7th prtg. 1967)) p 4

[٤] Gibor Hamza, p 445

[٥] T.E, Holland, the elements of jurisprudence, 12th edition, Oxford University Press, 1916, p 130; H.F. Jolowicz , public and private law, in H.F. Jolowicz , lectures on jurisprudence (London 1963) 320-327; Gibor Hamza, , 445

[٦] T.E, Holland, p 130

غيرهم من الشعوب بالأفكار النظرية الصرفة والتعاريف والمفاهيم. لكننا مع تسليمنا بذلك لا نرى أن هذا هو السبب الوحيد فالقانون الروماني لم يكن قد وصل إلى مرحلة يمكنه من الناحية الابستمولوجية من طرح تقسيم نظري للقانون. إن النظم القانونية حينما تبدأ تشرع بصياغة حلول فردية لحالات عملية ووقائع تعرض عليها ليس بينها رابط ثم تتنقل النظم القانونية إلى مرحلة وضع القواعد العامة التي تطبق على أكثر من حالة واحدة لتشكل العديد من الحالات لتصل في نهاية المطاف إلى صياغة المبادئ والأسس النظرية التي يعتمد عليها تشريع القواعد القانونية وصياغتها. ولعل من الواضح أن تقسيم القواعد القانونية تتصل بالمرحلتين الثانية والثالثة التي لم يكن القانون الروماني قد وصل إليهما بعد وهو ما يرجح رأي البعض بأن الرومان لم يبتكروا هذا التقسيم بل استعاروه من جيرانهم الإغريق الذي كانوا رواد الفلسفة في العالم القديم. لقد فرق اليونان بين نوعين من النشاط أولهما النشاط الخاص وثانيهما العام ، يتمثل النشاط الخاص بذلك الذي يقع ضمن الأسرة مثل الولادة والوفاة والأنشطة المالية للأسرة ، أما النشاط العام فيتمثل بنشاط الرجال الذين يجتمعون لتقرير شؤون الدولة[٢]

ولئن كان رد الأصل التاريخي لتقسيم أولفيان إلى الإغريق لم يشهد جدلا ، فإن المبرر الذي دفع الفقيه الروماني إلى تبني هذا التقسيم كان محل اختلاف . يرى البعض أن دافع أوليفان لتقسيم القانون إلى عام وخاص هو التفرقة بين القانون الدولي من جهة وبين القانون الخاص من جهة أخرى. إن هذا الفصل كان هدفه فرز نظام قانوني مستقل يحكم للحياة الخاصة لحماية الرومان من تدخل الامبراطور[٣]. إن هذا التركيز على القانون الخاص جعل الاهتمام قليلا بالقانون العام وهو ما لاحظه سافيني حين ذهب إلى أن القانون العام عند الرومان لم يؤثر في الأنظمة القانونية الحديثة بقدر تأثير القانون الخاص في التقنينات المدنية[٤]

لكن توجها آخر في تفسير الباعث الذي دفع أولفيان إلى تقسيم القانون إلى عام وخاص هو حل المشاكل التي نشأت عن سيطرة الرومان على حوض البحر الأبيض المتوسط . إن القواعد المدنية في روما مصممة على طراز المدن

---

[١] Gibor Hamza, P 445

[٢] Fairfield, Paul. *Public/private*. Rowman & Littlefield, 2005.p 2-3

[٣] Stein, Peter. *Roman Law in European History*. Cambrigde: Cambrigde University Press, 1999. P 21

[٤] Johnston, David. "The general influence of Roman institutions of state and public law." *The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essay, Schriften zur Europäischen Recht und Verfassungsgeschichte, Duncker & Humblot*(1997). P 87

القديمة ، حيث تتكون هذه المدن من مجلس للشيوخ ومجلس للعموم ينتخبان القضاة في المحاكم الدنيا . مع سيطرة العسكر على حوض البحر المتوسط لم تعد هذه القواعد ناجعة وفاعلة للتطبيق في بلدان دخلت إلى الامبراطورية بالقوة . لقد كان النموذج المصري في الحكم مثلا هو سيطرة شخص واحد وهو الفرعون على مقاليد السلطة لذا فقد اخترع الرومان فكرة أسموها *res publica*[١] والتي تقوم على أن الاشياء العامة ليست ملكا لأحد لكن الكل يستطيع المشاركة بالانتفاع بها [٢] . من أجل ديمومة هذه الفكرة فقد حرص الرومان على أن تكون القواعد التي تحكم الأشياء العامة مختلفة عن تلك التي تحكم الأشياء الخاصة التي تكون ملكا لشخص أو عائلة أو شركة وتكون مسخرة لأغراضهم الخاصة [٣]

لم يكن للقانون العام ولا الخاص تعريف عندما طرح اوليفان التقسيم فقد رأى بأن قواعد القانون العام لا يمكن تغييرها بإرادة خاصة أما قواعد القانون الخاص فتطبق في حال عدم اتفاق الأطراف على ما يخالفها فإذا اتفق الأفراد على ما يخالفها فلا تطبق [٤]. نلاحظ أن هذا التقسيم يماثل التقسيم بين القاعدة الآمرة والقاعدة غير الآمرة (المفسرة والمكملة) وقد بقي هذا التقسيم سائدا بين فقهاء الرومان، فقد اعتمده الفقيه الروماني بابينيان في تقسيمه للقانون العام والخاص[٥]. وقد كانت قواعد القانون العام على وفق تقسيم أوليفان تنقسم على ثلاثة أنواع أولها الأمور الدينية وثانيها الأمور المتعلقة بالكهنة أو رجال الدين وثالثها الأمور المتعلقة بالقضاء وهذه الأمور في عصرنا اليوم لا يتعلق منها بالقانون العام إلا العنصر الأخير وهو القضاء [٦]

لكن الملاحظ على هذا التقسيم أنه لم يكن ثابتا لا من حيث مفهومه ولا من حيث مضمونه فلم يتوقف الرومان تغيير المعيار الذي يميز القانون العام عن القانون الخاص ، وهو ما ينعكس على مفهوم ومضمون كل منهما. وقد كان الدافع

---

[١] تعني الشؤون العامة أو الأشياء العامة وهي الكلمة التي شكلت الأصل اللغوي لكلمة الجمهورية

[٢] Zoller, Elisabeth. *Introduction to public law: A comparative study*. Brill, 2008. P 3-4

[٣] Zoller, Elisabeth. P ٥

[٤] Stein, Peter. P 21

[٥] Gibor Hamza, p 445

[٦] Johnston, David. P 8 ٩

إلى هذا التغيير تلبية حاجات كل مرحلة من مراحل هذا التغيير وقد وصل الأمر أن يتغير المعيار امبراطور وامبراطور[١].

ومن ناحية أخرى استعمل الفقهاء الرومان مصطلح القانون العام للدلالة على مفاهيم مختلفة وهو ما يعني بالضرورة تغيير مفهوم القانون الخاص. فقد أطلق الرومان مصطلح القانون العام للدلالة على النظام القانوني الروماني بأسره وهو ما يعني خروج القانون الخاص من مفهوم القانون . واستعمل الرومان مصطلح القانون العام بوصفه مجموعة من القواعد التي لا يمكن للأفراد تغييرها . واشار الكثير من فقهاء الرومان إلى القانون العام بوصفه القانون المتعلق بالمصلحة العامة. وقد ندر استعمال القانون العام للدلالة على القواعد القانونية المتعلقة بالدولة والدستور [٢]

أما من حيث المضمون قد صنف الرومان القانون الجنائي بوصفه ضمن القانون الخاص[٣] وهو التقسيم السائد اليوم في فرنسا وفرق الرومان بين نوعين من الأنهار واعتبروا بعض الأنهار خاضعة للقانون الخاص[٤]. وفي جانب الملكية فرق الرومان بين الملكية التي تنتقل بالميراث عن غيرها من أنواع الملكية لأنهم كانوا يعيشون في مجتمع يقوم على القرابة وملكية الأسرة الذي يكون فيه الميراث ذا أهمية قصوى[٥].

وفيما يتعلق بالشؤون المتعلقة بالحكم فقد الفقهاء الرومان على الهيئات التي تمثل مجاميع داخل المجتمع على أنها من أشخاص القانون الخاص فقد رأى كايوس أن دولة المدينة civitas تعد من أشخاص القانون الخاص وقبله قرر أولفيان أن ملكية هذه الدول هي ملكية خاص يطبق عليها القانون الخاص [٦]

الفرع الثاني

---

[١] Dubber, Markus D. "Criminal law between public and private law." (2009). P 195

[٢] Johnston, David. P 8 ٩

[٣] Dubber, Markus D. (2009). P 195

من الجدير بالذكر أن بعض الجامعات الفرنسية تضع القانون الجنائي ضمن فروع القانون الخاص في حين يضع اتجاه فقهي هذا القانون ضمن فرع جديد أسماه القانون المختلط انظر

droit public des affaires, droit public des affaires et distinction droit public/droit privé , 15 , mise à jour 06/2017. Le Lamy ,

[٤] Watson, Alan. "Aspects of reception of law." *Am. J. comP. l.* 44 (1996): 335. P 346

[٥] Pound, Roscoe. "Classification of law." *Harvard Law Review*37.8 (1924): 933-969. P 94 ٧

[٦] Johnston, David. P 8 ٩

نشأة التقسيم الثنائي في الشريعة الانكلوأمريكية

بخلاف البلدان المتأثرة بالقانون الروماني فإن هناك توجها أقل في بلدان الشريعة الانكلو–أمريكية لتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص بنفس الطريقة التي تعمد فيها بلدان الشريعة اللاتينية إلى هذا التقسيم [١].

ففي انكلترا لا يحتل التمييز بين القانون العام والقانون الخاص تلك الأهمية التي يحتلها في بلدان القارة الأوربية التي تعتمد النموذج الفرنسي–الألماني[٢]. لكن هذا التقسيم بدأ يؤثر في النظام القانوني الانلكيزي بشكل واضح منذ القرن العشرين [٣] وإن كانت جذور الدعوة إلى تبني الفصل بين القانون العام والقانون الخاص في انكلترا ترجع إلى القرن الثالث عشر .لقد بدأ النقاش المؤثر حول التقسيم الثنائي في انكلترا في منتصف القرن الماضي وانقسم الشراح الانكليزي بين مؤيد ومعارض لاعتماد هذه الثنائية في النظام القانوني الانلكيزي[٤] . لكن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص الخاص في انكلترا بالتطور في مطلع القرن الحالي من خلال عدة مظاهر أولها ازدياد توجه نحو إنشاء محاكم خاصة بالمنازعات الإدارية [٥] وثانيها بداية توجه الكتاب والقضاة الانكليز نحو تطوير قواعد متميزة للقانون العام عن القانون الخاص من حيث تعيين الواجبات والحقوق فأشخاص القانون الخاص يحكم واجبتهم القانون الخاص وبالعكس فإن القانون العام هو الذي يحدد واجبات وحقوق أشخاص القانون العام[٦] أو من حيث تطبيق أحكام المسؤولية المترتبة على الإهمال[٧] أو من حيث القانون الذي يحكم التعاقد [٨] وثالثها فإن الإصلاحات في النظام القانوني الانكليزي في سبعينات وثمانينات القرن الماضي قد انتجت قواعد مختلفة في الرقابة القضائية على أعمال أشخاص القانون العام[١]

---

[١] Harlow, Carol. ""Public" and "Private" Law: Definition Without Distinction." *The Modern Law Review* 43.3 (1980): 241-265.p 241

[٢] Allison, John WF. *A continental distinction in the common law: a historical and comparative perspective on English public law*. Oxford University Press on Demand, 2000. P 1

[٣] Saiman, Chaim. "Public law, private law, and legal science." *The American Journal of Comparative Law* 56.3 (2008): 691-702. P 692

[٤] Allison, John WF. p ٥-٦

[٥] Allison, John WF. p 1

[٦] Anns v Merton London Borough Council [1977] 2 W.L.R. 1024

[٧] *Home Office v Dorset Yacht* Co Ltd [1970] UKHL 2, [1970] AC 1004

[٨] *Town Investments Ltd v Department of The Environment [1977] 2 WLR 450*

لكن البعض من شراح البريطانيين ينتقد توسعة أشخاص القانون العام ويقصرهم على التاج ويذهب إلى شمول أشخاص القانون للوزارات والهيئات الحكومية سوف تكون له آثار خطيرة من خلال استعمال هذا السلاح من قبل الحكومة بشكل يضيع حقوق الأفراد[٢]

والحال نفسه ينطبق على الولايات المتحدة الأمريكية [٣] حيث ظل رجال القانون الأمريكان لفترة طويلة لا يشيرون إلى هذا التقسيم ولا يتطرقون له[٤]. لكن بروز الدولة القومية ونظريات السيادة في القرنين السادس عشر والسابع عشر الميلاديين أدى إلى تطور القانون العام في الفكر القاوني المعاصر فيما يرجع بروز فكرة القانون الخاص إلى سببت الدعوات للحرية الفردية والنظريات التي تقوم على فكرة الحقوق الطبيعية وجعل الفرد خارج نطاق سيطرة الدولة في حياته اليومية[٥] لقد قررت المحكمة العليا الأمريكية في قرار لها أن الملكية الخاصة متأثرة بالمصلحة العامة فقد توقف الاعتقاد بأنه حق خاص فقط، بناءا على ذلك فقد سمحت المحكمة للدولة بالتدخل في الأسعار التي يفرضها أشخاص القانون الخاص متى ما أثرت هذه الأسعار في المصلحة العامة [٦] ، وبناءا على ذلك فقد ذهب بعض الشراح الأمريكان إلى أن الملكية ما دامت تنظمها الدولة فهي تعتبرها سلطة عامة يتم تخويلها للأفراد[٧] وهو ما يعني دخولها في إطار القانون العام ، نتيجة لهذا يذهب البعض أن القواعد القانونية التي تحكم العائلة ينبغي أن تكون من باب أولى ممن تتأثر بالمصلحة العامة كوننا نطبق نفس قواعد الدولة على العائلة[٨]. ومن جانب أخرى فقد سمحت نفس المحكمة للدولة أن تمارس

لقد قررت المحكمة في هذه الدعوى أن القانون الخاص لا ينظم العلاقة التعاقدية التي يكون التاج أو الهيئات الحكومية أو الوزارات طرفا فيها بل تخضع هذه العلاقات لأحكام القانون العام.

[١] Allison, p 1

[٢] Harlow, Carol. 24 p٨

[٣] Michaels, Ralf, and Nils Jansen. "Private law beyond the state? Europeanization, globalization, privatization." *The American Journal of Comparative Law* 54.4 (2006): 843-890.p 846

[٤] Merryman, John Henry. "The public law-private law distinction in European and American law." *J. Pub. L.* 17 (1968): 3. P 4

[٥] Horwitz, Morton J. "The history of the public/private distinction." *University of Pennsylvania Law Review* 130.6 (1982): 1423-1428. ٣P 142

[٦] Munn v. Illinois, 94 US 113 - Supreme Court 1877, p 126

[٧] Cohen, Morris R. "Property and sovereignty." *Cornell LQ* 13 (1927): 8.p 21; Kennedy, Duncan. "Stages of the decline of the public/private distinction." *U. Pa. L. Rev.* 130 (1981): 1349.p 1352

[٨] Kennedy, Duncan. ٣٥٤p 1

الأعمال التجارية متى ما صبت في المصلحة العامة ، وقد بدأ القضاء الأمريكي يستقر على رد الدعاوى التي تقام على الحكومة لمنعها من ممارسة الأعمال التجارية [١]

على أية حال فإن التقسيم غير ناضج بالشكل الذي هو عليه في بلدان القانون المدني ولا أدل على ذلك من اختلاف الرؤية حول مفهوم القانون العام والخاص بين انكلترا وأمريكا فعلى وفق المنظور الانكليزي فإن القانون الخاص هو الذي ينظم شؤون المواطنين فيما بينهم في حين ينظم القانون العام شؤونهم مع السلطات العامة[٢] أما في المنظور الأمريكي فإن هناك تمييزا بين الحقوق الخاصة من جهة والحقوق التي تنشأ بين الحكومة والأشخاص الخاضعين لسلطتها فيما يتعلق بممارسة الحكومة لمهمتها الدستورية والتشريعية[٣]

المطلب الثاني

معايير التقسيم الثنائي

على وفق البعض فإن هناك ١٧ معيارا للتفرقة بين القانون الخاص والقانون العام تفاوتت بين القوة والضعف والشهرة وعدم الشهرة [٤] . لكننا وحسب التقصي وجدنا أن هناك سبعة معايير تندرج ضمن ثلاثة توجهات للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. تضمن التوجه الأول المعايير التي اعتمدت الهدف من القاعدة القانونية للتمييز أما التوجه الثاني فاشتمل على المعايير التي اعتمدت محل تنظيم القاعدة القانونية كمعيار للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. وأخيرا فإن هناك توجها يعتمد على معايير خارجية للتفرقة بين القاعدة القانونية العامة والقاعدة القانونية الخاص. وسيكون كل توجه من هذه التوجهات الثلاثة عنوانا لفرع مستقل.

---

[١] Robert, C. "Ellick-son, Cities and Homeowners Associations, 130 U." *Pa. L. Rev* 1519 (1982). P 1569-70

[٢] O'Reilly v Mackman [1983] 2 AC 237 , 255 .

[٣] *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 52 S. Ct. 285, 76 L. Ed. 598 (1932). P 50

[٤] Gibor Hamza, p 4 ٥٩

الفرع الأول

المعايير التي اعتمدت الهدف من القاعدة القانونية

يمكن القول أن هذا التوجه يتضمن معياران هما معيار المصلحة العامة ومعيار العدالة التصحيحية والعدالة التوزيعية وكما يأتي :

أولا : المصلحة الخاصة

يبقى التقسيم الذي يقوم على المصلحة هو التقسيم الأبرز بين معايير التقسيمات التي طرحت فالقانون الخاص هو قواعد تهدف إلى تحقيق منفعة الأفراد بخلاف القانون العام الذي يسعى إلى تحقيق مصلحة المجموع [١]. يعود هذا المعيار إلى الفقيه الروماني اولفيان الذي بين أن القانون الخاص هو الذي يهتم بالمصالح الخاصة بخلاف القانون العام الذي يهتم بالمصلحة العامة وقد ظهر هذا المعيار في انكلترا وألمانيا كما ظهر في الولايات المتحدة تقسيم شبيه يقوم على اعتبار القانون الخاص يهدف إلى الاهتمام وحماية الحقوق الخاصة[٢].

لكن هانز كلس صاحب نظرية القانون المحض انتقد هذا المعيار لسببين أولهما أن كلا من القانون الخاص والقانون العام هو محقق للمصلحة العامة والمصالح الخاصة للأفراد على حد سواء أما ثاني السببين فإن هدف القاعدة القانونية ليس له علاقة بكونها تنظم علاقة متساوية من عدمها[٣].

ثانيا : العدالة التصحيحية والعدالة التوزيعية

تنطلق هذه الفكرة في التقسيم من نوع العدالة التي يحققها القانون فمهمة القانون الخاص هو تحقيق العدالة التصحيحية التي تقوم على تصحيح الضرر الذي يتعرض له المواطنون في حين يهدف القانون العام إلى تحقيق العدالة التوزيعية التي تقوم على توزيع الموارد على المواطنين بشكل عادل. إن هذا المعيار يقدم تفسيرا عن كون المسؤولية التقصيرية

---

[١] Zoller, Elisabeth. P 65-

[٢] Michaels, Ralf, and Nils Jansen. " p 847

[٣] Ebenstein, William. "The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought." *California Law Review* 59.3 (1971): 617-652. P 649

تعامل في الولايات المتحدة على أنها من ضمن القانون العام لأنها تهدف عند فقهاء الولايات المتحدة إلى تحقيق العدالة التوزيعية بخلاف الوضع في أوربا حيث تعامل المسوؤلية التقصيرية على أنها من ضمن مواضيع القانون الخاص[١]

لكن هذا التقسيم منتقد على أساس صعوبة الفصل بين بين نوعي العدالة من جهة وصعوبة تحديد مكان العديد من القواعد القانونية على وفق هذا المعيار. وهو ما سبب اختلاف الأنظمة القانونية في وضع بعضها ضمن القانون العام أو الخاص مثل المسؤولية التقصيرية وحتى العقد الذي يعد قوام القانون الخاص يرى البعض أنه يعتمد على العدالة التوزيعية التي تعد جوهر القانون العام[٢].

الفرع الثاني

المعايير التي اعتمدت محل تنظيم القاعدة القانونية

يعتمد هذا التوجه على محل التنظيم للقاعدة القانونية أو العلاقات التي تكون محلا للتنظيم ، وهناك ثلاثة معايير ضمن هذا التوجه وكما يأتي :

أولا: العلاقة بين الاطراف الخاصة

يسود هذا المعيار في قوانين القارة الأوربية والقوانين التي أخذت منها. طبقا لهذا المعيار الذي يعد من نتاج النظام القانوني الألماني فإن القواعد التي تنظم العلاقة بين الأفراد فيما بينهم تعد قواعد القانون الخاص فيما تعد القواعد التي تعالج العلاقة بين الدولة كصاحبة سيادة وسلطان من قواعد القانون العام[٣].

لكن هذا المعيار يحتاج منا إلى معيار آخر وهو المعيار الذي على أساسه تظهر الدولة بوصفها صاحبة السيادة والسلطان. ليس هناك ضابط يحكم هذا الأمر وهو ما يعني دخولنا في مشكلة آخرى بديلا عن مشكلة معيار التقسيم.

ثانيا : العلاقة الافقية

من بين أبرز من طرح هذا التقسيم ماكس ويبر في كتابه الاقتصاد والمجتمع. يقول ويبر أن القانون الخاص هو قانون التنسيق بينما القانون العام هو قانون التبعية ، إن القانون الخاص ينظم العلاقات التي يكون أطرافها في مواجهة بعضهم

---

١ Michaels, Ralf, and Nils Jansen. " p 84

٢ Kronman, Anthony T. "Contract law and distributive justice." *The Yale Law Journal* 89.3 (1980): 472-511.

٣ Michaels, Ralf, and Nils Jansen. p 84

البعض ليكون القانون منسقا للعلاقة بينهم . في القانون العام يكون القابض على السلطة في مواجهة الخاضعين له وهو ما يعني قيام القواعد التي تنظم هذه العلاقة على أساس من التبعية[١]. وقد ذهب جانب من الفقه الألماني إلى مثل هذا الاتجاه في النصف الثاني من القرن التاسع عشر والعقد الأول من القرن العشرين إلى أن القانون الخاص هو قانون ينظم العلاقة بين اشخاص متساويين في حين أن القانون العام ينظم علاقة هرمية لا يتمتع أطرافها بمستوى متساو[٢] لكن هذا المعيار لا يصمد أمام تحديات المجتمع المعاصر حيث ظهرت مؤسسات وهيئات وشركات هي أقوى من كثير من الدولة تكون لها الأعلوية في علاقاتها مع بعض الدول ورغم ذلك ما زال القانون الخاص يحكم سلوكها وعلاقاتها[٣].

ثالثا : التنظيم الخاص

يساوي هذا المعيار بين القانون الخاص والتنظيم الخاص الذي يتعلق بتوزيع السلع والخدمات ورؤوس الأموال من خلال التعاقد، إن العقد والملكية هما عنصرا القانون الخاص الرئيسيين في كل من الولايات المتحدة وألمانيا[٤]. إن كل موضوع يعد من مواضيع القانون الخاص متى ما تم تنظيمه من قبل الأفراد بعد منح السلطة لهم من القانون[٥].

يؤخذ على هذا المعيار أنه ترك الأمر للسلطة في تحديد ما يدخل ضمن القانون الخاص وما يدخل ضمن القانون العام وهو يتعارض مع أصل نشوء هذا التقسيم الذي نشأ لكي يحمي الحياة الخاصة من تدخل السلطة.

الفرع الثالث

المعايير التي اعتمدت على عناصر خارج القاعدة القانونية

يمكن القول أن هناك معياران يندرجان تحت هذا التوجه أولهما معيار الجهة التي تنشأ القانون وثانيهما معيار ولاية القضاء وكما يأتي :

أولا: الجهة التي تنشأ القانون

---

[١] Weber, Max. *Economy and society: An outline of interpretive sociology*. Vol. 1. Univ of California Press, P 642 1978.

[٢] ٥٩ Gibor Hamza, p 4

[٣] ٩٣ Michaels, Ralf, p 84

[٤] ٩٤ Michaels, Ralf, and Nils Jansen. p 84

[٥] ٥٠ Michaels, Ralf, and Nils Jansen. p 8

يقوم هذا المعيار على الجهة التي تصنع القاعدة القانونية ، إن قواعد القانون الخاص تشكلها أرادة الأطراف في حين أن الدولة هي من تحدد وتضع قواعد القانون العام[١]. لكن فقهاء القانون الألماني يضيفون أن الأطراف حينما يضعون قواعد القانون الخاص فإنهم إنما يقومون بذلك بناءا على السلطة المفوضة لهم من الدولة[٢].

لكن هذا المعيار يغفل أن القانون هو نتاج السلطة التي تفرض القانون حتى وإن ترك الاختيار للأفراد في حالات محدودة . إن التفرقة بين العام والخاص هي تفرقة بين مراحل مختلفة من القانون بحسب مستويات مختلفة في النشوء وليس بين قانون عام وقانون للأطراف ، فلكي يكون القانون قانونا سواء كان عاما أو خاصا فإنه ينبغي أن يكون مشتقا من معايير عالية من النظام القانوني[٣].إن الجهة التي تنشا القانون ليست مهمة لكن مضمون القانون هو المهم فالسلطة العامة حين تنشأ القانون فإنها قد تشتق قواعدها من قواعد السوق وما يتعارف عليه الأفراد [٤]

ثانيا : ولاية القضاء العادي

إن هذا المعيار ليس معيارا فقهيا بقدر كونه معيارا يعتمد على الولاية القضائية للمحاكم . إن مسائل القانون الخاص في ألمانيا تنظرها المحاكم العادية في حين أن مسائل القانون العام تنظرها محاكم خاصة. لكن هذا المعيار لا يمكن الاعتماد عليه في الولايات المتحدة التي ينظر القضاء فيها كلا النوعين من الدعاوى[٥]. بالإضافة إلى ذلك فإن غالبية بلدان العالم التي تاخذ بالشريعة اللاتينية تصنف القانون الجنائي كقانون عام رغم أنه يخضع في التطبيق للقضاء العادي. إن التفرقة بين العام والخاص ليس لها علاقة مع التفرقة بين القضاء العادي والقضاء الإداري في كل هذه البلدان [٦]

المبحث الثاني

نقد التقسيم التقليدي

---

١. Turner, Christian. "Law's Public/Private Structure." *Fla. St. UL Rev.* 39 (2011): 1003 P 1010

٢. Michaels, Ralf, and Nils Jansen. " p 8 ٥٠

٣Hans, Kelsen. "The Pure Theory of Law." *Trans. Max Knight. Berkeley: University of California Press* (1967). P 281

٤ Turner, Christian. P 1010

٥ Michaels, Ralf, and Nils Jansen. " p 8 ٥١

٦ Merryman, John Henry. P ١٠

كأي فكرة قانونية، لم يبق التقسيم الثنائي دون نقد أو تدقيق إلا عند القليل من الفقهاء الاوربيون الذي ينظرون إلى مبادئ القانون الروماني على أنها مبادئ مبنية على المنطق والتسبيب فهم يقبلونها بلا تمحيص ولا تدقيق[١]. إن هذه الحقيقة سوف تنهار إذا وضعنا تقسيم الرومان للقانون على طاولة التحليل والمناقشة

وأيا كان الأمر فإن الآراء التي انتقدت التقسيم الثنائي توزعت على مجموعتين أولهما الآراء التي انتقدت الأساس المنطقي للتقسيم ومضمونه النظري وثانيهما الآراء التي انتقدت التقسيم بدعوى عدم انسجامه مع التطور الاجتماعي. وعليه ستكون كل مجموعة موضوعا لمطلب مستقل . وفي المطلب الثالث سوف نحاول طرح فكرتنا عن تقسيم القانون.

المطلب الأول

نقد الأساس المنطقي للتقسيم

إن تقسيم القانون يجب أن يكون منطقيا ومناسبا للمفاهيم التي هي محل المقارنة مع الانظمة الأخرى وكذلك مناسبا من الناحية العملية ومستوعبا لكل فروع القانون وتقسيماته الفرعية ومدوناته[٢].إن هذا التصور للتقسيم لا يمكن أن ينطبق بأي حال من الأحوال على التقسيم الثنائي للقانون الذي لم يدَّعِ حتى مؤيدوه أنه ناظر إلى معيار داخل القاعدة القانون، على سبيل المثال فإن الفقيه الإيطالي ازو بترايوس وهو من الفقهاء الذين احيوا التراث الروماني في قوانين القارة الأوربية ذهب إلى أن ثنائية القانون هي مجرد تصنيف فروع القانون دون أن يكون أساس منطقي للتقسيم[٣].إن تقسيم القانون إلى عام وخاص ليس مستندا إلى أي حقيقة علمية وليس له معيار منطقي يمكن على أساسه فهم فلسفة التقسيم التي لم تتبع إلا من حقائق اجتماعية وتطبيق عملي تغير فيه مفهوم القاننون العام والخاص ومضمونهما مرارا وتكرارا [٤] .

يعد الفيلسوف القانوني الانكليزي جون استون من هاجم تسمية القانون العام والقانون الخاص وقال أنهما تسميتان يجب أن تغادرا علم القانون لأن كل منهما يمكن أن يتواجد في كل أقسام القانون[٥]. ويؤيد بعض الكتاب المعاصرين هذا الرأي الرأي بالقول أن معظم تعاملاتنا وأعرافنا القانونية ذات صبغة مزدوجة بين العام والخاص[١]

---

[١] Pound, Roscoe. P 94٦

[٢] Holland, T.E. *Essays upon the Form of the Law*. London: Butterworths, 1870. P 19

[٣] Gibor Hamza, p 44 ,1969

[٤] Pound, Roscoe. P 936

[٥] John Austin, Lectures on Jurisprudence (Richard Campbell Ed., 5th Ed. 1885), p 67-69

من ناحية أخرى رأى البعض[٢] ان هذا التقسيم غامض ومربك في كل الانظمة القانونية القديمة بما فيها القانون الروماني، فإذا طبقنا التعريف الروماني للقانون العام والخاص فإن القانون لا يمكن أن يكون عاما في جزء منه وخاصا في الجزء الآخر بل سيكون كل القانون اليوم قانونا عاما[٣]. لا شك أن هذا الرأي سيجد الكثير من التأييد لو أخذنا بعين الملاحظة أن الرومان أنفسهم كان لهم، كما قدمنا ، أكثر من تعريف للقانون العام وتنقل القواعد القانونية بين القسمين بين حين وآخر وكذلك اختلاف المعيار في التمييز بين فقيه آخر وامبراطور وآخر في روما. بالأضافة إلى ما تقدم فإن الرومان وضعوا أغلب القواعد القانونية التي تتعلق بالجانب الديني والتي تدخل اليوم ضمن القانون الخاص ، ضمن أحكام القانون العام وهو ما يعكس الجانب الاجتماعي للتقسيم أكثر من الجانب المنطقي[٤].

إلى جانب أساس التقسيم ومعياره فقد لاحظ المنتقدون أن جميع التعاريف التي طرحت للقانون العام والقانون الخاص لا تنطبق بشكل منهجي على قواعد القانون ، حيث نجد من القواعد ما يخرج عن القسمين كالقانون الدولي[٥] ، في حين نجد قواعد أخرى متأرجحة بين القسمين كقواعد المسؤولية العقدية التي تتكفل كثير من الأنظمة القانونية بتنظيم أحكامها وتتدخل في تطبيقها على الرغم من تعلقها بالعقد الذي هو لب القانون الخاص [٦]. إن أحكام المسؤولية العقدية والتعويض الذي يترتب عليها لا يمكن تبريره من خلال فلسفة التعاقد وسلطان الإرادة فهو وليد فلسفة تنبع من المصلحة العامة التي تبنى عليها معظم قواعد القانون العام[٧]. ومثل المسؤولية فإن قانون العمل يقدم مثالا واضحا على اختلاط وامتزاج بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص[٨]. وإذا نظرنا إلى أطراف العلاقة القانونية بوصفهم معيارا يحددون نوع القاعدة

---

[١] Turner, Christian.p 1005

[٢] Seagle, W. "The Quest for Law (New York, 1941)." *Searle6The Quest for Law1941*:. 267

[٣] Kocourek, Albert. "Classification of law." *NYULQ Rev.* 11 (1933): 319. P 340

[٤] Goodrich, Peter. "The political theology of private law." *International Journal of Constitutional Law* 11.1 (2013): 146-161.p 148

[٥] T.E, Holland, , p 133

[٦] Turner, Christian. "p 1005

[٧] Horwitz, Morton J. P 1426

[٨] Friedmann, W. G. "Public and Private Law Thinking: The Need for Synthesis." *Wayne L. Rev.* 5 (1958): 291.292

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[١] وهو ما يزعزع أساس هذا التقسيم.

لقد نُقل الفقيه الألماني هانز كلسن أن التقسيم الثنائي هو ايدولوجي أكثر منه نظري . إن الصبغة الايدولوجية للتقسيم واضحة في بلدان القارة الأوربية أكثر من دول الشريعة العامة غير المقننة وذلك للحفاظ على الفكرة الرومانية للقانون العام الذي يستطيع الحاكم بناءا عليه انتهاك القانون لحماية المصلحة العامة[٢].

من جانب آخر يرى استاذ القانون في جامعة نانت الفرنسية الن سبويوت إن التقسيم الثنائي اليوم يواجه اشكالية بوضعه قواعد قانونية صادرة بنفس الطريقة ولها نفس الهدف في القانون العام مرة وفي القانون الخاص مرة أخرى [٣].

أمام هذا الانتقاد دعى البعض في فرنسا إلى وضع قسم ثالث للقانون أسموه القانون المختلط وهو يتضمن قواعد ذات صبغة مزدوجة تحمل بين طياتها صفات من القانون الخاص وأخرى من القانون العام من حيث الموضوع والتطبيق والاختصاص القضائي [٤]. لكن هذا الحل يبقى عاجزا عن مواجهة المد المنتقد للتقسيم الثنائي لأنه أساسا ينطلق من الثنائية لكنه يقر بوجود قواعد لها خصائص مزدوجة.

المطلب الثاني

نقد مسايرة التقسيم للتطورات الاجتماعية والاقتصادية

يمكن القول أن هذا النوع من النقد هو الأكثر تأثيرا في التقسيم الثنائي لأن القانون في غايته هو تنظيم للسلوك الاجتماعي وهو بالتالي يرتبط بالمجتمع وظروفه أكثر من ارتباطه بحقائق المنطق والتفكير النظري.

وإذا نظرنا إلى التقسيم الثنائي وجدناه لا يخرج عن كونه استجابة لظروف اجتماعية أدت إلى نشوئه عند الرومان وإحيائه والتمسك به في بلدان التقنين المدني. ولا أدل من ذلك على أن هذا التقسيم قد تأثر في مداه ومعياره ومضمونه بالتطورات الاجتماعية التي حدثت وتحدث في المجتمع فالتقسيم في حقيقته ليس نشاطا علميا بحتا يصمم في أروقة

---

[١] Kennedy, Duncan. ".p 135 -3. ٢

[٢] Ebenstein, P 649

[٣] Supiot, Alain. "The public–private relation in the context of today's refeudalization." *International Journal of Constitutional Law* 11.1 (2013): 129-145. P 129

[٤] Le Lamy , droit public des affaires, droit public des affaires et distinction droit public/droit privé , 15 , mise mise à jour 06/2017

الجامعة ومراكز البحث العلمي. إن تقسيم القانون مرتبط بالفلسفة التي ينظر المجتمع فيها إلى القواعد التي تحكم سلوك أشخاصه أفرادا وجماعات.

لقد وضع جون اليسون[1] شروطا لكي يكون هناك تقسيم ثنائي للقانون في أي مجتمع :

١- وضوح الرؤية حول الدولة ودروها في المجتمع يمكن من خلالها تمييز إدرارات الدولة عما عداها وذلك من خلال تصور المجتمع لوجود دولة يجب أن تضطلع بدور مهم كونها تمثل راس الهرم الاجتماعي

٢- فهم واضح للقانون حيث يقوم الفقهاء في ذلك المجتمع بتقسيم القانون إلى فئتين متمايزتين من القواعد القانونية يضمان كل قواعد القانون في ذلك المجتمع

٣- إجراءات قضائية متقدمة في الفصل في الخصومات الإدارية وذلك لمنع النزاعات غير الحقيقية ضد الدولة لما للنزاعات من أثر سلبي على سمعة الدولة في المجتمع.

ولا يحتاج المرء إلى طول نظر ليكتشف أن هذه الشروط الثلاثة ليست متعلقة بعلم القانون ولا تسند التقسيم إلى أساس منطقي سوى الفصل الاجتماعي بين سلوك الدولة والافراد من ناحية تحقيقه للصالح العام وهو ما اصبح ضبابيا اليوم من خلال تغير المفاهيم الاجتماعية للدولة.

ففي فرنسا ترسخ القانون الخاص وأصبح مركز تنظيم الحياة الخاصة على أثر المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية وهو ما مهد لسن التقنين المدني الفرنسي الذي قام على دعامتين هما احترام الملكية الخاصة وتعزيز الحرية التعاقدية ولم يعد للدولة في هذين المجالين إلا دور محدود يتمثل بالاعتراف وفرض حقوق الأفراد[2]. وعلى الضفة الأخرى من بحر المانش ، كان القانون الخاص وحرية الأفراد وإرادتهم حاكمة على الكثير من الأمور التي تعد من دعامات القانون العام اليوم فقد كان القضاة في انكلترا في القرن السادس عشر لا يكيفون الضريبة على أنها واجب تفرضه الدولة بل على أنها هبة من دافع الضريبة وهو ما يفسح المجال لتطبيق أحكام القانون الخاص عليها [3]. وفي مثال آخر فإن

---

[1] Allison, John WF. P 34-٣٦

[2] Merryman, John Henry. P ١١

[3] Horwitz, Morton J. P 142 ٤

الدعاوى التي تتعلق بتنحية موظف عمومي من موقعه الوظيفي كان تسمع فيه المحاكم الدفوع التي تتعلق بالملكية التي يملكها الموظف في نطاق وظيفته[١].

وفي القرن العشرين وعندما سيطرت الفلسفة الاشتراكية على تفكير الكثير من البلدان الأوربية أصبح تدخل الدولة ، على وفق هذا التصور مطلوبا في الكثير من المواضيع التي لا ترى الفلسفة الفردية ضرورة لتدخل الدولة في بعضها وترى تدخل الدولة في بعضها الآخر انتهاكا لحقوق الأفراد وحرياتهم ، لقد نتج عن تدخل الدولة توسع القانون العام على حساب القانون الخاص وذلك لأسباب تتعلق ببنية النظام السياسي[٢].

لم يعد تقسيم القانون بصورة عامة والتقسيم الثنائي بصورة خاصة منفصلا عن الفلسفة والأفكار السياسية التي تتبناها الدولة فقد أصبح من يقتنع بالقول بوجوب استئثار مصلحة الدولة بالأهمية مقارنة بمصالح الأفراد كما يتمثل في كون الملكية الفردية والحرية التعاقدية يقفان في وجه التقدم الاجتماعي يتفق مع كلام لينين الذي يقول أن القانون كله قانون عام. في المقابل بات من يعتقد بأن قواعد القانون الخاص ضرورية وحاسمة لتعزيز مكانة الطبقة الوسطى في المجتمع فانه سيتفق مع قول باشوكانيس بأن جميع قواعد القانون هي من القانون الخاص، ومن يقتنع بأن كون الدولة في قواعد القانون العام ذات سيادة وسلطان قد تم استغلاله من قبل الحكومات بشكل منظم فإنه سيذهب مع كلسن في نفي التقسيم بين القانون الخاص والقانون العام [٣].

وفي نفس السياق أدى ضمور الفكر الاشتراكي إلى غلبة أفكار القانون الخاص واحتلالها الصدارة فأصبح القانون العام ، على وفق هذا التصور ، شرا لا بد منه يجب أن يكون محصورا في أضيق الحدود يجب أن يقوم دوره على تعزيز الأسواق والتجارة على على تقييدها[٤]. وبعد الثورة التكنولوجية وبروز علاقات عابرة للحدود أصبح النظام القانوني يهدف إلى تأمين ممارسة الأفراد لنشاطاتهم الاقتصادية والاجتماعية ضمن فضاء يقل الاهتمام فيه بالحدود الوطنية ، وبهذا فقد انقلبت المعادلة وأصبح من غير الممكن خضوع الأفراد لعلاقة غير ندية مع الدولة بل أصبحت مهمة القانون العام هي

---

[١] Nelson, William E. "Officeholding and powerwielding: An analysis of the relationship between structure and style in American administrative history." *Law & Society Review* 10.2 (1976): 187-233. P 187

[٢] Gibor Hamza, p 4 ٦١

[٣] Merryman, John Henry. P ١٣

[٤] Supiot, Alain. P 1 ٣٢

تأمين المصالح الفردية للأفراد بأكبر قدر ممكن [١]. ونتيجة لهذه القيم الجديد أصبحنا أمام حقيقة خصخصة القانون التي تتمثل بتقزيم القانون العام أمام القانون الخاص .

لكن طغيان الحرية الفردية والانعزال عن الجماعية في التفكير الاقتصادي ما لبث أن سبب أزمات في العديد من الدول ولعل هذه الأزمة ترجع إلى سبب مركزي واحد وهو قصور التقسيم الثنائي أو بعبارة أدق عدم جدوى فصل النشاط الاقتصادي للأفراد عن سيطرة الدولة ونفوذها وهو ماجعل العديد من الأنشطة الاقتصادية شؤونا عاما ينظمها القانون العام [٢].

إن البنية المعاصرة للدولة تجعل منها مزيجا بين صفات أشخاص القانون العام من جهة وأشخاص القانون الخاص من جهة أخرى لقد تحولت الدولة الحارسة إلى هيأة تضطلع بالعديد من المهام التجارية والتعليمية والصحية التي كانت القواعد التي تنظمها تندرج ضمن إطار القانون الخاص [٣]، في المقابل فلقد تحول نمط الحياة الاجتماعية من الخاص إلى العام ليس بسبب تدخل الدولة في النشاطات المختلفة فقط بل بسبب أن كثيرا من النشاطات التي يقوم بها أشخاص القانون الخاص بدأت بالتأثير في المجتمع والمصلحة العامة[٤]. إن هذا يعبر عن أزمة يمر بها التقسيم الثنائي فالدولة التي تعتبر مركز القانون العام أصبحت تمارس أعمالا تجارية لا يختلف على أنها ضمن تنظيم القانون الخاص وصارت تظهر الدولة مدعية ومدعى عليها أمام القضاء العادي في كثير من الأنظمة القانونية ، وفي المقابل توسع نشاط أشخاص القانون الخاص وأصبح هذا النشاط عابرا للحدود ومؤثرا في رسم سياسات شعوب ودول كاملة . إن هذا يزعزع الأساس الذي قام عليه التقسيم الثنائي وهو قدرة الدولة على صياغة مستقبل الأشخاص الخاصة الذين يكونون دائما في موقف أضعف من موقف الدولة.

لقد تغيرت وظيفة الدولة عما كانت عليه وقت نشوء التقسيم وازدهاره . لقد بدأت الدولة في أغلب الأنظمة القانونية ، إن لم نقل في جميعها ، بالتدخل في العلاقات العائلية والتعليم والتجارة والعمل التي كانت حتى عهد قريب نسبيا في صميم

---

[١] Supiot, Alain. P 1 ٣٣٢-1

[٢] Whittington, Keith. "Some Dilemmas in Drawing the Public/Private Distinction in the New Deal Era State Constitutinal Law." *Md. L. Rev.* 75 (2015): 383. P 384

[٣] Harlow, Carol..p 257

[٤] Kamenka, Eugene, and Alice Erh-Soon Tay. *Beyond bourgeois individualism: the contemporary crisis in law and legal ideology*. University of Sydney, Faculty of Law, 1974.p 133

اهتمام القانون الخاص وذلك ادراكا للسلطة لأهمية هذه العلاقات بالنسبة للمصلحة العامة للجماعة[١]. كما تطورت وظيفة القطاع الخاص في المجتمع ليكون شريكا مع الحكومة في تحقيق النفع العام في كثير من الحالات وهو ما حدث في فرنسا التي تعد مهد هذا التقسيم[٢]

ومن جانب آخر فإن إن الأثر المتنامي للعولمة أفرز أنشطة مستقلة عن ما يدخل ضمن تقسيم القانون إلى العام والخاص فالأنشطة التي تمارسها بعض المؤسسات والهيئات كمنظمة الصحة العالمية لها استقلال عن التصور الثنائي للقانون ، ونفس الأمر يطبق على الهيئات القضائية الإقليمية أو الدولية التي لا يمكن انطباق التصور الثنائي للقانون عليها[٣] . لقد أثرت العولمة على فكرة الدولة وسلطتها وقدرتها على ضبط المجتمع وصياغة القوانين وحماية المصلحة العامة وبرز لنا ما يعرف بالدستورية العابرة للحدود [٤]

ولعل الخصصة تمثل تحديا آخر للتقسيم الثنائي وهو تطبيق القانون العام على بعض المشاريع التي تمت خصصتها حتى بعد انتقالها إلى القطاع الخاص وذلك لأهميتها للمجتمع الذي قررت فيه الدولة خصصتها لأسباب لا تتعلق بكونها خارج نطاق الاهتمام العام أو المصلحة العامة[٥]

إن الدولة القومية ، التي كانت ولا تزال لب القانون العام وجوهره ، أصبحت أمام هذا التطور الهائل في المجتمع المعاصر حلا قديما عفى عليه الزمن الإنساني وهي تعاني من ضعف الاستجابة لكثير مستجدات الحياة المعاصرة[٦]. لا شك إن هذه الحقيقة سوف تنعكس على التقسيم الثنائي . لقد أصبحنا اليوم أمام مؤسسات اقتصادية واجتماعية تفوق الدولة في القوة والتأثير وهي على وفق التصورين للتقسيم (تصور حماية الحياة الخاصة وتصور تحقيق المصلحة العامة) تشكل أزمة أمام التقسيم الثنائي . إننا اليوم أمام حقائق اجتماعية واقتصادية وسياسية تحتاج إلى تصنيف يختلف

---

٢١ Allison, John WF. p

٢ Racine, Jean-Baptiste, and Fabrice Siiriainen. "Retour sur l'analyse substantielle en droit économique." *Revue internationale de droit économique* 21.3 (2007): 259-291. P 265

٣ Rosenfeld, Michel. "Rethinking the boundaries between public law and private law for the twenty first century: An introduction." *International Journal of Constitutional Law* 11.1 (2013): 125-128. P 126

٤ Resnik, Judith. "Globalization (s), privatization (s), constitutionalization, and statization: Icons and experiences of sovereignty in the 21st century." *International journal of constitutional law* 11.1 (2013): 162-199. P 164

٧٥ Rosenfeld, Michel.P 12

٦ Supiot, Alain. " 1 P ٢٣

عن التصنيف الثنائي للقاعدة القانونية. لقد صار هناك بون واسع بين نظرية التقسيم الثنائي والحياة التي نعيشها فيما يتصل بالتقسيم الثنائي نحن نعيش في مجتمع صناعي حضري ومنظم وفي زمن دولة الرفاهية دولة يجب عليها تحمل مسؤولية المستوى الاقتصادي الذي يعيشه المواطن[١] . لقد أثر هذا التغير في نظرية العقد من خلال تدخل القضاء في صياغة الالتزامات التعاقدية بناءا على مقتضيات النظام العام ، بالاضافة إلى ذلك أصبحت العقود التي تؤثر في المصلحة العامة محل تدخل من السلطة العامة وان كانت تبرم من قبل أشخاص من القانون الخاص[٢] .

يرى البعض من الشراح [٣] أن التقسيم الثنائي للقانون يمر بأزمة قد لا يستطيع التخلص منها وهذه الأزمة لها أسباب ومظاهر متعددة . فمن جهة زاد الاهتمام بالنموذج القانوني الانكلوأمريكي الذي لا يعد هذا التقسيم جزءا جوهريا منه بل على العكس من ذلك يرى الكثير من شراح هذا النموذج وفقهائه أنه لا يتلائم مع هذا النموذج . ومن جهة أخرى أصبحت الفلسفة السياسية هي المحرك للنظرية القانونية وهو ما يعني ارتباط القانون بالنظرة الاجتماعية إلى الدولة وهو ما يعني اختلاف هذه النظرية من بلد إلى آخر وما ينتج عنه من اختلاف التقسيم القانوني. ويرتبط بهذا الأمر أيضا أن المذاهب الفلسفية والسياسية المشتقة من التطرف في الحرية الفردية التي بررت التفرقة الصارمة بين القانون العام والخاص في أوربا قد اختفت أو تضاءلت على الأقل. لقد تغير دور الدولة عما كانت عليه في القرن السابع عشر وهو ما يبرر تغيير التقسيم أو إعادة النظر فيه. علاوة على ما تقدم ، فقد تعاظم دور الشركات الخاصة والكيانات الاقتصادية العابرة للحدود بشكل يجعل من تطبيق قواعد القانون الخاص عليها أمرا محل نظرا مع ازدياد قوتها حيث يضطلع بعضها اليوم بدور أقوى من دور كثير من الدول. وبجانب هذه القوى الاقتصادية ظهرت كيانات وهيئات في المجتمعات لا يمكن تصنيفها اعتمادا على الثنائية بين العام والخاص فلا هي حكومية لنقول أنها من أشخاص القانون العام ولا هي أشخاص خاصة يمكن ان ينطبق عليها القانون الخاص ويمكن القول أن أبرز مثال على ذلك منظمات المجتمع المدني والمنظمات ذات الطابع الإنساني التي تتشكل بعيدا عن الدولة دون أن يكون هدفها هدفا خاصا أو ذا طابعي فردي.

---

[١] Friedmann, W. G. p 292

[٢] Friedmann, W. G. ".29

[٣] Merryman, John Henry. Pp 14– 18. Resnik, Judith. P 164

المطلب الثالث

صياغة نظرية لتقسيم علم القانون

إذا نظرنا إلى جوهر الانتقادات الموجهة للتقسيم الثنائي وجدناها تدور حول عدم الانسجام بين الفصل الثنائي بين الدولة والأفراد من جهة وبين تعدد الأدوار التي يؤديها الأشخاص الطبيعيون والأشخاص المعنوية في المجتمع في المجتمع من جهة أخرى .

وفي رأينا ان التقسيم يجب أن يكون مستوعبا للجانب النظري في القانون دون أن يكون مقتصرا على الجانب العملي. كما نقترح أن يكون النشاط أساس التقسيم بدلا من الأطراف . فالدولة والأشخاص الخاصة أخذوا، في عالمنا المعاصر ، يتبادلون الأدوار بشكل يجعل من تطبيق قواعد قانونية ذات فلسفة واحدة على أي منهما أمرا غير صحيحا. لقد دار التقسيم الثنائي حول محور أطراف العلاقة القانونية ولم يبتعد عنها.لذلك نقترح أولا أن يتم استبدال أساس التقسيم من الأشخاص إلى السلوك. إن أي تقسيم مقترح ، من وجهة نظرنا، يجب أن يقوم على نوع النشاط بغض النظر عن من يمارسه، فمثلا قواعد القانون التجاري تحكم النشاط التجاري أيا كان من يمارسه، غن هذه النظرة سوف تتجاوز أغلب الانتقادات التي وجهت إلى التقسيم الثنائي.

علاوة على ذلك فإن التقسيم الثنائي لا يأخذ نظر الاعتبار المبادئ النظرية القانونية التي لها انعكاس غير مباشر على القواعد المنظمة لسلوك الأفراد . إن أي تقسيم للقانون ينبغي أن يراعي القانون بوصفه علما دون أن يقتصر على كونه مجموعة قواعد تنظم السلوك الإنساني . إن هذه القواعد والمبادئ لا تأتي من فراغ ، بل تبنى على مبادئ وأسس نظرية ينبغي أن يضمها تقسيم القانون لكي يصار إلى أخذها بنظر الاعتبار عند البحث والتدريس في القانون.

وقبل أن نبدأ بتقسيم فروع القانون ينبغي لنا أن نبين أمرا مهما وهو أن هناك ، من الناحية النظرية على الأقل ، خمسة مستويات في علم القانون يطال التقسيم ثلاثة منها فيما يبقى مستويان خارج التقسيم.

إن أول هذه المستويات الخمسة هو فلسفة القانون فهذه الفلسفة تتعامل مع القانون كوحدة واحدة . حيث يقول الكتاب في فلسفة القانون إن دخولنا في مناقشة أي مسألة تفصيلية في القانون سوف يجعلنا خارج فلسفة القانون . إن هذا المجال البحثي يتعامل مع القانون كوحدة واحدة أو كما يطلق عليه كظاهرة اجتماعية ويجيب عن أسئلة لا يتعلق أي منها بفرع دون آخر ولا يختلف عن فرع دون آخر. إن فلسفة القانون تبحث المسائل الفلسفية الناشئة عن ظهور القانون في

المجتمع، وهو ما يعني عدم اهتمام الفلسفة القانونية بالتمايز بين فروع القانون فهي تنظر إلى القاعدة القانونية بغض النظر عن النشاط الذي تحكمه والأشخاص الذين تحكم هذه القاعدة سلوكهم[1].

إن فلسفة القانون ، وإن كانت لا تظهر في مضمون القاعدة القانونية ، لكنها تعكس الرؤية النظرية التي يتبنها صناع القانون وقادة الرأي في المجتمع.ويمكن أن نشبه الفلسفة بالأسس التي يقوم عليها البناء دون أن تكون ظاهرة للعيان. تنعكس النظرة إلى القانون كظاهرة اجتماعية على جميع قواعد القانون ومبادئه. فإذا تبنى قاض أو فقيه أو مشرع وجهة نظرة الطبيعيين (أنصار مدرسة القانون الطبيعي) كان ميالا إلى تغليب الحقوق الفردية ومحاولة صونها من تدخل الدولة وهو عكس الأمر في حال تبني الوجهة الوضعية في القانون. لكن هذا الأمر يبقى في كل الأحيان خارج تقسيمات القانون وتفريعاته.

أما المستوى الثاني الذي يبنى على المستوى الأول فهو النظرية العامة للقانون والتي تعنى بمضمون القاعدة القانونية بصورة عامة وهي تبحث في مضمون القاعدة القانونية والقواعد والمبادئ التي تحكمها . إن بعض هذه المواضيع موجودة لدينا اليوم في ما يعرف اليوم بالمدخل لدراسة القانون الذي يتضمن أمورا هي خارج النظرية العامة للقانون حيث تدخل بعض مواضيعه في فسلفة القانون كالتمييز بين القانون والأخلاق وضرورة القانون في المجتمع وغيرها، أما البعض الآخر من هذه المواضيع فهي مبثوثة في الكثير من فروع القانون التي تعالج هذه المواضيع لحاجتها اليها دون أن تتعلق بها كمبدأ الدستورية أو سمو الدستور والقوانين والشخصية المعنوية وغيرها من المواضيع التي تشمل فروع القانون بأسرها ولكنها تبحث وتدرس في فرع معين من فروع القانون. إن النظرية العامة للقانون لا يمكن هي الأخرى أن تشمل فرعا دون آخر او يختص بها فرع دون آخر فهي شاملة للقانون بدون تقسيم ، تشمل قواعدها مبادئها فروعه كافة ، وتنعكس مواضيعها في فروع القوانين كافة.

وإذا انتقلنا إلى المستوى الثالث وهو الذي سنبدأ فيه التقسيم وجب علينا ان نفرق بين نوعين من القواعد القانونية هي القواعد القانونية الدولية والقواعد القانونية الداخلية . إن هذه التفرقة تنبثق من كون بنية القاعدة القانونية الدولية تختلف عن بنية القاعدة القانونية الداخلية فليس هناك سلطات مركزية يمكنها تشريع القانون وفرضه تنفيذا وردع المتجاوزين

[1] Penner, James, et al. McCoubrey & White's textbook on jurisprudence. Oxford University Press, 2012. P 2

على قواعده[1]. إن هذا يجعل القانون الدولي مختلفا عن مختلف القوانين الداخلية[2]. ولا زال الجدل حول وصف القانون الدولي بالقانون قائما ليومنا هذا[3]. لذلك إن وضع القانون الدولي كفرع مثل بقية فروع القانون ترد عليه الكثير من علامات الاستفهام . حتى أن طرح المشكلات الفلسفية القانونية من فلاسفة القانون والنظريات الفلسفية للقانون وطرح الحلول لها لا يأخذ بنظر الاعتبار في كثير من الأحيان خصوصية القانون الدولي. إن القانون الدولي العام لا ينظم، كقاعدة عامة ، سلوك الأفراد في المجتمع بصورة مباشرة بل يتكفل بتنظيم نشاط أشخاص القانون الدولي. لذا كان القانون الدولي وفق التقسيم المقترح منفصلا عن القانون الداخلي.

وإذا انتقلنا إلى الجانب الإجرائي من القانون الدولي وجدناه هو الآخر مختلفا عن كل ما يناظره على الصعيد الداخلي فقواعد الإجراءات الدولية التي تحكم المنازعات الدولية ، وعلى الرغم من استعارتها للعديد من القواعد والمبادئ من القوانين الإجرائية الداخلية ، تبقى متباينة ومتمايزة عن قواعد القانون الداخلي الإجرائية . ولعل المفصل الرئيسي الذي يجعل القانون الدولي الإجرائي مختلفا عن القانون الداخلي الإجرائي هو عدم وجود سلطة قضائية تتمتع بالولاية القضائية على أشخاص المجتمع الدولي تستطيع بها فرض أحكام القانون الدولي الموضوعي كما هو الحال في القانون الداخلي ناهيك عن الفروقات بين القانون الدولي الموضوعي والقانون الداخلي الموضوعي التي تنعكس على القواعد الإجرائية.

أما القسم الثاني من القانون فهو القانون الداخلي وقد كان التقسيم فيه على ثلاثة مستويات هي أولها النظرية العامة للقانون الداخلي والتي تشتمل على كل المبادئ النظرية التي لا يختص بها قانون دون قانون مثل المبادئ المتعلقة بالتفسير والصياغة والتشريع التي تشمل كل فروع القانون الداخلي وتبحث وتدرس بغض النظر عن النشاط الذي يعالجه القانون.

وعلى المستوى الثاني من القانون الداخلي، وهو نفسه المستوى الثالث من القانون ككل ، يكون التقسيم تقسيما سداسيا لكل نمط من النشاط الإنساني وهو تقسيم موجود في تفصيلاته في التقسيم الثنائي. لكن توزيع مفردات هذا التقسيم على

---

[1] Collins, Richard, and Alexandra Bohm. "International law as professional practice: the bounds of legal autonomy." *International Law as a Profession* (2016).p 1

[2] HLA Hart , The Concept of Law, 3rd (Oxford , Clarendon Press , 2012). P 232

[3] See Simpson, Gerry, ed. *The nature of international law*. Routledge, 2017; Von Glahn, Gerhard, and James Larry Taulbee. *Law among nations: an introduction to public international law*. Routledge, 2015.

فرعين هما القانون الخاص والعام يغفل التمايز بين هذه الأنواع الستة من القواعد فكل منها يختلف عن غيره في مضمونه والغاية منه والنشاط الذي ينظمه.

إن أول هذه الأنواع الستة هو القانون الدستوري الذي يحكم النشاط المتعلق بإنشاء الدولة والقواعد التي تسير عليها الجماعة البشرية والتي تضمن استمرار الدولة في الحياة وعدم خروج السلطة عن الخط الذي رسمته لها الجماعة البشرية التي أنشأت الدولة وأعطت كل مجموعة وصفا وطريقة تشكيل ووظيفة تقوم بها. إن أول موضوع في القانون الدستوري هو وصف الشكل الذي تريده الجماعة البشرية للسلطة وللنظام السياسي في الدولة. ثم ينتقل القانون الدستوري لينظم نشاط السلطة السياسية فيسمي مكوناتها ويحدد طريقة تشكيل كل منها. يبدأ بعدها القانون الدستوري ليضع حدودا لهذه السلطات لا يمكن لها أن تتجاوزها وهي على نوعين من الحدود ؛ حدود بين السلطة والأفراد لا يمكن أن تتجاوزها السلطة لكون الأمور الخارجة عن هذه الحدود هي خارج صلاحيات السلطة التي حددتها وثيقة إنشاء الدولة (الدستور) ، أما ثاني هذين النوعين من الحدود فهي حدود داخلية بين هذه السلطات لا يمكن للبعض منها أن تتجاوزها لأنها من صميم عمل الأخرى. وفي رأينا أن موضوعا مهما هو الجنسية أو من يمكن أن يكون عضوا في الجماعة البشرية المشكلة للدولة هو مرتبط بمواضيع القانون الدستوري ارتباطا مباشرا ويمكن أن يكون من اهم موضوعاته[١] ، ناهيك عن ان بعض الكتاب عالج موضوع الجنسية والمواطنة ضمن مواضيع القانون الدستوري[٢] .

واذا انتقلنا إلى القسم الثاني من الأقسام الستة ، وجدنا القانون الإداري الذي يعالج النشاط المتعلق بتلبية احتياجات المواطنين التي لا يمكن للأفراد تلبيتها منفردين فأصبحت تلبية هذه الحاجة منوطة بالسلطة أو بهيئات أو أشخاص تكون لهم القدرة الاقتصادية أو القانونية أو المهارية لتنفيذ هذه الاحتياجات.

ولعل العديد يربط دائما بين القانون الدستوري والقانون الإداري ويجلعهما قوام القانون العام[٣] ولعل هذا ناظر إلى أن القانون الإداري ينظم العلاقات القانونية التي تكون السلطات العامة احد أطرافها. ولمعرفة اختصاصات هذه السلطات وحدود سلطاتها فانه يجب الرجوع الى القانون الدستوري الذي يتناول تشكيل واختصاصات السلطات العامة. كما ان

---

[١] Shaw, Jo. "Citizenship and Constitutional Law: An Introduction." (2017). P 7

[٢] Barnett, Hilaire. *Constitutional & administrative law*. London, 2011. P 794

[٣] على سبيل المثال ، تتبنى كلية القانون في جامعة بغداد فصل القانون الدولي والقانوني الجنائي عن القانون العام وتجعل هذا الاخير مقتصرا على القانون الدستوري والقانون الإداري

القانون الإداري يرجع الى القانون الدستوري لمعرفة حقوق الافراد في مواجهة السلطات العامة، لذا فان القانون الإداري لا يمكنه الانفكاك من القانون الدستوري في كل موضوع من مواضيعه تقريبا. لكننا مع النقد الموجه للتقسيم الثنائي لا نستطيع أن نركن إلى تبني وحدة أو تداخل القانون الإدراي مع القانون الدستوري، وعلاوة على ذلك فإن نرى أن النشاط الذي ينظمه القانون الدستوري هو النشاط المتعلق بتأسيس الدولة وسن ميثاق تأسيسها والحدود التي يسمح للدولة ككل أن تعمل فيها والحدود التي تحكم السلطات المختلفة للدولة فيما بينها. أما القانون الإداري فينظم النشاط المتعلق بتوفير الرفاهية والخدمات للمواطنين. إن المنطقة التي قد تتداخل فيها مواضيع القانون الإداري بالقانون الدستوري هي منطقة الحدود التي لا يمكن للدولة أن تتجاوزها صيانة لحقوق الأفراد الفردية.

وفي القسم الثالث من أقسام المستوى الثاني للقانون الداخلي ، نجد القانون الذي يحمي المجتمع من النشاطات المهددة لأمنه وسلمه من خلال توصيف هذه النشاطات وتحديد تعريف دقيق لها ومن ثم مواجهتها على مرحلتين وقائية وعلاجية؛ تسعى المرحلة الوقائية إلى الحد من الجريمة من خلال دراستها كظاهرة إجتماعية وتحديد أسبابها ومحاولة الحد منها قبل حدوثها، أما المرحلة العلاجية فتقوم على معالجة الجريمة بعد حدوثها من خلال توصيف الجزاء المناسب لها من إجراء أو عقوبة بدنية أو مالية وما يستتبع ذلك من آثار تحول دون تفاقم الظاهرة الجريمة وتهدف إلى التقليل من آثار الجريمة على الضحية والمجتمع بل وحتى على الجاني نفسه.

ننتقل إلى القسم الرابع من التقسيم السداسي للقانون الداخلي وهو ما نطلق عليه بقانون المعاملات المالية وهو القانون الذي يحكم النشاط الذي يدخل المال عنصرا فيه وذلك لتلبية الاحتياجات الفردية غير المهنية للأشخاص بغض النظر عن صفتهم وموقعهم في المجتمع . ومن نافلة القول أننا أطلقنا مصطلح المعاملات المالية بديلا عن مصطلح القانون المدني لما نراه في هذا المصطلح الأخير من عدم مناسبة بينه وبين موضوع التنظيم ناهيك عن أن اشتقاقه اللغوي الذي يعود إلى لغة غير لغتنا وهو ما يقود إلى ارتباك في انطباقه اللغوي على مسماه. ومن نافلة القول أن قانون المعاملات المالية لا يعالج المعاملات التي يدخل الأفراد فيها فقط بل يشمل كل نشاط يهدف إلى تلبية الحاجات الخاصة؛ ونقصد بالخاصة هنا عدم عموميتها أي انها ليست حاجة عامة يشترك أفراد المجتمع فيها ، فمن يبيع بيته لسد دينه تكون حاجته التي يروم تلبيتها هي الحاجة إلى المال في حين تكون حاجة المشتري اقتناء مسكن وهو حاجة خاصة أيضا. اما

إذا تعاقدت جهة على بناء مطار دولي مثلا فهنا لا نكون امام معاملة خاضعة لقانون المعاملات المالية لتعلقها بتلبية حاجة يمكن وصفها بالعمومية لاشتراك أفراد المجتمع فيها.

اما القسم الخامس من تقسيمات القانون الداخلي فهو القانون التجاري الذي ينظم النشاطات المتعقلة بالأمور المالية التي تخضع إلى نظام خاص لخصوصيتها او خصوصية القائم بها، فهي لا تكون بهدف إشباع حاجة فردية للقائم بها كونه فردا عاديا بل يمارسها هذا الشخص كونه قائما بدور اقتصادي في المجتمع يؤدي فيها وظيفة اجتماعية معينة يساهم من خلال في تداول السلع والخدمات في المجتمع، وخصوصية القائم بها تنبع من صفته فهو لا يمارس النشاط المالي هذا بصفته الشخصية بل بصفته الوظيفية–الاجتماعية، ونقصد هنا بالصفة الوظيفية– الاجتماعية ان هذه الصفة تلحق بالشخص كونه يمارس دورا اجتماعيا يتعدى نطاق حياته الخاصة ليكون جزءا من قطاع يلبي احتياجات المجتمع من السلع والخدمات. إن هذا السلوك ليس خاضعا تماما إلى الحرية التعاقدية واحترام الملكية كمبدأ عام كما هو الحال في المعاملات المدنية بل هو خاضع إلى ضرورات اقتصادية يحددها المجتمع ويرسمها وتقوم السلطة على تنفيذها لضمان أمن المجتمع الاقتصادي ورفاهيته وضمان تداول السلع والخدمات بصورة مرنة ودون عوائق.

يتمثل الجزء السادس والأخير من المستوى الثاني للقانون الداخلي بقانون الأسرة ، إن قانون الأسرة أو الأحوال الشخصية ينظم نشاط الأفراد داخل أسرهم وهو لا ينطلق من حرية الأفراد التعاقدية واحترام الملكية كقانون المعاملات المالية ولا ينطلق من تحقيق تداول آمن للسلع والخدمات كما في القانون التجاري. إن قواعد قانون الأسرة ترمي بالدرجة الأساس إلى الحفاظ على هذا الكيان الذي يشكل اللبنة الأساسية للمجتمع حتى وإن استلزم الأمر اهدار إرادة الاطراف في حالات معينة. إن النشاطات والعلاقات التي ينظمها قانون الأسرة ليست مالية في جوهرها حتى وإن كان المال عنصرا من عناصرها.

وبانتهاء المستوى الثاني في القانون الداخلي ننتقل إلى المستوى الثالث في القانون الداخلي وهو المستوى الإجرائي والذي ينقسم بدوره إلى ستة أقسام مثل القانون الموضوعي . فكل قسم من أقسام المستوى الثاني يقابله قسم إجرائي يبنى على أساسه ويستمد قواعده من الهدف الذي شرعت قواعده وارسيت مبادئه من أجله . فالقانون الإجرائي الدستوري ينظم عمل القضاء الدستوري الذي يفصل في المنازعات الدستورية وله مميزات تختلف عن بقية أنواع الأقضية . على سبيل المثال

لا الحصر لا تتعلق المنازعات الدستورية بالضرورة بالشؤون الشخصية للمتخاصمين. فمفهوم المصلحة في الدعوى الدستورية له خصوصية تختلف عن بقية الأقضية.

ومثل القانون الإجرائي الدستوري، ينظم القانون الإجرائي الإداري نمطا متميزا من النشاط القضائي وهو الفصل في منازعات محورها شريعة قرار إداري صادر من الإدارة. ولعل جوهر المنازعة هنا عبارة عن تحقق شرعية قانونية في تعبير الإدارة عن إرادتها التي تتمثل بالقرار الإداري. إن القضاء الإداري له ما يميزه عن بقية الأنشطة القضائية تجعل القانون الإجرائي المنظم له.

واذا انتقلنا إلى القانون الجنائي ، وجدنا فصل القانون الإجرائي المتعلق به أمرا لا بد منه فالقاون الجنائي قانون استثنائي يمكن القول انه القانون الموضوعي الوحيد الذي لا يطبق إلا امام القضاء وتحت نظره وهو ما يجعل ربط الجانب الإجرائي فيه أمرا لا مندوحة عنه. إن هدف القضاء الجنائي مزدوج ومختلف عن بقية أنواع الأقضية ، فهو يهدف إلى حماية الضحية من خلال كشف الجاني وحماية حقوق المتهم من جهة أخرى. ليس أمام القضاء الجنائي خصمان متنازعان يكون الحكم لأي منهما خسارة للآخر ، إن هدف المحكمة والإدعاء العام هو كشف الجاني الحقيقي وحماية الأبرياء من الإدانة غير الصحيحة .

أما القسم الرابع من المستوى الثالث فهو القانون الإجرائي للمعاملات المالية الذي يفصل في المنازعات التي يكون موضوعها النشاط المالي للأفراد بصفاتهم الشخصية. إن دور هذا القضاء هنا هو دور محايد لا يتدخل بتوجيه المنازعة إلا في حدود ضيقة لأسباب تتعلق بالموازنة بين مصلحة الخصوم. يمارس هذا القضاء دوره في دعوى رسمت حدوها عريضة كتبها المدعي ، ويقف القاضي بين الخصوم ناقلا عبء الإثبات بين هذا الخصم وذاك وهو في خضم هذا لا يمتلك إلا السلطة التقديرية والقناعة التي لا تساهم كثيرا في حركة المنازعة.

ولعل سائلا يسأل عما يختلف هذا القسم عن القسم الخامس من المستوى الثالث وهو القانون الإجرائي التجاري. إن الاختلاف بين القضائين هو انعكاس للاختلاف بين القانون الموضوعي للمعاملات المالية والقانون التجاري الموضوعي، يهدف القانون الأول إلى تنظيم الحرية التعاقدية واحترام الملكية في حين يهدف القانون التجاري إلى تنظيم حركة السلع والخدمة في المجتمع وهي حركة لا تكون إلا من خلال السرعة والائتمان والتخلص من مظاهر الشكلية . إن هذه العناصر الثلاثة يجب ان لا يقتصر ظهورها في الجانب الموضوعي بل ينبغي أن يتعدى أثرها ليصل إلى الجانب

الإجرائي فنكون امام قضائي سريع يقوم على نوع من السرية تنحسر فيه مظاهر الشكلية التي تشكل محور الإجراء القضائي في القانون الإجرائي للمعاملات المالية.

وأخيرا فإن القسم السادس من المستوى الثالث للقانون الداخلي هو قانون الأسرة الإجرائي الذي ينظم المنازعات الأسرية وهو قانون لا شك ولا ريب أنه يجب ان يرتبط بقانون الأسرة الموضوعي من ناحية هدفه وهو الحفاظ على الأسرة وتأمين ديمومتها.إن هذا القسم من القانون ينبغي أن ياخذ بنظر الاعتبار القيم الاجتماعية السائدة في كل مجتمع والتي تشكل محور العلاقات الأسرية في كل المجتمعات تقريبا. ولعل فصل قضاء الأسرة عن بقية أنواع الأقضية في دولنا العربية أكثر إلحاحا من غيرها وذلك لان قوانين الأسرة في هذه البلدان مستمدة بشكل أساسي من مبادئ الشريعة الإسلامية وهو ما يجب أن يتبعه فصل إجرائي لهذه القوانين

ومن أجل توضيح الصورة للقارئ يبين الجدول أدناه التقسيم المقترح لعلم القانون .

<table>
<tr><td rowspan="2">قانون الإجراءات الدولية</td><td>القانون الدستوري الإجرائي</td><td>القانون الإداري الإجرائي</td><td>القانون الجنائي الإجرائي</td><td>قانون المعاملات المالية الإجرائي</td><td>القانون التجاري الإجرائي</td><td>قانون الأسرة الإجرائي</td></tr>
<tr><td>القانون الدستوري الموضوعي</td><td>القانون الإداري الموضوعي</td><td>القانون الجنائي الموضوعي</td><td>القانون المعاملات المالية الموضوعي</td><td>القانون التجاري الموضوعي</td><td>قانون الأسرة الموضوعي</td></tr>
<tr><td colspan="6">النظرية العامة للقانون الداخلي</td><td>القانون الدولي الموضوعي</td></tr>
<tr><td colspan="7">النظرية العامة للقانون</td></tr>
<tr><td colspan="7">فلسفة القانون</td></tr>
</table>

الخاتمة

رغم رسوخ التقسيم الثنائي للقانون الموضوعي في قوانين بلدان دول الشريعة اللاتينية أما ما يعرف بدول القانون المدني، فإن هذا التقسيم بدء يواجه تحديات على صعيد النظرية والتطبيق وهو ما أدى إلى ضرورة مناقشته والتصدي له بالبحث والتحليل.

وبعد مناقشة اصل التقسيم ومعاييره المطروحة والنقد الموجه له، قام البحث بتقديم أطروحة التقسيم المتعدد المستويات للقانون الذي يشمل الجانب النظري في القانون الذي كان على مستويين هما فلسفة القانون ونظريته العامة. وفي الجانب العملي وزع الباحث القانون على جزئين لكل منهما مستويات متعددة. اول هذين الجزئين هو القانون الدولي الذي كان على مستويين هما القانون الدولي الموضوعي والقانون الدولي الإجرائي. أما ثاني الجزئين فهو القانون الداخلي الذي كان ثلاثي المستويات حسب أطروحة البحث حيث تمثل المستوى الأول بالنظرية العامة للقانون والمستوى الثاني بالقانون الداخلي الموضوعي وتوزع على ستة أقسام هي الدستوري والإداري والجنائي والمعاملات المالية والتجاري والأسرة. وفي نهاية المستويات يكون القانون الإجرائي الذي تقسم هو الآخر إلى ستة مستويات أخرى تناظر تقسيمات القانون الموضوعي وترتبط بها.

وقد قام جوهر التقسيم المقترح على نوع النشاط لا على أطراف العلاقة أو طبيعتها، وعلى الدور الذي يقوم به الأشخاص في النشاط الذي تعالجه القاعدة بغض النظر عن مركزهم في المجتمع فالنشاط الذي يتعلق بالتجارة يخضع إلى القانون التجارة بغض النظر عن شخص القائم به. إن الفيصل في تحديد النشاط ووضعه في أي دائة هو فلسفة المجتمع ورؤيته التي قد لا تكون مطابقة لوضع مجتمع آخر ، كما ترتبط هذه التقسيمات للأنشطة معالجاتها بنظرة المجتمع للقانون والفلسفة التي ينطلق منها.

المصادر

1. Allison, John WF. *A continental distinction in the common law: a historical and comparative perspective on English public law*. Oxford University Press, 2000.
2. Anns v Merton London Borough Council [1977] 2 W.L.R.
3. Barnett, Hilaire. *Constitutional & administrative law*. London, 2011.
4. Cohen, Morris R. "Property and sovereignty." *Cornell LQ* 13 (1927): 8.
5. Collins, Richard, and Alexandra Bohm. "International law as professional practice: the bounds of legal autonomy." *International Law as a Profession* (2016).
6. *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 52 S. Ct. 285, 76 L. Ed. 598 (1932).
7. Dubber, Markus D. "Criminal law between public and private law." (2009).
8. Ebenstein, William. "The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought." *California Law Review* 59.3 (1971).
9. Fairfield, Paul. *Public/private*. Rowman & Littlefield, 2005.
10. Friedmann, W. G. "Public and Private Law Thinking: The Need for Synthesis." *Wayne L. Rev.* 5 (1958): 291.
11. Gibor Hamza, The Classification *(divisio)* into 'Branches' of Modern Legal Systems (Orders) and Roman Law Traditions, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catlica de Valparaso XXVII (Valparaso, Chile, 2 ؛semestre de 2006)
12. Goodrich, Peter. "The political theology of private law." *International Journal of Constitutional Law* 11.1 (2013): 146-161.
13. H.F. Jolowicz , public and private law, in H.F. Jolowicz , lectures on jurisprudence (London 1963) 320-327.

14. Hans, Kelsen. "The Pure Theory of Law." *Trans. Max Knight. Berkeley: University of California Press* (1967).

15. Harlow, Carol. "“Public” and “Private” Law: Definition Without Distinction." *The Modern Law Review* 43.3 (1980): 241-265.

16. HLA Hart , The Concept of Law, 3rd (Oxford , Clarendon Press , 2012).

17. Holland, Thomas Erskine. *Essays upon the Form of the Law*. London: Butterworths, 1870.

18. *Home Office v Dorset Yacht* Co Ltd [1970] UKHL 2, [1970] AC 1004

19. Horwitz, Morton J. "The history of the public/private distinction." *University of Pennsylvania Law Review* 130.6 (1982): 1423-1428.

20. J. INST. 1.1.4 (INSTITUTES OF JUSTINIAN (John Baron Moyle trans., Oxford Univ. Press, 7th prtg. 1967))

21. John Austin, Lectures on Jurisprudence (Richard Campbell Ed., 5th Ed. 1885),

22. Johnston, David. "The general influence of Roman institutions of state and public law." *The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essay, Schriften zur Europäischen Recht und Verfassungsgeschichte, Duncker & Humblot*(1997).

23. Kamenka, Eugene, and Alice Erh-Soon Tay. *Beyond bourgeois individualism: the contemporary crisis in law and legal ideology*. University of Sydney, Faculty of Law, 1974.

24. Kennedy, Duncan. "Stages of the decline of the public/private distinction." *U. Pa. L. Rev.* 130 (1981): 1349.

25. Kocourek, Albert. "Classification of law." *NYULQ Rev.* 11 (1933): 319.

26. Kronman, Anthony T. "Contract law and distributive justice." *The Yale Law Journal* 89.3 (1980): 472-511.

27. *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 8 S. Ct. 723, 31 L. Ed. 654 (1888).

28. Merryman, John Henry. "The public law-private law distinction in European and American law." *J. Pub. L.* 17 (1968): 3.

29. Michaels, Ralf, and Nils Jansen. "Private law beyond the state? Europeanization, globalization, privatization." *The American Journal of Comparative Law* 54.4 (2006): 843-890.

30. Munn v. Illinois, 94 US 113 - Supreme Court 1877

31. Nelson, William E. "Officeholding and powerwielding: An analysis of the relationship between structure and style in American administrative history." *Law & Society Review* 10.2 (1976): 187-233.

32. O'Reilly v Mackman [1983] 2 AC 237.

33. Penner, James, et al. *McCoubrey & White's textbook on jurisprudence*. Oxford University Press, 2012.

34. Pound, Roscoe. "Classification of law." *Harvard Law Review*37.8 (1924): 933-969.

35. Resnik, Judith. "Globalization (s), privatization (s), constitutionalization, and statization: Icons and experiences of sovereignty in the 21st century." *International journal of constitutional law* 11.1 (2013): 162-199.

36. Robert, C. "Ellick-son, Cities and Homeowners Associations, 130 U." *Pa. L. Rev* 1519 (1982).

37. Rosenfeld, Michel. "Rethinking the boundaries between public law and private law for the twenty first century: An introduction." *International Journal of Constitutional Law* 11.1 (2013): 125-128.

38. Saiman, Chaim. "Public law, private law, and legal science." *The American Journal of Comparative Law* 56.3 (2008): 691-702.

39. Samuel, Geoffrey. "Public and Private Law: A Private Lawyer's Response'(1983)." *MLR* 46: 558.

40. Schulz, Fritz. "History of Roman legal science." (1946).

41. Seagle, W. "The Quest for Law (New York, 1941)." *Searle6The Quest for Law1941*:. 267.

42. See Simpson, Gerry, ed. *The nature of international law*. Routledge, 2017; Von Glahn, Gerhard, and James Larry Taulbee. *Law among nations: an introduction to public international law*. Routledge, 2015.

43. Shaw, Jo. "Citizenship and Constitutional Law: An Introduction." (2017).

44. Stein, Peter. *Roman Law in European History*. Cambrigde: Cambrigde University Press, 1999.

45. Supiot, Alain. "The public–private relation in the context of today's refeudalization." *International Journal of Constitutional Law* 11.1 (2013): 129-145.

46. T.E, Holland, the elements of jurisprudence, 12th edition, Oxford University Press, 1916.

47. *Town Investments Ltd v Department of The Environment [1977] 2 WLR 450*

48. Turner, Christian. "Law's Public/Private Structure." *Fla. St. UL Rev.*39 (2011): 1003.

49. Watson, Alan. "Aspects of reception of law." *Am. J. comP. l.* 44 (1996): 335.

50. Weber, Max. *Economy and society: An outline of interpretive sociology*. Vol. 1. Univ of California Press, 1978.

51. Whittington, Keith. "Some Dilemmas in Drawing the Public/Private Distinction in the New Deal Era State Constitutional Law." *Md. L. Rev.* 75 (2015): 383.

52. Zoller, Elisabeth. *Introduction to public law: A comparative study*. Brill, 2008.