التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالانحراف بالسلطة

م.م. إبراهيم علي محمد
أ.د. عباس نصر الله
الجامعة الإسلامية في لبنان

Abuse of Rights and Its Relationship to Abuse of Power

M.M. Ibrahim Ali Muhammad
Prof. Dr. Abbas Nasrallah
Islamic University of Lebanon

المستخلص: يقصد بالتعسف في استعمال الحق أن صاحب الحق ليس مطلق التصرف في حقه بل مقيد بان يكون التصرف بحسن نية وان لا يكون فيه اضرار بالغير، هذا وإن السلطة جزء من الحق ومنه تنبثق، وإن السلطة هي حجر الزاوية في مباشرة الإدارة لمسؤولياتها، وحيث إن الوظيفة العامة هي محل السلطة فلذلك يُعهد إلى الموظف العام بنصيب كبير أو ضئيل من السلطة بحسب ما خول به لتحقيق المصلحة العامة، فالسلطة ليست مطلقة بل محددة بالهدف المبتغى من ممارستها والحدود التي فرضت من أجلها، بالتالي إن تجاوز حدود السلطة في الوظيفة العامة هو الخروج عن قواعد التي حددها القانون، وإن العمل على غايات شخصية بعيدة كل البعد عن المصلحة العامة، هو في حد ذاته انحراف بالسلطة أو تعسف في استعمالها وهو بوابة من بوابات الفساد الإداري. **الكلمات المفتاحية:** التعسف، استعمال، السلطة.

Abstract : Abuse of rights means that the right holder is not free to dispose of his right, but is restricted to doing so in good faith and without causing harm to others. Power is part of the right and emanates from it. Power is the cornerstone of the administration's exercise of its responsibilities. Since the public office is the seat of power, the public employee is entrusted with a large or small share of power according to what he is authorized to do to achieve the public interest. Power is not absolute, but is determined by the intended purpose of its exercise and the limits imposed for it. Therefore, exceeding the limits of power in the

public office is a departure from the rules defined by the law. Working for personal goals far removed from the public interest is in itself a deviation of power or an abuse of its use, and is a gateway to administrative corruption. **Keywords**: abuse, use, power.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع الدراسة: يقصد بالتعسف في استعمال الحق أن صاحب الحق ليس مطلق التصرف في حقه بل مقيد بان يكون التصرف بحسن نية وان لا يكون فيه اضرار بالغير، هذا وإن السلطة جزء من الحق ومنه تنبثق، وإن السلطة هي حجر الزاوية في مباشرة الإدارة لمسؤولياتها، وحيث إن الوظيفة العامة هي محل السلطة فلذلك يُعهد إلى الموظف العام بنصيب كبير أو ضئيل من السلطة بحسب ما خول به لتحقيق المصلحة العامة، فالسلطة ليست مطلقة بل محددة بالهدف المبتغى من ممارستها والحدود التي فرضت من أجلها، بالتالي إن تجاوز حدود السلطة في الوظيفة العامة هو الخروج عن قواعد التي حددها القانون، وإن العمل على غايات شخصية بعيدة كل البعد عن المصلحة العامة، هو في حد ذاته انحراف بالسلطة أو تعسف في استعمالها وهو بوابة من بوابات الفساد الإداري.

ثانياً: أهمية الدراسة: أي قرار اداري بسيط أو مركب يهدف أو غايته هي المصلحة العامة، فهي النتيجة التي يبتغيها مصدر القرار بما له من صلاحيات وما خول به، وأي انحراف أو تعسف بتلك الصلاحيات هو خروج عن هدف القانون ومبتغاه، ومن هنا تكمن أهمية بحثنا لما لذلك الانحراف أو التعسف من أضرار بالمصلحة العامة، فاذا انحرفت النتيجة عما رسم لها فالقرار الإداري فقد هدفه واصبح فيه ضرر، فبدل ما كان يستهدف تحقيق المصلحة العامة أصبح يستهدف الإضرار بها.

ثالثاً: اهداف الدراسة: يهدف الباحث توضيح العلاقة بين نظريتي الانحراف بالسلطة والتعسف باستعمال الحق من خلال المقارنة لما يلتقيان به وما يفترقان، وهل الانحراف بالسلطة هو تعسف باستعمال الحق أم هما نظريتان مختلفتان.

رابعاً: مشكلة الدراسة:

تنشأ مشكلة بحثنا من مشكلة رئيسية مفادها؛ هل هناك علاقة بين نظريتي الانحراف بالسلطة والتعسف باستعمال الحق؟ ويتفرع عن هذه المشكلة الرئيسية تساؤلين يمكن صياغتهما وكما يلي:

١- هل الانحراف بالسلطة هو تعسف باستعمال الحق وبالعكس؟

٢- ما أوجه التلاقي بين النظريتين وما هي الافتراق بينهما، وما محلهما؟

خامساً: منهج الدراسة: انطلقنا في بحثنا هذه بالاعتماد على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والقضائية، كما اعتمدنا على المنهج التأصيلي حيث نعمد الى استقراء الحالات المتعددة لنستدل منها على تأصيل التعسف في استعمال الحق الإداري، وكذلك اعتمدنا على المنهج التطبيقي في هذه الدراسة لتعزيز ما توصلنا إليه من تحليل.

سادساً: هيكلية الدراسة: من أجل وضع خطة محكمة لتغطية كامل جوانب بحثنا والمشاكل التي تُثيرها، وعلى ضوء المنهجية التي ارتأينا الاعتماد عليها؛ سنستهل موضوع بحثنا (التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالانحراف بالسلطة) بمقدمة؛ نوضح فيها تعريفاً مفصلاً بموضوع الدراسة وأهميتها وأهدافها... ومن ثم لهيكلية البحث، حيث سنقسمها إلى ثلاث مطالب: يكون المطلب الأول لمفهوم التعسف في استعمال الحق، وثانيها لمفهوم الانحراف بالسلطة، أما ثالث المطالب فللعلاقة بين التعسف في استعمال الحق والانحراف بالسلطة، وكما يلي:

المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق: ان التعسف في استعمال الحق[١] هو استخدام حق مشروع (استعمال الحق) لكن المشكلة تكمن في تجاوز حدود ذلك الحق، وهو ما يمكن أن نجد معناه من خلال حديث النبي محمد صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"[٢]. ولإيضاح مفهوم التعسف في استعمال الحق يلزم دراسته في أربعة فروع: يكون أولها لتعريف التعسف في استعمال الحق، بينما يكون ثانيها لمعايير التعسف في استعمال الحق، ويكون ثالث الفروع لتأصيل التعسف في استعمال الحق الاداري، أما رابعها فيكون لمحل التعسف في استعمال الحق وكيفية اثباته، وكما هو أت:

١) ومن أبرز الفقهاء الذين يتنكرون للتعسف في استعمال الحق نجد الفقيه "بلانيول" الذي يرى أن الحق لا يمكن أن يستعمل إلا أن كان مشروعا، وضمن الإطار والغرض الذي رسم له وغير ذلك يعد خروجا عن الحق ذاته ولا يعتبر تعسفا، فحسبه لا يمكن أن يجتمع الحق والتعسف ضمن عبارة واحدة، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه الفقيه سالي بقوله أن التعسف في استعمال الحق تعبير خاطئ، وأنه يقصد به في غالبية الأحيان يقصد به انتفاء الحق وليس إساءة استعماله، ويعاب على الفقيهين خلطهم بين المصطلحات فالتعسف هو خروج عن غاية الحق وليس عن حدوده، كما يمكن للشخص أن يكون متعسفا في استعمال حقه دون أن ينفي ذلك تبعية الحق له. ينظر: خادم نبيل، استقلالية نظرية مضار الجوار غير المألوفة عن نظرية التعسف في استعمال الحق (دراسة على ضوء الاجتهاد الجزائري والمصري)، مجلة القانون العقاري والبيئة، مجلد ٨، العدد ١٥، ٢٠٢٠، ص٢٨٧.

٢) أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج٣، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص٢٦٧. قال المحقق: ومعناه صحيح ثابت بإسناد صحيح عند ابن ماجة أيضاً من حديث عبادة بن الصامت.

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق

أولاً: تعريف التعسف في استعمال الحق لغة: التعسف: الظلم، التصرف الذي لا مبرر له[١]. وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف إذا كان ظلوما[٢]. أما الحق: فهو ضد الباطل[٣]، وهو الأمر الثابت الموجود، وهو ما وجب وثبت[٤].

ثانياً: تعريف التعسف في استعمال الحق اصطلاحاً: التعسف: هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل. فالتَّعسُّف في استعمال الحقّ تعبيرٌ واردٌ إلينا عن الغرب، فيجمل بنا أن نعرفه بما أرادوا منه؛ فالتَّعسف في استعمال الحق عندهم هو: استعمال الحق على وجه غير مشروع، فالمفروض أن الحق أمر مشروع ومباح الاستخدام؛ ولكن الذي استعمله نحا في ذلك نحوا غير مشروع. أما الحق: هو مصلحة "منفعة" تثبت لشخص قِبَلَ غيره، مشروعة ويحميها القانون[٥]. فالحق هو منفعة تثبت لإنسان ما، أو لشخص طبيعي أو اعتباري أو لجهة على اخرى، ولا يعتبر الحق الا اذا قرره الشرع والدين أو القانون أو العرف أو الاتفاقيات[٦].

وقد اختلف الشراح حول تسمية التعسف أم غيره، فالبعض استخدم مصطلح المضارة في استعمال الحق، وهو اللفظ الشائع لدى الفقهاء المسلمين لورود هذا اللفظ في القرآن الكريم بقوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ}[٧]، كما استدلوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم (أنت مضار)[٨]، ويفضل البعض لفظ التعسف في استعمال الحق لدقته في المعنى المراد، فالتعسف كما يقول صاحب هذا الرأي هو تكبر أو انحراف عن

---

١) محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ج١، ط٢، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ص١٣٦.

٢) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج٩، د. ن، د.ت، ص٢٤٦.

٣) د. حميد حنون خالد، حقوق الانسان، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٩.

٤) إبراهيم عبدالرحمن إبراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، العدد ٢٢، السنة ٩، د.ت، ص٢١.

٥) التمييز بين الحق والحرية: فالحق: هو مصلحة "منفعة" تثبت لشخص قِبَلَ غيره، مشروعة ويحميها القانون. أما الحرية: هي المكنة التي يعطيها القانون للتمتع بالحق، وتنظم بالقانون. التعريفين عن: د. سحر محمد نجيب من خلال محاضراتها التي القتها على طلبة الدراسات العليا بفرع قانون حقوق الانسان بكلية الحقوق بجامعة الموصل/ الكورس الاول ٢٠١٩/ ٢٠٢٠.

٦) د. حافظ علوان حمادي الدليمي، حقوق الانسان، د.ت، بغداد، ٢٠٠٩، ص١٤.

٧) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية: ١٢.

٨) أَبو دَاوُدَ سُلَيْمَان بن الأَشْعَثِ السِّجِسْتَانِيّ، السنن، ج٤، طبعة دار الفكر – بيروت، الحديث تحت الرقم ٣٦٣٦، ص٢٣٤. وهو منقطع، أما لفظه وقصته عن سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ، أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَضُدٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ، قَالَ: وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ (اي زوجته)، قَالَ: فَكَانَ سَمُرَةُ يَدْخُلُ إِلَى نَخْلِهِ فَيَتَأَذَّى بِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلى الله عَلَيهِ وَسَلمَ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَطَلَبَ إِلَيْهِ النَّبِيُّ صَلى الله عَلَيهِ وَسَلمَ، أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى، قَالَ: فَهِبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا أَمْرًا رَغَّبَهُ فِيهِ فَأَبَى، فَقَالَ: أَنْتَ مُضَارٌّ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلى الله عَلَيهِ وَسَلمَ لِلأَنْصَارِيّ: اذْهَبْ فَاقْلَعْ نَخْلَهُ.

الجادة، وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضار غيره وقد لا يكون[١]، وذهب البعض الى تسميته بالانحراف[٢].

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق: وإن أحوال التعسف أو معاييره في القوانين الحديثة يمكن إرجاعها إلى ثلاث حالات[٣] هي:

١- أن يأتي الإنسان بعمل مشروع، ويقصد به الإضرار بالغير من غير أن تكون له مصلحة فيه.

٢- أن يأتي بعمل مشروع للحصول على مصلحة ضئيلة له، لا تتناسب مع الضرر العظيم الذي لحق الغير من جراء هذا العمل.

٣- يأتي بعمل مشروع يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة.

فيتحقق التعسف اذا افتقدت المصلحة ضابط المشروعية[٤] وعلى هذا فالتعسف يأخذ صور غياب المصلحة في استعمال الحق، وتفاهة المصلحة في استعمال الحق، وعدم مشروعية المصلحة في استعمال الحق، وان هنالك عدة معايير يعتبر الاستعمال فيها غير مشروع منها؛ قصد الاضرار بالغير، عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع ضرر الغير، عدم مشروعية المصلحة المترتبة على استعمال هذا الحق[٥].

الفرع الثالث: تأصيل التعسف في استعمال الحق الإداري: إن لهذه النظرية رأي مؤيد ورأي منكر ومن أبرز الفقهاء الذين يتنكرون للتعسف في استعمال الحق نجد الفقيه "بلانيول" الذي يرى أن الحق لا يمكن أن يستعمل إلا أن كان مشروعا، وضمن الإطار والغرض الذي رسم له وغير ذلك يعد خروجا عن الحق ذاته ولا يعتبر تعسفا، فلا يمكن أن يجتمع الحق والتعسف ضمن عبارة واحدة، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه الفقيه "سالي" بقوله: أن التعسف في استعمال الحق تعبير خاطئ، وأنه يقصد به في غالبية الأحيان انتفاء الحق وليس إساءة استعماله.

---

١) إبراهيم عبدالرحمن إبراهيم، مصدر سابق، ص٢٠.

٢) وهو ما توصل إليه الفقيه جوسران والمحاكم الفرنسية مؤخرا.

٣) وقد قسمها بعض الكتاب الى: ١- الغاية بعيدة عن المصلحة العامة، وهي؛ أ- استخدام السلطة لتحقيق نفع شخصي. ب- استخدام السلطة بقصد الانتقام. ج- استخدام السلطة لغرض سياسي. ٢- مخالفة قاعدة التخصيص؛ أ- في ميدان الضبط الاداري. ب- في ميدان الوظيفة العامة. ٣- اساءة استعمال الاجراءات. ينظر: د. محمد علي جواد كاظم ود. نجيب خلف احمد الجبوري، القضاء الاداري، ط٦، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٦، ص٩٢ وما بعدها.

٤) نصت المادة (٧) من القانون المدني العراقي رقم: ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على: "١– من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. ٢– ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية: أ– اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب– اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج– اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة".

٥) د. سارة خلف جاسم ود. سجى محمد عباس، الافكار المشابهة لعيب الانحراف بالسلطة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٣، مجلد ٣، العدد ١، الجزء ٢، ٢٠١٨، ص٣٩٩-٤٠٠.

ويعاب على الفقيهين خلطهم بين المصطلحات؛ فالتعسف هو خروج عن غاية الحق وليس عن حدوده، كما يمكن للشخص أن يكون متعسفا في استعمال حقه دون أن ينفي ذلك تبعية الحق له. إلا أن الفقه الحديث استقر على الاعتراف بوجود التعسف في استعمال الحق، ومن أبرز المنادين بهذا الفقيه الفرنسي "جوسران" حيث يرى أن كل حق يمنح لصاحبه يهدف إلى تحقيق غاية اجتماعية، والخروج عن هذه الغاية يعد تعسفا. وهذه النظرية ليست نظرية حديثة؛ بل هي فكرة قديمة ظهرت بوادرها في القانون الروماني وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم ثم الحالي، ومنه امتدت إلى القوانين الحديثة[١].

هذا وبدأ التأصيل والتأسيس لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق كمبدأ عام في القانون الدولي[٢] في مشروع النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي عام ١٩٢٠ بعد الحرب العالمية الأولى في عهد عصبة الأمم؛ ابتغاء إحاطة حقوق الدولة المطلقة بمبادئ تحول دون استعمالها استعمال يلحق الضرر بالغير، حيث اعتبر النظام الأساسي للمحكمة مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق من المبادئ القانونية العامة المستقرة في الدول المتمدنة، وأكدت المحكمة – في ذلك الوقت – استنادها إليه[٣].

وهنا نطرح التساؤل التالي: هل بدأت تتكون في القانون الاداري الحديث، نظرية التعسف في استعمال الحقوق الادارية، مستقلة وموازية لنظرية الانحراف بالسلطة؟ والجواب عن هذا التساؤل يكمن في عدة ثوابت (إن صح تسميتها) وسنتناولها بالشرح في النقاط التالية[٤]:

أولاً: في قضاء مجلس الدولة الفرنسي: ففي مطلع القرن الحالي بدأ مجلس الدولة الفرنسي يستعمل في قضائه تعبيرات على النحو الآتي:

١- (لقد لجأت الادارة الى اجراءات تعسفية).

٢- أو (لقد استعملت الادارة سلطاتها استعمالا تعسفيا).

---

١) خادم نبيل، مصدر سابق، ص٢٨٦.

٢) وننوّه هنا إلى ضرورة التمييز بين التعسف في استعمال الحق وبين التعسف في استعمال السلطة، ولتوضيح الفارق ينبغي التفريق بين مفهومَي الحق والسلطة؛ فما تمارسه الدولة ممّا يمنحها إياه القانون من خلال أجهزتها المختلفة - فيما يعرف بالشأن الداخلي في مواجهة الأفراد - نطلق عليه السلطة، أما ما تمارسه الدولة في نطاق الشأن الخارجي، فيما يمنحها إياه القانون الدولي من صلاحيات، فهذا ما نطلق عليه الحق؛ لأن السلطة تقتضي أن من يملكها يكون في أعلى الهرم؛ أي أنه يملك قوة وصلاحيات على من تُمارس السلطة في مواجهته، خلافًا للحق الذي يُفترض أن يُمارَس في مواجهة أصحاب المراكز القانونية المتساوية، إضافة إلى أن ما تملكه الدولة من سلطة لا يملكها الأفراد؛ أما ما تملكه من حقوق فإن بقية الدول تملك نظيرها على مرتبة متساوية. ينظر: مجموعة باحثين من مركز ابن خلدون للعلوم الإنسانية والاجتماعية في جامعة قطر، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق في القانون الدولي الأزمة الخليجية نموذجًا - دراسة تطبيقية، ط١، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، ٢٠٢٠، ص١٩.

٣) مجموعة باحثين من مركز ابن خلدون للعلوم الإنسانية والاجتماعية في جامعة قطر، المصدر السابق، ص٢٦-٢٧.

٤) بتصرف ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص١٧١ وما بعدها.

٣- أو (لقد أساءت الادارة استعمال حقوقها).

ولقد استرعت هذه التعبيرات الجديدة أنظار فقهاء القانون العام في فرنسا، وشرع بعضهم ينشئ على أساس قضاء مجلس الدولة، نظرية ادارية في اساءة استعمال الحقوق الادارية. والتي سوف نستعرضها في النقطة التالية.

ثانياً: في محاولات الفقه مع الاشارة إلى أهم من أحكام مجلس الدولة:

للفقه محاولات وقد أشارت إليها أحكام مجلس الدولة مستعملا فيها التعبيرات السابقة، وهي:

١- لكي تكون هناك نظرية للتعسف قائمة بذاتها ومستقلة عن نظرية الانحراف يجب أن يكون هناك خلاف بين النظريتين. ولكننا نشاهد أن اثنان من كبار الفقهاء في فرنسا (دوجي ويتابعه في ذلك بونار الى حد كبير) قد رفضا كل خلاف بينهما، فالعميد "دوجي" يعارض ذلك الرأي بشدة، فهو يرى أن العمل التعسفي هو عمل غير مشروع شأنه في ذلك شأن القرار الاداري المشوب بعيب الانحراف. وبناء على ذلك يكون العيب في حالة الانحراف هو بذاته في حالة التعسف، وذلك لأن من المؤكد أن العمل الذي يرمي الى هدف غير مشروع يستتبع مسئولية من صدر عنه، لا لأنه قد أساء استعمال كما يدعى البعض ولكن لأنه قد خالف القانون حقه. أما العميد "بونار" فانه في تعليقه على حكم مجلس الدولة الصادر في سنة ١٩٢٩ (شركة مناجم سيجرى) قد تابع العميد دوجي فيما ذهب اليه الى حد بعيد، ولو أنه حاول في النهاية أن يضع نظرية للتعسف مستقلة عن عيب الانحراف. وهو يقول في المعنى السابق: لو أننا استعرضنا جميع الحالات التي اعتبرها القاضي المدني حالات تعسفية، لوجدنا أنها في الحقيقة حالات عدم مشروعية يكون العمل فيها مخالفا للقانون في أسبابه أو في أغراضه وأهدافه، وبناء على ذلك تكون محقين اذا قلنا ان جميع حالات التعسف التي عرضت حتى الآن هي حالات خاصة لعدم المشروعية، وان اساءة استعمال الحق ما هو الا تطبيق لحالة عدم المشروعية التقليدية. وأن مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بقضاء الالغاء لم يميز بين نظرية الانحراف وفكرة التعسف في استعمال الحق، فأما أن يكون العمل معيبا في أهدافه أو أسبابه فيلغيه لأنه غير مشروع واما أنه سليم فيرفض الالغاء. فبالنسبة لقضاء الالغاء يمكننا أن نسلم بأن مجال النظريتين واحد، وان رأي "دوجي" يمكن الدفاع عنه، أما في مجال قضاء التعويض أو القضاء الكامل فيبدو أن مجلس الدولة قد أقر نظرية في التعسف في استعمال الحقوق الادارية على نمط النظرية المدنية ومستقلة عن نظرية الانحراف التقليدية، ولا أدل على ذلك أن

العمل الاداري الواحد قد رفض مجلس الدولة الغاؤه بناء على عيب الانحراف ولكنه حكم بالتعويض عنه لأن الادارة قد تعسفت في استعمال حقها.

اذن فمجال البحث عن نظرية ادارية في التعسف في استعمال الحقوق الادارية محصور في قضاء التعويض، لا قضاء الالغاء، وان مجلس الدولة الفرنسي أشار الى نظرية التعسف في الحقوق الادارية لأول مرة، في حكم أوليفير وزمرمان. وتناول العميد "هوريو" حكم مجلس الدولة وحاول لأول مرة لخط الخطوط العامة لنظرية التعسف الادارية. ووفقا لهذه المحاولة الأولى تكون الادارة متعسفة في استعمال حقوقها اذا:

أ- نفذت الادارة قرارا مشوبا بعيب الانحراف، وذلك لأن القرار في هذه الحالة لا يمكن أن يترتب عليه ضرر الا اذا نفذ، ونظرية التعسف هي نظرية ذات صبغة تعويضية، فهي توجه أساسا إلى التنفيذ، ونلاحظ أن من القرارات الادارية ما يحمل تنفيذه في طياته، أي يولد منفذا، كالقرار الصادر برفض طلب أحد الأفراد الحصول على ترخيص معين. فتنفيذ هذه القرارات لا يتميز عن اصدارها، ومجرد صدور القرار مشوبا بعيب الانحراف يجعل من حق الفرد المضار أن يطالب بالتعويض بناء على عيب الانحراف ذاته.

ب- أضف الى ذلك، أنه وفقا لرأى العميد هوريو السابق وقياسا عليه: تعد الادارة متعسفة أيضا اذا نفذت قرارا مشوبا بأى عيب آخر، غير عيب الانحراف، لأنا لا نرى داعيا للتمييز بين أوجه الالغاء المختلفة.

٢- الحالة الثانية هي حالة تصرف خاطىء من الادارة سوآء تعلق هذا التصرف بتنفيذ قرار ادارى أو لم يتعلق، وأن هذه الصورة الأخيرة تشمل بعض الحالات التي اعترف فيها مجلس الدولة بقيام التعسف، الا أن محاولة هوريو لم تؤت كل الثمرات المرجوة، اذ أنها لم توضح لنا بدقة متى تعتبر الادارة متعسفة في استعمال حقوقها، كما أنها لم تبين لنا بدقة الفروق بين التعسف والانحراف. ولذلك فقد قدم لنا العميد "بونار" محاولة جديدة قطعت شوطا بعيدا في سبيل النجاح، حيث قام العميد "بونار" بهذه المحاولة وهو يعلق على حكم مجلس الدولة في قضية (مناجم سيجرى)، عندما اعتدت شركة مناجم سيجرى على الطبقات المخصصة للأهالي من سكان المستعمرات، وكان ذلك الاعتداء بعلم من الادارة، ولكنها تركتها برغم ذلك تباشر هذا الاستغلال غير المشروع فترة من الزمان، ثم تراءى للإدارة أن تصحح ذلك الوضع القائم، ففاجأت الشركة، بدون سابق انذار وأمرتها بالكف فورا عن استغلال الطبقات العليا، ثم طعنت الشركة في هذا

القرار طالبة الغاءه، والتعويض عما سببه لها تنفيذه من أضرار، ولكن مجلس الدولة بعد أن فحص الدعوى، رفض الالغاء، مقررا أن الأمر الإداري كان سلبيا ولكنه حكم للشركة بالتعويض، لأن الادارة وان كان لها حق اصدار ذلك القرار الا أنها قد استعملت حقوقها استعمالا تعسفيا، وهذا الحكم بالغ الأهمية لأنه يرجع اليه الفضل في تصوير نظرية التعسف في استعمال الحقوق الادارية تصويرا صحيحا، كما أنه هو الذى أوحى الى العميد بونار بالأفكار التي أتى بها.

لقد قدم لنا مجلس الدولة وجهين من أوجه التعسف في هذا القرار قام بشرحهما العميد بونار، وأضاف اليها وجها ثالثا، منشئاً بذلك نظرية التعسف في استعمال الحقوق الادارية المعروفة الآن في القانون الاداري الفرنسي، وهي[١]:

١- أول هذه الأوجه ينحصر في أن الادارة بعد أن تركت الشركة تستغل ذلك الاستغلال غير المشروع مع علمها بذلك، تقدمت فجأ، وأمرتها بالكف عن ذلك الاستغلال، فالوجه الأول من أوجه التعسف ينحصر في سوء اختيار وقت التدخل.

٢- والوجه الثاني فمرده الى أن القرار في الظروف التي صدر فيها كان غير ذي فائدة، فالغرض المفترض منه تمكين الأهالي من استغلال الطبقات العليا من تلك المناجم، إلا أن أحدا من الأهالي سكان المستعمرة التي توجد بها مناجم الشركة، لم يتقدم بأية شكوى ضدها، فالقرار حالا ومباشرة لا يتناسب مع الغرض المقصود منه، فلن يستفيد في وقت اتخاذ القرار من تحقيق تلك الغاية.

٣- أما الحالة الثالثة من حالات التعسف لم تظهر في الحكم السالف الذكر ولكن العميد "بونار" يستمدها من الأحكام الأخرى وهي؛ حالة ما اذا كان القرار قاسيا لا يتناسب والأسباب التي قام عليها.

طبق مجلس الدولة الفرنسي أيضا نظرية التعسف في حكمه الصادر في سنة ١٩١٣ في القضية المعروفة باسم "مدينة روان"[٢]، أما حكم مجلس الدولة الصادر في سنة ١٩١٣ في

---

١) بتصرف ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص١٧٧-١٧٨.

٢) وملخص القضية؛ بمناسبة تعسف الادارة في استعمال حقوقها المستمدة من العقود الادارية، في الظروف التالية: منحت بلدية مدينة روان امتياز توزيع المياه إلى شركة خاصة، وفرضت عليها مقابل ذلك شروطا معينة أهمها واجب مد أنابيب المياه في الشوارع التي تفتتح في المستقبل. وحدث أن اتسعت المدينة، وأنشئت بعض الشوارع، ولم تقم الشركة بما تعهدت به من مد أنابيب المياه لتزويد السكان بما يحتاجون اليه. فأمرتها البلدية سنة ١٩٠٨ بالوفاء بهذا التعهد. وقام نزاع بين الشركة والبلدية، رفع أولا الى مجلس المحافظة ثم أخيرا الى مجلس الدولة كان مجلس المحافظة قد قرر حتى البلدية في الزام الشركة بعد الأنابيب اللازمة لخدمة الشوارع الجديدة. ولكن مجلس الدولة عدل ذلك الحكم مقررا أنه وان تكن الشركة ملزمة قانونا بمد تلك الأنابيب، الا ان حالة التوسع في المدينة لا تبرر النفقات الضخمة التي تتكفلها الشركة بمد أنابيب ان يستفيد منها الا عدد قليل من السكان وصورة التعسف هنا واضحة ان

قضية "مارك" أكثر دلالة، لأنه طبق نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال القرارات الادارية البحت، لا فيما يتعلق بحقوق مستمدة من العقد أساسا[١]، وأخيرا فقد طبق مجلس الدولة نظرية التعسف في القضية التالية المعروفة باسم "بارنير"[٢].

الفرع الرابع: محل التعسف في استعمال الحق وكيفية اثباته: ويقصد بهذا العيب (التعسف في استعمال السلطة) استخدام الادارة لسلطتها من اجل تحقيق غاية غير مشروعة سوآء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة ام انها مغايرة للغاية التي حددها القانون، وقد اشار المشرع العراقي الى هذا العيب في المادة (٧/ خامساً/٣)[٣] من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس (شورى) الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ المعدل، وان اهمية عيب اساءة استعمال السلطة يظهر من الناحية القانونية والعملية[٤]:

أولاً: الناحية القانونية:- تتعلق بهدف العمل الاداري وغايته في ميدان السلطة التقديرية للإدارة، أي في الاحوال التي يترك فيها المشرع للإدارة قدراً من الحرية في اختيار التدخل من عدمه أو حتى في اختيار وقت التدخل، لذا فأن هناك تلازم بين هذا العيب وبين سلطة الادارة التقديرية، ورغم ذلك فأن عيب الغاية يمكن ان يظهر حتى في ميدان الاختصاص المقيد للإدارة، اذ يستطيع رجل الادارة ان يؤخر اصدار القرار للإضرار بمصلحة الشخص المعني بالقرار، او ليفوت عليه الفرصة التي يبتغيها من وراء ذلك القرار.

الزام البلدية للشركة بالوفاء بما تعبدت به مشروع في ذاته، ولكنه شديد القسوة وقليل الفائدة. ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص١٨١.

١) وتتلخص القضية أن السيد "مارك" شغل منصب مدير حديقة النباتات بدينة "رين" في فرنسا، وأن الادارة قد فصلته لأسباب رأى أنها تعسفية، فطعن في القرار طالبا الغاءه والتعويض عنه. ولكن مجلس الدولة قرر رفض طلب الالغاء لأن القرار لم يشبه عيب الانحراف، ولكنه مع ذلك، و في نفس اليوم قرر تعويض المسيو مارك لأنه لم يثبت لا من الملف، ولا من التحقيق، أنه ارتكب أخطاء مرفقية تبرر العقوبة التي اتخذت ضده فقرار الفصل رغم كونه مشروعا، الا أنه شديد القسوة ولذلك فان الادارة تعد متعسفة. ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص١٨١-١٨٢.

٢) تتلخص وقائعها فيما يلي: كان السيد "بارنير" مدينا لمصلحة الضرائب الفرنسية بدين مشكوك ومنازع فيه، وبالرغم من قيام الأدلة القاطعة على حسن نيته، فقد طبقت عليه الادارة في سبيل تحصيل ذلك الدين وسائل في غاية التعسف، لدرجة أنه فقد مركزه في السوق بالكلية، ولا شك أن الادارة في سبيل تحصيل ديونها تستطيع أن تلجأ الى وسيلة الحجز الاداري فهي وسيلة مشروعة في ذاتها، ولكنها تتحمل نتائج استعمال تلك الوسيلة اذا تعسفت في استعمالها كما هو الحال في تلك القضية، فقد قرر المجلس أن الحجز الذي وقعته الادارة على منقولات السيد بارنيرا لم يكن له باعتراف وزير المالية نفسه. ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص١٨٢.

٣) نصت المادة (٧/ خامساً/ ٣) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ المعدل على: "خامسا: يعد من اسباب الطعن في الاوامر والقرارات بوجه خاص ما يأتي: ٣- ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين او الانظمة او التعليمات او الانظمة الداخلية او في تفسيرها او فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة او الانحراف عنها".

٤) د. محمد علي جواد كاظم ود. نجيب خلف احمد الجبوري، مصدر سابق، ص٩٢-٩٣.

ثانياً: الناحية العملية: فأن رقابة عيب الغاية هي رقابة دقيقة وصعبة اذ انها لا تنحصر في تفحص المشروعية الخارجية او الظاهرية للقرار الاداري وانما البحث عن الغرض الحقيقي الذي سعى لتحقيقه رجل الادارة، وعلى هذا فأن هذا العيب يتعلق بالجانب النفسي لمصدر القرار، الأمر الذي يجعل مهمة القاضي الاداري في اثبات وجود هذا العيب شاقة وحساسة، وقد ترتب على صعوبة مهمة القاضي في كشف الانحراف بالسلطة ان اتجه القضاء الاداري الى اعتبار هذا العيب مرجعاً احتياطياً في الغاء القرارات الادارية، انه اذا طعن في قرار اداري في أي عيب اخر مع عيب الانحراف في السلطة فأن القاضي الاداري يبدأ بفحص العيب الآخر فاذا انتهى الى كشف هذا العيب حكم بإلغاء القرار دون حاجة الى التعرض لعيب الانحراف بالسلطة.

المطلب الثاني: مفهوم الانحراف بالسلطة :للوقوف على مفهوم الانحراف بالسلطة يفضل تقسيم مطلبنا هذا إلى أربعة فروع: يكون أولها لتعريف الانحراف بالسلطة، بينما يكون ثانيها لمعايير التعسف في استعمال الحق، ويكون ثالث الفروع لتأصيل الانحراف بالسلطة، أما رابعها فيكون لمحل الانحراف بالسلطة وكيفية اثباته

الفرع الأول: تعريف الانحراف بالسلطة

أولاً: تعريف الانحراف لغة: الانحراف لغة: هو الميل[١]. وهو حرف الشي يحرف حرفا وانحرف وتحرف: عدل واذا مال الانسان عن الشي يقال تحرف وانحرف وتحريف الكلم عن موضعه تغييره[٢].

ثانياً: تعريف الانحراف بالسلطة اصطلاحاً: عرف الفقه الفرنسي الانحراف قديما، فعرفه الفقيه "أوكك" تعريفا مختصرا: "استعمال رجل الادارة سلطته لتحقيق غرض غير الذي من أجله منح هذه السلطة". اما الفقيه "هوريو" (١٨٩٧-١٩٧٠) فقد اثر أن يستعمل تعريفا قريب الشبه بتعريف أوكك، فهو يقول: "ترتكب السلطة الادارية عيب الانحراف حين تتخذ قرارا يدخل في اختصاصها، مراعية فيه الشكل المقرر وغير مجانبه فيه حرفية القانون، مدفوعة بأغراض أخرى غير التي من أجلها منحت سلطاتها"، أي لغرض أخر غير حماية المصلحة العامة. اما الكتاب المعاصرين فانهم يستعملون تعريفات قريبة الشبه من التعريفات السابقة، وان كانوا يراعون في جملتهم عدم الإطالة وتفضيل الايجاز، فالعميد "بونار" (١٨٥٨-١٩٢٣) يرى أن عيب الانحراف أنه: "نوع من عدم المشروعية، ينحصر في أن عملا قانونيا يكون سليما في جميع

١) أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٦، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت – لبنان، ١٤٢٠/ ١٩٩٩، ص٢٠٥.

٢) د. سارة خلف جاسم ود. سجى محمد عباس، مصدر سابق، ص٣٨٩.

عناصره، عدا عنصر الغرض المحدد له"، وهذه التعريفات التي استعرضناها قديما وحديثها، لا تختلف في شيء ان لم يكن في تركيبها اللغوي، لان لفظ "الانحراف" يفصح عن مدلوله بلا حاجة معه إلى تعريف، وان كان ولابد فإننا نؤثر أن نعرفه بما يلى: "هو استعمال رجل الادارة سلطته التقديرية، لتحقيق غرض غير معترف له به"[١].

أما عربياً فقد عرفه الفقيه المصري الدكتور "احمد السنهوري" بأن الانحراف في استعمال السلطة عيب يتميز بطبيعته عن غيره من العيوب فالقرار الاداري المشوب بعيب الانحراف وحده يكون ظاهر الصحة وباطن البطلان اما القرار المشوب بعيب اخر فهو قرار باطل باطنا وظاهرا، وعيب الانحراف له من الخصائص ما يبرر تميزه فهو؛ عيب باطن غير ظاهر وبالتالي فهو عيب خفي ولا يقوم الا حيث يكون للادارة سلطة تقديرية ومن ثم يتميز عن العيوب التي تلازم السلطة المحددة، وهو عيب احتياطي لا يبحث الا عند انعدام العيوب الاخرى[٢]. وعرفه الدكتور "عبد الغني بسيوني عبد الله" بقوله: يقصد بعيب إساءة استعمال السلطة استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة سوآء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو ابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده القانون"، وعرفه الدكتور "سامي جمال الدين" بقوله: عيب الانحراف بالسلطة يتصل بعنصر الغاية في القرار الإداري، أي المبتغى الذي يسعى إليه رجل الإدارة ويأمل في الوصول إليه، وبالتالي إذا استخدم الموظف العام سلطته من أجل تحقيق غير المصلحة العامة أو الهدف المخصص قانونا لقراره الإداري، فإنه بذلك يكون قد انحرف بسلطته عن الغاية التي كان عليه تحقيقها"[٣]. أما عن الفقه العراقي فيقول الدكتور "شاب توما منصور" ان القرار الاداري كأي عمل قانوني اخر يهدف الى تحقيق غاية معينة فهو ليس غاية في ذاته بل وسيلة لتحقيق غرض معين فهو هدف القرار الاداري انما هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الادارة تحقيقها، فاذا ثبت ان مصدر القرار كان يقصد تحقيق مصلحة شخصية وقع القرار باطلا، فالقرار الذي يصدر بفصل موظف يكون باطلا اذا ثبت ان مصدر القرار لم يقصد من اتخاذ هذا الاجراء تحقيق مصلحة العمل وانما كان يقصد اشباع رغبته بالانتقام من الموظف[٤].

---

[١]) د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص٦٨-٦٩.
[٢]) د. سارة خلف جاسم ود. سجى محمد عباس، المصدر السابق، ص٣٩٠.
[٣]) حسام أوذينة، الانحراف بالسلطة كوجه لالغاء القرار الاداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، ٢٠١٥/ ٢٠١٦، ص١٦.
[٤]) د. سارة خلف جاسم ود. سجى محمد عباس، مصدر سابق، ص٣٩١.

الفرع الثاني: معايير الانحراف بالسلطة: للانحراف بالسلطة معياران تتفرع منهما عدة محاور، وكما هو أت:

١- الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة، وحالاته هي:

أ-الانحراف بالسلطة قصد تحقيق نفع شخصي.

ب-الانحراف بالسلطة قصد محاباة الغير.

ج- الانحراف بالسلطة قصد الانتقام من الغير.

د- الانحراف بالسلطة قصد تحقيق أهداف سياسية.

هـ- الانحراف بالسلطة قصد التحايل على تنفيذ أحكام القضاء.

٢- الانحراف بالسلطة عن قاعدة تخصيص الأهداف، وحالاته هي:

أ- الخطأ في تحديد الأهداف المنوط بالموظف تحقيقها.

ب- خطأ الموظف في استعمال الوسائل المقررة (الانحراف بالإجراء).

الفرع الثالث: تأصيل الانحراف بالسلطة: يعد عيب الانحراف بالسلطة من أقدم صور عدم المشروعية ظهورا في القضاء الإداري الفرنسي، فيرجع تاريخ ظهور هذا العيب من العيوب التي تشوب القرار الإداري الراجح في الفقه الفرنسي إلى النصف الثاني من القرن التاسع عشر، وعلى وجه التحديد إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٨٦٤، ولكن هذا التاريخ ليس محل اتفاق، إذ يرى جانب من الفقه أن تاريخ نشأة هذا العيب تعود إلى بداية القرن التاسع عشر[١].

جاء إساءة استعمال السلطة في قانون العقوبات العراقي رقم: ١١١ لسنة ١٦٩٦ المعدل في المادة (٣٤١) من بين الصور التي تشكل مخالفات توجب العقاب على الموظف حيث جاء فيها: "يعاقب بالحبس... عن إساءة استعمال السلطة أو عن إخلال جسيم بواجبات وظيفته"[٢].

وقد ورد مصطلح (التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة) في قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣، باعتبارهما وجهان من اوجه الطعن في الالغاء، إذ نصت المادة (م٧/ فق٥/ ٣) من القانون على أن: "يعد من اسباب الطعن في الاوامر والقرارات بوجه خاص ما يأتي: ٣- ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين

١) حسام أوذينة، مصدر سابق، ص٩.

٢) دعاء حمود عبد، تجاوز حدود السلطة في الوظيفة العامة - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، ٢٠١٨ / ٢٠١٩، ص٣١-٣٢.

او الانظمة او التعليمات او الانظمة الداخلية او في تفسيرها او فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة او الانحراف عنها"[١].

الفرع الرابع: محل الانحراف بالسلطة وكيفية اثباته: إن عيب الانحراف بالسلطة يورده الفقه والقضاء في عبارات مختلفة، فتارة يسمى بعيب تجاوز السلطة، وتارة عيب الانحراف في استعمال السلطة، وتارة عيب الغاية، وتارة عيب إساءة استعمال السلطة، فمن خلال تعريف محكمة القضاء الإداري إن عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة المبرر لإلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها بأن تكون الجهة الإدارية قد أصدرته لباعث لا يتعلق بالمصلحة العامة. كذلك إن المحكمة الإدارية العليا قد بينت محله بأن عيب إساءة استعمال السلطة الذي يبرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها بأن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة، وعلى هذا الأساس فإن عيب إساءة استعمال السلطة يجب إقامة الدليل عليه لأنه لا يفترض[٢], هذا وان تعبيري (سوء استعمال السلطة أو التعسف في استعمال السلطة) يفهم منهما أن الإدارة حين تلجأ إلى هذا العيب تكون سيئة النية، وتهدف إلى تحقيق أغراض سيئة. غير أن نظرية الانحراف أوسع مدى من ذلك، فهي تسع لصور تكون فيها الإدارة قد أصدرت قراراها لغرض نبيل، ومع ذلك فإن عملها يعتبر معيباً إذا خالفت مبدأ تخصص الأهداف[٣]. أما كيفية اثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة، فان عيب الانحراف عيب قصدي يرتبط بالكوامن النفسية لمصدر القرار، لذا يصعب اثباته لصعوبة اثبات سوء نية الادارة في بعض الاحوال، ولهذا اعتبره مجلس الدولة الفرنسي عيباً احتياطياً لا يركن اليه في الغاء قرار الادارة في حالة وجود العيوب الأخرى. فإن خلا منها وثبت الانحراف لجأ اليه في الالغاء، كما لا يرتبط هذا العيب بالنظام العام فلا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه[٤].

المطلب الثالث: العلاقة بين بين التعسف في استعمال الحق والانحراف بالسلطة

١) وليد مرزة حمزة المخزومي وحيدر علي حسين علي العقابي، مسؤولية الإدارة عند التعسف في استخدام القوة أو الانحراف فيها (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، ج٢، ٢٠١٧، ص١٥٥.

٢) حسام أوذينة، مصدر سابق، ص١٠ وما بعدها.

٣) دعاء حمود عبد، مصدر سابق، ص٣٢-٣٣.

٤) د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري، ط٤، مكتبة دار السلام القانونية، النجف، ٢٠٢٠، ص٢٦٦.

تكمن العلاقة ما بين التعسف في استعمال الحق والانحراف في السلطة في الشبه القوى بين النظريتين؛ الانحراف في القانون العام، والتعسف في استعمال الحق في القانون الخاص، وهكذا نرى الفقيه "جوسران" أو في من كتب عن نظرية التعسف في استعمال الحق وأشد أنصارها تحمسا، فصور لنا الروابط التي تجمع بين النظريتين في أسلوب أخاذ فيقول: "ان الرابطة بين نظرية التعسف في القانون الخاص والانحراف في القانون العام، تفرض نفسها بنفسها؛ فما كانا إلا فرعين وارفين لأصل مشترك، وصدى لفكرة واحدة، تتلخص في أن امتيازاتنا سوآء كان مردها الى القانون الخاص أم العام، وسواء تعلقت بأشخاصنا أم بوظائفنا، ذات قيمة اجتماعية، يجب أن تكون مباشرتها ذلك الغرض الاجتماعي، الذي يختلف حتما باختلاف البلاد والظروف والروابط القانونية، ولكنه موجود دائما و في كل مكان، لأنه روح حقوقنا، و بدونه تفقد سبب قيامها ولقد أشار العميد "هوريو" بدوره الى تلك العلاقة، في تعليقه على حكم مجلس الدولة الصادر سنة ١٩٠٣، حيث يقول: "ان أساس النظريتين واحد (نظرية التعسف والانحراف)، فالنظريتان تصدران عن أصل واحد، بل ان احداها استمدت الأخرى، ولقد قرر "هوريو" في مذكرته أن نظرية التعسف قد استمدت على الأقل في جزء منها من نظرية الانحراف الادارية، أما "جوسران" فيؤكد العكس، قائلا ان نظرية الانحراف ان هي الا غصن تفرع عن نظرية التعسف المدنية، وأن الأولى هي تطبيق الثانية على الوظائف الادارية. واذا كان الفقهاء قد اختلفوا في فرنسا على مصدر كل من النظريتين، فان ذلك لا محل له في مصر، فان القضاء يعتبر الادارة منحرفة اذا ما استعملت سلطاتها استعمالا تعسفيا، أي ان نظرية الانحراف في مصر هي وليدة نظرية التعسف، ولم يستعمل المشرع في قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة تعبير الانحراف ولكن استعمل باستمرار تعبير (اساءة استعمال السلطة) وهذا الخلاف على أصل النظريتين لا يعنينا في شيء، وكل ما يهمنا هو تلك الحقيقة التي لاشك فيها، وهى أنه يوجد في القانونين المصري والفرنسي نظريتان شقيقتان، لكل منهما استقلالها وشخصيتها، ويحققان بوسائل متميزة، ولكنهما خلقنا دم واحد، ويعبران عن فكرة واحدة[١] ولإيضاح العلاقة بين النظريتين سنقارن بينهما في ثلاثة فروع

الفرع الأول: المقارنة بين المجال في نظريتي التعسف والانحراف: ان فكرة الانحراف هي فكرة ملازمة للسلطة التقديرية فحيثما منح القانون رجل الادارة حرية التصرف في أمر من الأمور، كان له أن يتخذ في هذا الصدد ما يشاء من قرارات بغير معقب من القضاء الاداري ما لم يثبت

[١]) د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص١٥٧-١٥٨.

أنه انحرف بتلك السلطات التقديرية عن مراميها، وسعى بها الى تحقيق أغراض غير مشروعة أو على الأقل غير معترف بها. وعلى ذلك فان مجال عيب الانحراف في القانون العام من اليسير التعرف عليه، ولا يمكننا أن نحدد مجال "التعسف" بنفس الطريقة السالفة، لأن الفكرة الرئيسة التي يقوم عليها التحديد السابق وهي تقسيم السلطات الى محددة وتقديرية لم تعرف بعد طريقها إلى القانون الخاص، فبالرغم من تعدد الأعمال التي تصدر من الأفراد وهم يستعملون حقوقهم أو يقصدون استعمالها فان العلامة "جوسران" قد ردها إلى أقسام ثلاثة[١]:

١- الأعمال غير المشروعة: وهى الأعمال التي يقوم بها الأفراد دون استناد الى أي حق معلوم، ولو كان من قام بها يعتقد أنه يباشر حقه، وفي هذه الحالات يكون التصرف الصادر من الأفراد معيبا في ذاته وغير مشروع واعتداء غير مبرر على حق الغير، مثال ذلك أن يستعمل أحد الأفراد ما لا مملوكا افرد آخر دون استناد الى أي حق، وهذه الأعمال غير المشروعة تتميز تماما عن الأعمال التعسفية.

٢- الأعمال التعسفية: ومن غير أن تتعرض لمعيار التعسف، يمكننا أن نرسم الخطوط الخارجية لهذه الفكرة فيما يلى؛ ان الفرد الذى ينسب اليه العمل التعسفي هو صاحب حق يستعمل حقه، وبهذا يتميز الفعل التعسفي عن العمل غير المشروع، الذي لا يمكن ربطه بأى حق، غير أن هذا الاستعمال يتم في ظروف تضفي عليه صفة التعسف، كما لو أن أحد الملاك استعمل ملكه لمجرد الاضرار بالغير، أو لتحقيق أغراض لا تمت إلى نظام الملكية بصلة.

٣- وأخيرا يفرق جوسران بين العمل التعسفي بمعناه السابق وبين العمل الزائد عن الحد المعقول: ففي الحالتين نكون أمام صاحب حق يستعمل حقه، غير أن صاحب الحق في الحالة الثانية، يكون في استعماله لحقه صادرا عن مقاصد مشروعة، ومتخذا كل الوسائل اللازمة حتى لا يضار الغير، ولكن هذا الضرر يتحقق رغما عن ذلك، واذن فهذا العمل الذى يتجاوز المدى أو الحد المعقول هو أقرب الى فكرة مخاطر الحرفة منه الى عمل تعسفي خاطئ، واذا كان من يصدر منه ذلك العمل يسأل عنه، فان المسئولية هنا تكون مسئولية مادية، مثال ذلك: أن يكون البخار أو الدخان المتصاعد من أحد المصانع، برغم جميع الاحتياطات التي يتخذها مديروه، قد سبب أضرارا لأحد الملاك المجاورين، تفوق مخاطر الجوار العادية.

[١]) المصدر نفسه، ص١٥٩-١٦٠.

اذن فالعمل التعسفي يقع بين عملين على طرف نقيض: بين عمل غير مشروع، لا يستند الى أي حق، ومظهره وحده يكشف عن عدم مشروعيته، وبين الأعمال المشروعة، التي قد يتحمل فاعلها ما يترتب عليها، لا بناء على خطأ صدر منه، ولكن لاعتبارات تتعلق بالتضامن الاجتماعي. وبهذا يقترب العمل التعسفي في القانون الخاص، من العمل المشوب بعيب الانحراف في القانون العام؛ فاذا صرفنا النظر عن أن العمل المشوب بعيب الانحراف هو عمل غير مشروع لوجدنا أن كلا من العملين سليم في ظاهره، فمن صدر عنه يملك اجراؤه. ولو فصلناه عن الأغراض التي دفعت من قام به الى اتخاذه أو الظروف التي أحاطت به، لكان سليما، غير أننا نسارع فنقرر أن مجال التعسف أوسع بكثير من مجال الانحراف؛ فالانحراف كما قلنا لا يمكن اثارته الا بالنسبة للسلطات التقديرية. واذا لاحظنا أن مجال السلطات التقديرية أخذ في الضيق، وأن المشرع بل والقضاء في فرنسا كثيرا ما يتدخل وينظم بتشريع منه وبطريقة مفصلة أحيانا كيفية استخدام الادارة للسلطات التي يضعها بين يديها، لأدركنا أن مجال السلطات المحددة يتسع على حساب السلطات التقديرية ومعنى ذلك أن حالات الانحراف مستقل، ونخرج من هذا بأن مجال الانحراف هو الجانب التقديري من سلطات الادارة، وهو آخذ في الضيق. أما مجال التعسف فهو جميع الحقوق الخاصة الا تلك الطائفة التي يستثنيها القضاء[١].

الفرع الثاني: المقارنة بين معيار نظريتي التعسف والانحراف

فالمعيار للانحراف ذو صبغة موضوعية اذ في كل مرة تنحرف الادارة عن الهدف المشروع، ولو كان ذلك عن حسن نية ولغرض نبيل في ذاته، يعد قرارها معيبا، وفي الحقيقة ان القاضي لا يصل للدوافع الشخصية التي تغري الادارة باتخاذ قرارها، ولكن ذلك يكون في مجال تلمس الدليل على الانحراف الذي يتميز في نهاية الأمر بصفة موضوعية، والبعض الآخر يؤثر عليه. أما بالنسبة للتعسف، فقد قام بين الشراح خلاف حول معياره، ففريق ينادي بمعيارا شخصيا ومعيارا موضوعيا، ونحن نرى (الطماوي) أن هذا الخلاف ليس بالأهمية التي يبدو بها لأول وهله، وذلك لأن المعيارين هنا يقتربان الى حد بعيد، ويمكن أن نلخص المعايير المعروضة فيما يلي[٢]:

١- المعيار الشخصي: يقوم هذا المعيار أصلا على قصد الاضرار الذي يكون الدافع الأساسي لصاحب الحق على استعمال حقه، وهذا المعيار هو أقدم المعايير التي

[١]) د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص١٦١.
[٢]) المصدر نفسه، ص١٦٣ وما بعدها.

يقدمها الفقهاء في هذا الصدد ذو صلة وثيقة بأصل النظرية، واليه تشير المحاكم كثيرا في فرنسا ومصر، فوفقا لهذا المعيار الشخصي يتوقف التعسف على الحالة النفسية لصاحب الحق وهو يستعمل حقه، فيعتبر أيضا مسيئا لاستعمال حق الملكية ذلك الذي يبنى على أرضيه حائطا بالغ الارتفاع، قاصدا من وراء ذلك مجرد حجب النور عن جاره، ولا يخفى أن الثورة الفرنسية قامت على أساس صيانة الحريات والحقوق الفردية الى أكبر حد ممكن، ومن ذلك حرية الفرد في استعمال حقه ما دام لا يرسى من وراء ذلك الا الى مصلحته الخاصة، ولذلك فقد اكتفي الفقهاء في أول الأمر بتلك الحالة الملموسة من حالات التعسف، وعلى أية حال، فان جميع الفقهاء متفقون على أن من استعمل حقه بقصد الاضرار بالغير يعد متعسفا، ولما كانت هذه الحالة من حالات التعسف نادرة عملا، فقد حاول أنصار هذا المعيار الشخصي أن يوسعوا قليلا من مداه.

٢- المعيار الموضوعي: ويضاف الى ما تقدم أن جميع المعايير التي تقوم على القصد والنية هي معايير دقيقة من الصعب اثباتها، وقصد الاضرار الذي هو حجر الزاوية في هذا المعيار لا يكاد يخلو منه عمل من أعمالنا المشروعة. وان من المسلم به أن حقوقنا الخاصة تصدر عن أصل أناني، ولكنه لا يستغرق جميع حالات التعسف، ذلك أن الأساس الذى يستند اليه المعيار الشخصي بقوم على فكرة الاقتصاد الحر، وسلطان الارادة ولم يعد يتمشى مع مذاهب الاقتصاد الموجه التي جعلت الدولة تتدخل في كثير من الميادين، والتي غيرت كثيرا من مدلول الحقوق الخاصة في استعمال الحق. فالمعيار الموضوعي؛ لا يقف عند حد الأضرار بالغير، ولكنه يتعدى ذلك الى الغرض العام الذي ينشده صاحب الحق من وراء استعمال حقه، ونقطة البدء في هذا المعيار أن الحقوق الخاصة ليست بغايات في ذاتها، ولكنها وسائل لتحقيق بعض الأغراض في الحياة. وانه وان تكن تلك الأغراض هي المصلحة الخاصة لصاحب الحق، الا أن ذلك يفرض أن تكون في حدود الغرض العام، وهو مصلحة الجماعة كلها.

والمعيار الموضوعي بهذه الصورة على درجة كبيرة من الدقة والوضوح ولذلك فقد أشارت اليه المحاكم في فرنسا كثيرا، ولكن العلامة جوسران يرى أن هذا المعيار اذا كان يصلح أساسا للحكم على استعمال الحقوق ذات الصبغة الأنانية كحق الملكية، فانه لا يمكن أن يشل الرخص التي لا تشير أساسا بصفة النفع الشخصي ولا الحقوق التي تدخل في نطاق وظيفة معينة،

فتقابل بواجبات محدودة، وهو يمثل لذلك بحق التعبير عن الآراء فالناقد يعد متعسفا اذا راعى مصلحته الشخصية قبل مصلحة الجمهور.

٣- قدم لنا جوسران معيارا أوسع مدى من المعيار السابق وهو معيار الغاية الاجتماعية للحق: ووفقا لهذا المعيار تصبح الحقوق الخاصة وظائف اجتماعية اما غايات مرسومة، شأنها في ذلك شأن اختصاصات القانون العام، وعلى ذلك فيعد متعسفا كل من استعمل حقه أو الرخص الموضوعة تحت تصرفه بقصد تحقيق غايات غير اجتماعية أو غير مشروعة أيا كانت المصلحة الشخصية التي يهدف اليها من وراء استعمال حقه وهنا نصل في الحقيقة الى نفس المعيار الذي يميز عيب الانحراف في القانون العام، ففي الحالتين يقوم العيب أساسا على أن من صدر منه التصرف سوآء كان قد استعمل حقا خاصا أم اختصاصا عاما، قد انحرف عن الهدف المشروع. ولهذا نرى أن "جوسران" حين وصل الى هذا المعيار، فانه عدل عن استعمال اصطلاحات التعسف أو اساءة استعمال الحق وفضل عليه تعبير الانحراف بالحق، كما أن المحاكم الفرنسية لجأت الى هذا المعيار الأخير تستعمل نفس اصطلاحات مجلس الدولة الفرنسي حين يلغى بناء على عيب الانحراف.

الفرع الثاني: المقارنة في الجزاء بين نظريتي التعسف والانحراف[١]

عيب الانحراف وجه من اوجه الالغاء اي عيب يشوب قرارا اداريا فيجعله غير مشروع فمجرد تحقيق هذا العيب يجعل العمل الاداري قابلا للإلغاء ويجوز لكل ذي مصلحة ان يطلب ذلك من القضاء الاداري دون حاجة ان يبدأ في تنفيذ ذلك القرار بعيب الانحراف، فعيب الانحراف بالسلطة ينصب اساسا على القرار الاداري ودعوى الالغاء توجه اليه اصلا فإما تقضي عليه للكافة او يبقى القرار سليما وهو ما يؤيد الصفة الموضوعية لدعوى الالغاء.

اما دعوى التعسف في استعمال الحق فهي توجه دائما الى عمل من اعمال التنفيذ يصدر من صاحب حق اثناء استعماله لحقه ويسبب ضررا للغير فيكون عليه ان يعوض ذلك الضرر، ولقد كان القضاء يجري فيما مضى على ان يكون التعويض بمقابل الا انه الان يجري على ان يكون التعويض عينيا ان كان ذلك ممكنا ولا يكون بمقابل الا اذا تعذر التعويض العيني في هذه الحالة ويعتبر نوع من انواع الالغاء يناسب حالات التعسف في القانون الخاص ويمكن اعتبار ما تقدم هو وجه الاختلاف بين النظريتين، اما وجه التشابه بينهما فان الانحراف بالسلطة واساءة

[١]) د. سارة خلف جاسم ود. سجى محمد عباس، مصدر سابق، ص٤٠١-٤٠٢.

استعمال الحق ما هما الا ممارسة على خلاف قصد الشارع فالانحراف نشاط في غير مراد القانون ويساء استعمال الحق اذا باشره صاحبه على نقيض الغاية الاجتماعية، ويترتب على الانحراف بطلان القرار وتلعب نظرية اساءة استعمال الحق دورا مهما في نطاق المسؤولية.

الخاتمة: وفي نهاية بحثنا يمكن لنا من تدوين أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها، وكما هو أت:

الاستنتاجات:

١- استنتجنا انه هناك علاقة بين نظريتي التعسف في استعمال الحق والانحراف بالسلطة، على مستوى التشابه والافتراق.

٢- إن نظريتي التعسف في استعمال الحق والانحراف بالسلطة تتشابه أحكامهما في القضاء الكامل وخصوصا في التعويض، بينما يفترقان في قضاء الإلغاء.

٣- إن نظرية التعسف في استعمال الحق هي ليست حكرا على القانون المدني الخاص، حيث لها أصل في القانون العام وخصوصا فرعيه الدولي العام وكذلك الاداري.

٤- إن محل نظريتي التعسف في استعمال الحق والانحراف بالسلطة هو الهدف من القرار الاداري وغايته، أي ركن الغاية.

٥- كما استنتجنا أن نظرية الانحراف بالسلطة تسع وتحتوي نظرية التعسف في استعمال الحق.

المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المعاجم والكتب العامة:

١- أَبو دَاوُدَ سُلَيْمَان بن الأَشْعَثِ السِّجِسْتَانِيّ، السنن، ج٤، دار الفكر، بيروت، الحديث تحت الرقم ٣٦٣٦.

٢- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج٣، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

٣- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٦، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت – لبنان، ١٤٢٠/ ١٩٩٩.

٤- محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج٩، د.ن، د.ت.

٥- محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ج١، ط٢، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

ثالثاً: الكتب القانونية:

٦- د. حافظ علوان حمادي الدليمي، حقوق الانسان، د.ت، بغداد، ٢٠٠٩.

٧- د. حميد حنون خالد، حقوق الانسان، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.

٨- د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد، القضاء الاداري، ط٤، مكتبة دار السلام القانونية، النجف، ٢٠٢٠.

٩- مجموعة باحثين من مركز ابن خلدون للعلوم الإنسانية والاجتماعية في جامعة قطر، مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق في القانون الدولي الأزمة الخليجية نموذجًا - دراسة تطبيقية، ط١، دار نشر جامعة قطر، الدوحة، ٢٠٢٠.

١٠- د. محمد علي جواد كاظم ود. نجيب خلف احمد الجبوري، القضاء الاداري، ط٦، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٦.

رابعاً: الرسائل والاطاريح:

١١- حسام أوذينة، الانحراف بالسلطة كوجه لالغاء القرار الاداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، ٢٠١٥/ ٢٠١٦.

١٢- دعاء حمود عبد، تجاوز حدود السلطة في الوظيفة العامة - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، ٢٠١٨ / ٢٠١٩.

خامساً: البحوث والمقالات والمحاضرات:

١٣- إبراهيم عبدالرحمن إبراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، العدد ثانياَ:، السنة ٩، د.ت.

١٤- خادم نبيل، استقلالية نظرية مضار الجوار غير المألوفة عن نظرية التعسف في استعمال الحق (دراسة على ضوء الاجتهاد الجزائري والمصري)، مجلة القانون العقاري والبيئة، مجلد ٨، العدد ١٥، ٢٠٢٠.

١٥- د. سارة خلف جاسم ود. سجى محمد عباس، الافكار المشابهة لعيب الانحراف بالسلطة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٣، مجلد ٣، العدد ١، الجزء ٢، ٢٠١٨.

١٦- د. سحر محمد نجيب من خلال محاضراتها التي القتها على طلبة الدراسات العليا بفرع قانون حقوق الانسان بكلية الحقوق بجامعة الموصل/ الكورس الاول ٢٠١٩/ ٢٠٢٠.

١٧- وليد مرزة حمزة المخزومي، مسؤولية الإدارة عند التعسف في استخدام القوة أو الانحراف فيها (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الخاص الثالث، ج٢، ٢٠١٧.

سادسا: القوانين:

١٨- القانون المدني العراقي رقم: ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

١٩- قانون العقوبات العراقي رقم: ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٢٠- قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة العراقي رقم: ١٧ لسنة ٢٠١٣ المعدل.