

القانون العام والقانون الخاص: تمييز نحو زوال؟

شوقي بناسي - أستاذ محاضر (أ)
جامعة الجزائر 1 - كلية الحقوق

مقدمة

جرت عادة القانونيين في مؤلفاتهم المتعلقة بـ "المدخل للعلوم القانونية" أو "مقدمة في القانون" أو "أصول القانون"، سواء في الجزائر أو فرنسا أو في مصر أو غيرها من البلاد ذات النزعة اللاتينية، على الإشارة إلى التمييز - على المستوى الداخلي - بين القانون العام والقانون الخاص، ويمثل الأول مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة، في حين يمثل الثاني مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد أو بين الأفراد والدولة (أو أحد فروعها) باعتبارها شخصاً اعتبارياً عادياً¹. ويظهر من التعاريف المذكورة أعلاه إن القانون العام هو قانون الدولة، وقانون السيادة، وقانون المصلحة العامة، في حين إن القانون الخاص هو قانون الأفراد، وقانون الحرية، وقانون المصلحة الخاصة، ويقود هذا التأصيل إلى القول إن القانون العام هو قانون اللا مساواة بالنظر إلى ما تتمتع به الدولة (أو أحد فروعها) من سلطات وامتيازات، في حين إن القانون الخاص هو قانون المساواة بالنظر التساوي في المراكز القانونية بين الأفراد². ولا يقتصر هذا التمييز بين القانون العام والقانون الخاص على الجانب النظري، بل له آثار علمية وعملية. فمن الناحية العلمية هو تمييز معتمد في كليات الحقوق، فعادة ما يكون الطلبة مخيرين بين القانون العام والقانون الخاص بعد سنتين من الدراسة، ويسيروا على هذا المنوال إلى غاية الدكتوراه، ويخضع الأساتذة أنفسهم لهذا التمييز، فهناك أساتذة القانون العام، وأساتذة القانون الخاص³. أما من الناحية العملية، فيمكن الإشارة - على وجه الخصوص - إلى إن منازعات القانون العام (القانون الإداري) تخضع للقضاء الإداري، في حين إن منازعات القانون الخاص (القانون المدني، القانون التجاري...) تخضع للقضاء العادي⁴.

لقد كان هذا التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، والموروث عن القانون الروماني، من الأمور المستقر عليها في عالم القانون في البلاد ذات النزعة اللاتينية منذ مطلع القرن التاسع عشر بعد اختفائه لعدة قرون، وقد ساهم في ذلك قيام الثورة الفرنسية سنة 1789 وما حملته من مبادئ لاسيما مبدأ الفصل بين السلطات تأثراً بكتابات الفيلسوف (Montesquieu) في كتابه "L'esprit des lois" الصادر

¹ انظر مثلاً في الفقه الجزائري: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج1 الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، ط18، 2011، ص65 وما بعدها. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، دار هومة، ط2، 2016، ص50 وما بعدها. انظر مثلاً في الفقه الفرنسي: F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz-Delta, 3^e éd, 1996, p. 69 et s.

² انظر في هذا المعنى: توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط3، 1988، ص40. سمير عبد السيد تناعو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص564.

³ M. Troper, *L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique*, in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p. 182.

⁴ رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ج1 تنظيم واختصاص القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص23. ويشير الفقهاء إلى جوانب عملية أخرى. انظر: علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، ط2، 2010، ص98 وما بعدها.

سنة 1748، وما صاحب ذلك من إنشاء مجلس الدولة في فرنسا سنة 1797 في عهد الجنرال نابليون بونابرت، والتطور الذي عرفه منذ 1831⁵، وقد تأكد ذلك بصدور قرار (Blanco) في 1873 الذي أسس لقانون إداري مستقل عن القانون المدني⁶، ولكن منذ مطلع القرن العشرين وجهت له انتقادات شديدة من قبل كبار رجال القانون على رأسهم الأستاذ الفرنسي (Duguit) والأستاذ النمساوي (Kelsen)، فقد انتقده الأول من الناحية الإيديولوجية باعتبار إن التمييز منافع لحقائق الأشياء وهو يؤدي على وجه الخصوص إلى إعطاء أساس قانوني لكل سلطة في الدولة، ومن ثم ستكون آثاره جد خطيرة، إذ سيؤدي إلى تكريس الأنظمة الاستبدادية⁷. في حين انتقده الثاني من الناحية الفنية، إذ رأى إن الدولة عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية، بعضها فوق بعض في شكل هرمي، ولا تختلف هذه القواعد من حيث طبيعتها، وإنما هي تختلف من حيث درجتها في الترتيب الهرمي، وبهذا التحليل وصل إلى القول بأن هناك مطابقة بين الدولة والقانون، والنتيجة المترتبة على ذلك هي عدم وجود فرق بين القانون الذي ينظم الدولة والقانون الذي ينظم علاقات الأفراد⁸. وفي نفس الاتجاه رأى بعض فقهاء القانون المقارن - في تلك الفترة - إن هناك انطامسا للحدود بين القانون العام والقانون الخاص⁹، بل رأى جانب آخر من الفقه إنه تمييز عاجز عن استيعاب كثير من فروع القانون نتيجة التداخل بين القوانين، وهو غير معروف في الشريعة الأنجلوسكسونية ولا في الشرائع الدينية (القانون الكنسي - الشريعة الإسلامية)، ومن ثم توصل إلى القول بأنه مجرد حيلة (Fiction) خالية من الطابع العالمي¹⁰.

لقد ساهمت التطورات التي عرفتها وظيفة الدولة في منتصف القرن العشرين - من خلال الانتقال من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة - في عودة النقاش حول التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، فبالنظر إلى تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية رأى جانب من الفقه، على رأسهم الأستاذ (R. Savatier)، إن القانون الخاص يعرف غزوا عنيفا من قبل القانون العام، ومثل هذا الأمر سيجعل معظم القواعد القانونية من القانون العام وهو مؤشر قوي لاختفاء القانون الخاص¹¹، وفي مقابل هذا التحليل قام جانب آخر من الفقه، وعلى رأسهم الأستاذ (H. Mazeaud)، مدافعا عن القانون الخاص، ومنتقدا الرأي الآخر بالنظر إلى خلطه بين القواعد الأمرة والقانون العام، فنزايد هذه القواعد في القانون المدني، لاسيما في مجال العقود، لا يعني اختراقه من طرف القانون العام، وإنما هو يندرج في إطار ظاهرة "اجتماعية القانون"، ويخلص هذا الرأي إلى إن الأولوية تبقى للقانون الخاص على أساس

⁵ G. J. Guglielmi, *Le rôle du conseil d'Etat dans la distinction entre droit public et droit privé*, RFDA, 1996, p. 305.

⁶ B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Panthéon-Assas, 2003, p. 819.

⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel, T1 : la règle de droit, le problème de l'Etat*, 3^e éd, Paris, De Boccard, 1927, p. 681.

⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit et de l'Etat*, LGDJ, 1997, p.90.

⁹ E. Riezler, *Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public*, Introduction à l'étude du droit comparé, T3, Recueil Edouard Lambert, LGDJ, 1938, p. 117.

¹⁰ J. Morellet, *L'interpénétration du droit public et du droit privé*, in Introduction à l'étude du droit comparé, T3, Recueil Edouard Lambert, LGDJ, 1938, p. 141.

¹¹ R. Savatier, *Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 1945 ; *Droit privé et droit public*, D. 1946, p. 25.

إن غاية القانون هي تنظيم العلاقات بين الأفراد، وما وجود التجمعات الخاضعة لسلطة الدولة إلا وسيلة من أجل إقامة العلاقات القانونية¹².

وإذا كانت الفترة المذكورة أعلاه قد عرفت جدلاً فقهيًا حول أي القانونين سيسيطر على الآخر¹³، فإن الفترة المعاصرة تعرف ذوباناً لكل قانون في الآخر، فالقانون العام بعد أن غزا القانون الخاص، تعرّض هو الآخر لغزو القانون الخاص، فكأن كل قانون قد أضع ما يميّزه عن الآخر، وهو ما فتح الباب مجدداً لتوجيه انتقادات شديدة لهذا التمييز في وقتنا الحاضر¹⁴، مما جعل التمييز موضوع عدة ملتقيات، بل وجعل الفقه المعاصر يطرح تساؤلات كثيرة: هل طبائع الأشياء هي من تفرض هذا التمييز أم أنه مجرد انعكاس لحقبة تاريخية مضت وانقضت؟ هل يمكن فعلاً تجاوز هذا التمييز ومن ثم الانتقال من ثنائية القانون إلى وحدة القانون؟ هل يحقق هذا التمييز فوائد عملية ذات أهمية تحتم التمسك به أم إن فوائد محدودة يمكن تجاوزها؟¹⁵

وبالرجوع إلى المنظومة القانونية الجزائرية نجد التشريع الجزائري قد ورث - بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962¹⁶ - منظومة قانونية فرنسية ليبرالية قائمة على التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، إلا إن النظام الجزائري آنذاك أعلن تبنيه الخيار الاشتراكي¹⁷، وهو في الحقيقة خيار يقوم على فكرة فلسفية ترفض الاعتراف بالتمييز بين القانون العام والقانون الخاص على أساس أنه لا فرق بين الحاكم والمحكوم، فالجميع سواسية أمام القانون. وعلى أي حال فقد تميّزت تلك الفترة بالاحتكار التام للدولة للنشاط الاقتصادي والاجتماعي، ومن ثم كان نصيب قواعد القانون العام واسعاً على حساب قواعد القانون الخاص، واستمر الوضع على هذا المنوال إلى غاية الثمانينات، ولكن أمام الأزمة الاقتصادية لسنة 1986 شرعت الدولة الجزائرية في إدخال بعض الإصلاحات الاقتصادية ذات النزعة الليبرالية فأصدر المشرع جملة من القوانين على رأسها القانون رقم 88 - 01 المتعلق بالمؤسسات الاقتصادية، والمرسوم رقم 88 - 201 المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة¹⁸. وقد تأكد

¹² H. Mazeaud, *Défense du droit privé*, D. 1946, p. 17.

¹³ J. Rivero, *Droit public et droit privé : Conquête, ou statu quo ?* D. 1947. p. 69.

¹⁴ F. X. Testu, *La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?* D. 1998, p. 345.

¹⁵ *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britannique*, 2004. *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?* Dalloz, 2010. *La summa divisio droit public/droit privé dans l'histoire des systèmes juridique en Europe (XIX - XXI siècles)*, Institut Universitaire Varenne, 2018.

¹⁶ JORA, n°2 du 11-01-1963.

¹⁷ جاء في عرض أسباب الأمر رقم 73-29 المؤرخ 5 جويلية 1973 ما يلي: " - ونظراً إلى أن الاستمرار في تطبيق تشريع مفروض على بلدنا يتنافى مع الاختيار الاشتراكي، وبما أن هذا التشريع يحمل أيضاً العلامة الثابتة من الإيحاء والروح الاستعماريين وكذلك الميز العنصري والاجتماعي. - ونظراً إلى أن استمرار العمل بهذا القانون يقف عثرة في سبيل السير الحسن والسريع إلى تشييد مجتمع اشتراكي... - ونظراً إلى إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962 يشكل، بناء على ما تقدّم، ضرورة مطلقة وواجبا حثيماً ومقدّساً للسلطة الثورية التي عمدت إلى ثورة اشتراكية للشعب وإلى أجل الشعب...". ج ر. ع 62، مؤرخة في 3 غشت سنة 1973.

¹⁸ قانون رقم 88 - 01 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر 1988، ع 02، مؤرخة في 13 يناير 1988. مرسوم رقم 88 - 201 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988 يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج ر 1988، ع 42، مؤرخة في 19 أكتوبر 1988.

هذا التوجه بالتعديل الدستوري لسنة 1989 الذي تبنى صراحة النموذج الليبرالي¹⁹، ومنذ ذلك العهد عرفت قواعد القانون الخاص ازدهارا كبيرا على حساب قواعد القانون العام، إذ قام المشرع برفع الاحتكار عن التجارة الخارجية، وفتح قطاعات واسعة أمام الخواص كما هو الشأن بالنسبة للبنوك بموجب القانون رقم 90 - 10 المتعلق بالنقد والقرض، والتأمينات بموجب الأمر رقم 95 - 07 المتعلق بالتأمينات²⁰، وحرّر المعاملات العقارية بموجب القانون رقم 90 - 25 المتضمن قانون التوجيه العقاري²¹، ومع ذلك لم يتخذ عن سياسة التدخل في الشؤون الاقتصادية والاجتماعية، فقد أصدر على سبيل المثال القانون رقم 90 - 11 المتعلق بعلاقات العمل، والقانون رقم 89 - 02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، وأصدر المرسوم رقم 94 - 54 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم والرسوم رقم 94 - 69 المتعلق بنموذج عقد الإيجار²²، ولكن الملاحظ إن المشرع قد حاول التخفيف من هذا التدخل عن طريق الانسحاب التدريجي للدولة عن طريق فكرة السلطات الإدارية المستقلة مثلما هو الشأن بالنسبة للجنة المصرفية، ولجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، ومجلس المنافسة، وسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وسلطة ضبط الغاز والكهرباء، وسلطة ضبط النقل، وسلطة ضبط المياه وغير ذلك من السلطات، وقد ترتب على ذلك تغيير ملحوظ في وظيفية الدولة، فبعدما كان الحديث عن الانتقال من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة، أصبح الحديث عن الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة²³، أي الدولة التي تنسحب نسبيا من المجال الاقتصادي، بمعنى أنها تفسح المجال الاقتصادي للقطاع الخاص، ولكن في نفس الوقت تعمل على تأطيره من خلال سلطات الضبط الاقتصادي²⁴. لقد انعكس هذا التحول في وظيفة الدولة على صياغة القاعدة القانونية، فبعدما كانت الدولة تحتكر صناعة القانون أصبحت، اليوم، تفضّل إشراك المخاطبين بالقانون في صناعة القانون ذاته، وهو ما قد ساهم، بشكل فعلي، في إذابة الفوارق بين القانون العام والقانون الخاص.

إذن لاشك إن هناك اليوم عوامل كثيرة تجعلنا نتساءل عن مصير التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي، إذ إلى غاية اليوم يبدو إن الفقه المناصر لهذا التمييز عاجز عن إيجاد معيار حاسم يضع الحدود الفاصلة بين القانونين بعدما تداخلت المصالح العامة

¹⁹ مرسوم رئاسي رقم 89 - 18 مؤرخ في 28 فبراير 1989 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر 1989، ع 9، مؤرخة في أول مارس 1989.

²⁰ راجع: قانون 89 - 02 مؤرخ في 7 فبراير 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر 1989، ع 06، مؤرخة في 8 فبراير 1989 (ملغى). قانون رقم 90 - 10 مؤرخ في 14 أبريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر 1990، ع 16، مؤرخة في 18 أبريل 1990 (ملغى). أمر رقم 95 - 07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، ج ر 1995، ع 13، مؤرخة في 8 مارس 1995.

²¹ قانون رقم 90 - 25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج ر 1990، ع 49، مؤرخة في 18 نوفمبر 1990.

²² راجع: قانون رقم 90 - 11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر 1990، ع 17، مؤرخة في 25 أبريل 1990. مرسوم تنفيذي رقم 94 - 54 مؤرخ في 7 مارس 1994، يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية. ج ر 1994، ع 13، مؤرخة في 9 مارس 1994 (ملغى). مرسوم تنفيذي رقم 94 - 69 مؤرخ في 19 مارس 1994 يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي 93 - 03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري. ج ر 1994، ع 17، مؤرخة في 30 مارس 1994.

²³ R. Zouaimia, *De l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur : l'exemple algérien*, Revue critique de droit et sciences politiques, n° 1, 2008, p. 7.

²⁴ راجع: مرسوم رئاسي رقم 2000 - 372 مؤرخ في 22 نوفمبر 2000 يتضمن إحداث لجنة إصلاح هيكل الدولة ومهامها، ج ر 2000، ع 71، مؤرخة في 26 نوفمبر 2000.

بالمصالح الخاصة، لاسيما وأنه تمييز يقوم على خلفية إيديولوجية تعرف تراجعاً كبيراً بعدما راجت فكرة التقريب بين الحاكم والمحكوم، بل إن التمييز في حد ذاته قد أصبح عاجزاً عن احتواء جميع القوانين لاسيما الحديثة مثل قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة وقانون البيئة، مما يؤكد أننا أمام تمييز منتقد (II). والأكثر من هذا لا يختلف اثنان في إن المنظومة القانونية الوطنية المعاصرة تشهد تقارباً كبيراً بين القانونين بعد أفول نجم سلطان الإرادة، وتطور وظيفة الدولة، وانتشار فكرة السلطات الإدارية المستقلة، ومما يعزز هذا الطرح، على المستوى الدولي، بروز قانون الاتحاد الأوروبي الذي لا يقيم وزناً لهذا التمييز في ظل ما يُعرف بعولمة القانون، وازدهار النموذج الاقتصادي الأنجلوسكسوني الذي لا يعترف هو الآخر بهذا التمييز، وعلى هذا الأساس يمكن القول إن هذا التمييز مهّد بالزوال (II).

أ. القانون العام والقانون الخاص: تمييز منتقد

يرى أنصار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص أنه تمييز منبثق من طبيعة الأشياء، بل هو تمييز ضروري ومفروض²⁵، والواقع أنه تمييز منتقد، سواء من حيث الأساس الذي يقوم عليه (1)، أو من حيث المضمون الذي يحتويه (2).

1- نقد التمييز من حيث الأساس: فشل في التأسيس

يقوم التمييز بين القانون العام والقانون الخاص على أسس تشكّل خلفيات مصطنعة تحتاج إلى إعادة قراءة، نقتصر على ذكر أهمها، فهناك خلفيات تاريخية (التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة) (أ)، وإيديولوجية (التمييز بين الحاكم والمحكوم) (ب).

أ- نقد التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة: تعود جذور هذا التمييز إلى القانون الروماني، فقد وضعه الفقيه (Ulpian) ثم انتقل إلى (Institutes) ثم إلى (Digeste)، ومضمونه ما يلي: "توجد وضعيتان، أحدهما عامة، والأخرى الخاصة. القانون العام هو الذي يخص نظام الأشياء في روما، والقانون الخاص هو الذي يتعلق بمنفعة الأفراد. هناك منفعة عامة، وأخرى خاصة. القانون العام موضوعه الأشياء المقدسة، الكهنة، القضاة. القانون الخاص ثلاثي: مجموع تعاليم القانون الطبيعي، قانون الناس، وقانون المواطنين"²⁶. والواقع إن هذا التمييز مصطنع إلى حد بعيد، ذلك أنه لا توجد حدود فاصلة - بشكل واضح - بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وتفسير ذلك على النحو الآتي²⁷:

من ناحية أولى إن كل حماية للمصلحة العامة يتضمن - بالضرورة - حماية للمصلحة الخاصة، فمثلاً قانون العقوبات يعمل على حماية المجتمع من ظاهرة الإجرام بما يحقق المصلحة العامة، ولكن

²⁵ قارن علي فيلالي، المرجع السابق، ص97، إذ كتب يقول: "لقد أصبح التمييز بين القانون الخاص والقانون العام أمراً ضرورياً بل مفروضاً...!"

²⁶ « Dans cette étude, il y a deux positions, la publique et la privée. Le jus publicum est celui qui regarde l'état de la chose romaine, le jus privatum l'utilité des particuliers : il est en effet des choses d'utilité publique, d'autres d'utilité privée. Le jus publicum consiste dans les cultes, les sacerdoces, les magistratures. Le jus privatum est tripartite : il est en effet la réunion de préceptes tirés du droit naturel ou du droit des gens ou droit civil ». Cité par : L.-A. Barrière, Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé, in De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ? op. cit, p. 9.

²⁷ انظر في انتقاد معيار المصلحة: سمير تناغو، المرجع السابق، ص561. علي فيلالي، المرجع السابق، ص102. محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص68.

دون شك هو يحقق المصلحة الخاصة أيضا للشخص الضحية. ومن ناحية ثانية إن كل حماية للمصلحة الخاصة يعود - بالضرورة - بالفائدة على المصلحة العامة، فمثلا قانون حماية المستهلك وقمع الغش يعمل على حماية شخص المستهلك - وهو فرد من أفراد المجتمع - ضد تعسفات المتدخل، ولكن دون شك هو يحقق المصلحة العامة للمجتمع أيضا. إن أبرز مثال كلاسيكي على التداخل الموجود بين المصلحتين العامة والخاصة هو "الملكية"، فهي منظمة في القانون المدني (المادة 674 مدني وما يليها)، وهو ينتمي للقانون الخاص، ومع ذلك فإنها منظمة بشكل يدل دلالة قاطعة على أنها ذات وظيفة اجتماعية²⁸، وهو ما يفسر إحاطتها بكثير من النصوص الأمرة، وهي مضمونة دستوريا - حسب المادة 64 من التعديل الدستوري 2016 - مع إن القانون الدستوري من فروع القانون الدستوري، ويزداد الأمر وضوحا بالنسبة للملكية العقارية، فقد أحاطها المشرع بكثير من القيود بموجب القانون رقم 90 - 29 المتعلق بالتهيئة والتعمير²⁹. ومما يؤكد التداخل بين المصلحتين العامة والخاصة هو إن المشرع قد نظم في القانون المدني عدة مسائل تتعلق بالمصلحة العامة من ذلك الأهلية، فقد نصت المادة 45 مدني: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها". بل إن غالبية الفقه تميل إلى تصنيف قانون الأسرة ضمن فروع القانون الخاص مع إنه يضم مواضيع كثيرة تمس المصلحة العامة باعتبار إن الأسرة عماد المجتمع، فقد نصت المادة 2 أسرة على إن: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع..."³⁰.

ومن ناحية ثانية إن العلاقة بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة محكومة بتصوّرين حسبما ما جاء في تقرير مجلس الدولة الفرنسي، ففي ظل التصوّر الفرنسي الكلاسيكي هناك تقابل أو تعارض بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة، في حين إنه في التصوّر الأنجلوسكسوني تتشكّل المصلحة العامة من مجموع المصالح الخاصة³¹. وفي اعتقادنا أنه إذا كان التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة أمرا مصطنعا منذ بروز التمييز بين القانون العام والقانون الخاص في القرن التاسع عشر بالنظر إلى التداخل الموجود بين المصلحتين كما هو مذكور أعلاه، فإن اصطلاحية هذا التمييز تتأكد من يوم إلى آخر في ظل التصوّر الفرنسي بالنظر إلى تطوّر مفهوم المصلحة العامة عماد القانون العام، فبعدما كانت الدولة تحتكر هذا المفهوم باعتبارها دولة حارسة تهتم بالمجال السياسي فحسب، تاركة المجالات الأخرى للأفراد يدافعون هم أنفسهم عن مصالحهم الخاصة، تدخلت الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي تحت تأثير عدة عوامل أبرزها تراجع الفردية وانتشار الأفكار الاجتماعية³²،

²⁸ انظر: إدريس فاضلي، الوظيفة الاجتماعية للملكية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، أحمد خالدي، حق الملكية والقيود الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، دار هومة، 2018.

²⁹ قانون رقم 90 - 29 مؤرخ في أول ديسمبر 1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر 1990، ع 52، مؤرخة في 2 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04 - 05 مؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر 2004، ع 51، مؤرخة في 15 أوت 2004. انظر: إقولي أولاد رابح صافية، قانون العمران الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2014. عمر حمدي باشا، منازعات التعمير، دار هومة، الجزائر، 2018.

³⁰ A. Filali, *La codification du droit de la famille : une harmonisation aléatoire du droit algérien*, in *La cohabitations des systèmes juridiques dans le droit algérien et les approches régionales du droit*, Université d'Alger1, Les annales, Série spéciales, 2015, n°4, p 111.

³¹ Conseil d'Etat, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, 1999. Etudes et documents du Conseil d'Etat, n° 50, p248.

³² يقول الأستاذ علي فيلالي: "لقد ازدادت صعوبة التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في ضوء التطور الذي عرفه المجتمع ومن ثم تطوّر مفهوم المصلحة العامة. كانت المصلحة العامة تنحصر في المجال "السياسي" وكان يقصد بها مصلحة الجميع، غير أن امتدادها - أي المصلحة العامة - إلى المجال الاقتصادي والاجتماعي جعلها تعني أيضا المصالح الخاصة طالما أن ترك هذه المصالح لذوي الشأن ينعكس سلبا على أمن المجتمع واستقراره". المرجع السابق، ص103.

وقد ترتب على ذلك أن عرفت المصلحة العامة أزمة حقيقية، نتيجة الأزمة التي لحقت القانون الإداري³³ – باعتباره أبرز فروع القانون العام – تبعا للأزمة التي عرفها المرفق العام³⁴، إذ بعد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي برزت للوجود المرافق العامة الاقتصادية وتتميز بنظام قانوني مختلط، فهي تخضع للقانون العام (القانون الإداري) من حيث علاقتها بالدولة، وتخضع للقانون الخاص (القانون التجاري) من حيث علاقتها بالأفراد والمتعاملين معها، ومع ذلك فهي تصنف ضمن أشخاص القانون العام³⁵ ! كما برزت للوجود المرافق العامة المهنية والمرافق العامة الاجتماعية، مثال الأولى منظمة المحامين وهي تخضع للقانون الإداري في منازعاتها مع أن المحاماة مهنة حرة، ولا تشكّل هذه المنظمة مرفقا عاما إداريا³⁶ ! ومثال الثانية هيئات الضمان الاجتماعي وهي تخضع لمزيج من قواعد القانون العام والقانون الخاص³⁷ ! وإضافة إلى كل ما تقدّم يلاحظ ازدياد مساهمة الخواص في المرافق العامة، من ذلك امتياز المرفق العام وشركات الاقتصاد المختلط³⁸.

وبالانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة ظهرت السلطات الإدارية المستقلة وقد امتد نشاطها إلى مختلف الميادين ولعل أبرزها مجلس المنافسة، وحسب المادة 3/19 من قانون المنافسة يمكن الطعن في قرار مجلس المنافسة المتعلق بفرض التجميع أمام مجلس الدولة، في حين حسب المادة 1/63 من نفس القانون تكون قراراته المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية ! وفي اعتقادنا لا يمكن تجاوز الأزمة التي لحقت المصلحة العامة إلا من خلال إعادة تأسيس مفهومها بناء على القول بأن المصالح الخاصة تساهم في تكوين المصلحة العامة، وفي المقابل يتوجب على هذه الأخيرة الرجوع إلى المصالح الخاصة، ويُعد هذا

³³ A. De Laubadère, *Réflexions sur la crise du droit administratif français*, D. 1952, p. 5.

³⁴ G. Morange, *Le déclin de la notion juridique de service public*, D. 1947, p.45. J.-L. De Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ, 1954.

³⁵ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري – النشاط الإداري، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص211. تنص المادة 45 من القانون رقم 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية: "تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة، وتعد تاجرة في علاقتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري...".

³⁶ تنص المادة 2 من القانون رقم 07-13 (مؤرخ في 29 أكتوبر 2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج ر 2013، ع 55، مؤرخة في 30 أكتوبر 2013): "المحاماة مهنة حرة ومستقلة تعمل على حماية وحفظ حقوق الدفاع وتساهم في تحقيق العدالة واحترام مبدأ سيادة القانون". وتنص المادة 4/41 من نفس القانون فيما يخص رفض تسليم الشهادة: "لا يمكن المحامي المتربص الطعن أمام الجهة القضائية المختصة إلا في قرار رفض تسليم الشهادة". وتنص المادة 3/42 من نفس القانون فيما يخص قرار رفض التسجيل في جدول المحامين: "يمكن وزير العدل حافظ الختام والمعني بالأمر، كل فيما يخصه، الطعن في هذا القرار أما الجهة القضائية المختصة في أجل شهر (1) من تاريخ تبليغه". ولا شك أن المقصود بالهبة القضائية المختصة هو القضاء الإداري.

³⁷ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسور، الجزائر، 5، 2019، ص448، ويُلاحظ أن الأستاذ قد أحال على القانون رقم 83-15 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي في حين أن قانون ملغى بموجب المادة 90 من القانون رقم 08-08 مؤرخ في 23 فبراير 2008، ج ر 2008، ع 11، مؤرخة في 2 مارس 2008. راجع المادتين 15 و 16 من هذا القانون، فالأولى تجعل الاختصاص للمحكمة المختصة حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي القسم الاجتماعي، فيما يتعلق بالطعن في قرارات اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق، أما الثانية فتجعل الاختصاص للقضاء الإداري فيما يتعلق بالمنازعات بين الهيئات المستخدمة (المؤسسات والإدارات العمومية) وهيئات الضمان الاجتماعي.

³⁸ ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، لباد للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2017، ص26. انظر بالنسبة لشركة الاقتصاد المختلط: قانون رقم 82-13 مؤرخ في 28 غشت 1982 يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر 1982، ع 35، مؤرخة في 31 غشت 1982 المعدل والمتمم. انظر: الشركة ذات الاقتصاد المختلط في النظام القانوني الجزائري، مجلة دراسات قانونية، ع 12، ص.

التأصيل انتصارا للتصوّر الأنجلوسكسوني، وهو ما يتماشى مع عدم اعتراف النظام الأنجلوسكسوني للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

ب- **نقد التمييز بين الحاكم والمحكوم:** تعود جذور هذا التمييز إلى القانون الروماني، وهو ما يستفاد من العبارة السابقة للفقهاء (Ulpian)، فالقانون العام هو قانون الدولة، أما القانون الخاص فهو قانون الأفراد، فالحاكم لا يخضع لنفس القانون الذي يخضع له المحكوم، بمعنى إن الحاكم في علاقته بالمحكومين لا يخضع لنفس القانون الذي تخضع له العلاقات بين المحكومين³⁹. وبعد انهيار الإمبراطورية الرومانية اختفى التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، ولم يكن ذلك راجعا لخضوع الحاكم لنفس القانون الذي يخضع له المحكوم، وإنما لعدم لوجود أصلا ما يمكن تسميته بالقانون العام بعد أن حلّ مكانه القانون الملكي، ولم يهتم الملوك والأمراء إلا بتحصيل مصالحهم الخاصة⁴⁰. ولم تظهر بوادر عودة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص إلا في القرن السادس عشر بعد محاولة تأصيل علمي للتمييز بين الحاكم والمحكوم وضعها الأستاذ الفرنسي (Bodin) في كتابته الشهير "Les six livres de la République" سنة 1577، إذ رأى إن أسس التنظيم الاجتماعي تتطلب وجود سيادة مطلقة ودائمة للملك، تستمد قوتها من التفويض الكامل والأبدي من طرف الشعب، وهو يلتزم باحترام القانون الإلهي وقوانين الإمبراطورية وكلمته تجاه الشعب، وبهذا يكون الأستاذ (Bodin) قد أسس لمجموعة قواعد قانونية تشكّل "القانون العام" وهي متميزة عن "القانون الخاص"، وهو ما يؤكّد الطابع الإيديولوجي للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص⁴¹. ورغم إن الفيلسوف الفرنسي (Montesquieu) لم يتأثر بكتابات الأستاذ (Bodin)، إلا أنه أشار في كتابه "Esprit des lois" إلى تقسيم القانون إلى قانون سياسي وقانون مدني، يمثل الأول القانون العام وهو يحكم العلاقات بين الحكام والمحكومين، ويمثل الثاني القانون الخاص وهو يحكم العلاقات فيما بين المواطنين⁴². وعلى إثر قيام الثورة الفرنسية سنة 1789 نادى رجالها بوجوب إخضاع الإدارة لنظام قضائي غير ذلك الذي يخضع له الأفراد، وذلك بالنظر لعدم ثقتهم في رجال القضاء العادي بحجة تواطؤهم مع النظام الملكي السابق، ومن ثم نشأت الازدواجية القضائية، وتجسّدت بصورة فعلية بإنشاء مجلس الدولة وصدور قرار (Blanco) الذي كرّس استقلالية القانون الإداري عن القانون المدني، فالإدارة لا تخضع لذات القانون الذي يخضع له الأفراد⁴³، وبهذا التأصيل تحقّق تمييز الحاكم عن المحكوم إجرائيا وموضوعيا.

لقد انتقد الأستاذ (Duguit) بشدة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص انطلاقا من انتقاده فكرة إخضاع الحاكم إلى قانون مختلف عن القانون الذي يخضع له المحكوم، فكتب يقول: "لا أتصوّر وجود قاعدة متميّزة، بأساسها وموضوعها، عن تلك التي تُطبق على العلاقات بين الأفراد العاديين... لا أستطيع أن أستوعب أن يكون الحكام أفرادا من جوهر آخر مختلف عن المحكومين، هم أفراد مثل الآخرين، يؤخذون مثلهم في روابط التضامن الاجتماعي ويخضعون مثل كل أفراد المجتمع للقاعدة القانونية المؤسسة على الضمير... إن القاعدة القانونية التي تفرض على الحكام هي نفسها التي تفرض

³⁹ في بيان هذه الحقيقة كتب الأستاذ عبد الناصر توفيق العطار: "ويلاحظ أن تقسيم القانون إلى عام وخاص هو تقسيم روماني في الأصل، هدفه أن يجعل الحاكم متميزا على المحكومين فيعطيه سلطات وامتيازات خاصة". مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، مطبعة السعادة، مصر، 1979، ص109.

⁴⁰ سمير تناغو، المرجع السابق، ص.

⁴¹ F.-X. Testu, *La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?* D. 1998, p. 352.

⁴² مونتسكيو، روح الشرائع، ج1، ترجمة عادل زعيتير، كلمات عربية للترجمة والنشر، مصر، 2012، ص45.

⁴³ P. Chrétien, N. Chiffot et M. Tourbe, *Droit administratif*, 14^é éd, 2014, Sirey, p. 11 et s.

على المحكومين. في العلاقات بين الحكام والمحكومين وفي العلاقات بين المحكومين لا يمكن تطبيق إلا نفس القاعدة القانونية الواحدة⁴⁴. وما ذكره الأستاذ (Duguit) يتماشى مع ما هو موجود في الشريعة الأنجلوسكسونية، فالجميع (الإدارة والأفراد) يخضعون لقانون واحد تجسيدا لمبدأ المساواة أمام القانون، أي دون تمييز بين الحاكم والمحكوم⁴⁵، وهو النظام المعمول به في الشريعة الإسلامية مع اختلاف في المنطلقات، فالسيادة في هذا النظام ليست للحاكم ولا للمحكوم، وإنما هي لشرع الله تعالى، ويخضع لها الحاكم والمحكوم دون تمييز بينهما، وعلى هذا الأساس لم يظهر التمييز بين القانون العام والقانون الخاص عند فقهاء الشريعة الإسلامية⁴⁶.

والواقع إن التمييز بين الحاكم والمحكوم يعرف اليوم مخاضا عسيراً يثبت اصطناعيته، وقد تحقق ذلك من عدة نواح أبرزها: كثرة الاستثناءات المقررة لخضوع الإدارة للقانون الخاص مثلها مثل الأفراد العاديين، وتراجع فكرة النظر إلى القانون الإداري باعتباره مجموعة قواعد قانونية تخرق القانون الخاص، وتزايد الانتقادات الموجهة للازدواجية القضائية.

من ناحية أولى نجد في التشريع الجزائري استثناءات كثيرة للمعيار العضوي القاضي بإخضاع المنازعات، التي تكون الإدارة طرفاً فيها، للقضاء الإداري، ففي قانون الإجراءات المدنية والإدارية تشير المادة 802 إلى استثناءين يتمثلان في مخالفات الطرق والمنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو إحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية. وقبل هذه المادة يمكن الإشارة أيضاً للمادة 32 التي خصت الأقطاب المتخصصة المنعقدة على مستوى بعض المحاكم بالنظر في جملة من القضايا الواردة على سبيل الحصر بغض النظر عن أطراف الدعوى، والمادة 516 التي عقدت الاختصاص للقسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري بين أشخاص القانون الخاص رغم إن الإدارة ممثلة في المحافظ العقاري هي المكلفة بالترقيم العقاري. أما بالنسبة للتشريعات الخاصة فيمكن الإشارة إلى المنازعات المتعلقة بحقوق الجمارك (المواد 273 و 274 و 287 و 288 و 291 و 300 من القانون رقم 07-79 المتضمن قانون الجمارك)، والمنازعات المتعلقة بمسؤولية الدولة عن الغلط القضائي (المواد 137 مكرراً 1 و 531 و 531 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية)، والمنازعات المتعلقة بنفي أو إثبات التمتع بالجنسية (المواد 37 و 38 و 39 من الأمر رقم 86-70 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية)، والمنازعات المتعلقة بالأموال الوطنية الخاصة (المواد 48 و 51

⁴⁴ « Je ne conçois pas l'existence d'une règle distincte, par son fondement et par son objet, de celle qui s'applique aux rapports entre simples particuliers...Je ne puis comprendre que les gouvernants soient des individus d'une autre essence que les gouvernés ; ils sont des individus comme les autres, pris comme eux dans les liens de la solidarité sociale et soumis, comme tous les membres de la société, à la règle de droit fondée sur la conscience que les hommes d'une époque ont de cette solidarité. La règle de droit qui s'impose aux gouvernants est la même que celle qui s'impose aux gouvernés. Aux rapports entre gouvernants et gouvernés et aux rapports entre gouvernés ne peut s'appliquer qu'une seule et même règle de droit ».L. Duguit, op. cit, p. 685-686.

⁴⁵ M.-D. Oliver, *Pourquoi n'ya-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ?* RIDC, 2001, n°2, p. 327.

⁴⁶ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص109، هامش رقم1. مصطفى محمد الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، ج1 تعريف القانون – القاعدة القانونية – مصادر القانون، الفتح للطباعة والنشر، مصر، 2003، ص176، هامش رقم 1. علي فيلالي، المرجع السابق، ص96، هامش رقم 3.

و 52 و 53 من قانون الأملاك الوطنية)، والطعن في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسة المنافسة للمنافسة (المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتضمن قانون المنافسة)، والمنازعات المتعلقة بالسجل التجاري (المادة 25 من القانون رقم 90-22 المتعلق بالسجل التجاري)⁴⁷.

ومن ناحية ثانية قد جرت العادة على القول بأن القانون الإداري مجموعة من القواعد القانونية التي تخرق قواعد القانون الخاص، وهو ما يعرف بالطابع غير المؤلف لقواعد القانون الإداري، من ذلك إن الإدارة تلجأ عادة إلى القرار الإداري، كما إن عقودها الإدارية تتضمن بنودا غير مألوفة⁴⁸. ويبدو إن عدم المؤلفوية قد أصبحت اليوم محل تساؤل⁴⁹، فمن زاوية أولى أصبح العقد بدل القرار هو الوسيلة المثلى للإدارة في مجالات كثيرة منها تفويضات المرفق العام، عقود الإيجارات طويلة المدة، وعقود الانتماء الإجاري، عقود الصفقات العمومية، والعقود بين الدولة والجماعات المحلية، العقود المتعلقة بالعمل والضمان الاجتماعي والمستشفيات وغيرها من العقود، مما جعل الفقهاء يتحدثون عن ظاهرة العقدنة في القانون العام⁵⁰. ومن زاوية ثانية أصبحت الإدارة تفضل التعاقد باعتبارها طرفا عاديا مجردا من وصف السيادة بعد ازدهار ظاهرة المرافق العامة الاقتصادية، وهو ما يعني خضوع العقود التي تبرمها للقانون الخاص بعيدا عن عدم المؤلفوية المعروفة في القانون الإداري⁵¹. ومن زاوية ثالثة لا يتردد القضاء الإداري الجزائري، في كثير من الأحيان، في تطبيق القانون الخاص سواء من طرف الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا قديما أو من طرف مجلس الدولة حديثا⁵².

ومن ناحية ثالثة يُلاحظ إن الازدواجية القضائية كانت محل نقد منذ ظهورها في فرنسا بلدها الأصلي، إذ على مدار قرنين من الزمن والمطالبة بإلغاء القضاء الإداري لا تتوقف من طرف رجال القانون⁵³، وقد عاد النقاش مجددا حول مستقبل هذه الازدواجية⁵⁴ في ظل انهيار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص⁵⁵، فقد وُجد من كبار الفقهاء المختصين في القانون الإداري من طالب بدمج القضاء العادي والقضاء الإداري، ثم تطوّر الأمر إلى استعراض محاسن ومساوئ إلغاء القضاء الإداري، ووصل أخيرا إلى حد المطالبة بوضع نهاية له⁵⁶. والواقع إن مثل هذه الدعاوى قد تخفي وراءها أيضا

⁴⁷ انظر في تفاصيل هذه الاستثناءات: ميمونة سعاد، المرجع في المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 92 وما بعدها. انظر أيضا: لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. 47 وما بعدها.

⁴⁸ انظر في شرح عدم المؤلفوية، عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسور، الجزائر، ط2، 2007، ص 67 وما بعدها.

⁴⁹ *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, AJDA, 2003, p. 1961. *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Etudes réunies par F. Melleray, LGDJ, 2004.

⁵⁰ *La contractualisation en droit public : bilan et perspectives*, in RFDA, n° 1, 2018.

⁵¹

⁵² انظر في القرارات الكثيرة - للغرفة الإدارية للمحكمة العليا أو مجلس الدولة - التي أشارت إلى المواد المتعلقة بالمسؤولية في القانون المدني لاسيما تلك المؤسسة على الخطأ: لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، ج1 المسؤولية على أساس الخطأ، دار الخلدونية، 2006.

⁵³ M. Jorat, *Supprimer la justice administrative...deux siècles de débats*, RFDA, 2008, n°3, p. 456.

⁵⁴ *L'avenir du dualisme juridictionnel*, Dossier in AJDA, 2005, n°32. *L'avenir du dualisme juridictionnel : continuité ou rupture ?* colloque, Université Paris II, 2018.

⁵⁵ P. Serre, *La dualité juridictionnelle à l'épreuve de l'érosion de la distinction entre droit public et droit privé*, th. Aix-Marseille, 2016.

⁵⁶ D. Truchet, *Fusionner les juridictions administratives et judiciaires ?* Etudes offertes à J.-M. Auby, Dalloz, 1992, p. 336. *Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme*

المطالبة بإلغاء القانون الإداري باعتباره هو من كان وراء إقرار الازدواجية القضائية⁵⁷، أو بالأحرى المطالبة بإحداث تقارب بين القانونين المدني والإداري، لاسيما بعد أن ظهرت بوادر ضعف النظريات المؤسسة لاستقلالية القانون الإداري مثلما هو الشأن بالنسبة للمرفق العام والمصلحة العامة والأشخاص المعنوية العامة⁵⁸.

2- نقد التمييز من حيث المضمون: عجز في تصنيف القوانين

ظهرت بوادر العجز في تصنيف القوانين إلى قانون عام وقانون خاص منذ الوهلة الأولى، ولكنه كان عجزا نسبيا يتعلق ببعض القوانين الكلاسيكية (أ)، أما اليوم فيظهر أنه عجز مطلق بالنسبة للقوانين الحديثة (ب).

أ- العجز النسبي في تصنيف القوانين الكلاسيكية: إذا كان القانون المدني متميزا، في حدود معينة، عن القانون الإداري، فالأول يمثل رمزا للقانون الخاص، ويمثل الثاني رمزا للقانون العام، فإن التمييز بين باقي القوانين الكلاسيكية غير واضح إطلاقا، من ذلك أن القانون الجنائي يمثل عند كثير من الفقه الفرنسي فرعا من فروع القانون الخاص على أساس أن قواعده تهدف إلى حماية مصلحة هي مصلحة الضحية، في حين هو عند غالبية الفقه العربي يمثل فرعا من فروع القانون العام على أساس أن قواعد تهدف إلى حماية عامة هي مصلحة المجتمع. وهذا ما ينطبق أيضا على قانون الإجراءات المدنية، إذ يمكن اعتباره فرعا من فروع القانون العام على أساس أن قواعد تنظم مرفق القضاء وهو مرفق عام من مرافق الدولة، ويمكن في ذات الوقت اعتباره فرعا من فروع القانون الخاص على أساس أن قواعده تهتم بتطبيق القانون الخاص ورعاية المصالح الخاصة للأشخاص. وأمام هذا العجز الواضح في التمييز بين الفروع التي تنتمي إلى قانون العام والفروع التي تنتمي إلى القانون الخاص حاول بعض الفقه ابتداع ما يسمى فروع القانون المختلط، مثلما هو الشأن بالنسبة إلى قانون العمل وقانون التأمينات وقانون الصحة وغيرها من القوانين التي تجمع بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص

ب- العجز المطلق في تصنيف القوانين الحديثة: إن أهم ما يميّز القوانين الحديثة هو ارتباطها بعدد كبير من القوانين الأخرى، وقيامها على تصورات جديدة، واستعمالها لتقنيات قانونية حديثة، ومن ثم يظهر العجز المطلق في تصنيفها، نذكر من ذلك قانون حماية المستهلك وقمع الغش (ب1)، قانون المنافسة (ب2).

ب1- قانون حماية المستهلك: يهتم قانون حماية المستهلك بإعادة التوازن في العلاقات بين المتدخلين (المحترفين) والمستهلكين، من خلال تحميل المتدخلين بالالتزامات، ومنح حقوق للمستهلكين⁵⁹. وتدور مواضيعه - عموما - حول خمس محاور هي كالآتي:

juridictionnel, Justices, 1996, n°3, p. 53. *Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel*, AJDA, 2005, n°32, p. 1767.

⁵⁷ B. Boulouis, *Supprimer le droit administratif*, Pouvoirs, 1988, n°46, p. 5. D. Truchet, *Avons-nous encore besoin du droit administratif ?* in *Mélanges J.-F. La chaume*, Dalloz, 2007, p. 1039.

⁵⁸ A.-V. Lang, *Le dualisme juridictionnel pourrait-il disparaître ?* In *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?* op. cit, p. 276.

⁵⁹ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 8^e éd. Dalloz, 2010, p3.

إن قانون حماية المستهلك متعدّد العلاقات، يكاد يشمل ذلك جميع فروع القانون، منها القانون التجاري (شفافية الممارسات التجارية، نزاهة الممارسات التجارية)، والقانون الإداري (أعوان قمع الغش، إجراءات الرقابة، لجنة الشروط التعسفية)، والقانون الجنائي (المخالفات والعقوبات، غرامات الصلح)، والقانون القضائي (المساعدة القضائية، تأسيس جمعيات حماية المستهلك كطرف مدني)⁶⁰.

ولقانون حماية المستهلك استراتيجيته الخاصة، فمن ناحية أولى هو يستعمل أحيانا تقنيات وقائية، كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالإعلام ومهلة التفكير وحق الرجوع، وأحيانا تستعمل تقنيات علاجية، كما هو الحال بالنسبة لتدخل القاضي لإثبات الطابع التعسفي لشرط ما أو الحكم على المنتج بالتعويض نتيجة الضرر اللاحق بمستعمل المنتج المعيب. ومن ناحية ثانية ينطلق قانون حماية المستهلك وقمع الغش من فكرة إعادة التوازن في العلاقات التعاقدية بين المحترف والمستهلك، وتعويض الأضرار اللاحقة بهذا الأخير، ولكن، إلى جانب ذلك، لتشريعات الاستهلاك مقارنة جماعية، فجمعيات حماية المستهلك تعمل على نصح المستهلكين وإعلامهم وتحسيسهم، وتتدخل في الدعاوى القضائية، وتبرم الاتفاقات الجماعية مع المحترفين، وتمثل المستهلكين في المؤسسات المختلفة كالمجلس الوطني لحماية المستهلكين ولجنة البنود التعسفية. ولقانون حماية المستهلك أيضا منهجيته الخاصة، فمن ناحية أولى أن قانون حماية المستهلك – وإن كان يشير إلى بعض المبادئ الكبرى – يهتم كثيرا بالتفاصيل والتدقيق في المسائل، مما يجعله بحق قانونا عمليا. أن لقانون حماية المستهلك هدفا آخر، فهو لا يهتم بضمان صحة العقد، وإنما يهتم بتصحيح عدم التوازن العقدي القائم بين طرفين غير متساويين اقتصاديا. ومن ناحية ثانية يعتمد قانون حماية المستهلك بشكل واسع على الشكلية الإعلامية من خلال البيانات الإيجابية، ويحد من الحرية التعاقدية من خلال تنظيم مضمون العقد عن طريق حظر الشروط التعسفية، ويعترف للمستهلك بحق الرجوع عن العقد في أحوال معينة خرقا للقوة الملزمة للعقد⁶¹.

ب2- قانون المنافسة: يهتم قانون المنافسة – باعتباره أداة لإعمال سياسة المنافسة – بضبط السوق بطريقة تجعل ممارسة النشاط الاقتصادي لا تضطرب بالممارسات المؤدية إلى الإخلال بقانون العرض والطلب⁶². وقد حدّدت المادة الأولى من الأمر رقم 03-03 أهداف قانون المنافسة، إذ نصت: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين". وتطور مواضيع قانون المنافسة – عموما – حول المحاور الآتية: - مبدأ حرية الأسعار. - حظر الممارسات المنافية للمنافسة. - رقابة التجميعات الاقتصادية. - مجلس المنافسة⁶³.

ويبدو إن قانون المنافسة – مثله مثل قانون حماية المستهلك – متعدّد العلاقات، يكاد يشمل ذلك جميع فروع القانون، منها القانون التجاري (حرية الأسعار، التجميعات الاقتصادية)، والقانون الإداري (الصفقات العمومية، مجلس المنافسة)، والقانون الجنائي (العقوبات المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات)، والقانون القضائي (الطعن أمام مجلس الدولة في قرار رفض التجميع، الطعن

⁶⁰ S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2008, p18.

⁶¹ شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2016، ص. 19 وما بعدها.

⁶² R. Zouaimia, *Le droit de la concurrence*, Belkeise, Alger, 2012, p6.

⁶³ شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص. 307 وما بعدها.

أمام مجلس قضاء الجزائر في القرارات المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة)⁶⁴. ولا شك إن استفادة قانون المنافسة من القوانين الأخرى لا يعني أنه خاضع لها من جميع النواحي، ذلك أن هناك اختلافا بينهما من حيث المنهجية المتبعة والأهداف المراد تحقيقها، فهو قانون ملموس يهدف إلى ضمان الشفافية، وحرية المنافسة. من ثم فإن الأمر يتعلق بالممارسة الحرة والمشروعة في السوق تحت أعين مجلس المنافسة⁶⁵.

يظهر من الأمثلة المذكورة أعلاه إن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص لا يجد مكانا له إطلاقا في الفقه الحديث، فبعدما كان الفقه الكلاسيكي يحاول تصنيف القوانين إما في القانون العام وإما في القانون الخاص بناء على العنصر الغالب، ابتدع فيما بعد فكرة الفروع المختلطة، وأمام الانتقادات الموجهة لها لم يجد بُداً من الاعتراف بالاستقلالية لبعض القوانين، وبالنظر إلى تزايد عددها فضل الفقه الحديث مؤخرا تصنيف هذه القوانين وغيرها في شكل مجموعات، فهناك قانون السوق (قانون حماية المستهلك - قانون المنافسة...)، والقانون الاجتماعي (قانون العمل - قانون الضمان الاجتماعي...)، والقانون القضائي (قانون الإجراءات المدنية - قانون المنازعات الإدارية - قانون الإجراءات الجزائية...)، وقانون الأعمال (القانون التجاري - قانون الممارسات التجارية...). وفي جميع الأحوال ظهر التمييز بين القانون العام والقانون الخاص عاجزا عن تصنيف القوانين، وهو ما يؤكد اصطناعيته من حيث المضمون⁶⁶.

II. القانون العام والقانون الخاص: تمييز مهّد بالزوال

إذا كان التمييز بين القانون العام والقانون الخاص قد فقد جاذبيته في الأبحاث الأكاديمية وأصبح عرضة للنقد، فإنه قد فقد أيضا ذاتيته وتجاوزه الزمن في القانون الوضعي على المستوى الوطني (1)، وعلى المستوى الدولي (2).

1- تجاوز التمييز على المستوى الوطني: تفكك التمييز بين القانون العام والقانون الخاص

إن أبرز ما يمكن تسجيله في القانون الوضعي على المستوى الوطني هو تفكك القانونين معاً العام والخاص، فكل قانون أخذ يفقد ذاتيته، فالقانون العام غزا القانون الخاص فحدثت عمعمة القانون الخاص (أ)، وفي المقابل لم يبق القانون الخاص مكتوف الأيدي بل هو أيضا شرع في غزو القانون العام فحدثت "خصخصة" القانون العام (ب).

أ- "عمعمة" القانون الخاص: يقصد بـ "عمعمة" القانون الخاص (*Publicisation du droit privé*) إدخال قواعد أو تقنيات القانون العام في القانون الخاص، وقد برزت هذه الظاهرة في نهاية القرن التاسع عشر، وقد ارتبطت بتدخل الدولة في الأنشطة الاقتصادية والعلاقات الاجتماعية

لقد كان الأستاذ (*Josserand*) من الأوائل الذين نبهوا على ظاهرة "العمعمة" من خلال مقاله (*La « publicisation » du contrat*) سنة 1933، وقد أشار في بداية المقال في الحواجز المصطنعة

⁶⁴ M. Menouer, op. cit, p6

⁶⁵ N. Decoopman, *Droit du marché et droit des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p144.

⁶⁶ يقول الأستاذ علي فيلالي: "... غير أنه تبعا لتشعب القوانين هناك مجهودات تبذل من قبل الفقه المعاصر قصد ترتيبها في مجموعات جديدة كقانون الأعمال أو قانون الاستهلاك...". المرجع السابق، ص124.

التي تفرّق تقليدياً بين القانون العام والقانون الخاص، وأن القانون المدني قد أصبح مخترقاً من طرف القانون العام لاسيما في المجال التعاقدى من حيث تكوينه وشكله وبنوده واشتراطاته ومضمونه الإلزامي. وفي نفس السياق نشر الأستاذ (R. Savatier) كتابه (*Du droit civil au droit public*) سنة 1945، وقد انتقد في المقدمة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، وأثبت طيلة صفحات الكتاب اختراق القانون العام للقانون المدني من خلال مؤسسات الأشخاص والأموال والمسؤولية المدنية⁶⁷. والواقع إن هذه الظاهرة قد ارتبطت بالتغيرات الجذرية التي عرفها المجتمع على جميع المستويات مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، فمن الناحية السياسية انتقلت الدولة من وظيفة الحراسة إلى وظيفة التدخل، ومن الناحية الإيديولوجية تراجع المذهب الفردي فاسحا المجال للمذاهب الاجتماعية، ومن الناحية الاقتصادية برزت مساوئ مبدأ العرض والطلب مما تطلّب تنظيم السوق، ومن الناحية الاجتماعية بعدما كان الفرد مدافعا عن مصالحه أصبح الحديث عن حماية الفئات الضعيفة في المجتمع. وفي مثل هذه الظروف ازدهرت قواعد القانون العام على حساب قواعد القانون الخاص، وشرعت في غزو هذا الأخير في عقر داره في أغلب مؤسساته بواسطة الروح التي تحرّك القانون العام، والمنطق الذي يقوم عليه، فأصبح القانون الخاص أقلّ فردية وأكثر اجتماعية، أقلّ حرية وأكثر تنظيماً، أقلّ مدنية وأكثر عمومية.

في مجال قانون العقود أخذت "التوجيهية العقدية" (*Dirigisme contractuel*) أبعاداً خطيرة، فبعدما كان العقد شأناً يخص المتعاقدين أصبح شأناً يهم المجتمع مما عدّل بتدخل الدولة - باعتبارها طرفاً ثالثاً - لتنظيمه بدرجات متفاوتة وعلى مستويات متباينة، إلى درجة إن بعض العقود قد تحوّلت إلى فروع قانونية مثلما هو الشأن بالنسبة لعقد العمل وعقد التأمين⁶⁸، وقد ترتب على ذلك تزايد القواعد الأمرة على حساب القواعد المكلمة، واتساع نطاق دائرة النظام العام بشقيه الاقتصادي والاجتماعي على حساب النظام العام السياسي، وتوسع مجال العمل بالعقود "المنظمة" (*contrats réglementés*) كما هو الشأن بالنسبة لعقد البيع بالإيجار وعقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق⁶⁹، والعقود "المراقبة" (*contrats contrôlés*) كما هو الشأن بالنسبة لوجوب صدور قرار من الوالي يسمح بالبيع بالتخفيض والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، أو ضرورة الحصول على رخصة من المدير الولائي للتجارة المختص إقليمياً يجيز البيع الترويجي أو البيع في حالة تصفية المخزونات أو البيع عند مخازن المعامل⁷⁰، والعقود "الجبرية" (*contrats forcés*) كما هو الشأن بالنسبة لعقد التأمين الإجباري على المركبات⁷¹.

⁶⁷ R. Savatier, *Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 1945.

⁶⁸ راجع: قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل. ج ر، ع 17 مؤرخة في 25 أبريل 1990. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات. ج ر، ع 13 مؤرخة في 8 مارس 1995.

⁶⁹ راجع على التوالي: قرار مؤرخ في 4 مايو 2004، يعدّل القرار المؤرخ في 71 يوليو 2004 المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار. ج ر، ع 41، مؤرخة في 4 يوليو 2004. مرسوم تنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 18 ديسمبر 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها. ج ر، ع 66 مؤرخة في 25 ديسمبر 2013.

⁷⁰ المرسوم التنفيذي رقم 06-215 مؤرخ في 18 يونيو 2006 يحدّد شروط وكيفيات. ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، ج ر. ع 41 مؤرخة في 21 يونيو 2006.

⁷¹ أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 يناير 1974 يتعلق بالإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار. ج ر. ع 15، مؤرخة في 19 فبراير 1974، إذ نصت المادة الأولى: "كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد تأمين يغطي تلك الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير وذلك قبل إطلاقها للسير".

أما في مجال قانون المسؤولية فيظهر أن الانتقال إلى التصور الموضوعي لم يلب حاجيات الأشخاص في التعويض بعدما تنوّعت الأضرار بتنوّع أسبابها بدءاً من حوادث السيارات وصولاً إلى حوادث التكنولوجيا الحديثة، مما جعل الأضرار تأخذ طابعاً جماعياً، الشيء الذي وُلد شعوراً لدى أفراد المجتمع بضرورة توفير حماية قانونية لاسيما عن الأضرار الجسمانية أساسها تكاثف جهود الجماعة في التعويض⁷². يظهر أن الانتقال من التصور الفردي إلى التصور الجماعي للتعويض، سواء في إطار المسؤولية المدنية أو خارج أحكامها، قد تحقّق على مستويين⁷³.

من ناحية أولى عرف نظام التأمين على المسؤولية تطوّراً كبيراً انعكس ذلك بشكل واضح على نظام المسؤولية ذاتها، إذ هو يعفي المسؤول من أداء التعويض للضحية، خاصة في ظل إقرار القوانين دعوى مباشرة للضحية ضد شركات التأمين، ومن ثم تكون هذه المهمة التعويضية من اختصاص هذه الشركات، وفي غياب مثل هذا التأمين أصبحت المحاكم تتردّد في الحكم على المسؤول بتعويضات كبيرة خاصة إذا لم يرتكب أي خطأ أو إذا ثبت أن الضحية قد ساهمت بخطئها في وقوع الحادث، وقد ساهم هذا الوضع في اتساع نطاق المسؤولية طالما أن التعويض تقوم به شركات التأمين عن طريق الأقساط التي يدفعها المؤمن لهم إما بإرادتهم أو بإلزام من القانون في حالات معينة يزداد عددها من يوم لآخر⁷⁴.

ومن ناحية ثانية ظهرت أنظمة قانونية، مستقلة عن نظام المسؤولية المدنية، توفّر تعويضاً جماعياً وبطريقة مباشرة، على خلاف التأمين على المسؤولية الذي يضمن تعويضاً بطريقة غير مباشرة، لأنه مرتبط بالإعلان المسبق عن المسؤول المؤمن له. ويقع هذا التعويض المباشر – أي دون البحث المسبق عن المسؤول – إما عن طريق صناديق الضمان، سواء بطريقة أصلية، مثال ذلك تعويض ضحايا المظاهرات وأعمال العنف⁷⁵، أو بطريقة احتياطية، مثال ذلك تعويض ضحايا حوادث المرور⁷⁶، وإما عن طريق الضمان الاجتماعي، كما هو الحال بالنسبة للتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية⁷⁷، وإما عن طريق خزانة الدولة، مثال ذلك المعاشات الشهرية التي يستفيد منها الموظفون والأعوان العموميون ضحايا الأعمال الإرهابية⁷⁸. ولعل هذا ما جعل المشرع، على إثر تعديل 2005، يبادر إلى وضع مبدأ عام، وفق المادة 140 مكرر 1 ق م، للتعويض عن الأضرار الجسمانية تتكفل به

⁷² P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit, p13.

⁷³ انظر: علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص335 وما يليها.

Gh. Lahlou-Khiar, *Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et automaticité*, ENAG, 2013.

⁷⁴ انظر في التأمين على المسؤولية: سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، كليك للنشر، الجزائر، 2008.

⁷⁵ قانون 90-20 المؤرخ في 15 غشت 1990 يتعلق بالتعويضات الناجمة عن قانون العفو الشامل رقم 90-19 المؤرخ في 15 غشت 1990. ج ر، ع 35 مؤرخة في 15 غشت 1990.

⁷⁶ راجع المواد من 24 إلى 31 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 يناير 1974 يتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، المعدل والمتمم، ج ر، ع 15 مؤرخة في 19 فبراير 1974. انظر: الغوثي بن ملح، نظام التعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث المرور في القانون الجزائري، م ج ع ق إ س، ع4، 1995، ص1002.

A. Tunc, *La réforme du droit des accidents de la circulation : l'ordonnance algérienne du 30 janvier 1974*, RIDC, 1974. 2. 345.

⁷⁷ قانون رقم 83-13 المؤرخ في 2 يوليو 1983 يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، المعدل والمتمم. ج ر، ع28 مؤرخة في 3 يوليو 1983.

⁷⁸ راجع المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 99-47 المؤرخ في 13 فبراير 1999 يتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم. ج ر، ع9 مؤرخة في 17 فبراير 1999.

الدولة عند انعدام المسؤول⁷⁹. وعلى أي لا تزال هذه الأنظمة القانونية التعويضية في تطوّر مستمر إلى درجة أنها أصبحت تهدد المسؤولية المدنية في وجودها⁸⁰، مما جعل الفقهاء يتساءلون - بحق - عن مستقبل المسؤولية⁸¹، و ينادون بضرورة إصلاح نظام المسؤولية إصلاحاً شاملاً⁸².

أما في مجال قانون الأموال فقد تدخلت الدولة على نطاق واسع لتنظيم أبرز الحقوق المالية وهو حق الملكية، وقد ترتب على ذلك أن انتقل هذا الحق المقدس من الحق المطلق إلى الحق ذي الوظيفة الاجتماعية، وهو ما كان سبباً في تقييده بقيود اصطلاح الفقهاء على تسميتها بالقيود المتعلقة بالمصلحة العامة، وهي مبنوثة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة وعلى رأس هذه الأخيرة قانون التهيئة والتعمير بموجب القانون رقم 90-29، نذكر من ذلك

ب- "خصخصة" القانون العام: إذا كان المقصود بـ "عممة" القانون الخاص إدخال روح وتقنيات القانون العام في القانون الخاص، فإن "خصخصة" القانون العام (*Privatisation du droit public*) على النقيض من ذلك، إذ هي إدخال روح وتقنيات القانون الخاص في القانون العام. وقد برزت هذه الظاهرة منذ سنوات الثمانينات من القرن الماضي، وارتبطت بفكرة تقليص دور الدولة لصالح السوق، فبعدما تدخلت الدولة بقوة في الميدان الاقتصادي شرعت في الانسحاب التدريجي نتيجة ما يتطلبه التدخل من تكاليف باهضة، واقتصر دورها على ضبط السوق من أجل قيام منافسة شريفة بين المؤسسات.

لقد جرى الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة (*Etat régulateur*)، فمن وظيفة الحضور القوي في الحياة الاقتصادية والاجتماعية انتقلت الدولة إلى وظيفة ضمان حفظ التوازنات الاقتصادية والاجتماعية الكبرى، وبذلك وقع التخلي عن التدخلية (*Interventionnisme*) والتوجيهية (*Dirigisme*)، ولا يعني هذا الانتقال الانسحاب الكلي للدولة، بل يجب على الدولة أن تلعب دور الضابط في ظل تطوّر اقتصاد السوق، وإنما حدثت القطيعة مع الدولة المتدخلة من ناحيتين: من ناحية أولى أصبح تكفل الدولة بتسيير القطاعات الاقتصادية المفتاحية فكرة قديمة وقد وقع ذلك تحت تأثير عوامل داخلية وخارجية، فتحرير المبادلات أدى إلى إعادة النظر في مسألة الاحتكارات. ومن ناحية ثانية لم تستطع فكرة توجيه الاقتصاد الصمود أمام ظاهرة العولمة، ففقدت الدولة التحكم في ركائز النشاط الاقتصادي (التخطيط، النقود، الميزانية، النظام الضريبي)، وضعف التنظيم الذي كان أداة لتأطير الحياة الاقتصادية بعد فتح الحدود والتداخل المتزايدة للاقتصاديات. لقد بقيت الدولة حاضرة في المجال الاقتصادي ولكن بطريقة مختلفة عما كان عليه الأمر في ظل الدولة المتدخلة، فأصبح دورها يتمثل في الإشراف على اللعبة الاقتصادية من خلال إنشاء بعض القواعد والتدخل بطريقة دائمة لتخفيف حدة التوتر، وحل النزاعات، وضمان المحافظة على التوازن في مجموعه، فبواسطة الضبط أصبحت الدولة

⁷⁹ A. Filali, *L'indemnisation du dommage corporel : l'article 140 ter du code civil : la consécration d'un système d'indemnisation exclusif de la responsabilité civile*, RASJEP, 2008, 1, p 97

⁸⁰ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, LGDJ, 2013.

⁸¹ *Quel avenir pour la responsabilité civile ?* Sous la direction d'Yves Lequette et Nicolas Molfessis, Dalloz, 2015.

⁸² *Prendre la responsabilité au sérieux*, Sous la direction de Alain Supiot et Mireille Delmas-Mireille, PUF, 2015.

"حكما" في اللعبة الاقتصادية مكتفية بوضع القواعد للمتعاملين مع بذل الجهود لإحداث التوافق بينهم في النشاطات الاقتصادية⁸³.

لقد كان البداية من إنجلترا سنة 1979 على يد السيدة تاتشر التي سعت إلى تحويل ملكية القطاع العام إلى القطاع الخاص، ثم انتقلت هذه الظاهرة إلى غالبية بلدان العالم لتصل إلى فرنسا في سنة 1986، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في الأمر رقم 95 - 22 المتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية⁸⁴، وحددت المادة الأولى المقصود بالخصوصة كما يلي: "تعني الخصوصية القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد: - إما في تحويل ملكية كل الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو جزء منها، أو كل رأسمالها أو جزء منه، لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص. - وإما في تحويل تسيير مؤسسات عمومية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص، وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدّد كفاءات تحويل التسيير وممارسته وشروطه". وفي نفس السياق أصدر المشرع الأمر رقم 01 - 04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها⁸⁵، وحددت المادة 13 المقصود بالخصوصة على النحو الآتي: "يقصد بالخصوصة كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية، وتشمل هذه الملكية: - كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه، تحوزه الدولة مباشرة أو غير مباشرة و/أو الأشخاص المعنويين الخاضعون للقانون العام، وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب لزيادة في الرأسمال. - الأصول التي تشكّل وحدة استغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة". والواقع إنه لا ينبغي المبالغة في تصوير "خصوصة المؤسسات العمومية الاقتصادية" باعتبارها خصصة للقانون العام طالما إن هذه المؤسسات كانت خاضعة منذ البداية للقانون الخاص ممثلا في القانون التجاري بالدرجة الأولى منذ قانون 88 - 01، ومع ذلك فإن لهذا النوع من الخصصة دلالة مهمة وهي اتساع نطاق القانون الخاص على نطاق القانون العام، فبعدما كانت هذه المؤسسات تأخذ شكل "المؤسسات الاشتراكية" أصبحت منذ 1988 تخضع لأحكام القانون 88 - 01 والقانون التجاري والقانون رقم 88 - 03 المتعلق بصناديق المساهمة لتصبح بعد ذلك خاضعة لأحكام القانون التجاري فحسب بعد صدور الأمر رقم 95 - 25 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، وهو ما أكدّه القانون رقم 01 - 04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها.

وفي نفس السياق امتدت "الخصصة" أيضا للمرافق العامة رمز القانون الإداري أحد أبرز فروع القانون العام⁸⁶، فبعدما كانت هذه الأخيرة في ظل الدولة المتدخلّة مسيرة من طرف الإدارة العامة عن طريق الاستغلال (*Régie*) أو من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، أصبحت في التشريع الجزائري ابتداء من تسعينات القرن الماضي مفتوحة للتسيير من طرف الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص عن طريق تقنية تفويض المرفق العام

⁸³ J. Chevallier, *L'Etat régulateur*, RFAP, 2004/3, n° 111, p. 473.

⁸⁴ أمر رقم 95-22 مؤرخ في 26 غشت 1995 يتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية، ج ر 1995، ع 48 مؤرخة في 3 سبتمبر 1995.

⁸⁵ أمر رقم 01 - 04 مؤرخ في 20 غشت 2001، ج ر 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر 2001، ع 47 مؤرخة في 22 غشت 2001.

⁸⁶ F. Marty, *La privatisation des services publics : fondements et enjeux*, Regards croisés sur l'économie, 2007, n° 2, p. 90.

(*Délégation du service public*)، وفي غالب الأحيان يكون ذلك عن طريق التفويض الاتفاقي (*Délégation conventionnelle*)، أي عن طريق أبرز تقنيات القانون الخاص وهي العقد⁸⁷، وتتمثل صورته في الامتياز (*Concession*)، والإيجار (*Affermage*)، ومشاطرة الاستغلال (*Régie intéressée*)، والتسيير (*Gérance*)⁸⁸، وهي الصور التي نظمها المشرع الفرنسي بـ (*Loi Sapin*) سنة 1993، ونص عليها المشرع الجزائري مؤخرا في المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁸⁹، وقد نصت المادة 210: "يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام، حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمل المفوض له ورقابة السلطة المفوضة، شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير...".

في مثل هذه الأجواء اخترقت قواعد القانون الخاص مجال القانون العام على عدة مستويات، ففي مجال المنافسة تخضع أشخاص القانون العام لأحكام قانون المنافسة طالما أنها لا تمارس، حسب المادة 2 من الأمر رقم 03 - 03، صلاحيات السلطة العامة أو أداء المرفق العام، وعلى ذلك فإن قانون المنافسة ينطبق على النشاط الممارس من طرف المؤسسة بغض النظر عن طبيعتها القانونية هل هي عامة أو خاصة، فكل مؤسسة، عامة كانت أم خاصة، تقوم بممارسة أنشطة اقتصادية تخضع لأحكام قانون المنافسة. ويلاحظ إن هناك تلازما بين قانون المنافسة وقانون الصفقات العمومية، فحسب المادة 2 من الأمر رقم 03 - 03 المتعلق بالمنافسة تطبق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، وحسب المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تخضع المؤسسات العمومية التي يحكم نشاطها القانون التجاري لأحكام هذا المرسوم الرئاسي عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وفي مجال الاستهلاك يظهر إن مكافحة الشروط التعسفية - وفق القانون رقم 04 - 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁹⁰ - تنطبق على عقود المرافق العامة الاقتصادية وأيضا على عقود المرافق العامة الإدارية، فبالنسبة للعقود الأولى يرى الفقه الراجح أنها تخضع للتشريع المتعلق بمكافحة الشروط التعسفية بغض النظر عن طبيعة هذه الشروط، أي سواء كانت ذات طابع عقدي أو طابع تنظيمي⁹¹ وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في اجتهاد نوعي بتاريخ 11 جويلية 2001⁹²،

⁸⁷ R. Zouaimia, *La délégation de service public au profit de personnes privées*, Belkeise, 2012, p. 4 et s.

⁸⁸ نادية ظريفي، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص153.

⁸⁹ مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر 2015، ع 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

⁹⁰ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر 2004، ع 41 مؤرخة في 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم.

⁹¹ N. Sauphanor, *L'intégration du droit des clauses abusives dans le corps des normes soumis au contrôle du juge administratif*. JCP, éd E, 2002. II. 124. n°6.

⁹² CE 11 juill. 2001, RTD civ. 2001. 878, obs. J. Mestre et B. Fages. J. Amar, *De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics : à propos de l'arrêt Société des eaux du Nord rendu par le conseil d'Etat le 11 juillet 2001*, D. 2001, chron. 2810, n°2.

أما بالنسبة للثانية فيرى الفقه الراجح أنه لا مانع – عموماً – من اعتبار المرفق الإداري محترفاً واعتبار المرفق مستهلكاً⁹³، ومن ثم الخضوع للتشريع المتعلق بمكافحة الشروط التعسفية.

وفي مجال العمل أخذ قانون الوظيفة العمومية يقترب من قانون العمل شيئاً فشيئاً، من ذلك مثلاً تبنيه التوظيف عن طريق "نظام التعاقد" مثلما جاء في المادة 19 وما يليها من الأمر رقم 06 – 03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁹⁴، وبالنظر إلى توسع هذه الظاهرة أصبح الفقه الفرنسي يتحدث عن "خاصة" قانون الوظيفة العمومية⁹⁵.

2- تجاوز التمييز على المستوى الدولي: عدم الاعتراف بالتمييز بين القانون العام والقانون

الخاص

إن الشيء الملفت للنظر على المستوى الدولي هو أن الشريعة الأنجلوسكسونية ذات النفوذ الاقتصادي الكبير لا تعترف بالتمييز بين القانون العام والقانون الخاص (أ)، والأكثر من ذلك أن قانون الاتحاد الأوروبي لا يقيم هو الآخر أي وزن قانوني لهذا التمييز (ب).

أ- الشريعة الأنجلوسكسونية: لا تعرف الشريعة الأنجلوسكسونية التمييز بين القانون العام والقانون الخاص مثلما هو متعارف عليه في الشريعة اللاتينية، ويرجع السبب في ذلك بالدرجة الأولى إلى عدم تأثير الشريعة الأنجلوسكسونية بتقاليد القانون الروماني القائمة على التمييز بين القانون العام والقانون الخاص. وبناء على ذلك لا تميز الشريعة الأنجلوسكسونية بين القانون المدني والقانون الإداري، ولا بين القضاء العادي والقضاء الإداري. ويظهر أن الشريعة الأنجلوسكسونية تعرف تمييزاً آخر وهو التمييز بين القانون المشترك (*commun law*) والعدالة (*Equity*)، فالأول يمثل نظام السوابق القضائية، في حين أن الثاني يمثل نظام مبادئ العدالة، وقد نشأ هذا النظام الأخير من أجل التخفيف من صرامة نظام السوابق القضائية.

ب- قانون الاتحاد الأوروبي: إذا كان القانون الفرنسي قائماً على فكرة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص باعتبارها إحدى ركائز المنظومة التشريعية الفرنسية، فالظاهر إن القانون الأوروبي لا يقيم وزناً كبيراً لذلك، والعلة في هذا الاختلاف بين هذين القانونين واضحة، وهي إن القانون الفرنسي قد حافظ على تقاليد القانون الروماني وربط هذا التمييز بمفهوم الدولة الحديث، في حين إن القانون الأوروبي جاء مواكبا لعصره متحرراً من تقاليد الماضي، وانطلق من نظرة اقتصادية للقانون، فربطه بالسوق لا بالدولة.

وبناء على الأساس الاقتصادي الذي يقوم عليه القانون الأوروبي – خلافاً للأساس الإيديولوجي الذي تقوم عليه فكرة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص – فقد عرف تقسيمات أخرى أبرزها:

⁹³ J. Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, PUAM, 2001. J. Amar, *Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation*, CCC. n°1, 2002, chr 2.

⁹⁴ أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر 2006، ع 46 مؤرخة في 16 يوليو 2006.

⁹⁵ C. D'orta et E. Diamanti, *La fonction publique vers la privatisation*, RFAP, n° 67, juill. 1993, pp. 347 s. D. Jean-Pierre, *La privatisation du droit de la fonction publique*, JCP A, n° 29, 15 juill. 2003, pp. 973 s. M. Touzeil-Divina, "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ?, AJFP, n° 5, sept. 2010, pp. 228 s.

تداول حر – تداول منافسة (*libre circulation-libre concurrence*)، فضاء سوق داخلية – فضاء حرية، أمن وعدالة (*l'espace du marché intérieur-espace de liberté, sécurité et justice*)، ومن ثم يظهر واضحا إن القانون الأوروبي لا يولي أي اهتمام للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص، ومما يؤكد ذلك أمور ثلاثة: من ناحية أولى لا يعرف القانون الأوروبي الازدواجية القضائية المعروفة في التشريعات اللاتينية، أي الازدواجية التي تميّز بين القضاء العادي والقضاء الإداري، بل على العكس من ذلك يعرف وحدة في الأجهزة، فلا توجد إلا محكمة قانون الاتحاد الأوروبي، ونفس الشيء يقال عن الإجراءات الواجب اتباعها أمام هذه المحكمة بمختلف مكوناتها. ومن ناحية ثانية يقوم قانون الاتحاد الأوروبي على فكرتي التوحيد والاستقلالية في الحلول. ومن ناحية ثالثة تناول قانون الاتحاد الأوروبي قوانين تتجاوز التمييز المذكور أعلاه مثلما هو الشأن بالنسبة لقانون الاستهلاك وقانون المنافسة وقانون البيئة.

خاتمة

يبدو أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص قد فقد كثيرا من بريقه القانوني الذي عُرف به في القرن التاسع عشر والقرن العشرين نتيجة عدة عوامل أبرزها تراجع الشريعة اللاتينية لصالح الشريعة الأنجلوسكسونية، وأقول نجم سلطان الإرادة، وبروز التوجّه الاجتماعي في التشريعات الحديثة، وتطوّر وظيفة الدولة من التدخل إلى الضبط.

ومع ذلك لا يمكن القول أن التمييز المذكور أعلاه قد زال من الوجود ولم تعد له أي فائدة تُذكر، بل لازال قائما على مستوى التشريعات من خلال التمييز بين الأموال العامة والأموال الخاصة، والمرافق العامة والمرافق الخاصة، والقضاء العادي والقضاء الإداري، ولا زال قائما على مستوى التكوين البيداغوجي من خلال التمييز بين فروع القانون العام وفروع القانون الخاص، وأساتذة القانون العام وأساتذة القانون الخاص.



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة -
كلية الحقوق - سعيد حمدين



رئيس الملتقى الوطني
الدكتور شوقي بناسي

نظم ملتقى وطني حول:



القانون العام والقانون الخاص (تمييز تجاوزه الزمن؟)

29 جانفي 2020

الرئيس الشرفي للملتقى: أ.د/ بن تليس عبد الحكيم (رئيس جامعة الجزائر 1)

مدير الملتقى: الأستاذ الدكتور كسال العربي (عميد كلية الحقوق)

المشرف العام على الندوة الوطنية: السيدة مونة دلمي

رئيس الملتقى: د/ بناسي شوقي

رئيس اللجنة العلمية للملتقى: د/ جربوعة منيرة

رئيس اللجنة التنظيمية للملتقى: قجالي مراد

2020 - 2019

فهرس المحتويات



03	اشكالية الملتقى
06	أهداف الملتقى
06	محاور الملتقى
07	برنامج الملتقى الوطني
07	الجلسة الأولى
08	الجلسة الثانية
09	الجلسة الثالثة
10	أعضاء اللجنة العلمية
11	أعضاء اللجنة التنظيمية



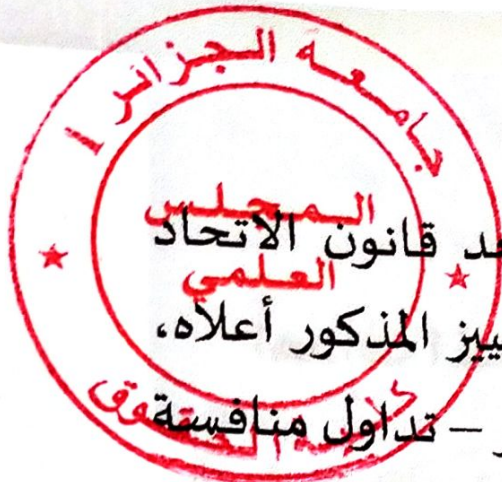
إشكالية الملتقى:

تعود جذور التمييز بين القانون العام والقانون الخاص إلى القانون الروماني حيث كان يجري التمييز بين *jus publicum* و *jus privatum*، ورغم اختفائه لفترة من الزمن بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية إلا أنه عاد للوجود بقوة مع قيام الثورة الفرنسية سنة 1789م وما تلاها من بروز القانون الإداري على يد الاجتهاد القضائي الفرنسي واستقلالته عن القانون الخاص لاسيما بعد قرار (Blanco) الشهير سنة 1873م.

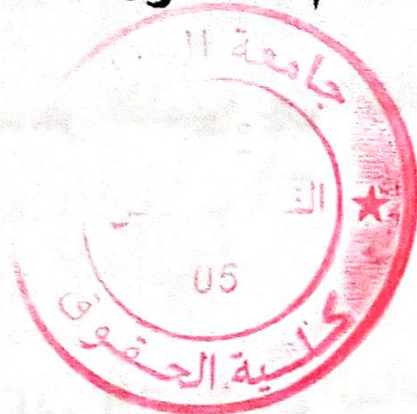
وقد ورث التشريع الجزائري هذا التمييز من القانون الفرنسي باعتباره قانون المستعمر، وقد درجت كليات الحقوق على اعتماده، وكرّسه الأساتذة في كتب «المدخل للعلوم القانونية»، وهو تمييز ملاحظ عند جميع رجال القانون في أعمالهم الأكاديمية وممارساتهم الميدانية. ومع ذلك يمكن القول أن هذا التمييز لم يعرف الاستقرار أبداً، فمن الناحية الأكاديمية عرف انتقادات حادة على مرّ العصور على يد كبار الفقهاء من أمثال (Duguit) و (Kelsen) وغيرهما، أما من الناحية الفنية فقد جرى الحديث في فترة من الفترات عن تدخل القانون العام في القانون الخاص، وهو ما اصطلح على تسميته بـ «عمعمة القانون الخاص» (Publicisation du droit privé)، وقد وقع ذلك نتيجة انتقال الدولة من وظيفة الحراسة إلى وظيفة

التدخل، وفي فترة مواءمة جرى - على العكس من ذلك - الحديث عن تدخل القانون الخاص في القانون العام، وهو ما اصطلح على تسميته بـ «خصخصة القانون العام» (Privatisation du droit public)، وقد وقع ذلك نتيجة انتقال الدولة من وظيفة التدخل إلى وظيفة الضبط.

وقد عاد الحديث اليوم عن فائدة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص في ظل المعطيات الحديثة على المستوى الوطني والأوروبي والدولي. لقد لوحظت على المستوى الوطني مظاهر التفكك في كلٍّ من القانونين، فلم يعد القانون العام رمز المصلحة العامة بعدما تداخلت المصلحة العامة بالمصالح الخاصة، وأصبح «الطابع غير المألوف» للقانون الإداري محل تساؤل، وتراجعت الدولة عن التدخل فاسحة المجال للسلطات الإدارية المستقلة، وأصبح القانون الجنائي يميل للإصلاح بدل العقاب، وفي الوقت ذاته لم يعد القانون الخاص رمز المصلحة الخاصة بعدما تغير مفهوم النظام العام، وبرزت ظاهرة دسترة القوانين، وازدهرت ما يُعرف بالحقوق الأساسية، واتسع نطاق التجريم في دائرة القانون الخاص بشكل ملف للنظر. وفي مثل هذه الأجواء أصبح من المتعذر تصنيف القوانين الحديثة كقانون حماية المستهلك وقانون المنافسة وغيرهما، وأصبح الحديث يجري عن تصنيف القوانين في شكل مجموعات كقانون السوق، والقانون الاجتماعي، والقانون القضائي... أما على المستوى الأوروبي فقد



ضعف تأثير النموذج الفرنسي في أوروبا، وصعد قانون الاتحاد الأوروبي إلى الواجهة، وهو لا يولي أي أهمية للتمييز المذكور أعلاه، وإنما يعتمد تميزات أخرى كالتمييز بين تداول حر - تداول منافسة (libre circulation-libre concurrence)، فضاء سوق داخلية - فضاء حرية، أمن وعدالة (l'espace du marché intérieur-espace de liberté, sécurité et justice)، والأكثر من ذلك شهدت الشريعة اللاتينية غزوا حقيقيا من الشريعة الأنجلوسكسونية علما أن هذا الأخيرة لا تعترف أصلا بالتمييز بين القانون العام والقانون الخاص. أما على المستوى الدولي فقد اتسع نطاق الاتفاقيات الدولية بشكل ملحوظ وامتد لكل المجالات دون تمييز بين القانون العام والقانون الخاص، واكتسحت ظاهرة العولمة جميع الميادين، وبرز النظام الاقتصادي الدولي الجديد. فهل يمكن القول - في ظل كل هذه المستجدات - أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص قد تجاوزه الزمن؟





أهداف الملتقى

- إبراز ظاهرة تأثير القانون العام على القانون الخاص.
- إبراز ظاهرة تأثير القانون الخاص على القانون العام.
- تسليط الضوء على القوانين المستقلة التي لا تخضع لتصنيف القانون إلى عام وخاص.
- التعرف على التصنيفات الحديثة للقانون.



محاور الملتقى:

المحور الأول:

أسس التمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

المحور الثاني:

واقع التمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

المحور الثالث:

مستقبل التمييز بين القانون العام والقانون الخاص.



برنامج الملتقى الوطني

القانون العام والقانون الخاص: تمييز تجاوزه الزمن؟

17 نوفمبر 2019م / 19 ربيع الأول 1441هـ

09:30 - 09:00 مراسم الافتتاح

الجلسة الأولى:

رئيس الجلسة: د. حوويمينة

09:30 - 09:45 جامعة الجزائر 1، د/ فوزية بن غانم، أستاذة محاضرة (ب)،

التمييز بين القانون العام والقانون الخاص: مطلق أم نسبي؟

09:45 - 10:00 جامعة الجزائر 1، صونية نادية مؤاسة، أستاذة مؤقتة،

تمييز القانون العام عن القانون الخاص بين الواقع والتطبيق

10:00 - 10:15 جامعة الجزائر 1، شهناز سعدو، طالبة دكتوراه،

التداخل بين القانون العام والقانون الخاص والتأثير المتبادل بينهما

10:15 - 10:30 جامعة الجزائر 1، د/ خديجة فاضل، أستاذة محاضرة (أ)،

قيمة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص

10:30 - 10:45 جامعة تلمسان، محمد شرميطي، أستاذ مؤقت،

واقع التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني

10:45 - 11:15 مناقشة

11:30 - 11:45 تكريم أ.د/ غنيمة لحلو خيار



الجلسة الثانية:

رئيس الجلسة: أ.د/ غنيمة خيار لجلو

- 11:30 - 11:45 - د/ يمينة حوحو، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة الجزائر 1
تأثير القانون العام على العقد
- 11:45 - 12:00 - د/ حياة حامي، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة الجزائر 1
تأثير الضبط الاقتصادي على العقد
- 12:00 - 12:15 - د/ ليلي كراش، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة الجزائر 1
قواعد حماية المستهلك: تجاوز للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص
- 12:15 - 12:30 - د/ منيرة جربوعة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة الجزائر 1
القانون الطبي مظهر من مظاهر التداخل بين القانون العام والقانون الخاص
- 12:30 - 12:45 - د/ سعاد راحلي، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة الجزائر 1
استقلالية قانون الأسرة
- 12:45 - 13:15 مناقشة عامة
- 12:15 - 14:00 استراحة الغذاء



الجلسة الثالثة:

رئيس الجلسة: د/ حياة حامي

- 14:00 - 14:15 - أ.د/ كمال حدوم، أستاذ، جامعة بومرداس
ازدواجية القواعد القانونية التي تحكم المرفق العام المينائي
- 14:15 - 14:30 - د/ فاطمة الزهراء تبوب، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة الجزائر 1
القانون البيئي: مجموعة قوانين متفرقة بين العام والخاص
- 14:30 - 14:45 - د/ أحمد بعجي، أستاذ مؤقت، جامعة الجزائر 1
تشريعات السوق نموذج لتعايش حتمي بين القانون العام والقانون الخاص
- 14:45 - 15:00 - د/ ربيعة معرف، أستاذة محاضرة (ب)، جامعة الجزائر 1
ضرورة مراجعة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص في ظل التحوّلات الاقتصادية
- 15:00 - 15:30 - د/ شوقي بنّاسي، أستاذ محاضر (أ)، جامعة الجزائر 1
القانون العام والقانون الخاص: تمييز نحو زوال؟
- 15:30 - 16:00 مناقشة عامة

أعضاء اللجنة العلمية:

رئيسة اللجنة العلمية: د/ جربوعة منيرة

- د/ جربوعة منيرة جامعة الجزائر 1
- د/ بناسي شوقي جامعة الجزائر 1
- د/ حامي حياة جامعة الجزائر 1
- د/ نساخ فطيمة جامعة الجزائر 1
- د/ حُسيني عزيزة جامعة الجزائر 1
- د/ كراش ليلي جامعة الجزائر 1
- د/ راحلي سعاد جامعة الجزائر 1
- د/ بن موسى نسيمة جامعة الجزائر 1
- د/ بوراس لطيفة جامعة الجزائر 1
- د/ سعدي صالح جامعة الجزائر 1
- د/ ربحي تبوب فاطمة الزهراء جامعة بومرداس
- د/ جبارة نورة جامعة بومرداس



أعضاء اللجنة التنظيمية رئيس اللجنة التنظيمية: قجالي مراد

- مرابطين سفيان أستاذ مؤقت
- حنصالي صبرينة أستاذة مؤقتة
- فرشيشي هاجر أستاذة مؤقتة
- طالب دكتوراه بوعريوة منصف أستاذة مؤقتة
- طالبة دكتوراه العربي شحط أمينة جامعة الجزائر 1
- طالبة دكتوراه مقداد خديجة جامعة الجزائر 1
- مقبل نسرين طالبة ماستر
- محمد شنوف طالب ليسانس
- بلقاسم شهرزاد طالبة ليسانس
- جديد بشيرة طالبة ليسانس
- سالمين لطفي طالب ماستر
- تواتي حسان طالب ليسانس

د. منيرة جربوعة

أستاذ محاضر -أ-

كلية الحقوق سعيد حمدين

جامعة الجزائر -1-

القانون الطبي مظهر من مظاهر

التداخل بين القانون العام والقانون الخاص

نلتقي اليوم في هذا الملتقى الوطني تحت عنوان: " القانون العام و القانون الخاص " تمييز تجاوزه الزمن "

وسيكون موضوع مداخلتنا "القانون الطبي مظهر من مظاهر التداخل بين القانون العام و القانون الخاص "

تعد مهنة الطب من بين المهن الإنسانية والأخلاقية والعلمية والقديمة قدم الإنسان أكسبتها الحقب الطويلة تقاليد و مواصفات لتعلقها بصحة الإنسان ومالها من أهمية كبيرة في حياة الشعوب والأفراد ، وفي كل هذا يبدأ الحديث عن حماية جسد الإنسان وعلى الحياة ذاتها بما يضمن حق من حقوق الأساسية للأفراد وهو حق في الصحة.

تتصدر السياسة الرامية إلى تحقيق صحة الجماعة على وساءل الوقاية الصحية بإنتهاج سلوكات انسانية هادئة إلى إزالة مسببات الأمراض بالحفاظ على الصحة ووقايتها في نفس الوقت توفير الأساليب العلاجية (1)، لقد تميزت السنوات الأخيرة بتحقيق أهم الانجازات العلمية الطبية في تاريخ البشرية لم تكن معروفة لم تتأخر الجزائر في اعتماد هذه التقنيات الحديثة للطب غير أن هذا التطور بقي مرهون بالمجال و الإطار الذي يؤدي فيه هذا النشاط الطبي من مؤسسات

صحية لاختلاف أنواعها وما يترتب عنه من أضرار تلحق بجمهور المنتفعين منها.

لعل ما اصطلح على تسمية "القانون الطبي" إذ ما أسقطناه على المجال الطبي في الجزائر يجعلنا تسلط الضوء على المبادئ و القواعد القانونية للنظام المؤسسي المنطومة الصحية في الجزائر وازدواجيته وكذا ازدواجية المسؤولية من خلال هذا الأخير.

I- الإطار القانوني للمؤسسات الاستشفائية في الجزائر

الجزائر ولتنفيذ سياستها في المجال الصحي الرامية إلى توفير الرعاية الصحية للمجتمع ووقايته من مختلف الأمراض تعتمد بالدرجة الأولى على خريطة صحية تضم عدة مؤسسات عمومية تختلف باختلاف تخصصها والمهام المكلفة بها ، وتنفيذا للالتزامات التي تقع على عاتقها باعتبارها مرافق عمومية تقدم خدمة عامة بجمهور المنتفعين بها ، تقوم هذه الأخيرة بعدة نشاطات من بينها النشاط الطبي ، وأمام التطور الاقتصادي والاجتماعي وسيرورة الأفراد متطلبين فيما يخص تقديم الخدمات الصحية حيث أن المرافق العمومية الصحية لم تعد تلبي احتياجات الأفراد فتم فتح هذا القطاع أمام الخواص.(2) لكي يقوموا بنفس العمل الذي تقوم به المستشفيات العامة مع بعض من الخصوصية و الامتيازات من تقديم العلاج و الإيواء المرضى.

فأصبحت هذه المؤسسات الاستشفائية الخاصة تلعب دور هام في تقديم الخدمات الاستشفائية في وقتنا الحالي، تنافس المؤسسات الاستشفائية العمومية في أداء عملها ، فكثيرا ما يفصل الأفراد اللجوء إلى المستشفيات الخاصة دون

العامة بالرغم من المبالغ المعتبرة التي يدفعها المريض في سبيل الحصول على العلاج لكون هذه الأخيرة تتمتع بمستوى عال في تقديم الخدمات العلاجية بأحدث التقنيات الطبية و الخدمات الفندقية للمريض.

ذلك هو الإطار المزدوج المؤسسة الاستشفائية في الجزائر

فهو يتكون من مؤسسات صحية عمومية وخاصة وهي تمارس نشاطا استشفائيا موجه للتشخيص و العلاج إلى جانب مؤسسات عمومية ذات طبيعة تقنو طبية تعمل في ميدان الصيدلية ومخابر التحليل و البيولوجيا ونقل الدم (3) و بالبقاء في الميدان العام بتنوع المشهد الاستشفائي في الجزائر من خلال مؤسسات الصحة التي تتنوع مهامها وتوجه أحيانا للتكفل بمجموعة من الأمراض حصريا تخص 3 هياكل ، وهي مراكز الاستشفائية الجامعية(4) و المؤسسات الاستشفائية المتخصصة (5) و المؤسسات العمومية الاستشفائية ومؤسسات الصحة الجوارية (6)

وهذه المؤسسات الصحة العمومية: تعد من أهم الهياكل التي تساهم في تطوير المنظومة الصحية الوطنية المكلفة بأدائها أبرزها النشاط الطبي،ومن استقراء للنصوص المنظمة لإنشاء هاته المؤسسات نلخص أن المشرع لم يخصها بتعريف جامع وشامل بل عرفها من حيث طبيعتها القانونية.

بينما خص المؤسسات و الاستشفائية الخاصة بتعريف جامع وشامل من خلال

07/06 بحيث نص:

((المؤسسات الاستشفائية الخاصة هي مؤسسات علاج واستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب و الجراحة بما فيها طب النساء و التوليد وأنشطة الاستكشاف)).(7)

لهذا يمكننا اعتماد تعريف الذي يعتبر مؤسسات الصحة العمومية بمثابة مجموعة من الهياكل الصحية التابعة للقطاع العام ، تهدف إلى تلبية حاجات اجتماعية هامة ، من خلال تقديم خدمات مجانية تتمثل في العلاج أو القيام بأعمال وقائية حماية للصحة العمومية للمجتمع حيث تنشأ و تنظم وتراقب من طرف الدولة (8) .

II - الطبيعة القانونية لمؤسسات الصحة العمومية في الجزائر:

إن تحديد الطبيعة القانونية لمؤسسات الصحة العمومية يكتسي أهمية بالغة خاصة بالنسبة المتضررين من النشاط الطبي، فقد اعتبرها المشرع بمثابة مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي .

هي عبارة عن مؤسسات مكلفة بتقديم خدمة عمومية نخضع لقواعد القانون الإداري سواء من حيث تنظيمها سيرها وتنظيم علاقة العمل بين الإدارة ومستخدميها.

- تحديد النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية: وهو الأمر المهم إذ تقوم نشاطات مختلفة فيها .

نشاط ذو طبيعة خدمية (المرض وعاملين) ملفات
في نشاط إداري تنظيمي ← نشاط ذات طابع استشاري

• العمل الطبي و العمل العلاجي:

العمل الطبي عبارة عن مجموعة من أعمال إنسانية، تقنية ، وعلمية تنفذ من قبل شخص يستجمع شروط ممارسة الطب، تهدف إلى الوقاية الشفاء أو التخفيف من الأمراض.

غير أن العمل الطبي بطبيعته وبصفة الأشخاص القائمين به كثيرا ما يتداخل مع العلاجي الأمر الذي يكون من الضروري تحديده .نشاط الطبي نشاط الطبي (عمل يقوم به شخص متخصص مستندا لأصول طبية مقررة في علم الطب (10)

كيف يمكننا اعتبار عملا معينا طبيا و آخر علاجيا ???

رغم اختلاف الفقه والقضاء و المعايير المختلفة التي قيلت في هذا السياق فإنه يعتبر من قبيل الأعمال الطبية كل من التشخيص الطبي أو الجراحي واختيار طريقة معينة للعملية الجراحية تحاليل مكملة أو وصف طريقة علاجية لعملية جراحية، بينما تعتبر أعمال العلاج من العمال الروتينية التي لا تشترط توفر قدر كبير من المعارف والمعلومات النظرية بل الجزء اليسير منها، الأمر الذي يجعل ممارستها في أغلب الأحيان في وضعية تكرار لأعمال مادية بسيطة مقننة مسبقا منها ، تقديم دواء موصوف من طرف الطبيب للمريض بالتضمير ومراقبة المريض(11).

ونلخص من كل ذلك أن الأعمال العلاجية تعد من أبسط النشاطات التي يؤديها الفريق الطبي فالمؤسسات الصحية- بحيث لا تتطلب مهارة فنية عالية ، كما لا تنطوي على صعوبة كبيرة في التنفيذ الأمر الذي من الممكن ممارستها من طرف أي طبيب لكن في الواقع الفعلي يعهد بها إلى فريق متخصص في هذا الميدان والمتمثل في المستخدمين الشبه طبيب أو ما يعرف بالمرضين ، حيث أن هذه الأعمال لا تتطلب من هؤلاء أية اجتهاد شخصي أثناء ممارستها، بل عليهم أن يتقيدوا بالتعليمات التي يحددها الطبيب المسؤول(12).

المشرع الفرنسي في هذه النقطة نجده قد ضبط إلى حد بعيد طبيعة الأعمال الطبية واعتبر أن كل ما يخرج عنها ضمناً يعد من الأعمال العلاجية ، أما المشرع الجزائري لم يقم بتحديد الأعمال الطبية ولم يميزها عن الأعمال العلاجية باستقراء قوانين صحة (13) لم تورد أي تصنيف سواء للعمل الطبي أو العمل العلاجي تسهياً لعمل القاضي وجعل سلطته التقديرية واسعة (رغم أن الأمر فني تقني علمي قد يقع القاضي للجوء للخبرة).

لذا نرى أنه على المشرع أن يعمل على تصنيف الأعمال الطبي وتمييزها عن الأعمال العلاجية تسهياً لمهام القاضي من جهة وحماية لحقوق المتضررين من جهة أخرى .

ماهي معايير التمييز إذا؟؟؟

معيار عضوي

وفقا لهذا المعيار الأعمال التي تتصل مباشرة بفن مهنة الطب وتكون لصفة بصفة الطبيب ولا يمكن أن تصدر من غيره أما أعمال العلاج فهي تلك التي يقوم بها التقنيون الآخرون كالمرمضين و المساعدين الطبيين هو معيار قائم على صفة القائم بالأعمال: دون الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل المؤدي ، لكن يمكن للطبيب أو الجراح القيام بأعمال علاجية، يؤدي ذلك إلى خلط لذا إنتقذ هذا المعيار من الناحية العملية يصعب من خلال إثبات خطأ المشتراط لإثارة المسؤولية مما أدى إلى فشله.

معيار المادي

يأخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل في حد ذاته بصرف النظر عن صفة القائمين به، فيعتبر نشاط طبي المتميز بتعقيدات كبيرة وصعوبة جدية خاصة في ظل التطورات العلمية المستمرة في ميدان الطب ، حيث يتطلب معرفة خاصة ومهارات عالية تكتسب بعد دراسات طويلة، و في ظل التمييز على هذا الأساس لمدة طويلة (مجلس الدولة الفرنسي) قبل 10 أفريل 1992 الطائفة:

- (1) أعمال متعلقة بتنظيم وتسيير المرفق (خارج اطار مداخلتنا).
- (2) أعما يقوم بها الطاقم الطبي ممرضي.
- (3) أعمال طبية بحثة يقوم بها الأطباء دون سواهم (15)

تقدير الالتزام القانونية داخل مؤسسات الصحة مرتبط بأنواعها:

الخريطة الصحية تتشكل من عدة مؤسسات منها العمومية (أكبر) ومنها الخاصة تقع عليها جملة من الالتزامات أثناء ممارستها للنشاط الطبي ، فالمؤسسات الصحية تتنوع في الجزائر تتنوع المهام المكلفة بها

ماهي هذه المؤسسات الصحية،

أ- المراكز الاستشفائية الجامعية:

مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي(16) تقوم بعدة مهام لكشف تشخيص علاج وقاية منها وكذا ما يتعلق بالبحث التكوين والدراسة ، بالرجوع للقضاء الجزائري نلاحظ أنه لم يساير في أغلب قراراته التسمية القانونية الصحية لهذه المراكز غالبا يطلق عليها تسمية **المستشفى الجامعي** لا وجود لها في الخريطة الصحية(17).

ب- المؤسسات الاستشفائية المتخصصة

هي مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي تتكفل بنشاطات في المجالين الطبي والتكويني (18)، تضم هيكل أو هياكل متخصصة القضاء كثيرا ما يخلط بينها وبين المراكز الاستشفائية الجامعية (مما يفترض رفض الدعاوي شكلا).

ج- المؤسسات العمومية الاستشفائية و المؤسسات العمومية للصحة الجوارية

استحدث بمرسوم 19 1940/007 ماي 2007 الذي الغي م ت 97-466 اعتبرها مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تنتع بالشخصية المعنوية و الاستغلال المالي توضع تحت وصاية الوالي ذات مهام طبي و تكويني (19) القضاء الإداري لم يطبق محتوى هذا المرسوم فيما يتعلق بالتسمية القانونية الصحية لهاته المؤسسات من خلال العديد من القرارات الصادرة عن مجلس الدولة بعد صدور المرسوم في 19 ماي 2007 مبقيا على التسمية القديمة (20)، فالقضاء الإداري لم يساير التشريع فيما يتعلق بالتسمية القانونية الصحيحة للهيكل الصحية العمومية مما يعد خرق للجوانب الشكلية للدعوى وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما يطرح اشكالات وصعاب في مسائل التنفيذ.

د- العيادات الخاصة (المؤسسات الاستشفائية الخاصة)

لاشك أن استحداث هذه الهياكل العلاجية الخاصة يصحبها اللمسة التشريعية، من ناحية النشاط الهيكلي أورد المشرع الجزائري في نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 321-07 المتعلق بتنظيم المؤسسات الاستشفائية (21) اعتبرها مؤسسة علاج واستقاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة بما فيها طب التوليد وأن وأنشطة الاستكشاف .

الفحص الطبي: استقصاء حالة الشخص الممرض الأغراض بما يهدف التوصل إلى تشخيص المرض (22)

• الإستشفاء

- الاستعدادات الطبية والطبية الجراحية: بما فيها إزالة الصدمات والإنعاش والمراقبة، عبارات مذكورة على سبيل المثال (على الأقل) م 2 فتح المشروع المجال للعيادة الخاصة من أطل الطرق التوسع في نشاطها العلاجي وزيادة على قيام العيادة الخاصة بالأنشطة الواجب ممارستها طبقا للقانون نجدها تتضمن عدة تخصصات أخرى حيث في الآونة الأخيرة و استجابة لحاجيات جمهور المتعاملين المنتفعين وللضرورة العلمية ثمة تخصصات طبية هادفة للعلاج (التحصين) **Immunisation** التجميل في طريق الجراحة كل نشاط له تنظيم قانوني خاص (موارد بشرية ومادية مختصين وأجهزة عتاد

هناك إجراءات متبعة من طرف مؤسس العيادة:

لخلق الهيكل العلاجي وإمهارة عليه الشخصية المعنوية بموجب المادة 2 من المرسوم المذكور أعلاه ، "ويتوقف إنجاز عيادة الحصول على رخصة يسلمها الوالي بناء على تقديم ملف تؤشره المصالح اللامركزية المعنية فضلا عن الوثائق المطلوبة للبناء على التصاميم المشروع ووصفه المفصل وعلى تحديد مكان إقامته والأنشطة والأعمال المقرر بها ."

مهلة البت لا تتجاوز 3 أشهر من تاريخ الإيداع تحت طائلة اعتبار الرخصة المكتسبة .

فثمة حرص على مساهمة السلطة العمومية في رقابة هذه الهياكل العلاجية: بعد مراقبة ملائمة البنود المادة 4 من نفس المرسوم .

- إجراء فتح تحدد الشروط الخاصة من نموذج العلاج غير المعطل وعملها وكذا مقياسها التقنية والصحية بقرار من وزير الصحة والسكان المادة (4) تتضمن رخصة فتح عيادة ذات مستوى عال طبقا لمرسوم 204/88 بإستقاء كل الشروط و يرسل الوالي نسخة منه إلى وزير الصحة العمومية و الصحة والسكان ،المادة 07 م 288- 204 أطباء مؤهلون ومساعدين طبيب تحت مراقبة الممارسين الطبيب (خارج إطار التكوين).

• التأمين مفروض بها

المادة 167 ق.ت..ج تثير الإلتباه أن المشرع أورد للمؤسسات الصحية المدنية خول لصاحب المشروع حق استغلال المؤسسات الاستشفائية الخاصة من قبل الشركات قانون حماية الصحة و ترقيتها في إطار مداخلتنا نستخلص مايلي .

- **القانون المدني شريعة عامة :** لكل المعاملات بما فيها إنشاء العيادة الخاصة و كسبها للشخصية المعنوية وفق الشروط المنصوص عليها فيه ق.م.ج 53، و المادة 416 (شركة) مؤسسة مدنية كانت أو حق تجارية ، تخضع كذلك فيما يتعلق بالإلتزامات تجاه المتعاملين معها والمرضى
 - العلاقة العقدية ق م ج جوهر التنظيم القانوني للعيادة الخاصة .
 - العقد والمسؤولية التقصيرية: مسؤوليتها المدنية .
 - مؤسسة مدنية: أعمالها مدنية تقديم خدمة محلها رعاية وعلاج مرضى والحفاظ على سلامة الجسم الإنسان الذي لا يجوز بأي حال من الأحوال فيه بإستخدام طرف المنافسة الحرة والمضاربة لأجل تحقيق الربح.

• **القانون التجاري:** يستلزم مراعاته من طرف العيادة الخاصة (23) جعلها شركة ذات مسؤولية محدودة (SARL) ربح والمضاربة في أحسن الوسائل والمعدات والأجهزة والأطباء المتعاملين معها .

حيث بإعتبار الموضوع مدين من حيث الشكل الزامية القيد في السجل التجاري المادة 20 من ق.ت.ج.

فالمشروع الجزائري لم يقدم أي أساس قانوني للعيادة الخاصة جعل المجال مفتوح لصاحب المشروع في اختيار الشكل القانوني (مدنية أو تجارية) من خلال نص مادة 09 ق صحة 05/85 حرية اختيار الشكل القانوني فيه ميول للطابع التجاري كما يمثله من سهولة ومرونة شركة غلاف للمقاوله حتى تتمتع هذه الأخيرة بالشخصية المعنوية بقانون العقوبات فالكثير من الأحكام والالتزمات المفروضة على العيادة الخاصة تقترن بجزاء عقابي (مؤسسة الشخص المعنوي)

مثلا خطأ في تمييز الهيكل العلاجي الخاص انتشار عدون عقوبات جزائية كإغلاق توقيف النشاط .

عملية الإجهاض غير القانوني 24- م 304 من ق.ع.ج تنطبق الممارستين عملية الإجهاض غير القانوني 24 - م 304 من ق ع ج تطبق على الممارسين للنشاط الطبي داخل العيادة م 306 (الأطباء ، القابلات/جراحو الأسنان والصيدليةالخ م 18 مكرر ق.ع.ج عقوبة الشخص المعنوي الحل الغلق أو الفرع عدة لا تتجاوز 5سنوات ...مع المصادرة ما استعمل في الجريمة .

المريض مستهلكا م 3 ق 09-03 لخدمة (هي الأداء العلاجي للخدمة صحية
استشفائية وكل خدمة أو سلعة معروضة أثناء الخدمة الأدوية الكواشف
البيولوجية...أدوية

قد قام المشرع حماية للمريض المستهلك بتأطير و تنظيم استهلاك المواد
لصيدلانية بموجب القانون 08-13، مهام العيادات الخاصة لها صلة وثيقة
بحماية البيئة وهي في صميم لذلك يلتزم العيادة الخاصة في مباشرة مهامها
العلاجي ب(حتى وقبل انجازها أن مستوفي الشروط الملائمة المتعلقة بحماية
البيئة ومراعاة قانون وحمايتها المادة 18(25)

التزامات مؤسسة الصحة

1-التزامات مؤسسة الصحة العمومية .

إنطلاقا من اعتبارها مرافق عمومية فهي تؤدي خدمة عامة للجمهور تتعلق بمال
حيوي متمثل في الصحة فهي تلتزم.

• ضمان استمرارية الخدمة ونوعيتها فهو مبدأ يقضي الحضور الفردي
لمستخدمي هذه المؤسسات حذى خارج الأوقات العمل المعهودة(الكوارث)

المادة 3 قانون 18-11

• التزام بضمان السلامة (الأغذية ، أدوية ، أجهزة ، تحاليل، نقل الدم تختلف
حيث طبيعة الالتزام وتخرج عن الأصل العام هذا ما أكده مجلس الدولة

جاليا في قراره 007733 الصادر في 2003/03/11 (تقشير في مراقبة آلات الجراحة) مستشفى بجاية .

ناهيك المؤسسات المتخصصة (أمراض عقلية) لا بد من تعزيز الحراسة على المرضى المتواجدين تحت مسؤوليتها قرار 002027 صادر 2002/07/15 مستشفى الأمراض العقلية قرنان حنفي مؤسسة و الصحة العمومية تقوم بمهام تسودها علاقة تجمع بالخصوص بينها وبين جمهور المستفيدين من خدماتها من جهة و بينها وبين مستخدميها المريض يلجأ غالبا إلى القطاع العام للحالة الصحية المستعجلة غالبا وإلى الإمكانية المادية المتاحة ليدخل في علاقة مع كل من الطبيب وإدارة المؤسسة، تعامله مع الطبيب بصفته مستخدما أو موظفا لدى هذا المرفق الصحي العمومي فالطبيب لا يرتبط بأي علاقة تعاقدية سواء بالمؤسسة ذاتها أو بالمريض الذي يتلقى العلاج وقد منحه المشرع (مع مجموع ممارسي الصحة العمومية العاملين وفق نظام التوقيت الكامل صفة الموظف ويخضع للقانون العام للوظيفة العمومية (26) رغبة من الإدارة في إشراك الأطباء بواسطة ممثليهم في التسيير وسلطة اتخاذ القرار.

ما هو مبرر هذه العلاقة التنظيمية

فقدان حرية الإختيار لدى المريض القاصد للمؤسسة الصحية العمومية فهو إذعان للطرف والوسائل العلاجية لدى هذه المؤسسة وينفي العلاقة التعاقدية .

- مجانية العلاج المقابل المعروف في العقد الطبي لا يمكن أعماله بالنسبة لخدمات المؤسسة الصحية العمومية (27)

(2) التزامات العيادة الخاصة

- تقوم علاقة طبية تعاقدية للعيادة الخاصة فهي تستعين بأطباء مختصين في كلف مجال كطبيب التحذير أشعة هم عاملين دائمين بين العيادة الأولى علاقة عمل عقدية 28 كما تقوم على أساس التبعية 136 ق.م.ج وعليها توفير الأمن والحماية لهذا الطبيب والوسائل اللازمة التأمين .
- علاقة المريض بالعيادة تؤدي العيادة خدمة مزدوجة تجاه المريض فهي تقدم العلاج وخدمة فندقية فبمجرد فحص الطبيب وتوجيهه للعيادة وموافقة المريض بنشأ العقد الإستفاء ضمناً بين إدارة العيادة والمريض.

(1) جاروش نور الدين مذكرة مقدمة لنيل شهادة مابعد التدرج في إدارة أعمال المنظمات الصحية ، النظام الصحي في الزائر بين الأهداف السياسية والواقع لاقتصادي 1998-1999 ص 08 .

(2) المرسوم 88 - 204 المؤرخ في 18/10/1988 المحرر لشروط انجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها والمتم بالمرسومين التنفيذي رقم 380/89 .

(3) هي هياكل دعم الصحة العامة كالمعهد الوطني للصحة العمومية ، الوكالة الوطنية لعلم السموم ، المركز الوطني لليقظة بخصوص الادوية، الوكالة الوطنية للدم ، المخبر الوطني لمراقبة المنتوجات الصيدلانية .

(4) المرسوم التنفيذي رقم 467/97 المؤرخ في 02/12/1997 المحدد لقواعد إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية وتنظيمها وسيرها و ملحق يتضمن قائمة المراكز الاستشفائية الجامعية .

(5) مرسوم 465/97 محدد قواعد انشاءها المتم بمرسومين تنفيذيين 207/06 و 324/06 وملحق يتضمن قائمتها.

(6) المرسوم التنفيذي 104/07 في 19/05/2007 إنشاء وتنظيم وسير المؤسسات العمومية الاستشفائية ومؤسسات الصحة الجوارية .

7) المادة 208 مكرر الفقرة الأولى من الأمر رقم 07/06 المؤرخ في 15

جويلية يعدل ويتم القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985

والتعلق بحماية الصحة وترقيتها ج ر عدد 47 19 جويلية 2006

8) M.M Hannouz ,A,R Hakem, precis de droit médical à l'usage des praticiens de lot medical et de droit .

9) المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 97-467 المؤرخ في 2 ديسمبر 1997

يحدد قواعد إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية تنظيمها وسيرها ج ر 81

تاريخ 97/12/12 .

10) رمضان جمال كامل مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية المركز القومي

للإصدارات القانونية القاصرة 2005 ص 24، 25 .

11) M.M hanoue arhakem opcit134.

12) محمد يوسف ياسين ، المسؤولية الطبية مسؤولية المستشفيات والأطباء

والممرضي قانونا فقها واجتهادا ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2003

ص 12 .

13) قانون الصحة 05/85 مؤرخ 16/02/1985.

14) رشيد خلوفي قانون المسؤولية الإدارية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر

1994 ص 71.

15) عبد الرؤوف هاشم بسيوني قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية دراسة

مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، القاهرة

2007، ص 156.157.

16) المادة 2 و 4 من المرسوم التنفيذي 467/97 مؤرخ في 2 ديسمبر 1997 .

17) قرار المجلس الدولة رقم 049168 بتاريخ 28/01/2010 الغرفة الثالثة

الفاصل في قضية (ق ع ف) ضد مدير المستشفى الجامعي مصطفى باشا

(غير منشور).

قرار مجلس الدولة رقم 27688 بتاريخ 14/02/2007 الغرفة الثالثة

الفاصل في قضية (الشركة الوطنية للتأمين وإعادة التأمين ضد (ورثة و.س)

المستشفى الجامعي وهران ، غير منشور .

18) المواد 3 إلى 6 من المرسوم التنفيذي 465/97 مؤرخ في 2 ديسمبر 1997.

19) المواد من 02-09 من المرسوم التنفيذي 2007/05/19/140/07

20) قرار مجلس الدولة رقم 0443249 المؤرخ في 29/04/2009 الغرفة الثالثة

قضية الشركة الوطنية للتأمين وكالة لشلغوم العيد ضد (ن م س) بحضور

القطاع الصحي ، غير منشور .

(21) المرسوم التنفيذي 0721 المؤرخ 22 أكتوبر يتضمن تنظيم المؤسسات

الاستشفائية الخاصة و سيرها ج ر عدد 67 المؤرخة في 24 أكتوبر

2007 ص 11.

(22) خيرة سنزسي النظام القانوني المؤسسات الاستشفائية الخاصة النشر الجامعي

تلمسان 2017 ص 71.

(23) المادة 09 و 208 قانون حماية الصحية و ترقيتها .

24) Abdelkader khadir la responsabilité médical à l'usage des
raticimes de la médecin et du droit dar humains alger
2014 P126.

(25) قانون 10/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحماية البيئة في إطار

التنفيذ المستلمة ج ر عدد 43 مؤرخة في 20-07-2003 ص 6

26) M M houaz opcit P124

المرسوم التنفيذي رقم 99-290 المؤرخ في 99/12/13 المتضمن التي القانون

الأساسي الخاص بالممارسين الطبيب والمتخصصين في الصحة العمومية ج ر

86 بتاريخ 1999/12/15 .

(27) مادة 54 من الدستور والمادة 13 من القانون الصحة 18-11 الصادر في

2 جويلية 2018.

(28) خيرة بن سنوسي مرجع سابق ص 93 .

قيمة التمييز بين القانون العام و القانون الخاص د.فاضل خديجة أستاذة

محاضرة "أ" كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 E-mail fadelkhadidja@yahoo.fr

ملخص يشكل التمييز بين القانون العام والقانون الخاص قيمة تاريخية و ايدولوجية، حيث ظهر هذا التمييز في العصور القديمة "العهد الروماني"، ولاعتبارات ايدولوجية كتبني المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي ، وكذلك برزت قواعد ومؤسسات جديدة كالدولة نتيجة للتطور التاريخي والايديولوجي .كما للتمييز قيمة عملية والتي تتجسد في ازدواجية القضاء، وذلك لتسهيل نشاط الأشخاص داخل المجتمع. بالإضافة إلى القيمة البيداغوجية التي تؤدي إلى تقسيم القانون، وتوضيح المعنى للقانون، حيث وعلى الرغم من نسبة هذه القيم، وعدم كفايتها لتبرير التمييز بصفة عقلانية، فإن ديمومة هذا التمييز تؤكد على أهميته العملية.

الكلمات المفتاحية: القانون العام، القانون الخاص، المصلحة العامة، المصلحة الخاصة، التمييز، مقدمة: إن تنوع العلاقات الإنسانية يفسر ويبرر تمييز بين مختلف صور القانون¹، والتمييز هو عملية فكرية متواترة وأساسية للعلوم القانونية وللرجل القانون لأنها تباشر في ترتيب القواعد القانونية، ويسمح التمييز بإنشاء فروع للقانون تكون متدرجة لمنح انسجام للنظام القانوني². ومن بين هذه التمييزات، يظهر تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص. ويعتبر التمييز بين القانون العام والقانون الخاص جد قديم يعود إلى العهد الروماني . ويراد بالقانون الخاص مجموعة القواعد التي تطبق على علاقات الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة³، أي ينظم القانون الخاص الروابط القانونية بين الخواص سواء كانوا أفراد أو أشخاص اعتبارية، وهو يشمل على مجموعة من الفروع القانونية كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري...إلخ . أما القانون العام فهو مجموعة القواعد التي تنظم الدولة بذاتها وعلاقاتها القانونية مع الخواص، أي القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بوجود وتنظيم وسير الدولة وعلاقاتها مع أشخاص القانون الخاص. ويشمل القانون العام على مجموعة من الفروع القانونية كالقانون الإداري والقانون الدستوري، والقانون الجنائي...إلخ.

ويرتبط التمييز بين القانون العام والقانون الخاص بالواقع، حيث عرف هذا التمييز تحولات في المفاهيم القانونية عبر مختلف العصور . ويبين القانون العام والقانون الخاص أن التقسيم الذي تم لم يكن تعسفا بصفة شاملة، وإنما تبقى قيمته نسبية...نتيجة التطور التاريخي للمؤسسات والتي كانت أصل

¹Jean Morellet, L'interpénétration du droit public et du droit privé, in introduction du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, cinquième partie, Le droit comparé comme science sociale, L.G.D.J,Paris,1938, p.137.

²Ali Bencheneb, Introduction à la règle de droit en Algérie, 2^{ème} édition, GAIA éditions, Algerie,2017,p.19.

³ Ibid,p.137.

تقسيم القانون العام والقانون الخاص⁴، أي يعتبر التطور التاريخي للمؤسسات كأساس للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص. وتعتبر ازدواجية النظام القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري كمبرر للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص. والتمييز بين القانون العام والقانون الخاص يشكل قيمة عملية من حيث المنفعة المرجوة منه. وإن إبراز التمييز بين القانون العام والقانون الخاص وما يحمله من ايدولوجية، يصبح من الضروري إظهار شرعية هذا التمييز وهذا لفهم واقع القانون اليوم.

وأمام مؤيدي التمييز بين القانون العام والقانون الخاص الذين لم يجتهدوا في تقديم البراهين على قيمته العلمية، وبين رافضي التقسيم الذين يستندون على أن القانون الوضعي واحد وموحد. و يكون تقسيم القانون إلى قسمين الهدف منه إنشاء فاصل بصفة مصطنعة بين القانون العام والقانون الخاص، إذا كانا من نفس الطبيعة⁵، وبين مؤيد ورافض للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص وجب البحث عن قيمة وأسس هذا التمييز. فما هي قيمة وأسس التمييز بين القانون العام والقانون الخاص؟ ولإجابة عن هذا التساؤل وجب التطرق إلى التمييز بين القانون العام والقانون الخاص على أساس ايدولوجي (المبحث الأول) والبحث عن الأسس القانونية المعهولة لهذا التمييز (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التمييز السياسي بين القانون العام والقانون الخاص ليس محايد وهو ليس مجرد تقنية بسيطة ولكن هو قاعدة ذات بعد ايدولوجي، فتأييد العيممة يظهر الارتباط بالفقه الاشتراكي، ويتدخل الدولة وبالتوجيه، وعلى العكس فيكون المعارضين للعيممة مؤيدين لليبرالية واحترام حرية الفرد و تقديس الفرد⁶، وإذ يختلف القانون العام والقانون الخاص من وجهة نظر تاريخية (المطلب الأول) ، فإنهما يختلفان أيضا من الجانب الفلسفي والايديولوجي (المطلب الثاني)

المطلب الأول: التمييز التاريخي يسمح الاهتمام بتاريخ التمييز بين القانون الخاص والقانون العام بالبحث عن أصل هذا التمييز وما يترتب عنه من آثار فلسفية، حيث أثرا القانون الروماني في وجود هذا التمييز (الفرع الأول)، كما يلاحظ بروز مفهوم الدولة (الفرع الثاني)، وتقوية التمييز بين القانون العام والقانون الخاص (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: تأثير القانون الروماني على وجود التمييز يظهر هذا التأثير من خلال ظهور مفاهيم رومانية أساسية (أولا)، و السلطان المطلق للقانون الخاص (ثانيا).

⁴Jean Morellet,op.cit., p.138.

⁵ Durand Brice ,La publicisation du droit privé, DEA d'histoire du droit, Université Paris 2,2001, p.19.

⁶Ibid, p.20.

أولاً: مفاهيم رومانية أساسية إن أخذ القانون الروماني كشاهد هو إقرار شبه مقدس لمفهوم قانوني، حيث يعتبر البعض القانون الروماني كقانون أعلى لأنه هو المؤسس⁷. وكان قانون المواطنين قانون عام بصفة أساسية في القانون الروماني، حيث كان القانون المدني رمز للمواطنة والتي تتعلق بالقانون العام، ولا يتمتع المواطن بالحقوق إلا بصفته كمواطن وليس كفرد⁸، فكان القانون الخاص يخضع إلى القانون العام الروماني. والمقاربة التاريخية تتقد القانون الروماني والذي سمح للفقهاء روني سافتييه بإظهار أن استقلال القانون المدني هو تطور اجتماعي مميز، وهو نعمة للإنسان، ويعترض القانون العام على تمتع الفرد بالحقوق⁹، حيث امتاز العهد الروماني بوضع الفرد وحرية تحت سلطة القانون العام. ولم يعمل القانون الروماني على ديمومة هذا التمييز فقط، وإنما استعمل مفهوم تدخل الدولة والمتعلق بالسلطة العمومية. ووجود الدولة غير مهم، لكن تدخلها في ممارسة سلطتها هو الأهم¹⁰، أي تترك للدولة الحرية في ممارسة سلطتها.

ثانياً: السلطان المطلق للقانون الخاص في العهد الروماني قيمته في العصور الوسطى أين أصبحت القاعدة العرفية تشمل كل القانون. وإن الاختلاف الجوهرى بين القانون العام والقانون الخاص هو الذي يفسر هذا الاختفاء، والذي كان في بداية العصور الوسطى، حيث كانت السلطة في يد الحاكم، ولم يعد يوجد مفهوم الدولة، حيث فقد القانون مظهر الثنائية، ويمكن القول أن القانون الخاص بقي لوحده في ظل هذا التركيب¹¹. وإن أولوية القانون الخاص على قانون آخر هي في الحقيقة استجابة لحاجات المجتمع، وتطور في القانون. وسمح عهد العصور الوسطى برد الاعتبار لكل الناس كأشخاص، وفرض الاحترام على الحرية الفردية لكل شخص، حيث تميز هذا العصر بالمجد عكس العهد الروماني الذي جعل القانون الخاص تحت وصاية القانون العام، والذي شكل خطر على الأفراد وبالتالي على المجتمع¹².

و تصبح المعادلة تامة بين ممارسة السياسة، حيث أن الدولة التي تكون في الإنشاء هي دوماً أكثر فعالية وبطء لوضع القانون العام¹³، ويؤكد الواقع بطء مجموعة من قواعد القانون العام، والتي تتجه لمنح الإطار القانوني للدولة الناشئة، والتي تحدد مجموع القواعد الخاصة بها لتوجيه نشاط أعوانها، وهذا ما بين القرن 13 و القرن 15¹⁴، ويتبع التمييز بين القانون العام والقانون الخاص في ظل العهد الروماني

⁷ Durand Brice ,op.cit., p.22

⁸ René Savatier, Du droit civil au droit public, 2^{ème} édition ,L. G. D.J,Paris,1950,p. 03.

⁹ Durand Brice ,op.cit., p.23.

¹⁰ Georges Ripert, Le déclin du droit, chap.2,L.G.D.J, Paris,1948, p.39.

¹¹ Durand Brice, op.cit., p.25.

¹² Ibid, p.25.

¹³ Albert Rigaudière, Pratique politique et droit public dans la France des 14^{ème} et 15^{ème} siècles, Archives de philosophie du droit, n°41,1997, p.85.

¹⁴ Durand Brice, op.cit., p.27.

و العصور الوسطى إلى مفهوم الدولة والمجتمع الذي كان ينظم بالقانون، كما أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص هو نتاج تاريخي لتطور القانون و المجتمع .

الفرع الثاني: بروز مفهوم الدولة لم يوجد مصطلح محدد يشير إلى الدولة في نهاية العصور الوسطى، وحقيقة الدولة أنها حية وينظر إليها بوضوح من قبل المعاصرين¹⁵، حيث ظهر مفهوم الدولة «respublica» في قاموس القانوني والسياسي ابتداء من القرن الثالث عشر، وكذلك فإن المملكة ليست شئ خاص بالأمر(أولا)، ويبحث الموظفون السامون والقضاة والإداريون على إخراج النظام الأساسي والتسيير لهذه الجمهورية "الدولة" من القواعد التقليدية المطبقة وإخضاعها للقانون جديد هو القانون العام (ثانيا).

أولا: وضع القانون العام للدولة ميز القرن الثاني عشر تطور جذري، حيث أن أموال الأمير لا تعتبر جزء من ذمته المالية وإنما ترتبط بالسلطة الملكية والتي ترمز تدريجيا للدولة¹⁶، أي أصبح العاهل يمثل الدولة وهذا ما يطلق عليه « la dignitas » وهو ما يعرف بالقيمة العامة التي تمنح للشخص عن طريق الجمهورية، كما صاحب تطور الدولة نشأة قواعد جديدة أدت إلى تطور مفهوم السلطة الملكية.

وفي عهد القرون الوسطى فإن القواعد التقليدية المطبقة على تسيير أموال العاهل، والتي تم استبعادها بصفة تدريجية وحلت محلها مجموعة القواعد الخاصة ، فتم الانتقال من مركز الأموال من القانون الخاص إلى مركز القانون العام، حيث طور المنظرون فكرة فصل ضباط الملكيين من الخدمة الخاصة للأمير والقيام بمهمة المرفق العام لفائدة الدولة وأشخاصها ، وتطور علاقات القانون الخاص بين العاهل والضباط بصفة تدريجية ، وتم حذفها لفائدة نشأة الوظيف العمومي¹⁷، أي أصبحت السلطة الملكية في صف الوظيف العمومي، وبممارسة الأمير مهامه كإداري. وفي بداية القرن الرابع عشر تم إنشاء نظام قانوني جديد الذي أدى إلى إعادة بناء التوازن بين السلطة وأشخاصها، وتطور مفهوم الدولة وضع في المستوى الأول وظيفه الحكم لشخص العاهل، حيث ظهور قواعد القانون العام الخاصة بالدولة والتي أدت إلى نشوء نظام دستوري مستقل عن سلطة تشريعية للعاهل وعن مجلسه وعن برلمانته، وهذه الأعراف الدستورية مرتبطة بالنظام القانوني للمملكة والذي انحصر في القانون العام الذي يجبر الملك وأعوانه ، ويشكل هذا القانون قاعدة للدولة ، حيث يحدد الامتيازات والقيود¹⁸، أي نشأت قواعد القانون العام من القانون الخاص، حيث تكيفت هذه القواعد مع التوجهات الجديدة للدولة ، فمنحت لها امتيازات جديدة.

¹⁵ Durand Brice, op.cit., p.27.

¹⁶ Ibid, p.28.

¹⁷ Ibid, pp.28,29.

¹⁸ Ibid, p. 29,30.

ثانيا: وضع القانون العام للإدارة غياب في القرنين الرابع عشر والخامس عشر المصطلح التقني لتحديد ما تم وصفه رجال القانون بالإدارة، فالأكيد أن كلمة الإدارة موجودة، ولكن قليلة الاستعمال وهي مرادفة للحكومة بدل من الإدارة في معناها المعاصر¹⁹، أي لم يكن وجود حقيقي للإدارة بمعناها مجموعة المرافق والأعوان. وبناء الدولة في إطار قانوني غالبا ما كان موجود سابقا، ولا بد من وسائل النشاط- الإدارة- والتي انفصلت بصفة تدريجية على شخص الأمير لإخضاعهم في مجال القانون²⁰، أي أن هناك تطور أدى إلى أن تحول المرفق الخاص بالأمير إلى مرفق عام للدولة. ويفصل القانون العام الذي هو بصدد التكوين العاهل بصفة تدريجية الأشخاص المرتبطين بمرفقه، لكي يتمتعوا بنظام خاص بهم²¹، أي في بداية القرن الثالث عشر كانوا مرتبطين بخدمة شخص العاهل دون الدولة ودون الخضوع لنظام خاص بهم .

وتشبه الممارسة السياسية والإدارية بصفة تدريجية الوصاية القانونية الرومانية والكنسية المطبقة على الأشخاص الذين تولوا مهام سياسية وقضائية وإدارية، في القرنين الرابع عشر والخامس عشر²²، فكل الجماعات المعترف بها صراحة أو ضمنا من قبل السلطة العليا والتي تتبع - الملك والأمير أو السيد- تكتسب من هذه اللحظة صلاحية المشاركة كمجموعات قانونية لإنشاء كل التصرفات في الحياة القانونية، وهم أشخاص معنوية يتمتعون بصفة تدريجية بنظام أساسي يخضع للقانون العام²³، ويلاحظ أن هناك تحول في الأشخاص و في الوظيفة، حيث انتقل الشخص الخاص إلى شخص عام ، وأصبحت وظيفة العون من خدمة الملك أو الأمير إلى وظيفة منظمة تخضع لأحكام القانون العام . ويستند التمييز بين القانون العام والقانون الخاص على تأثير القانون العام على القانون الخاص وهذا بموجب الدولة الجديدة.

الفرع الثالث: تقوية التمييز بين القانون العام والقانون الخاص إن فهم الفترة الحديثة الممتدة مابين فترة الثورة ونهاية القرن التاسع عشر، يقتضي إبراز فترة قانونية مهمة، حيث عرفت بتحرر القانون العام من الوصاية (أولا) ، وسمحت بتكريس القانون الخاص(ثانيا) .

أولا: تحرر القانون العام من الوصاية اتسع مجال تطبيق قاعدة القانون العام في بداية القرن التاسع عشر ، لكن وجود الدولة الحارسة قيد نشاط الدولة والذي تم إنقاصه في بعض المرافق الإدارية كالشرطة، والعدالة ،والجيش، والأشغال العمومية، و يعتبر تدخل الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي مضر²⁴. وتميزت نهاية القرن التاسع عشر في الزيادة المعتمدة لدور الإدارة وتأثيرها على المجتمع ، حيث

¹⁹ Albert Rigaudière, op.cit., p.100.

²⁰Ibid,p.101.

²¹Ibid, p.30.

²²Ibid,p.101.

²³ Durand Brice, op.cit., p.30.

²⁴Ibid, p.33.

أن هناك تداخل بين القانون العام والقانون الخاص، ومع ذلك فإن هناك احترام للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

ويوجد الحد ما بين العام والخاص في التدخل الواسع للإدارة²⁵، حيث يظهر تدخل الدولة من خلال اتساع سلطاتها داخل المجتمع. وكل ما يؤدي إلى الاعتقاد بتأثير القانون العام على القانون الخاص، وربما في زمن معين، أي نصف قرن تقريبا، فبعض النظريات القانونية، كنظرية مركز الحق التي تم التعمق والبحث فيها في فرنسا بصفة كبيرة من قبل رجال القانون العام وبصفة أقل من رجال القانون المدني²⁶، وتظهر أهمية التاريخ في التمييز بين القانون العام والقانون الخاص وفي تطوره.

ثانيا: تكريس القانون الخاص كرس القانون المدني الفرنسي "نابليون" لسنة 1804 المذهب الفردي، أي الحرية الفردية وهذا ما يطلق عليه بالقانون الخاص المطلق. ومن ذلك الحين فإن هناك ابتعاد عن إيديولوجية القانون المدني لنابليون في العلاقات، فلا يرى رجل القانون المدني قانون خاص خالص وحقيقي ورسمي، والعكس بالنسبة لرجل القانون العام فتوجد قوانين عامة وقوانين خاصة التي تخضع مبادئها ومضمونها إلى نماذج مختلفة من الأنظمة، ومجتمعات عبر العصور، وكذلك لا يعرف ولا يتسم القانون العام والقانون الخاص بمضمون سياسة محددة، بل بالعكس فاستعمل القانون العام والقانون الخاص كل ما حملته التطورات القانونية²⁷. ولم يسجل تطور القانون الخاص أي أثر في تغيير القانون، بل بقي قانون خاص مختلف، حيث أن المبادئ التي حملها التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 هي متعددة أهمها: المذهب الفردي والحرية والمساواة القانونية و السلطة كسلطة الأب عن أبنائه أو سلطة رب العمل على العمال. ويختلف القانون العام عن القانون الخاص من حيث روحهما، ويمتاز القانون العام بالإكراه والقانون الخاص بالليبرالية.

المطلب الثاني: التمييز الأيديولوجي يجد التمييز بين القانون العام والقانون الخاص أساسه في التصور الأيديولوجي للقانون، حيث استقرت الدولة أمام المخاطر التي يتميز بها المجتمع. والمعنى الأكثر خصوصية لكلمة أيديولوجية يجد مصدره في التحليل الماركسي، و الذي يعتبر مثلا أن الوظيفة العملية للقانون، ووسيلة الروابط للطبقة هي مزدوجة لوظيفة أيديولوجية، و الذي يوجه في نشر التمثيل الوهمي للعلاقات الاجتماعية في هذا المعنى²⁸، والمعنى الأكثر خصوصية لكلمة أيديولوجية والأحسن تكييفا لمباشرة التفكير على أسس محددة، ويحتفظ المعنى الوصفي الماركسي بالأولوية رغم الروابط التي تراعي

²⁵Jacques Donzelot, L'invention social, essai sur le déclin des passions politiques, éd. Seuil, coll. Points, 1994, p. 88.

²⁶Marcel Waline, Travaux de l'association Henri Capitant, t2, éd. Dalloz, Paris, 1947, p. 232.

²⁷Durand Brice, op. cit., p. 36.

²⁸Francois- Xavier Testu, La distinction du droit privé et du droit public est- elle idéologique ?, D, 1998, Chr, p. 345.

نظام التفكير المغلق، و تستحق التفرقة للعمل المحفوظ به ، وبالإنشاء الايديولوجي، و لا يمكن أن يكون هناك تناقض كامل مع الواقع في هذا الأفق ، حيث أن الوهم الذي ينتجه يكون سهل إزالته²⁹. وهنا يثار التساؤل هل يمكن اعتبار أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص له غرض ايديولوجي ؟ ومن بين الأخطاء الأولية التي تعيب كل الأطروحات الكبرى...فهي تتضمن فكرة قانون الدولة وقانون الخواص والتي يكون لهما أهداف وتوجهات و أفكار سياسية خاصة بهما وملازمة لذاتهما ، وهناك روح وعبقريّة لكل من القانون العام والقانون الخاص ، فهما مختلفان ومتعارضان، وهذا على مستوى المبادئ أو الاتجاهات التي يكون لهما مضمون لزومي على الأقل ، أو في حالات أخرى أيضا على مستوى المشاكل التي يستحيان لها، والتي لا يحملان لها إلا حل وحيد³⁰، فهناك اختلاف ايديولوجي وسياسي وفلسفي بين الفقهاء. وأن هناك اختلافات في تنظيم روح ومنهج القانون المدني والقانون الإداري³¹، أي أن هناك اختلاف وتعارض بين القانون المدني والقانون الإداري من حيث الروح أو المنهج.

فلا توجد وظيفة ايديولوجية في تقسيم القانون بل يتحمل آثار احتياجات ايديولوجية فقط ، أين يكون مركز الخطورة بالقرب ولكن في الخارج³²، كما أن التعارض بين القانون العام والقانون الخاص ليس له خاصية نظرية بل له فرضية ايديولوجية³³، ولمعرفة القيم المرتبطة بالتمييز وجب التطرق إلى تعارض قيمة القانون العام والقانون الخاص (الفرع الأول) ، وغاية ووظيفة مجال تطبيقهما(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعارض بين حرية القانون الخاص وتوجيه في القانون العام لا يمكن اعتبار القاعدة القانونية محايدة لكونها ملونة ايديولوجيا وسياسيا، ويترتب عن ذلك أن تضى روح ايديولوجية وسياسية على القانون العام والقانون الخاص، ويتعارض القانون العام والقانون الخاص على مستوى التقنيات ، حيث أن القانون الخاص هو القانون الذي يظهر في روحه حرية الإرادة ، ويظهر القانون العام كقانون يعير التوجيه، ولكن هذه الخاصية الأولى التي أقرت للقانون العام والقانون الخاص تسمح للفقهاء بتأسيس مقارنة سياسية لكل من القانون الخاص والقانون العام³⁴. ويتميز القانون الخاص في كونه رمز للحرية الفردية (أولا)، ويمتاز القانون العام بالإكراه (ثانيا)، بالإضافة إلى ذلك فيظهر سمو القانون الخاص على القانون العام (ثالثا).

²⁹Francois- Xavier Testu,op.cit.,p.345.

³⁰Charles Eisenmann, Droit public, Droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil Français du 19 au 20 siècle),Revue du droit public et la science politique en France et à l'Etranger, 1952,pp.961,962.

³¹Jean.Brethe De La Gressaye, Droit administratif et droit privé, in Le droit privé Français au milieu du 20^{ème} siècle, études offertes à Georges Ripert, tome 1,L. G.D.J ,1950,p.305.

³² Francois- Xavier Testu, op.cit., p . 353.

³³ H.Kelsen, Théorie pure du droit, éd,L .G.D.J,1999, p.278.cité par, Durand Brice, op.cit., p.38.

³⁴Durand Brice, op.cit., p.39.

أولاً: القانون الخاص رمز للحرية الفردية يعتبر القانون الخاص قانون الخواص، وهو يكرس الحرية واستقلالية الأفراد، حيث يركز أساس القانون الخاص على الحرية الفردية. ويظهر القانون الخاص في جوهره كقانون لحرية الإرادة، وأن كل تحليلات القرن التاسع عشر تم تطويرها في اتجاه سلطان الإرادة،³⁵ ويتم تجسيد القانون الخاص من خلال ترك الحرية للأفراد في ضمان واختيار مصيرهم ، كما أن الثورة الفرنسية حملت في طياتها تكريس الحرية.

ويكون القانون الخاص الضامن والمعبر عن المجتمع ، فهو يجسد حصيلة رغبات الإنسان في تكريس الحرية ، ويعبر عن الحرية في القانون الخاص وبديهيًا في المجال العقدي ، على اعتبار أن الخواص لهم إمكانية الاختيار أو عدم التعاقد³⁶، و يترتب عن تدخل القانون العام في القانون الخاص إنقاص الحرية. والقانون الخاص هو عادة قانون الاستقلالية، والقانون العام هو عادة قانون أمر، وبهذا فإن تطور القانون الخاص باتجاه نمط أمر يمكن أن يركز على تأثير القانون العام، وهنا يمكن اعتبار القانون الخاص قانون الحرية عندما لا يتم تقييده ، فلا يمكن التكلم عن الاستقلالية إذا كان سلوك الفرد منظم بقواعد أمرة كالحظر والترخيص والرقابة، والتي هي عبارة عن الالتزامات وهي جزء من القانون العام.

فإذا كانت هناك قاعدة تحدد للشخص تصرفه فلا يمكن أن نتكلم في هذه الحالة عن مسألة الاستقلالية التي هي خالصة ورسمية³⁷، أي بمجرد أن تنظم قاعدة أمرة تصرف الشخص ففي هذه الحالة نكون أمام القانون الأمر الذي يشمل قواعد الالتزام، أما إذا كانت القاعدة تترك للشخص القدرة على تحديد تصرفه فهذا يشكل مضمون الاستقلالية أو ما يطلق عليه بالقانون الخاص.

فلا يتضمن القانون الأمر كل قواعد الالتزام وإنما فقط تلك التي تربط الشخص بدون رضاه في تطبيقها، أما القواعد الأخرى فتكون من الاستقلالية³⁸، أي إذا كانت للشخص الحرية في إبرام العقد فهو يتحمل آثاره إذا كانت أمرة سواء بإرادته أو خارج عن إرادته. ويتقيد مجال قاعدة الالتزام في الحد الأدنى، بمعنى في حالة واحدة عندما لا يستطيع الشخص تفاديها بإرادته والخضوع لها³⁹، و يؤدي تدخل القانون العام في القانون الخاص إلى الإنقاص من الحرية. ولا تظهر العيمة ك تقنية قانونية ، ولكن تتضمن تغيرات عميقة من المقاربة الإيديولوجية للقانون ، فتكون الحرية أقل بحيث أن القانون الخاص أقل،

³⁵Jean Rivero ,Droit public et droit privé : Conquête, ou statut quo ?,D.1947, chr,p.69.

³⁶Durand Brice, op.cit., p.39.

³⁷Charles Eisenmann, op.cit.,p.925.

³⁸Ibid,p.925.

³⁹Durand Brice, op.cit., p.41.

فتكون الحرية في خطر، ويظهر نشاط المدافعون عن سلامة القانون الخاص كعمل نبيل، والدفاع عن القانون الخاص يعني الدفاع عن الحرية.⁴⁰

ثانيا: القانون العام قانون إكراه إذا كان القانون الخاص يمتاز بالتقنية العقدية التي تجسد مبدأ سلطان الإرادة والحرية، فإن القانون العام يمتاز بالإجبار. ويكون القانون العام قانون جماعي وقانون السلطة وتنظيم أمر، ويتضمن خضوع أو تبعية الفرد للدولة وللمجتمع بصفة مبدئية⁴¹، أي القانون العام هو قانون الخضوع، ويؤدي تدخله في مجال القانون الخاص إلى التقييد من الحرية الفردية. فالإكراه الممارس من قبل الدولة بالنسبة لغالبية الفقهاء هو رمز لتدخل القانون العام، وهو يختلف عن الذي يصدر من القانون الخاص والذي يتم قبوله من قبل الخواص⁴²، فالإكراه الممارس في القانون العام يختلف عن الممارس في القانون الخاص من حيث مصدره، فالأول مصدره الدولة والثاني مصدره الخواص.

و يمتاز القانون العام بالتوجيه الذي يسمح بتمييزه عن القانون الخاص، ولكن هذا لا يمنع من وجود التوجيه في القانون الخاص كالتوجيه العقدي، ويظهر التوجيه في القانون العام من خلال السلطة العمومية الممنوحة للهيئات الإدارية المختصة. ويمتاز القانون العام بإمكانية إنشاء التزامات بصفة انفرادية على غرار سلطة إعطاء الأوامر وسلطة الحكم⁴³، وإذا كانت المساواة مابين الأشخاص مكرسة في القانون المدني، أي القانون الخاص فإن اللامساواة المجسدة في القانون العام تظهر سمو الدولة في علاقاتها مع الخواص، حيث تشكل اللامساواة تعارض بين القانون العام والقانون الخاص.

ثالثا: سمو القانون الخاص ترتبط أولوية القانون الخاص بمسئمة إيديولوجية، حيث تسبق حقوق الفرد التنظيم الاجتماعي⁴⁴، ويسمو القانون الخاص على القوانين الأخرى، لأنه ذو قيمة أساسية في المجتمع، أما القانون العام فهو ثانوي في النظام القانوني، إلا أن بروز العيممة أدى إلى توسع القانون العام في مجال القانون الخاص، وبالتالي لم يعد القانون العام قانون ثانوي. ولا يمكن أن يدعى القانون العام حلوله محل القانون الخاص⁴⁵، أي لا يمكن القول باختفاء القانون الخاص وراء القانون العام على اعتبار أن القواعد المنظمة للعقد أصبحت آمرة وتم فرضها من قبل المشرع على الأطراف، فالدولة لم تعد طرف متعاقد، ولم يخنف المتعاقدان من العقد، وهنا يبقى فرض الالتزامات القانونية على المتعاقدين مسألة تخضع لأحكام القانون الخاص.



⁴⁰ Durand Brice, op.cit., p.42.

⁴¹ Ibid, p.42.

⁴² Ibid, p.43.

⁴³ Marcel Waline, op.cit., p.230.

⁴⁴ Francois- Xavier Testu, op.cit., 353.

⁴⁵ Henri Mazeaud, Défense du droit privé, D.1946,chr,p.18.

الفرع الثاني: غاية ووظيفة مجال القانون العام والقانون الخاص يؤدي التطور الاجتماعي بالدولة إلى تحديد القانون المفضل للسماح بإشباع المصلحة الفردية للخواص أو المصلحة الجماعية للمجتمع⁴⁶، أي تختلف المصالح بين القانون العام والقانون الخاص (أولاً)، وقد تتعدد المصالح بين القانون العام والقانون الخاص (ثانياً).

أولاً: اختلاف المصالح هناك اهتمامان ووجهتان للنظر، فعندما يتدخل القانون في الروابط بين الخواص فإن هذه الأخيرة بذاتها تسعى إلى الانسجام والسهولة، ويهتم القانون الخاص بصفة أولية بمنح الحريات للخواص في وسط قانوني يسمح بالازدهار الكامل، ويضمن الحماية والتعایش الهادئ، والأكد أن مفهوم النظام العام يترجم هنا الاهتمام بالمصلحة العامة، ولكن يبقى مفهوم سلبي خارجي فهو يشكل قيد ولا يشير إلى التوجيه، ولا يمكن أن يكون إلا في تصور ليبرالي الذي يأخذ من بين مسلماته انسجام المصالح الخاصة والمصلحة العامة، وروح القانون العام هي تبرير تقنيته السلطوية، وهو الاهتمام بتحقيق المصلحة العامة بصفة مباشرة، حيث يقرر وينفذ باسم المصلحة العامة⁴⁷، ويعد القانون العام المجال الحصري لمفهوم المصلحة العامة، على الرغم من التقلبات التي يعرفها اليوم القانون العام والتي لها أثر على مفهوم المصلحة العامة وعلى استقرارها، أي يهدف القانون العام إلى تحسين العلاقات ما بين الخواص وتسهيلها وانسجامها، حيث تختلف قواعد القانون العام عن قواعد القانون الخاص فالأول يهتم بالمجتمع، أما الثاني فيهتم بالخواص، إذن فيتعارض القانون العام عن القانون الخاص من حيث الغاية المتبعة في كلاهما.

وتعد المصلحة العامة معياراً للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص، وهي نتاج لتطور فلسفي وتاريخي، والتمييز بين القانون العام والقانون الخاص فتح النقاش لاختيار المعايير ومن بينها معيار الغاية أو نظرية المصالح والتي تتمحور حول مفهوم المصلحة العامة، وإذا كانت المصلحة العامة تعرف كمصالح جماعية للأمة فهي تتعلق بالقانون العام، وإذا كانت المصالح الخاصة هي المعنية فهي مسألة قانون خاص⁴⁸، أي يحدد معيار الغاية مادة القانون العام وبالأخص القانون الإداري. إن المعيار الغائي قد تم نقده لعدم وضوحه، وخاصة مع ظهور القوانين المختلطة. ويتفق اليوم أغلبية المختصون في القانون العام على أن المصلحة العامة هي أكثر غموض للعمل بالمعيار الغائي، دون إهمال دوره الأساسي في المادة⁴⁹، ويمكن للمصلحة العامة أن تتباهى بفرديتها في القانون العام، وهذه الخصوصية تنشأ من المعيار العضوي، على اعتبار أن المصلحة العامة هي العمل الحصري لأشخاص القانون العام

⁴⁶Durand Brice, op.cit., p.46.

⁴⁷Jean Rivero, op.cit., p.69.

⁴⁸Mustapha Mekki, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, éd. L. G.D.J, Paris, 2004, pp.11,12.

⁴⁹Ibid, p.13.

من جهة، ويمكن أن تنشأ من معيار مادي، فتحيل المصلحة العامة إلى مواد التي تبرز بوضوح المصالح الخاصة⁵⁰ ، أي لا يمكن الاعتماد على المصلحة العامة كمعيار للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص على اعتبار أن المصلحة العامة هي ركيزة للقانون العام، وتبرز في المجال الخاص المستقل عن الدولة، أي القانون الخاص.

إن القوانين التي تهتم مباشرة بالمجتمع دون الفرد تشكل قانون عام للأمة، وفي القانون الخاص تهتم القوانين مباشرة بالأفراد دون المجتمع، أي أن هناك قانون في خدمة مصلحة الفرد وقانون في خدمة مصلحة المجتمع. و يحقق القانون العام كقانون أمر المصلحة العامة، كما يكرس القانون الخاص المصلحة العامة على اعتبار أن تحقيق المصالح الفردية لكل فرد هي في الحقيقة تجسيد للإرادة الجماعية للمجتمع.

وإن التغيير في دور الدولة أدخل الاختلاف في المصالح بين مختلف الأنظمة القانونية، في حين يسمح القانون الخاص الوصول إلى المصلحة العامة في الدولة الليبرالية ، ويظهر أن الدولة الحامية هي ثمار طلب المجتمع لزيادة المساواة، ولا يمكن أن تتحقق المصلحة العامة إلا بتدخل الدولة، وتعمل العيمة كأداة على تحقيق المصلحة العامة، أي أن هناك اختلاف في تحقيق المصلحة العامة عن طريق إشباع رغبات الأفراد أو عن طريق تكفيل الدولة بذلك. وتكيف المصلحة العامة غالبا على أنها مفهوم غير قابل للتعريف، فهي بناء إيديولوجي خالص⁵² ، أي صعوبة تعريف المصلحة العامة يؤدي إلى استبعاد تطبيقها كمعيار قانوني للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص. واستسلمت المصلحة العامة لإيديولوجية السوق والمقتضيات الاقتصادية ، فخضوع أشخاص القانون العام لقانون المنافسة هو توضيح أساسي⁵³

ثانيا: تعدد المصالح بين القانون العام والقانون الخاص إذا كانت منفعة القاعدة المنصوص عليها تتعلق بمجموعة وطنية أو بالأغلبية العظمى لهذه المجموعة، فتكون القاعدة من القانون العام ، أما إذا كانت تهتم بالمصلحة الفردية ، فالمصلحة الخاصة بكل فرد تكون من القانون الخاص، وتهدف قاعدة المصلحة العامة إلى حماية مصالح الأفراد المتعددة والتي تكون مختلفة وموزعة كالوحدات المستقلة⁵⁴ ، وهنا تثار الصعوبة في التمييز الذي يركز على الاختلاف بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، حيث أن المصلحة الفردية تختلف عن القاعدة التي تهتم بمصالح تجمعات الأفراد، ولا يمكن اعتبارها مصلحة عامة، فلا توجد مكانة لهذا التقسيم لمصالح الجماعات العمومية.

⁵⁰ Mustapha Mekki,op.cit., p.15.

⁵¹ Durand Brice, op.cit., p.48.

⁵² Mustapha Mekki,op.cit., p.15.

⁵³ Ibid, p.15.

⁵⁴ Ibid, p.49.

و يرتكز تمييز قواعد القانون على المصالح المتبادلة ، حيث لا يمكن أن تؤدي إلى تمييز فروع القانون ، و تهدف قواعد القانون الخاص إلى حماية المصلحة العامة أو المصلحة الاجتماعية⁵⁵، أي تأخذ بعين الاعتبار عدد الأشخاص المعنيين بهذه القاعدة ، أي تمتاز بخصوصية الكمية. وهناك قاعدة يمكن أن تدافع على مصالح ذات طبيعة خاصة أو مصالح ذات طبيعة عامة، وفي هذا الأفق فهناك مصالح تجمعات وشركات نقابات وجمعيات ، وأيضاً الأمة في مجموعها يمكن اعتبارها فردية ، وبمفهوم المخالفة فإن المصالح الخاصة تخص بعض التجمعات وبعض الجماعات يمكن اعتبارها مصلحة عامة.... ويرتبط هذا المبدأ النوعي بطبيعة القاعدة بذاتها، وتسمح بتقسيم كل قانون بطريقة سهلة⁵⁶. ويهدف القانون الخاص إلى منح الحريات للخواص، أما القانون العام فيسعى إلى تحقيق المصلحة العامة. وتشكل المصلحة العامة جسد وروح للقانون العام⁵⁷.

المبحث الثاني: التمييز القانوني بين القانون العام والقانون الخاص لا يرتكز التقسيم الثنائي للقانون العام والقانون الخاص فقط على عنصر العنصر الأساسي ذا قيمة ايديولوجية ، وإنما يتعداها إلى وضع معايير موضوعية للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص (المطلب الأول)، والبحث عن القواسم المشتركة بين القانون العام والقانون الخاص يقتضي العنصر الأساسي بين القانون العام والقانون الخاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: معايير موضوعية للتمييز يتم التمييز بين القانون العام والقانون الخاص على ثلاث معايير والمتمثلة في المجال، والتقنيات، والغايات⁵⁸، وتحديد المجالات المتبادلة للقانون الخاص والقانون العام.... هي بسيطة ، وينظم القانون الخاص العلاقات ما بين الأفراد فيما بينهم ، وينظم القانون العام العلاقات ما بين الأفراد والدولة، والتعارض الأساسي يبرر الطرق والحلول المختلفة⁵⁹. إن الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الشخص في العلاقة لتكييف القاعدة القانونية المطبقة (الفرع الأول)، أو النظر إلى نشاط الأشخاص لتحديد القاعدة القانونية المطبقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقسيم على أساس طبيعة الشخص إن المعيار الذي يسمح بالتمييز ما بين القانون العام والقانون الخاص هي صفة المتدخل في الرابطة القانونية قد تكون شخص عام (أولاً)، أو قد يكون المتدخل شخص خاص (ثانياً).

أولاً: الشخص العام معيار للتمييز يشمل القانون الخاص القواعد المتعلقة بالعلاقات ما بين الخواص، أي تلك التي تنشأ التزامات وحقوق متلازمة بين أشخاص القانون الخاص ، ويضم القانون العام القواعد التي

⁵⁵ Mustapha Mekki, op.cit., p.50.

⁵⁶ Ibid, p.50.

⁵⁷ Ibid, p.10.

⁵⁸ Jean Rivero ,op.cit.,pp.69,70.

⁵⁹ Henri Mazeaud, op.cit., p.17.

تؤسس لجهاز الدولة أو الحاكم، وتعرف الروابط فيما بينهم، فمعرفة صفة الأشخاص في الروابط القانونية التي تحدد الانتماء للقواعد القانونية لنظام أو لأخر، ولهذا حتى يكون قانون خاص لابد من وجود شخصين من أشخاص القانون الخاص، بما أن وجود أحد الأشخاص يكون من أشخاص القانون العام فتخضع القاعدة التي تنظم الوضعية إلى القانون العام⁶⁰، أي يتم تطبيق القانون العام بتحقق صفة شخص القانون العام في الرابطة القانونية، وتطبيق القانون الخاص بتوفر صفة شخص القانون الخاص في العلاقة القانونية. ويعتبر القانون العام في الموضوع بأنه قانون اللامساواة بين أشخاصه...بين الدولة " البلدية و المؤسسة العمومية " من جهة و الفرد من جهة أخرى⁶¹، أي يستند التمييز على أساس اللامساواة بين طرفي العلاقة القانونية فيكون أشخاص القانون العام في مركز الأقوى وأشخاص القانون الخاص في مركز ضعف، وبمفهوم المخالفة فإن القانون الخاص يكون أشخاصه في مراكز متساوية. ولكن يبقى معيار اللامساواة في الرابطة القانونية للقانون العام غير دقيق.

يكون التقسيم بين القانون العام والقانون الخاص بسيط إذا كان تدخل الجهات القضائية العادية فنكون أمام القانون الخاص، وإذا كان تدخل الجهات القضائية الإدارية نكون أمام القانون العام، وتظهر هذه النظرة غير صحيحة لاستحالة إيجاد معيار واضح ونهائي⁶²، أي الاعتماد في التمييز بين القانون العام والقانون الخاص على معيار الاختصاص القضائي، حيث يطبق القانون العام بمجرد أن تكون الجهة القضائية الإدارية هي المختصة، ويطبق القانون الخاص إذا كانت الجهة القضائية العادية هي المختصة. ويجد هذا التمييز سنده في المادة 172 من الدستور⁶³، التي تكرر الازدواجية القضائية، أي وجود قضاء إداري وقضاء عادي. ويلاحظ أن وجود مجلس الدولة يكلف بضبط نشاط الجهات القضائية الإدارية، وتكلف المحكمة العليا بضبط نشاط المجالس القضائية والمحاكم، أي الجهات القضائية العادية بموجب المادة 01 إجراءات مدنية⁶⁴، ولكن أساس هذا التمييز هش وهذا لثلاث أسباب:

- لا تعرف الجهات القضائية الإدارية مواد القانون الخاص أو المعيار الذي يؤسس لاختصاصها والذي يرتكز على الخاصية العامة للأشخاص كما هو الحال عليه في المادتين 800 و 801 إجراءات مدنية. -
- هناك مجالات يكون التمييز فيها غير عملي كالقانون الجنائي....والقانون التجاري والقانون البحري والقانون الاجتماعي والتي هي خليط بين القانون العام والقانون الخاص، فقيد التجار في السجل التجاري يخضع للقانون العام منه للقانون الخاص. - و التمييز ذا غاية جامعية فهو يشمل جزء من الظلم وفي نفس الوقت هو إنقاص للواقع، وتكون الحريات الأساسية من القانون العام ومثلا تكون حرية الرأي من

⁶⁰Durand Brice, op.cit.,pp.53,54.

⁶¹Marcel Waline, op.cit., p.229.

⁶² Durand Brice, op.cit.,p. 55.

⁶³ "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم، واختصاصاتهم الأخرى"

⁶⁴ "تطبق أحكام هذا القانون على الدعاوى المرفوعة أمام الجهات القضائية العادية والجهات القضائية الإدارية"

القانون الخاص، فالقانون في مجموعه قبل كل شيء ، حتى وإذا كانت هناك أسباب تنظيم بيداغوجي يمكن أن تؤدي إلى تقسيم إلى عدة وحدات ومواد⁶⁵، ويتم التبرير للتقسيم بين القانون العام والقانون الخاص على أساس بيداغوجي. وإن تدخل الشخص العام في الروابط القانونية هو المعيار الذي يؤسس للتمييز القانوني ، ولكن وجوده غير كافي ليؤسس للتمييز .

ثانيا: الشخص الخاص معيار للتمييز يبقى سمو القانون الخاص على القانون العام ضروري لأن الهدف الوحيد للقانون هو تنظيم الروابط فيما بين الناس من أجل السماح لهم بالعيش المشترك⁶⁶، فيختلف الشخص الخاص عن الدولة التي هي شخص عام. ويرتكز كل تمييز بين القانون الخاص والقانون العام على مسلمة مفادها وجود خواص، ويستند مفهوم الخواص على حرية الأشخاص الخاصة....ولكن الشخص الخاص هو ذلك الشخص الذي لا تهتم الدولة إلا باحترامه بتحفظ، كما أن اهتمام المشرع بالشخص الخاص يختلف عن نظرتة للمواطن وعون الدولة⁶⁷، أي لا يمكن اعتبار الشخص الخاص مواطن أو عون دولة بل هو تجسيد للحرية الفردية في مجال القانون الخاص، ولكن عندما تفرض الدولة على الشخص الخاص التزامات كفرض الضريبة ، فهنا لا نكون أمام شخص خاص بل أمام مواطن. وتتدخل الدولة في مجال الخواص على اعتبار أن هذه الأخيرة في حاجة إلى قانون يضمن تدخلها، وبالتالي لا يمكن اعتبار صفة الشخص الخاص كمعيار للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

الفرع الثاني: نشاط الأشخاص معيار للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص يعتبر نشاط الأشخاص كمعيار للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص ، حيث يعتبر نشاط الشخص العام أساسي لتحديد طبيعة القانون (أولا)، كما يتم استبعاد تدخل الدولة في القانون الخاص (ثانيا).

أولاً: نشاط الشخص العام إن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص قد يتم البحث عنه في موضوعه. وموضوع القانون الإداري هو نشاط الإدارة⁶⁸، فبمجرد تدخل الإدارة وتمتعها بامتيازات السلطة العامة وممارستها لها، تجعل الإدارة في مركز أسمى من مركز الخواص. وفي القانون العام يمارس الشخص العام سلطات الأمن ، فيحظر ويرخص ويراقب ، ويفرض قراراته خاصة التي تنشئ وتسير المؤسسات الخاصة به ، ومن هنا فهو يتحمل الالتزامات ، ويكتسب ويمارس حقوقه⁶⁹، أي عندما تمارس الإدارة امتيازات السلطة العامة في نشاطها فهي تجسد اللامساواة بين الأطراف ، كما يمكن للإدارة أن تعدل شروط العقد بصفة انفرادية عكس القانون الخاص الذي يمتاز بالمساواة بين طرفي العلاقة العقدية ، حيث

⁶⁵ Ali Bencheneb, op.cit.,pp.20,21. " المادة 800

⁶⁶Henri Mazeaud,op.cit.,p.18.

⁶⁷René Savatier, Du droit civil au droit public,op.cit.,p.25.

⁶⁸Jean Brethe De La Gressaye, Droit administratif et droit privé, in Le droit privé Français au milieu du 20^{ème} siècle, études offertes à Georges Ripert, tome 1, L. G.D.J, 1950,p.305.

⁶⁹Jean Rivero ,op.cit.,p.69.

لا يجوز لطرفي العلاقة العقدية تعديل العقد إلا باتفاق الأطراف أو الحالات التي ينص عليها القانون طبقا للمادة 106 مدني جزائري.

إذا كانت صفة الشخص لا تسمح إلا بتكوين قرينة تطبيق القانون العام ، فمعايينة نشاط القانون العام فيما يتعلق به ، ولكن لا تضمن استعماله بصفة مؤكدة⁷⁰، أي صفة ونشاط الشخص العام لا تسمحان لوحدهما بتطبيق قواعد القانون العام، كما توجد صعوبة في التمييز بين القانون العام والقانون الخاص لغياب معايير قانونية.

ثانيا: استبعاد تدخل الدولة في القانون الخاص يترك القانون الخاص لإرادة الإنسان المبادرة الواسعة لإنشاء ونقل وتغيير وانقضاء الحقوق والواجبات⁷¹، أي يعتبر العقد نشاط خاص للشخص الخاص والذي يسمح بتحديد القانون العام والقانون الخاص ، حيث يمتاز نشاط الخواص بالحرية. ويرتكز التمييز بين القانون العام والقانون الخاص حسب وجهة نظر قانونية على تكوين القواعد التي تطبق على الخواص، و في مجال القانون الخاص يساهم الشخص الخاص في إنشاء القاعدة، أما في مجال القانون العام فهو يخضع لها⁷²، أي تكون للأفراد الحرية في وضع الشروط التي يرونها مناسبة مع مصالحهم في القانون الخاص ، ولا تكون للخواص الحرية في قبول أو رفض قواعد القانون العام بل هم ملزمون بالخضوع لها.

واتساع النظام العام يقيد سلطان الإرادة⁷³، ولا تتدخل الدولة في روابط القانون الخاص ، فهي متروكة للحرية الفردية⁷⁴، إن هذا الرأي مردود عليه، حيث لا يتصور أن يكون القانون الخاص خارج عن تدخل الدولة " المشرع" فتصدر كل قواعد القانون العام والقانون الخاص من نفس الهيئة التي يطلق عليها البرلمان. فالقول بوجود قانون خاص يستبعد وجود تدخل الدولة غير صحيح. فلا يقتصر القانون الخاص على قانون العقود⁷⁵، وإنما توجد عدة قوانين تدمج في القانون الخاص كقانون الأسرة و قانون الملكية ، وقانون الجنسية....إلخ.

المطلب الثاني: التعايش القانوني بين القانون العام والقانون الخاص إذا كانت العيمة تشكل خطر على الحرية العقدية ، فإنها في الحقيقة تسمح بالقول أن القانون موحد ، ومع ذلك فهناك احتجاج فقهي على التقسيم القانوني (الفرع الأول)، ويبرر هذا الرأي بنسبية التقسيم في التطبيق (الفرع الثاني).

⁷⁰Durand Brice, op.cit.,p.60.

⁷¹Georges Ripert,op.cit.,p.43.

⁷²Durand Brice, op.cit.,p.62.

⁷³Jacques Flour, Sur l'influence du droit public sur le droit privé en France, éd. Dalloz, Paris,1947,p.188.

⁷⁴Ibid, p.185.

⁷⁵Jean Rivero , op.cit.,p.69.

الفرع الأول: الاحتجاج على التقسيم الثنائي يعتبر التمييز ضروري ، وبشكل التقسيم بين القانون العام والقانون الخاص من حيث التطبيق مجرد تقسيم مصطنع وذلك لتسهيل العمل(أولاً)، فلا يوجد تمييز بين القانون العام والقانون الخاص ، وإنما هو تعبير عن قانون واحد (ثانياً)، وفي الأخير تشكل وحدة القانون وسيلة (ثالثاً).

أولاً: تقسيم تقني بدون محتوى حقيقي يعتبر تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص تقسيم عملي، حيث ينصب القانون الخاص على تنظيم العلاقات ما بين الأشخاص ، أما القانون العام فينظم الروابط ما بين الدولة من جهة والمحكومين من جهة أخرى.

هذا التقسيم مبرر لأنه يميز بين مجالين للمشاكل المختلفة، ولكن التقسيم هو تقسيم تنظيمي⁷⁶، أي لا يعد التقسيم بين القانون العام والقانون الخاص حقيقي وإنما وهمي. لا تظهر التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام على أنها تقسيم قانوني، بل ينجم عن التحليل للتقنيات المختلفة ولكن كتقسيم خاصيته الوحيدة سياسية⁷⁷، أي التقسيم بين القانون العام والقانون الخاص هو مسألة سياسية وليست مسألة قانونية.

إن تقسيم الأنظمة القانونية لا يكون أساسي ولكنه مصطنع ، ويمكن تطوير كلا النظامين بدلالة الظروف والإرادة التشريعية⁷⁸ ، أي تقسيم القانون يعبر عن واقع القانون العام والقانون الخاص.

ثانياً: انفجار القانون ويعنى القانون العام والقانون الخاص بمجموعة الفروع وأنظمة القواعد، والمواد التعليمية⁷⁹، أي لا يوجد مجالات القانون وإنما مجرد مواد وفروع قانونية، وبالتالي لا يمكن أن تشكل تقسيم في مجموعها. أنشئت الأنظمة القانونية لتسهيل فهم القانون ولكن الوحدات العلمية الحقيقية للقانون هي الفروع التي تتكون منها الأنظمة، والتمييز بين الأنظمة ليس له مغزى⁸⁰، أي يلاحظ أن هناك تغيير في التقسيم المزدوج بين القانون العام والقانون الخاص، حيث استعمال الفروع والمواد القانونية هي في الحقيقة تكريس لاتساع مجال القانون العام والقانون الخاص. هناك تغير تدريجي في القانون الخاص مع بروز العيممة ، وكذلك ظهور فرع جديد للقانون بين القانون العام والقانون الخاص يطلق عليه بقانون شبه عام وأيضا القوانين المختلطة.

⁷⁶Charles Eisenmann, op.cit.,p.960.

⁷⁷Durand Brice, op.cit.,p.65.

⁷⁸Ibid,p.67.

⁷⁹Charles Eisenmann, op.cit.,p.960.

⁸⁰Ibid, p.960.

ثالثاً: وسيلة توحيد القانون يمكن أن تكون القاعدة في ذات الوقت قاعدة قانون عام وقاعدة قانون خاص⁸¹، أي تخضع هذه القاعدة إلى نظامين من القواعد، وكذلك لا يتكون القانون العام من القواعد المطبقة على الدولة كطرف وإنما يشمل أيضاً القواعد التي تطبق على الخواص. إن تقسيم القوانين هو أمر نسبي ويتبع بصفة كبيرة الظروف، حيث أن معظم قواعد القانون هي مشتركة بين النظامين⁸²، أي سواء كان القانون العام أو القانون الخاص فهو يتجه إلى توسيع القانون الموحد. ويذهب التمييز تاريخياً إلى وحدة القانون، ولا تكون له أي منفعة عملية ولا قيمة أدائية. ويؤكد الواقع هذه الفكرة في خصوصية القانون العام، و عيممة القانون الخاص.

وإن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص ما هو إلا روح للفئات ، ولهذا السبب يدعو رجال القانون إلى إنشاء تصور والبحث عن وسيلة للتقارب بين القانون العام والقانون الخاص⁸³، أي يجب اعتبار أن التقسيم بين القانون العام والقانون الخاص في الحقيقة ما هو إلا تقسيم عملي . ولكي يتم قبول تدخل الدولة بسهولة في العلاقات الخاصة ، فإن دعوة بعض الفقهاء لحذف التمييز بين القانون العام والقانون الخاص ، وذلك بالقول أن هذا التمييز هو بيداغوجي وأن القانون موحد⁸⁴ ، أي أن الفقيه يرفض دمج القانون العام مع القانون الخاص وبالتالي تأسيس لقانون جديد. ويستجيب التمييز لاهتمامين: أحدهما بيداغوجي والآخر عملي، وهو يباشر بطريقة علمية تستند على الواقع⁸⁵. فعلى المستوى البيداغوجي يسمح التمييز بأن يكون المعنى واضح للقانون ، ويرتكز حسب الفرع المعني على المقترضات والقيم المختلفة⁸⁶ أما على المستوى العملي فتختصر في مسألة الاختصاص القضائي بين مؤسسات القضاء العادي والقضاء الإداري.

ويبقى التمييز بين القانون العام والقانون الخاص نسبي خاصة مع ظهور القانون الاقتصادي الذي يشجع على التعارض بين القانون العام والقانون الخاص، ومع ذلك يحتفظ التمييز بمنفعته. وأن عدم كفاية المنفعة البيداغوجية البسيطة ، والعادات لتبرير التمييز بصفة عقلانية.

الفرع الثاني: التخفيف من التمييز في الممارسة إن هناك صعوبة في تحديد التمييز ما بين القانون العام والقانون الخاص ناجمة عن الاختلاف الفقهي في تقسيم القانون، فهناك من يعتبره أساسياً، و هناك رأي آخر يعتبره مجرد تقسيم عملي. فالبحث عن واقع التمييز الثنائي من خلال الممارسة القانونية يؤدي إلى

⁸¹Durand Brice, op.cit.,p.69.

⁸²Ibid,p.70.

⁸³ M.Niboyet, Travaux de l'association Henri Capitan t,2,op.cit.,p.238

⁸⁴ Georges Ripert,op.cit.,p.71.

⁸⁵ Ali Bencheneb, op.cit.,p.19.

⁸⁶Mustapha Mekki,op.cit., p.23.

القول بنسبية هذا التقسيم الثنائي، ويتم تبيان وجود قواعد عامة (أولاً)، وهذا لا يمنع من وجود خصوصيات (ثانياً).

أولاً: القانون الخاص شريعة عامة في كل مرفق عام حتى وإن لم تكن له خاصية صناعية وتجارية، فلا تلزم الإدارة باستعمال أسلوب القانون العام ، ويمكن لها أن تلجأ إلى عقود القانون الخاص والتي يترتب عنها اختصاص القضاء العادي⁸⁷، أي تخضع الإدارة إلى أحكام القانون الخاص عندما لا تستعمل امتيازات السلطة العامة كأن تقوم بشراء الأثاث أو تشغيل العامل بموجب عقد العمل، حيث تصبح الإدارة مجرد شخص خاص تخضع تصرفاتها إلى اختصاص القضاء العادي. وتصبح الإدارة عند استعمالها لامتيازات السلطة العامة في ممارسة تصرفاتها شخص عام كتنسيير المرفق العام وتوظيف الموظفين.

تجد الإدارة في القانون الخاص الوسائل لضمان مهمتها، حيث يلاحظ أن الروابط بين القانون العام والقانون الخاص لا يتم رفضها من القانون العام والقانون الخاص وأكثر تحديد من يقومون بتطبيق القانون ، هناك إمكانية إيجاد وسائل غير متشابهة ولكن متكافئة في الحلول للمشاكل الجديدة⁸⁸. أي إذا تبين أن قواعد القانون العام غير كافية لحل المشاكل المطروحة أمامه، ففي هذه الحالة يمكن اللجوء إلى قواعد القانون الخاص. إذ لم التمسك بنظرة الفقهاء فإن الشريعة العامة هي القانون الخاص أما القانون العام فيكون استثنائياً.

ثانياً: وجود خصوصية قانونية للقانون العام والقانون الخاص لما تلجأ الإدارة إلى القرارات الانفرادية كنزع الملكية الفردية للمنفعة العامة فهي تحدد مجال القانون العام . وتؤكد الإدارة حقها دون اتفاق مسبق مع المستفيد ودون قرار مسبق صادر عن المحاكم ، أما في القانون الخاص فلا يوجد قرار انفرادي، ويكون للشخص الخاص خيارين ، إما إبرام العقد وفي هذه الحالة يحتاج إلى رضا الطرف الآخر ، أو اللجوء إلى السلطة القضائية لتبريره⁸⁹، أي أن القرارات الصادرة عن الإدارة تنفذ دون الحاجة إلى اللجوء للعدالة.

تظهر في المجال العقدي خصوصية كل من القانون العام والقانون الخاص. وتتميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص ، في كون الإدارة يمكن لها إبرام طبقاً للقواعد العامة عن طريق قواعد خاصة في الشكل كالمناقصة مثلاً، و قواعد في الموضوع التي تستثنى على مبادئ القانون العقدي⁹⁰، وأهم العقود الإدارية عقد الصفقات العمومية وعقد الأشغال العمومية وعقود التوريد . ويكرس القانون الخاص المساواة بين المتعاقدين، ولا يجوز تعديل العقد بصفة انفرادية أثناء التنفيذ طبقاً للمادة 106 من قانون جزائري،

⁸⁷Jean Brethe De La Gressaye,op.cit.,pp.318,319.

⁸⁸Durand Brice, op.cit.,p.73.

⁸⁹Ibid,p.74.

⁹⁰Jean Brethe De La Gressaye,op.cit.,p.310.

ويجوز لأحد المتعاقدين في حالة إخلال المتعاقد معه بالتزاماته التعاقدية أن يلجأ إلى العدالة للمطالبة بفسخ العقد والتعويض عن الضرر طبقاً للمادة 119 مدني جزائري.

ويمتاز العقد الإداري باللامساواة بين طرفيه، كما يحق للإدارة تعديل شروط عقد الامتياز بصفة انفرادية إذا ما أخل المفاوض بتعهداته، كما يجوز للإدارة فرض جزاءات كغرامة أو الفسخ. فتعدد الوضعيات القانونية في المادة العقدية بين القانون العام والقانون الخاص، وقد تكون قاعدة قانونية خاصة بنظام قانوني معين، أو قاعدة مشتركة بين النظامين، أو قد تصدر عن نظام قانوني يمكن استعماله من قبل النظام القانوني الأخر⁹¹، أي هناك تكيف القاعدة القانونية مع الظروف.

الخاتمة: يظهر التمييز بين القانون العام والقانون الخاص على أنه تقسيم بسيط وأولي للقانون، و أن هذا التقسيم ذا قيمة نسبية ومبرر رغم أنه حالي من كل قيمة علمية، حيث يصعب علمياً إدراج قانون العمل في القانون العام أو القانون الخاص. لكن تبرز ازدواجية التمييز بين القانون العام والقانون الخاص في الأهمية العملية لوجود ازدواجية في النظام القضائي الذي يستند عليه تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، حيث تضع كل القواعد والمؤسسات إلى المجال العام أو المجال الخاص. كما أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص ليس في طريقه إلى الزوال بل هو في حركية قانونية مستمرة رغم كل الاختلافات فيما بينهما، وهو نتاج ميراث تاريخي وقانوني.



⁹¹Durand Brice, op.cit.,p.74.

جامعة الجزائر 1

كلية الحقوق سعيد حمدين

ملتقى وطني حول

القانون العام والخاص : تمييز تجاوزه الزمن ؟

المزمع عقده يوم 29 جانفي 2020

الأستاذة : حامي حياة

استاذة محاضر (أ) كلية الحقوق سعيد حمدين جامعة الجزائر 1

عنوان المداخلة : أثر الضبط الاقتصادي على العقد

ملخص المداخلة :

لقد أفرز التطور الحديث في ظل نهضة صناعية اقتصادية عقود جديدة كعقود الخدمات وتبادل السلع و الخبرات ، أنشأت وضعا ونظاما قانونيا جديدا ، إذ أصبح العقد زيادة على اعتباره اتفاق ، أداة اقتصادية ومالية موظفة في عمليات ذات غاية اجتماعية .

وبذلك إذا كان العقد أداة للمبادلات الاقتصادية التي تتم في السوق ، فلا غرابة أن يخضع العقد للتوجه الاقتصادي الذي تفرضه الدولة ، بمعنى أن يحصل ترابط وتوافق بين النظام القانوني للقواعد الخاصة بالعقود (القانون الخاص) مع الشروط والقيود التي يفرضها النظام القانوني للدولة ، ليس باعتبارها متدخلة بل ضابطة تسهر على مبادلات وخدمات و أسعار لائقة ، عن طريق الانتقال من اقتصاد تديره الدولة إلى اقتصاد يديره السوق .

فاهتمام الدولة بالنشاط الاقتصادي عن طريق الضبط جعلها تتدخل في المعاملات العقدية التي يباشرها الأفراد ، ومن ثم حصل تداخل واضح بين القانون العام والخاص ، العقد الخاص من جهة والضبط الاقتصادي الذي تمثله الدولة من جهة أخرى .

مقدمة

إن الدولة باعتبارها مصدر التوازن الاجتماعي تأخذ على عاتقها الكثير من السلطات قصد تحقيق

المزايا و مصالح الأفراد ، وممارسة وظيفتها الاجتماعية على مايرام .

فبتني الجزائر نظام الاقتصاد الحر و رفع الاحتكار والسماح بالمبادرات الاقتصادية تطلب منها إرساء أنظمة قانونية ومؤسسية قصد ترك المجال مفتوحا للمنافسة بطريقة تضمن التوازنات الاقتصادية و الاجتماعية من خلال جعل العقد أهم وسائلها لممارسة الضبط .

فالعقد باعتباره آلية للتبادلات الاقتصادية و أن أهم هذه التبادلات تتم في السوق فلزاما أن تكون للعقد مكانة لا يستهان بها في السوق في ظل النهج الاقتصادي الذي تتبعه الدولة .

فالربط بين النظام القانوني للقواعد الخاصة بالعقود و التي مجالها القانون الخاص والنظام القانوني للدولة والذي مجاله القانون العام تستوجب أن تتطابق هذه القواعد مع الضبط الذي يضعه النظام القانوني للدولة ، بمعنى اقتحام قواعد القانون العام قواعد القانون الخاص لتحقيق غايات اقتصادية واجتماعية .

وهذا ما يدفعنا إلى البحث عن مدى صمود قواعد القانون الخاص عامة و أحكام العقد في مواجهة قواعد الضبط الاقتصادي .

المبحث الأول

الضبط الاقتصادي تكريس الدولة لإصلاحات اقتصادية

إن تبني الدولة الاقتصاد الحر و فسخ المجال للمبادرات الخاصة والسوق على المنافسة الحرة ليس مفاده انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي بل أصبح وجودها في السوق من خلال الضبط .

المطلب الأول: أبعاد الضبط الاقتصادي

لقد كان لهيمنة الدولة (الجزائرية) على القطاع الاقتصادي عن طريق نظام قائم على الاحتكارات والانفراد بكل النشاطات الاقتصادية الحيوية عن طريق المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي، مما أدى إلى هيمنة القطاع العام على القطاع الخاص الذي كان خارجا عن دائرة الإنتاج والاستغلال والمبادرة .

إلا أن الوضع لم يبق على ما هو إذ بادرت الدولة بجملة من الإصلاحات الاقتصادية أولها رفع الاحتكارات العمومية بصفة تدريجية ، وكان ذلك بصدور المرسوم رقم 88-201 والذي الغيت بموجبه الاحتكارات الممارسة على النشاط الاقتصادي¹ ، رغم أن ذلك يتعارض مع دستور 1976 الذي يكرس مبادئ اشتراكية و سيطرة الدولة على مختلف المجالات الاقتصادية ، وإزالة هذا اللبس جاء دستور 1989 ولم ينص صراحة على الخيار الاشتراكي كمنهج اقتصادي للدولة و إنما نص على مبادئ ذات طابع ليبرالي بصفة ضمنية²

وعلى إثر ذلك بدأت الإصلاحات تجسد وجودها على أرض الواقع في بعض القطاعات من خلال صدور عدة قوانين منها قانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام³ ، والذي بموجبه نصت المادة 3 السماح للخواص بممارسة نشاط الإعلام ، كما صدر قانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض⁴ ، والأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة⁵ والذي بموجب المادة 45 منه رخص للخواص بإنشاء البنوك و المؤسسات المالية الجزائرية والأجنبية .

وواصلت الدولة برفع الاحتكار عن عدة قطاعات كقطاع التأمينات ، وحتى القطاعات ذات الطابع المرفقي كقطاع المواصلات و النقل والاتصالات السلكية واللاسلكية عام 2000 وقطاع المناجم سنة 2001 وقطاع المياه سنة 2005 الخ .

ومن أجل التأكيد على الاستمرار في الإصلاحات جاء دستور 1996⁶ في نص المادة 37 منه على مبدأ حرية الصناعة والتجارة على أن حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون، وهذا ما يؤكد تبني الجزائر اقتصاد السوق ،ومن ثم يكون دستور 1996 تبني بصفة رسمية تراجع الدولة عن الحياة الاقتصادية لفائدة الحرية الاقتصادية و أدوات السوق .

1- المرسوم رقم 88-201 المرخ في 18/10/1988 المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار التجارة . ج ر عدد 42. مؤرخة في 14/06/1988

2- دستور 1989 ج ر عدد 9 المؤرخة في 1/03/1989 .

3- قانون رقم 90/07 المرخ في 04/04/1990 يتعلق بالإعلام ج ر عدد 14 المؤرخة في 04/04/1990. ملغى

4- قانون 90/10 في 14/04/1990 يتعلق بالنقد والقرض . ج ر عدد 16 المؤرخة في 18/04/1990. ملغى

5- الأمر رقم 95/06 المؤرخ في 25/11/1995 يتعلق بالمنافسة . ج ر عدد 9 مؤرخة في 25/02/1995. ملغى

6- دستور 1996 ج ر عدد 96 المؤرخة في 08/12/1996.

وهذا ما يؤكد تبني الجزائر اقتصاد السوق بصفة فعلية ومن ثم وجوب تكريس نصوص قانونية ذات طابع ليبرالي و الإقرار بحرية المنافسة ، فلا يتصور تحرير التجارة والصناعة في محيط ينعدم فيه التنافس .

فالسماح للخواص بممارسة الأنشطة الاقتصادية يجعل من مبدأ حرية التجارة والصناعة يقترن بمبدأ حرية المنافسة بحيث لا يمكن للسلطة العامة اختراق هذا الاقتران بصفة مباشرة عن طريق إصدار الأوامر و التعليمات ، ولا بطريق غير مباشر عن طريق دعم بعض المؤسسات على حساب مؤسسات أخرى .

وفي سنة 2016 أعاد التعديل الدستوري من خلال نص المادة 43 منه مبدأ الحرية فبدلاً من حرية التجارة و الصناعة كما كان الحال عليه بموجب دستور 1996 كرس حرية الاستثمار و التجارة بمعنى الانتقال من الاقتصاد الخدماتي إلى الاقتصاد المنتج^{1 2}.

غير أن إقرار مبدأ حرية التجارة والصناعة لا يعني الانسحاب التام والكلي للدولة من الأنشطة الاقتصادية ، إذ يبقى دورها كموجه للنشاط الاقتصادي مراعية في ذلك حاجيات المجتمع .

فالدولة تعمل على حرية واستقرار السوق فبدل توجيهه أصبحت ضابطة ، يعني الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة أي الانتقال من اقتصاد تسييره الدولة إلى اقتصاد يديره السوق مما يؤدي بالضرورة إلى خلق أساليب جديدة للتدخل والذي يكمن في الضبط³.

فالضبط ما هو إلا طريقة جديدة لتدخل الدولة التي انتقلت من ميكانيزمات الرقابة إلى أشكال جديدة من التدخل و التي تسمى بالضبط ، فبعد أن كانت متدخلة أصبحت ضابطة⁴.

فتدخل الدولة مفاده الاستجابة لمتطلبات المنافسة في السوق قصد ضمان المنافسة النزيهة والتوازنات الاقتصادية و الاجتماعية بالانفصال عن كل أشكال التدخل و التوجيه الذي امتازت به الدولة الراحية⁵ ، فمفهوم الدولة الضابطة يقصد منه إعادة التعريف لصلاحيتها بتبني تنظيم جديد و رقابة جديدة تم تحويلها لصالح هيئات جديدة⁶.

1 - بوجملين وليد. الضبط الاقتصادي في الجزائر أطروحة دكتوراه. جامعة الجزائر 1. كلية الحقوق. 2017/2016. ص 31

2 - دستور 2016 ج ر عد 14 المؤرخة في 2016/03/7

3 - حمليل نوار. النطاق القانوني للسوق المالية في الجزائر. أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق و العلوم السياسية. جامعة مولود معمري تيزي وزو. ص 21.22

4 - ZOUAÏMIA Rachid, «De l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur, l'exemple Algerien» Revue critique de droit et de science politique, n° 1, 2008,p 7

5 - بوجملين وليد. المرجع السابق. ص 39

6 - S.NICINSKI : Droit public des affaires, Montchrestien, Paris, 2009, p21.

فتدخل الدولة ما هو إلا لتنظيم السوق و تأطيره عن طريق سلطات الضبط¹، ومن ثم يتبادر لدينا أن نتساءل عن الأبعاد التي يسعى إليها الضبط الاقتصادي لتبرير تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي وهذا ما سيتم تناوله كما يلي:

الفرع الأول : البعد الاقتصادي للضبط الاقتصادي : إن الضبط بمفهومه الواسع في القانون يعني تأطير المعاملات مع التوفيق بين المصالح المتعددة لضمان النظام الاجتماعي وتحقيق الرفاهية المجموعة الوطنية ، أما ضبط السوق وفقا للقانون الاقتصادي يعني تأطير الممارسات بواسطة سن قواعد تحمي المصالح الشرعية و توقيع الجزاء على من يخالفها²

واعتبارا لذلك تصب مختلف النصوص القانونية المنشئة لهيئات الضبط الاقتصادي لتوطير المنافسة بصفة عامة ومختلف النشاطات القطاعية بصفة خاصة ، وذلك بواسطة وضع الإطار القانوني الذي يحكمها وهذا ما نصت عليه المادة 03/03 من الأمر المتعلق بالمنافسة على أنه " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط المنافسة في السوق و تفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية ، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف معيشة المستهلكين " ³

أما في قطاع البريد والمواصلات فإن المادة الأولى من القانون رقم 03/ 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلوكية و اللاسلوكية تنص على أن هذا القانون يهدف لاسيما إلى " (...)

- تحديد الشروط العامة للاستغلال في الميادين المتعلقة بقطاع البريد وبالمواصلات السلوكية و اللاسلوكية من قبل المتعاملين ،

- تحديد إطار و كفاءات ضبط النشاطات ذات الصلة بهذا القطاع ، وخلق ظروف تطوير النشاطات المفصلة للبريد و المواصلات السلوكية و اللاسلوكية ،

« Certains analysent l'émergence d'un Etat régulateur comme le signe d'un recul de l'Etat. Il nous semble que loin d'opérer un repli, l'Etat organise plutôt un redéploiement de ses prérogatives. Il n'ya pas moins de réglementation économique, moins de contrôle, mais tout simplement une réglementation conçue différemment ou un contrôle confié à divers entités qui n'en demeurent pas moins rattachés à l'Etat ».

1 - مثال ذلك القانون 03/2000 المؤرخ في 05/08/2000 المتعلق بالقواعد العامة للبريد والمواصلات السلوكية و اللاسلوكية ج ر عدد 48 معدل و متمم بالقانون رقم 2/06 المؤرخ في 26/12/2006 المتضمن لقانون المالية 2007 ج ر عدد 85

2 - لكل صالح. مدى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي. أطروحة دكتوراه. جامعة مولود معمري تيزي وزو. كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2014. ص 244

3 - الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19/07/2003 ج ر عدد 43 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 19/06/2008 ج ر عدد 36 و القانون رقم 10/05/2010 المؤرخ في 19/06/2010 ج ر عدد 46.

- خلق ظروف تطوير النشاطات المفصلة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية
(.....) " .

فلا يقتصر مفهوم الضبط الاقتصادي عند إصدار اللوائح ومنح التراخيص و توقيع
الجزاء بل أيضا مراقبة السوق ، فافتصاد السوق لا يعني غياب القانون بل اقتصاد السوق
ينشئ القانون و يخضع لتأطيره مراعيًا في ذلك خصوصية كل قطاع .

فلا يعد تناقضا أن يكون اقتصادا ليبراليا محلا للضبط من منطلق أنه لا يمكن الاعتماد
فقط على العرض والطلب ، بل من اللازم ومن أجل التطبيق السليم للضبط أن تتدخل أجهزة
الضبط خاصة القطاعية .

ففي مجال المنافسة يكلف مجلس المنافسة بمهمة الضبط بصفة عامة قصد تفادي
الممارسات التي من شأنها أن تشكل مساسا أو قيادا على المنافسة الحرة ، فلا يقوم الضبط
على فكرة التسلط وإنما على مرافقة المتعاملين الاقتصاديين قصد ممارسة نشاطاتهم في ظل
روح المنافسة السوية والنشاطات الاقتصادية المتوازنة .

فالضبط طبقا للأمر رقم 03/03 والمتعلق بالمنافسة هو كل إجراء أيا طبيعته ، صادر
عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم و ضمان توازن قوى السوق ، وحرية
المنافسة ، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها و سيرها المرن ، وكذا السماح
بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها و ذلك طبقا لأحكام هذا الأمر.

فالجوء إلى الضبط ضروري لضمان ترقية المنافسة والسماح للمتعاملين
الاقتصاديين من الدخول إلى سوق مفتوح تسوده ضوابط تمنع الهيمنة وتراقب التجميعات
الاقتصادية وتقمع الممارسات المنافية للمنافسة الحرة وهذا ما قضت به المادة 10 من الأمر
03/03 السالف الذكر.

الفرع الثاني : البعد غير الاقتصادي للضبط الاقتصادي : إن ارتباط الضبط بالمفهوم
الاقتصادي لا يعني عدم سعيه لأهداف غير اقتصادية وهذا ما نلمسه في عدة مواطن تتمثل
فيما يلي :

أولا : حماية المستهلك : إن حماية المستهلك تعدت التشريعات و التنظيمات القانونية
إذ كرسها الدستور بموجب نص المادة 3/43 من دستور 1996 بعد التعديل الدستوري لسنة
2016 حيث ينص صراحة على أنه " تكفل الدولة ضبط السوق و يحمي القانون حقوق
المستهلكين " وتكريسا لذلك فإن أغلب التشريعات لم تهمل هذا المسعى جاعلة مصلحة
المستهلك فوق كل اعتبار وتتمثل في حماية صحته وسلامته وصالحه الاقتصادية وأساسا

إرادته التعاقدية¹ ، وتناول المشرع حماية المستهلك في نصوص متفرقة كالمادة الأولى من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة السالف الذكر والمادة الأولى من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمادة 2 من القانون رقم 01/02 يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات² .

ومن مظاهر تدخل القانون بهذا الخصوص يتمثل في إعلام المستهلك حول السلعة أو الخدمة المعروضة في السوق و الحد من الشروط التعسفية في العلاقة بين المستهلك والعون الإقتصادي .

ثانيا : تحقيق المصلحة العامة : إن سياسة انسحاب الدول من الحقل الاقتصادي مفاده ممارسة النشاط الاقتصادي بكل حرية ، إلا أن هذه الحرية قد تصطدم بفكرة المصلحة العامة والذي يعد من الأهداف الأساسية للدولة ، فلم يغفل المشرع في أخذها بعين الاعتبار في عدة نصوص ومن بينها ما نصت عليه المادة 21 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة على الترخيص التلقائي من الحكومة على التجميع إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، إذا كان التجميع محل رفض من قبل مجلس المنافسة و ذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة و الوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع .

وكذا نص المادة الأولى من القانون رقم 03/2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالموصلات السلكية و اللاسلكية السالف الذكر على أن هذا القانون يهدف إلى تطوير و تقديم خدمات البريد و الموصلات السلكية و اللاسلكية ذات نوعية في ظروف موضوعية وشفافة دون تمييز في مناخ تنافسي مع ضمان المصلحة العامة .

المطلب الثاني : العقد و الضبط الاقتصادي

إن القواعد التي تضعها سلطات الضبط في المجال الاقتصادي مقارنة بالقواعد التي تكون نتاجا عن العقد لا مجال للشك في سمو هذه القواعد عن القواعد التي يرتبها العقد³ .

1 - أرزقي زويبر . حماية المستهلك في ل المنافسة الحرة . مذكرة ماجستير .كلية الحقوق والعلوم السياسية .جامعة مولود معمري تيزي وزو. 2011. ص 34.29

2 - المادة 1 من الامر 03/03 تنص على " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية ، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف معيشة **المستهلكين** " كما تنص المادة الأولى من قانون 02/04 " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء و **المستهلكين** ، وكذا حماية **المستهلك** و إعلامه " كما تنص المادة 2 من القانون رقم 01/02 " (...) لجنة ضبط الكهرباء والغاز ، هيئة وكلفة بضمان احترام التنظيم التقني و الاقتصادي و البيئي ، و حماية **المستهلكين** (...)"

3 - عيساوي عز الدين. العقد كوسيلة لضبط السوق . مجلة المفكر.العدد الثالث .صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية .جامعة محمد خيضر بسكرة .2019.2020 .

فالجوء إلى قانون العقد لضبط السوق مستبعد حالة وجود قواعد السوق و هي تلك التي يضعها الضبط الاقتصادي ، ومرد سمو قواعد السوق على قواعد العقد هو أن المرجعية العقدية تستلزم وجود اتفاق إرادي طبقاً لنص المادة 54 من القانون المدني¹ ، فالعقد يقصد به عادة عملية محددة ، في حين أن قواعد السوق تكشف عن قواعد مجردة ، غير موجهة لشخص محدد بذاته² فهي عامة موجهة لمجموعة من العمليات و النشاطات الممكن إجراؤها في السوق .

فقواعد السوق هي قواعد عمومية ذات طابع تنظيمي تدخل ضمن التدرج القانوني للنظام القانوني للدولة تتصف بالإلزامية ولو في غياب التعبير عن الإرادة ، فالربط بين النظام القانوني للقواعد الخاصة التي يملئها العقد و النظام القانوني للدولة يفترض مطابقة القاعدة الخاصة مع الشروط التي يضعها النظام القانوني للدولة وفي حالة الاختلاف يعمل القاضي على إقصائها أو إسقاط أي بند في العقد ، وعلى هذا الأساس يثار التساؤل حول مكانة العقد في ظل الضبط الاقتصادي .

إن سمو قواعد الضبط الاقتصادي على العقد ليس مفاده إهمال دور العقد في السوق حتى ولو كان ذلك السوق يخضع لقواعد الضبط ، ومن مظاهر أهمية العقد في السوق يمكن حصرها كما يلي :

أولاً : العقد وسيلة في إرساء التوازن داخل السوق : إن قانون المنافسة لا يعتني بالأشخاص بل بالوضعية داخل السوق وفي هذه الحالة يظهر الصراع بين قانون العقد وقانون المنافسة ، فمحاربة عدم التوازن العقدي كان ينظر إليه في مجال العلاقات بين المحترفين و المستهلكين ، غير أنه ظهرت عقود تبعية بين الأعوان الاقتصاديين فهؤلاء المهنيين يمكنهم طلب الحماية عن طريق قانون الاستهلاك فهم لا يتمتعون بصفة المستهلك ، كما لا يمكن إعمال قواعد قانون العقود باستعمال عيوب الإرادة مثلا كون المتعاقد يعرف مسبقاً أن شروط العقد لا تليق به إلا أنه تحت وطأة الضغط يلجأ إلى التعاقد ، فالمحترف التابع في هذه الحالة ملزم بالبحث عن الحماية في قانون المنافسة .

المبحث الثاني

العقد بين الخضوع والتسدي لقواعد الضبط الاقتصادي

1 - المادة 54 من القانون المدني " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "

2 - عيساوي عز الدين .المرجع السابق. ص 210

لا يمكن أن نتجاهل ما تعرض له العقد من تراجع أمام القواعد المنظمة للسوق ، إلا أننا يمكن أن نبالغ في ذلك مادام أن بعض القواعد الخاصة يمكن أن تسهم في ضبط بعض التجاوزات التي تمس بقواعد السوق.

المطلب الأول : اقتحام قواعد الضبط أحكام العقد

إن أحكام العقد المستقرة في القواعد الكلاسيكية أصبحت قاصرة على مجابهة تجاوزات العقد مما استلزم الاحتكام إلى قواعد أكثر ملائمة.

الفرع الأول : تراجع مبدأ سلطان الإرادة لصالح الضبط الاقتصادي : يعد مبدأ سلطان الإرادة أساس النظرية التقليدية للعقد و القائمة على الحرية المطلقة للإرادة ، فإن أطراف العقد أحرارا في إبرام ما يشاءوا من العقود و تضمينها بما شاءوا من الشروط التي تحقق مصالحهم الخاصة ، بمعنى العقد يمثل مصالح أطرافه و لا يمكن أن تتصرف إرادة أحدهم إلى شيء ليس له مصلحة فيه .

إلا أن هذا المبدأ اصطدم بتطور المجتمع المدني بانتقال الأفراد من وضع إلى وضع آخر أكثر تطورا على كل الأصعدة اقتصاديا وسياسيا و اجتماعيا ، ومنه كان لزاما هجر مبدأ سلطان الإرادة باعتباره فكرة تقليدية جامدة لتحل محلها القواعد الخاصة ذات الطابع الاجتماعي والتي تركز الحماية الجدية لفئات معينة و توجيه العقد خدمة للصالح العام والاستقرار القانوني للمعاملات المدنية و تحقيقا للعدالة العقدية التي أصبحت مع تطور نظام التعاقد الحديث هي التي تحدد مشروعية القوة الملزمة للعقد¹.

إن تطور وظيفة الدولة جعلها تتدخل في الميدان الاقتصادي و تتحكم في تسييره وتوجيهه مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية للأفراد و ذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب و أن العقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت الدولة تشارك إرادة الطرفين في تكوينه و تحديد مضمونه² .

و يتم هذا التدخل من خلال الضبط الاقتصادي سواء من سلطات الضبط الاقتصادي القطاعية أو من مجلس المنافسة ، فلم يعد العقد مجرد شأن المتعاقد بل شأن المجتمع كله إذ أصبح أداة لتحقيق الصالح العام .

فقواعد المنافسة تتدخل على القواعد العامة للعقد باسم مصلحة المجتمع لأن الأمر يتعلق بتعارض حسن سير السوق ، والذي يمثل مصلحة الجماعة على مصلحة المتعاقدين

1 - نساخ فطيفة . الوظيفة الاجتماعية للعقد . أطروحة دكتوراه. جامعة الجزائر .كلية الحقوق . 2013/2012. ص 279.278

2 - علي قبالي الالتزامات . النظرية العامة للعقد . ط 3 . موفم للنشر . الجزائر . 2013. ص 55

الفردية ، فالإرادة العقدية الحرة مقيدة لا يمكنها أن تتناول على النظام العام فهي تنتهي عندما يبدأ النظام العام .

فأصبحت الدولة تتدخل عن طريق السلطات الإدارية المستقلة لتوجيه العلاقة العقدية بفرض بعض القواعد القانونية الآمرة لحماية للاقتصاد الوطني وللطرف الضعيف في العقد .

ففي مجال تكوين العقد وخروجا عن القواعد العامة في القانون المدني تتدخل السلطات الإدارية المستقلة بسلطة إصدار قرار إما بالترخيص أو عدم الترخيص بمزاولة نشاط وذلك في إطار اختصاصها ، بمعنى الترخيص بالتعاقد أو عدم التعاقد وهو إجراء قبلي يهدف إلى مراقبة إبرام العقود وحماية السوق سواء من حيث الدخول إلى السوق أو ممارسة النشاط داخله ، زيادة على ذلك لا يتوقف دورها عند تحديد الاعوان الذين لهم الحق في ممارسة الأنشطة داخل السوق بل تعدى ذلك إلى تقييد حرية هؤلاء في اختيار المتعاقد معه ومنع الاعوان الاقتصاديين من الامتناع عن التعاقد وهذا ما سيتم توضيحه كما يلي :

أولا : الترخيص بمزاولة النشاط داخل السوق: تمارس سلطات الضبط سلطة الترخيص للدخول إلى السوق بغرض ممارسة رقابة صارمة على نشاطات محددة وتخضعها لشروط دقيقة وشاملة و بناء على ذلك تقوم بمنح الترخيص أو رفض ذلك ، فليس لكل شخص حق إبرام عقد في إطار شبكات الربط ما لم يقبل كعون اقتصادي من طرف سلطة الضبط القطاعية المختصة بعد أن يستوفي الشروط المقررة لذلك .

ففي مجال نشاط الربط بالكهرباء والغاز مثلا نصت المادة 6 من القانون رقم 01-02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز¹ بواسطة القنوات على فتح نشاطات إنتاج الكهرباء على المنافسة طبقا للتشريع المعمول به ، وتختص لجنة ضبط الكهرباء والغاز طبقا لنص المادة 83 منه بإنشاء وكلاء تجاريين لسوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز وظيفتها الإشراف على سير نشاط مسير سوق الكهرباء و على مسير شبكة نقل الغاز ، واتخاذ التدابير الكفيلة لتحسين هذين السوقين .

ويخضع نشاط الوكيل التجاري للغاز و الكهرباء طبقا لنص المادة 82 من القانون السلف الذكر للترخيص الذي تمنحه لجنة الضبط² .

ثانيا : الترخيص بالتعاقد في عمليات التجميع³: تخضع التجميعات إلى المراقبة حتى لا يؤدي التجميع إلى احتكار السوق والقضاء على المؤسسات الاقتصادية الأخرى ويترتب

¹- القانون رقم 01/02 مؤرخ في 2002/02/5 يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات . ج ر عدد 8 مؤرخة في 2002/02/6

² - ويقصد بالوكيل التجاري طبقا لنص المادة من قانون رقم 01/02 كل شخص طبيعي أو معنوي ، غير منتج أو موزع يشتري الكهرباء أو الغاز بهدف إعادة بيعها .

³ - التجميعات الاقتصادية هو طبقا لنص المادة 15 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة اندماج المؤسسات الاقتصادية

على ذلك انعدام المنافسة ، لذا تعد المراقبة إجراء احتياطي يهدف إلى تفادي بروز وضعيات هيمنة على السوق يصعب تجاوز آثارها فيما بعد ، وعلى أساس ذلك لا تكفي قواعد السوق الحر لضمان منافسة نزيهة بل يفترض الأمر تدخل الدولة بقواعد وهيئات تعمل على تهذيب المنافسة¹.

فالتجميع الذي يكون بموجب العقد² لا يخضع لإرادة الأطراف المتعاقدة فحسب بل إن مجلس المنافسة باعتباره سلطة إدارية مستقلة يتدخل من خلال سلطة الترخيص المباشر بالتجميع فيوثر العلاقة التعاقدية ويقيدها بمراقبة بمدى توافر الشروط اللازمة للسماح بالتجميع أم لا .

فكل عملية تجميع تستوجب طلب ترخيص من أصحابها لدى مجلس المنافسة وهذا ما نصت عليه المادة 17 من الأمر 03/03³ ، و أكدته المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 219/05⁴.

ويجب أن يكون الطلب طبقاً لنصي المادة 4 و5 من المرسوم التنفيذي رقم 219/05 السالف الذكر مقدماً من أصحاب التجميع المعنيين بذلك مجتمعين أو مشتركين أو عن طريق ممثل عنهم بموجب وكالة مكتوبة بذلك من قبل المؤسسات المعنية بالتجميع لمجلس المنافسة .

ويقوم مجلس المنافسة بدراسة الملف والقيام بالتحقيقات اللازمة ليصدر قراره بالقبول أو الرفض .

غير أنه إذا تم الترخيص بعملية التجميع فإنه إما أن يتم دون وضع شروط أو قيود متى تبث لمجلس المنافسة أن التجميع لا يمس بالمنافسة في السوق ، أما إذا ثبت عكس ذلك فإنه طبقاً لنص المادة 2/19 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة على أنه متى تبين لمجلس المنافسة أن من شأن عملية التجميع الإخلال بالمنافسة و عوض رفض طلب الترخيص بالتجميع ، أن يملي على الأطراف كحل بديل بعض الالتزامات لممارسة عملية التجميع ، كما

1 - عيساوي عز الدين. المرجع السابق.ص207.208

3- المادة 17 تنص على أنه " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ، و لا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما ، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يثبت فيه في أجل ثلاثة (3) أشهر .

4 - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 219/05 المؤرخ في 2005/06/6 يتعلق بالترخيص بعمليات التجميع بنصها على أن " يجب أن تكون عمليات التجميع المذكورة في المادة 2 أعلاه ، موضوع طلب ترخيص من أصحابها لدى مجلس المنافسة طبقاً للأحكام المحددة في هذا المرسوم "

يمكن أن يوافق على التجميع مقابل التزام الأطراف بالتعهدات التي اقترحوها تلقائياً و التي من شأنها التخفيف من آثار المنافسة ، وعلى الأطراف التقيد بهذه التعهدات أو الالتزامات¹.

وهكذا يستخلص بصفة واضحة تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام الاختصاصات والصلاحيات المخولة لمجلس المنافسة والسلطات الإدارية المستقلة من خلال تحديد الأشخاص المسموح لهم بالتعاقد و بمراقبة مدى تأثير عمليات التجميع على السوق ، وهذا ما يثبت مدى اقتحام قواعد الضبط الاقتصادي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فالإجراءات و التعهدات التي تفرضها سلطات الضبط تعد جزءاً من العقد و لا يجوز للأطراف المتعاقدة الخروج عنها .

ثالثاً : المساس بالقوة الملزمة للعقد : إذا كان نص المادة 106 من القانون المدني يستوجب احترام القوة الملزمة للعقد فإن قواعد الضبط تمس بالعقد إذا تبين لها بعض الحالات التي تعيق نشاط السوق.

أولاً : قمع الاتفاقات المحظورة : لقد خرج كل من نص المادة 6 و 7 و 9 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة بصفة صريحة عن مبدأ القوة الملزمة للعقد حيث حظر مجموعة من الاتفاقات و العقود رغم نشأتها صحيحة كونها تمس بقواعد المنافسة ، مثال ذلك الاتفاق على تحديد الأسعار قصد تعطيل قوى السوق أي قانون العرض و الطلب ، أو الاتفاقات التي من شأنها المساس بحق المتنافسين من الدخول السوق.

ثانياً : قمع الممارسات التعسفية المقيدة للمنافسة : إن الهيمنة ميزة من مزايا التنافس في السوق ومنه لا يمكن اعتبار هيمنة مؤسسة على السوق شيئاً محظوراً ، ولكن يحظر التعسف في استغلال وضعية الهيمنة وهذا ما أكدته المادة 7 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة ، وقد عرفت المادة 3 من الأمر 03/03 السالف الذكر على أن الهيمنة الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام المؤسسة المهيمنة إلى استخدام بعض الآليات التي الغرض منها إما غلق السوق في مواجهة المنافسين أو الاستئثار بالعملاء والموردين.

الفرع الثاني : توسيع دائرة الأثر النسبي للعقد : يقتصر العقد طبقاً لأحكام القانون المدني على أطرافه دون الغير وهذا هو الأثر النسبي للعقد ، غير أنه إذا تعلق الأمر بقانون المنافسة فالأمر يختلف حيث سمح بإدخال الغير عند تقدير صحة العقد .

1 - فإذا كان مجلس المنافسة يهتم بمراقبة التجميعات التي تتوافر فيها أحكام المواد من 15 إلى 18 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة ، فإن سلطات الضبط القطاعية تتضمن قوانينها شروط أخرى ، فيقوم مجلس المنافسة بمراقبة حرية المنافسة في السوق ، بينما تهتم السلطات القطاعية للضبط بالمراقبة التقنية ومدى تماشي التجميع مع الأهداف التي يقوم عليها النشاط كالمراقبة التي تمارسها لجنة الإشراف على التأمينات حيث تتحقق من الجانب الفني و مدى مساهمة التجميع للسياسة المالية .

لقد تعدى قانون المنافسة عند تقديره لصحة العقد المتعاقدين إلى أشخاص آخرين من منافسين وموردين وموزعين و مستهلكين.

المطلب الثاني : صمود العقد أمام أحكام الضبط الاقتصادي :

إن قوانين الضبط الاقتصادي سواء على مستوى سلطات الضبط القطاعية أو قانون المنافسة تهدف إلى مجابهة كل الأساليب الاحتياالية والتي تؤدي إلى عرقلة السوق بهدف حماية المصلحة العامة ، إلا أنه لا يمكن المبالغة في الاعتقاد المطلق أن قانون العقد الذي تملية القواعد العامة في القانون الخاص قاصرة على حماية المتنافسين من الأساليب التي تمس بالنشاط الاقتصادي في السوق وهذا ما سيتم تناوله كما يلي :

الفرع الأول : نجاعة القواعد العامة لحماية السوق : لقد تضمن قانون رقم 02/04

المتعلق بالممارسات التجارية السالف الذكر منع رفض البيع وكذا منع ممارسة البيع بأسعار منخفضة إذ أن تخصيص هذه الأوضاع بحلول بمقتضى القواعد القانونية الخاصة بالمنافسة يعد تزييدا طالما أن القواعد العامة في القانون المدني بها ما يجابه هذه الحالات .

أولا : التعسف في استعمال الحق أساسا لرفض البيع : إذا فرضنا عدم الاحتكام إلى القواعد التي تلغي وتواجه ممارسة رفض البيع لا يعني ذلك افتقار القواعد العامة وعدم قدرتها على إدانة ذلك بالرجوع إلى أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق على أساس رفض التعاقد .

إذ تعد نظرية التعسف في استعمال الحق الوسيلة الراجعة والتي أقرها المشرع بموجب المادة 124 مكرر من القانون المدني¹ .

و الأكثر من ذلك تعد نظرية التعسف في هذا الوضع أفضل من القواعد المتعلقة بالممارسات التجارية ، كون نظرية التعسف تراعي في تقدير التعسف من عدمه على البحث في بواعث التعسف ، أي الغرض من رفض التعاقد ومن ثم يطبق المنع بعد مراعاة الحرية التعاقدية دون المنع التلقائي .

ويقع عبء إثبات التعسف على عاتق كل متعامل ووجه برفض التعاقد دون تمييز بين المتعامل إن كان في مركز العرض أو في مركز الطلب.

ثانيا : المسؤولية التقصيرية جزاء لممارسة البيع بأسعار منخفضة : لقد نصت كل من المادة 4 والمادة 5 من الأمر 03/03 والمتعلق بالمنافسة على حرية تحديد أسعار السلع

¹ - علاق عبد القادر. أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها . مذكرة ماجستير. جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان . 2008/2007 . ص 92 .

والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة إلا أنه يمكن للدولة تقييد الحرية بالنسبة للسلع والخدمات ذات الطابع الإستراتيجي .

فلا تعتبر الأسعار المنخفضة من قبيل المنافسة غير المشروعة لأنها تجسيد لتحديد حرية الأسعار ، إلا أنه قد يرد على هذه الحرية قيد يتمثل في التعسف في فرضها كالبيع بالخسارة مما يؤدي بالإخلال بحرية المنافسة أو معارضة منتج للدخول السوق بطريقة تؤدي إلى تشكيل وضعية احتكار في السوق وهو ما دفع المشرع إلى منع هذه المعاملات وهذا طبقا لنص المادة 19 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث منع بيع بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي ، وذلك لما لها من ضرر مزدوج يلحق بالعموم الاقتصادي و المستهلك معا¹.

إن ممارسة البيع بسعر منخفض قد يؤدي إلى مساعلة مرتكب هذه الممارسة على أساس قواعد المسؤولية المدنية وفقا للقواعد العامة ، إذ تقوم المسؤولية في المنافسة غير المشروعة على أساس الخطأ الذي يرتكب في مواجهة المتنافسين.

فالتعسف في تخفيض الأسعار يشكل ضرر على السوق وعلى المتنافسين وبذلك كل من يدعي ذلك أن يثبت علاقة سببية بين الخطأ المرتكب و الضرر الحاصل أثناء رفع دعوى المنافسة غير المشروعة .

فتكون القواعد العامة في المسؤولية أساسا لتطبيق المنع المنصوص عليه في نص المادة 19 من قانون رقم 02/04 المتعلقة ببيع سلعة بأقل من سعر تكلفتها .

خاتمة

ننتهي إلى أن ممارسة الدولة للضبط الاقتصادي بحكم تخليها عن الاحتكارات و تحرير السوق يستوجب قواعد أكثر مرونة وسرعة لا يمكن ان تحققها قواعد العقد ، خاصة وأن العقد يراعي مصالح فردية خاصة دون اعتبار للجماعة .

فمادام أن الدولة الراعي لمصالح كل أفراد المجتمع لها أن تزود السوق بضوابط لا يجرؤ العقد على تحقيقها ، فالمحافظة على الأنشطة الاقتصادية والتوازنات تستوجب تبني ضوابط ترقى لتحقيق لك ، وهذا ما تجسد فعلا في سلطات الضبط سواء العامة كمجلس المنافسة أو القطاعية كسلطات الإدارية المستقلة.

1 - بن قري سفيان . ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون 02/04 . مذكرة ماجستير.جامعة عبد الرحمن ميرة.بجاية كلية الحقوق.2009 . ص 74

غير أنه وأن تجلى قصور العقد بمفهوم القواعد الخاصة في السوق إلا أنه يمكن أن نبالغ في ذلك ، مادام أنه مازال يمكن توظيف بعض القواعد الخاصة التي مجالها الشريعة العامة في مجابهة بعض الأوضاع التي تمس بنشاط السوق منها مثلا قواعد التعسف في استعمال الحق و المسؤولية التقصيرية .

قائمة المراجع

1- المراجع باللغة العربية

- علي فيلاي .الالتزامات .النظرية العامة للعقد. ط 3 .موفم للنشر .الجزائر .2013.

2- رسائل الدكتوراه

- بوجملين وليد .الضبط الاقتصادي في الجزائر أطروحة دكتوراه .جامعة الجزائر 1 .كلية الحقوق .2017/2016.
- حمليل نواره .النطاق القانوني للسوق المالية في الجزائر.أطروحة دكتوراه .كلية الحقوق و العلوم السياسية .جامعة مولود معمري تيزي وزو .
- لكحل صالح .مدى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي.أطروحة دكتوراه .جامعة مولود معمري تيزي وزو.كلية الحقوق والعلوم السياسية .2014.
- نساخ فطيفة .الوظيفة الاجتماعية للعقد .أطروحة دكتوراه.جامعة الجزائر .كلية الحقوق .2013/2012.

3 - مذكرات الماجستير

- بن قري سفيان .ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون 02/04 . مذكرة ماجستير.جامعة عبد الرحمن ميرة.بجاية كلية الحقوق.2009 .

- علاق عبد القادر. أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها . مذكرة ماجستير. جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان . 2008/2007 .
المراجع باللغة الأجنبية

Ouvrages généraux

S.NICINSKI Droit public des affaires, Montchrestien, Paris, 2009

-Article

-ZOUAIMIA Rachid, «De l'Etat interventionniste à l'Etat régulateur, l'exemple Algerien» **critique de droit et de science politique**, n° 1, 2008, Revue