جامعة القاهرة
المكتبة
كلية الحقوق

١٧
١٩٥٥

٣٧٥١٠٨

جامعة عين شمس
كلية الحقوق

إهداء / محمود السيسي

١٨١/٧
ط

نظرية التعسف
في
استعمال الحقوق الادارية

إهداء

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه
في الحقوق
مقدمة من

محمد ميرغني خيري ادريس
المعيد بقسم القانون العام بالكلية

المقدمة للمناقشة العلنية في الساعة الخامسة من مساء الاربعاء الموافق ٢٢ نوفمبر عام ١٩٧٢

لجنة الحكم :

الأستاذ الدكتور سليمان محمد الطماوي — المشرف على الرسالة — رئيسا
استاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي
استاذ ورئيس قسم القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة — (اعضاء)
استاذ القانون العام ووكيل كلية الحقوق جامعة عين شمس

T07-01070

١٩٧٢

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

تعد نظرية التعسف فى استعمال الحق واحدة من أدق النظريات القانونية التى يعالجها فقهاء القانون فى العصر الحديث • ولقد تعددت المحاولات التى بذلوها لتعريف هذه النظرية ، ومع هذا ، فلم ينته بهم الرأى الى الآن الى تعريف محدد لها • بل ان بعض الفقهاء قد حاول انكار وجود هذه النظرية أصلا •

والواقع أنه وأيا كان الرأى حول تعريف النظرية أو حول وجودها أو انعدامها أصلا • فان ثمة أمرا حقيقيا لا يختلف حوله أحد • ألا وهو أنه توجد بعض التطبيقات القضائية التى تتوفر لها بعض الخصائص المعينة هى التى تسمى بنظرية التعسف وهذه التطبيقات تحتوى فى الواقع على عنصرين متناقضين • فهى تتم أولا استعمالا لحق بمعنى أن الشخص يتصرف تصرفا مشروعا داخلا فى حدود اختصاصه • أو أنه بمعنى آخر يمارس احدى السلطات التى يخولها له حقه المقرر قانونا وداخل حدود هذا الحق • وهذا العنصر هو ما يفرق العمل التعسفى عن الفعل غير المشروع ، بالمعنى الدقيق ، وهو ما يتم بغير حق أصلا ، كاتيان أمر يحرمه القانون ، واما أن يتم خارج حدود الحق كما رسمها القانون •

أما العنصر الثانى فهو أن يعتبر العمل الموصوف بالتعسف عملا غير مشروع يستتبع توقيع الجزاء المناسب له • وهذا العنصر هو ما يميزه عن العمل المشروع ابتداء وانتهاء •

اذا فالتعسف يقع فى منطقة وسطى بين أمرين واضحين ومتناقضين ، العمل المشروع والعمل غير المشروع ، ويأخذ من كل منهما بعض صفاته • فيجتمع فيه النقيضان ، المشروعية وعدم المشروعية فى وقت واحد • ومن هنا كانت صعوبة التعريف ، ثم حدة الخلاف ، سواء بين أنصار النظرية وخصومها أو بين أنصارها أنفسهم •

الفهـــــرس

(المجلـد الأولـــ)

صفحة

مقدمة ١

الباب التمهيدى

نظرية التعسف فى القانون الخـاص ٦

(النظرية العامة للتعسـف)

الفصل الأول : تعريف، نظرية التعسف فى استعمال الحق وتحديد نطاق تطبيقهـا ٧

المبحث الأول : تعريف التعسف ١١

المطلب الأول : تعريف نظرية التعسف عند أنصارها ١٣

الفرع الأول : التعسف هو استعمال الحق فى غيـــر الغاية التى تقرر من أجلها . ١٤

(الانحراف عن غاية الحـق) ١٧

الفرع الثانى : التعسف عمل مخالف للأخـلاق ٢١

الفرع الثالث : التعسف هو الخطـــأ

المطلب الثانى : التعريفات المنكرة لنظرية التعسف ٣٣

الفرع الأول : مذهب التسوية بين التعسف والعمل غير المشروع أو الخروج عن حدود الحق ٣٤

الفرع الثانى : التعسف نوع خاص من الخروج عن الحق ٣٧

الفرع الثالث : مذهب استبدال نظرية تنازع الحقوق بنظرية التعسف ٤٠

صفحة

الفرع الرابع : مذهب الاخلال بالثقة المشروعة
(نظرية ايمانويل ليفي) ٤٤

المبحث الثاني : نطاق تطبيق نظرية التعسف ٤٦

المطلب الأول : مدى سريان النظرية على الحقوق والحريات
أو الحقوق العامة ٤٧

المطلب الثاني : التفرقة بين الحق والسلطة ٥٨

الفرع الأول : التسوية بين الحق والسلطة ٥٨

الفرع الثاني : الحق والسلطة أصل مشترك ٦١

الفرع الثالث : الفصل بين الحق والسلطة ٦٣

الفرع الرابع : حقيقة العلاقة بين الحق والسلطة ٦٧

المطلب الثالث : الحقوق التقديرية والحقوق القابلة
للتعسف ٨٥

المبحث الثالث : تعريفنا لنظرية التعسف ٩٩

المطلب الأول : الانحراف في استعمال الحق ١٠١

الفرع الأول : عيب الانحراف في استعمال السلطة في
القانون العام ١٠٢

الفرع الثاني : نظرية الانحراف في استعمال الحق
وموضعها في القانون الخاص ١٠٤

الفرع الثالث : التكييف القانوني لعيب الانحراف في
استعمال الحق في القانون الخاص ١١٥

المطلب الثاني : التعسف في استعمال الحق بالمعنى الدقيق
(فكرة الغلو أو عدم التناسب) ١٢٢

صفحة

الفرع الأول : تحديد الفكرة ١٢٣

الفرع الثانى : الطبيعة القانونية للتعسف ١٣٦

الفرع الثالث : السند الفقهى والقضائى للتعسف بالمعنى المختار ١٤١

المطلب الثالث : نتائج التفرقة بين التعسف والانحراف ١٥٣

الفصل الثانى : التطور التاريخى لنظرية التعسف ومواضعها فى التشريعات الحديثة ١٥٩

المبحث الثانى : نشأة النظرية وتطورها عبر التاريخ ١٥٩

المطلب الأول : نظرية التعسف فى القانون الرومانى ٦١

المطلب الثانى : نظرية التعسف فى الشريعة الاسلامية ١٦٧

المطلب الثالث : نظرية التعسف فى القانون الفرنسى القديم ١٨١

المبحث الثانى : نظرية التعسف فى التشريعات الحديثة ١٨٣

المطلب الأول : نظرية التعسف فى التشريع المقارن ١٨٦

المطلب الثانى : نظرية التعسف فى التشريع المصرى ١٨٩

الفرع الأول : شرح المعايير التى نص عليها المشرع فى المادة (٥) مدنى ١٩١

١ - معيار قصد الاضرار ١٩١

٢ - عدم التناسب البتة بين الأضرار والمصالح ١٩٦

٣ - عدم مشروعية المصالح التى يرمى الى تحقيقها ١٩٧

الفرع الثانى : مدى توفيق المشرع المصرى فى اختيار معايير التعسف ٢٠٠

الفرع الثالث : استبعاد بعض النصوص التى تعتبر عند البعض من تطبيقات نظرية التعسف ٢٠٨

صفحة

١ ـ المادة ٨٠٧ مدنى وفكرة الظروف علاقات الجوار ٢٠٨
٢ ـ المادة ٨١ فقرة ٥ من قانون العمل ٢١٤
٣ ـ مناقشة بعض النصوص الأخرى ٢١٨

الفصل الثالث : نظرية التعسف فى التطبيق القضائى ٢٢١
المبحث الأول : تطبيق النظرية فى القضاء المقارن ٢٢٢
المطلب الأول : التعسف بسبب عدم التناسب بين الأضرار والمصالح ٢٢٣
المطلب الثانى : التعسف بسبب انعدام التناسب بين أسباب التصرفات وموضوعها ٢٣٠
المبحث الثانى : التطبيقات القضائية للنظرية فى مصر ٢٣٧
المطلب الأول : تطبيقات معيار عدم التناسب بين الأضرار والمصالح ٢٣٨
المطلب الثانى : تطبيقات معيار عدم التناسب بين سبب التصرف وموضوعه ٢٤٣
المطلب الثالث : بعض التطبيقات الغريبة من فكرة التعسف ٢٤٦

(المجلد الثانى)

القسم الأول

نظرية التعسف فى القضاء الادارى

	صفحة
فى	
مصر وفى فرنسا	٢٥٠
الباب الأول : نظرية التعسف فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى	٢٥١
الفصل الأول : نظرية التعسف فى قضاء التعويض	٢٥٣
المبحث الأول : نظرية التعسف فى قضاء فصل الموظفين	٢٥٤
المبحث الثانى : التعسف فى مجال منازعات الضرائب	٢٦٠
المبحث الثالث : نظرية التعسف فى مجال استعمال الادارة لحقوق التقاضى	٢٦٤
المبحث الرابع : نظرية التعسف فى مجال العقود الادارية	٢٦٧
المبحث الخامس : التعسف فى اختيار الوقت الملائم للتصرف	٢٧٨
الفصل الثانى : التعسف فى قضاء الالغاء	٢٨٢
المبحث الأول : نظرية التعسف فى مجال الضبط المحلى	٢٨٥
المطلب الأول : الأحكام التى قضت بالالغاء للتعسف	٢٨٦
المطلب الثانى : الأحكام التى قضت بانتفاء التعسف	٢٩٥
المبحث الثانى : نظرية التعسف خارج نطاق استعمال سلطات الضبط المحلى	٢٩٩

صفحة

الباب الثانى

نظرية التعسف فى القضاء الادارى المصرى ٣٠٤

الفصل الأول : نظرية التعسف فى قضاء التعويض ٣٠٥

المبحث الأول : نظرية التعسف فى أحكام المحاكم القضائية ٣٠٦

المطلب الأول : نظرية التعسف فى أحكام المحاكم المختلطة ٣١٠

المطلب الثانى : نظرية التعسف فى قضاء المحاكم الأهلية ٣١٧

المبحث الثانى : التعسف كسبب للتعويض أمام مجلس الدولة ٣٢٥

المطلب الأول : الخلط بين التعويض للتعسف والتعويض على أساس المخاطر ٣٢٦

المطلب الثانى : نظرية التعسف فى مجال القرارات الادارية ٣٣٩

الفرع الأول : التعسف بسبب مغالاة الادارة فى الحرص على تحقيق أكبر عائد نقدى ٣٤٠

الفرع الثانى : التعسف بسبب مغالاة الادارة فى استعمال حق التقاضى ٣٤٣

الفرع الثالث : تعسف الادارة بالتراخى فى استعمال سلطاتها وبعدم اختيار الوقت الملائم لاتخاذ قراراتها ٣٤٥

المطلب الثالث : التعسف فى نطاق العقود الادارية ٣٤٧

الفرع الأول : نظرية التعسف فى مجال تنفيذ العقود الادارية ٣٤٩

الفرع الثانى : نظرية التعسف فى موضوع تعديل الادارة لعقودها الادارية بارادتها المنفردة ٣٥٩

صفحة

الفرع الثالث : نظرية فى مجال توقيع الادارة للجزاءات على المتعاقد معها ٣٦٤

الفصل الثانى : نظرية التعسف فى استعمال الحق فى قضاء الالغاء ٣٧٢

المبحث الأول : نظرية التعسف فى نطاق التأديب ٣٧٣

المطلب الأول : التطبيقات الصريحة لنظرية التعسف ٣٧٤

المطلب الثانى : أحكام تعتبر تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، وان لم تصرح بها المحكمة ٣٨٦

المبحث الثانى : نظرية التعسف فى قضاء التأديب (قضاء الغلو) ٤٠٢

المطلب الأول : رقابة محكمة القضاء الادارى على ملاءمة الجزاءات التأديبية ٤٠٤

المطلب الثانى : المحكمة الادارية العليا وقضاء الغلو ٤٢١

الفرع الأول : المحكمة الادارية العليا ورقابة ملاءمة الجزاءات التأديبية منذ انشائها الى ما قبل ١١/١١/١٩٦١ ٤٢٣

الفرع الثانى : المحكمة الادارية العليا وقضاء الغلو منذ حكم ١١ من نوفمبر ١٩٦١ ٤٣١

القسم الثانى

نظرية التعسف فى استعمال الحق فى فقه القانون العام ٤٤٩

الباب الأول

نظرية التعسف فى الفقه الفرنسى ٤٥٠

الفصل الأول : نظرية التعسف فى استعمال الحق ينحصر تطبيقها على قضاء التعويض (الاتجاه التقليدى) ٤٥١

صفحة

المبحث الأول : نظرية (هوريو) ٤٥٣

المطلب الأول : موضع نظرية التعسف فى استعمال الحق عموما
(فى القانون الخاص) ٤٥٥

المطلب الثانى : موضع نظرية التعسف فى استعمال الحق
(فى القانون العام) ٤٥٧

المطلب الثالث : العلاقة بين نظريتى التعسف فى استعمال
الحق والانحراف فى استعمال السلطة ٤٥٨

المطلب الرابع : تقدير نظرية " هوريو " ٤٦٣

المبحث الثانى : نظرية " شاتيلان " ٤٦٨

المطلب الأول : موقف " شاتيلان " من نظرية التعسف فى
استعمال الحق فى القانون الخاص ٤٦٩

المطلب الثانى : نقده لنظريات " هوريو " و " بونار " ٤٧١

الفرع الأول : النقد الموجه لنظرية " هوريو " ٤٧٢

الفرع الثانى : النقد الموجه لنظرية " بونار " ٤٧٣

المطلب الثالث : نظريته المقترحة ٤٨٣

المطلب الرابع : تقديرنا لنظرية " شاتيلان " ٤٩٢

المبحث الثالث : نظرية " جوا " ٥٠٠

المطلب الأول : موقف " جوا " من نظرية التعسف فى القانون
الخاص والعلاقة بين التعسف والانحراف ٥٠٠

المطلب الثانى : موقفه من نظريات فقهاء القانون العام ٥٠٢

(أ) موقفه من نظرية " بونار " ٥٠٢

(ب) موقفه من نظرية " هوريو " ٥٠٣

(جـ) موقفه من نظرية " شاتيلان " ٥٠٥

صفحة

المطلب الثالث : النظرية كما يتصورها " جوا " فى القانون العام ٥٠٧

المطلب الرابع : تقديرنا لنظرية " جوا " ٥١٣

الفصل الثانى : التعسف مصدر للالغاء والتعويض ٥١٥

المبحث الاول : نظرية بونار ٥١٧

المطلب الاول : موقف " بونار " من نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون الخاص ٥١٩

المطلب الثانى : تميز النظرية بكيان خاص مستقل عن عدم المشروعية فى القانون العام ٥٢٥

١ ـ التطبيق الاول : التغيير المفاجى فى موقف الادارة ٥٢٦

٢ ـ التطبيق الثانى : أن يكون موضوع أو محل العمل القانونى غير متناسب مع غايته ٥٢٧

٣ ـ التطبيق الثالث : عدم تناسب محل القرار مع سببه ، أو عدم كفاية السبب ٥٣٠

المطلب الثالث : تقدير نظرية " بونار " ٥٣٣

صفحة

المبحث الثانى : نظرية " ديبويــــه "

المطلب الأول : ماهية التعسف وموضوعه فـــــى النظام القانونى بصفة عامـــة ٥٤١

الفرع الأول : التعسف من طائفـــة الافكار الوظيفيـة ٥٤١

الفرع الثانى : معايير نظرية التعسـف ٥٥٣

الفرع الثالث : جزاء التعســـف ٥٥٥

الفرع الرابع : التعسـف نوع من عـمدم المشروعية ٥٦١

الفرع الخامس : العلاقة بين نظرية التعسف فى استعمال الحق ونظريـة الانحراف فى استعمال السلطة ٥٦٣

المطلب الثانى : موقف " ديبويه " من النظريـات التى قدمها فقهاء القانون العام ٥٦٩

المطلب الثالث : تقدير نظريـة ديبويـه ٥٨٠

الصفحة

الباب الثانى

نظرية التعسف فى الفقه المصرى

وموقفنا منهـــا ٦٠٦

الفصل الأول : نظرية التعسف فى الفقه المصرى ٦٠٦

المبحث الأول : الفقه المصرى وموقفه من نظرية التعسف بصفة عامة ٦٠٨

١ ـ فقه الدكتور السيد صبرى ٦٠٨

٢ ـ فقه الدكتور محمد كامل ليلة ٦١٢

٣ ـ فقه الدكتور محسن خليـل ٦١٤

المبحث الثانى : موقف الفقه المصرى من قضاء الغلو ٦١٧

المطلب الأول : الفقه المؤيد لقضاء الغلو ٦١٩

الفرع الأول : التأييد غير المؤصل لقضاء الغلو ٦١٩

١ ـ الدكتور جودت الملط ٦١٩

٢ ـ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى ٦٢٠

٣ ـ الدكتور محمد عصفـور ٦٢٠

الفرع الثانى : التأييد المؤصل لقضاء الغلو ٦٢٢

١ ـ الدكتور فؤاد المحطـار ٦٢٢

٢ ـ الدكتور عبد الفتاح حسـن ٦٢٤

٣ ـ الدكتور محمد اسماعيل علـم الدين ٦٢٦

تقديرنا لآراء الدكتور علم الدين ٦٣٠

المطلب الثانى : الفقه المعارض لقضاء الغلو ٦٣٦

الفرع الأول : رأى المستشار محمد سامى مازن ٦٣٨

	صفحة
الفرع الثانى : آراء الدكتور السيد محمد ابراهيم	٦٣٩
١ - عرض آراء الفقيه	٦٣٩
٢ - تقديرنا لهذا الرأى	٦٤٢
٣ - اتجاه من الفقيه للتخفيف من معارضته للغلو	٦٤٨
المبحث الثالث : فقه الدكتور السيد سليمان الطماوى ونظرية التعسف	٦٥٥
المطلب الأول : فقه الدكتور الطماوى ونظرية التعسف بصفة عامة	٦٥٥
الفرع الأول : العلاقة بين نظرية التعسف ونظرية الانحراف	٦٥٦
الفرع الثانى : نظرية التعسف فى استعمال الحقوق الادارية	٦٥٩
١ - موضع التعسف فى القانون العام	٦٥٩
٢ - ماهية التعسف وصوره فى القانون العام	٦٦١
المطلب الثانى : موقف الدكتور الطماوى من قضاء الغلو	٦٦٤
الفرع الأول : الحجج المناقضة لقضاء الغلو	٦٦٥
الفرع الثانى : مناقشة الحجج المثارة ضد قضاء الغلو	٦٧٠
الفصل الثانى : حقيقة نظرية التعسف ، وموضعها فى القانون العام	٦٧٣
المبحث الأول : دراسة مقارنة لموضع نظرية التعسف بين القضاءين الادارى المصرى والفرنسى	٦٧٣
المطلب الأول : مقارنة تاريخية	٦٧٣
المطلب الثانى : صور ومعايير التعسف	٦٧٤
المطلب الثالث : اختلاف مجال تطبيق النظرية فى قضاء الالغاء	٦٧٧