

الموظف الفعلي والموظف الظاهر

فقهاً وقضاءً

Actual Employee and Apparent Employee

Judgment and jurisprudence

بحث مقدم من

الباحث

الدكتور/ حسام الدين محمد مرسي مرعي

أستاذ مساعد

قسم القانون

كليات الخليج للعلوم الادارية والانسانية

أهمية البحث:

يسلط هذا البحث الضوء على نظرية الموظف الفعلي ونظرية الموظف الظاهر وتطبيقاتهما على الواقع، وذلك من خلال معالجة اللبس بين النظريتين تشريعاً وقضاءً وفقهاً، من حيث هدف كل منهما، وظروف التطبيق، وبيان حكم تلك التصرفات.

اشكالية البحث:

ماذا لو وقعت ظروف استثنائية في الدولة مثل الحروب والكوارث الطبيعية مما تسبب في عدم وصول الموظفين إلى أعمالهم؟ هل يسمح بغلق المرافق الإدارية أم نستعين بالبديل؟ وماذا لو قام أحد الأشخاص العاديين الذين لا تربطه علاقة بالإدارة بممارسة أعمالٍ وظيفية؟ هل تعتبر هذه الأعمال صحيحة أم لا؟

وفي الظروف العادية، ماذا لو تم تعيين أحد الأشخاص في وظيفة عامة، ثم حُكم ببطلان تعيينه، هل تعتبر هذه الأعمال صحيحة أم لا؟ ماذا لو تم العمل بتفويض ثم حُكم ببطلانه، هل تعتبر هذه الأعمال صحيحة أم لا؟

الاشكالية تكمن في البحث عن الأساس القانوني في الحكم على تصرفات الشخص العادي لأعمال الوظيفة العامة، في ظل الظروف الاستثنائية، وفي ظل الظروف العادية.

منهج البحث:

يعتمد البحث بشكل كبير على اتباع المنهج التحليلي للنصوص القانونية التي تنظم البحث، لفهم أبعادها وهدف المشرع من ورائها، وذلك من خلال إلقاء الضوء عليها بشكل أوسع.

خطة البحث:

المبحث الأول: تمييز الموظف القانوني عن الموظف الفعلي والموظف الظاهر.

المطلب الأول: تعريف الموظف القانوني والموظف الفعلي والموظف الظاهر.

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر.

المبحث الثاني: حكم التصرفات القانونية للموظف الفعلي والموظف الظاهر.

المطلب الأول: حكم القرارات الإدارية.

المطلب الثاني: حكم العقود الإدارية.

ملخص البحث

تقضي القاعدة العامة، بأنه لا يحق للأفراد العاديين ممارسة مهمات الوظيفة العامة دون تعيين أو تفويض أو تكليف، لأنهم حالذاك يكونوا مغتصبين لها وتقع جميع تصرفاتهم باطلة.

ولكن يرد على تلك القاعدة استثناءات، منها ما يطلق عليه نظرية الموظف الفعلي التي تبرر حاجة الإدارة من الأفراد العاديين لإدارة مرفق عام حيوي دون توليهم الوظيفة بالوسيلة المنصوص عليها قانوناً، ويمارس كافة

صلاحيات الوظيفة ويصدر القرارات الإدارية التي تخوله إياها بحيث تعتبر تصرفاته مشروعة، وذلك في الظروف الاستثنائية، ومبرر ذلك ضمان دوام سير المرافق العامة.

ومنها ما يطلق عليه نظرية الموظف الظاهر، هو الشخص الذي يباشر مهام الوظيفة العامة في الظروف العادية، دون أي سند شرعي، ويبررها القضاء الفرنسي لحماية الغير حسن النية المتعامل معه، وجميع تصرفاته مرهونة بإثبات حسن نية الأفراد المتعاملون معه، بغض النظر عن نية ذلك الشخص مغتصب السلطة.

يناول البحث التفرقة بين الموظف الفعلي والموظف الظاهر، لتوضيح الخلط بينهما، واستخدام أحدهما كمرادف للآخر، على الرغم من الفوارق الجوهرية بينهما، النظريتان من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي، ونهج ذات المنهج مجلس الدولة المصري والمحاكم الإدارية (ديوان المظالم) في السعودية. كما يتناول البحث مدى صحة التصرفات القانونية الصادرة من كل منهما.

الكلمات المفتاحية: العام - الفعلي - الموظف - الظاهر - مرفق

Abstract

The general rule is that ordinary individuals are not entitled to exercise the functions of the public service without appointment, authorization or assignment, because they are then rapists and all their actions are invalid.

However, that rule is replied by exceptions, including the so-called actual employee theory, which justifies the need for an ordinary public facility to manage a vital public facility without taking up the function by the legally prescribed means, exercising all the powers of the post and issuing the administrative decisions that entitle it to it so that its actions are considered legitimate, in exceptional circumstances, and the justification for ensuring the functioning of public facilities.

Some of them are the so-called theory of the apparent employee, who engages in the functions of the public service in normal circumstances, without any legitimate basis, and is justified by the French

judiciary to protect the other good faith dealing with him, and all his actions depend on the proof of the good will of the individuals dealing with him, regardless of the intention of that person usurping power.

The research deals with the distinction between the actual employee and the apparent employee, to clarify the confusion between them, and the use of one as a synonym for the other, despite the fundamental differences between them, the two theories of the creation of the French Council of State, and the approaches of the Egyptian Council of State and administrative courts (Ombudsperson's office) in Saudi Arabia. The research also addresses the validity of their respective legal actions.

Key words: public ،actual ،employee ،apparent ،track

مقدمة عامة:

القاعدة العامة تقضي بأنه لا يحق للأفراد العاديين ممارسة مهمات الوظيفة العامة من دون تعيين او تفويض لأنهم حينذاك يكونون مغتصبين لها وتقع جميع تصرفاتهم باطلة.

وطالما كان لكل قاعدة استثناء فان هناك استثناء يرد على هذا القاعدة يطلق عليه نظرية الموظف الفعلي تبرر الحاجة لإدارة مرفق عام حيوي من قبل الافراد دون توليهم الوظيفة بالوسيلة المنصوص عليها قانوناً.

ومن تطبيقات مبدأ دوام سير المرافق العامة نظرية الموظف الفعلي ويُعرف بأنه الشخص الذي يتولى وظيفة معينة دون سند شرعي أو دون سند اطلاقاً في الظروف الاستثنائية - ويمارس كافة صلاحيات الوظيفة ويصدر القرارات الإدارية التي تخوله إياها بحيث تعتبر تصرفاته مشروعة استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد ، ما دامت هذه التصرفات كانت تستهدف تحقيق ذلك المبدأ.

ومن تطبيقات نظرية الموظف الظاهر، الشخص الذي يباشر مهام الوظيفة العامة في الظروف العادية، دون سند شرعي أو دون سند اطلاقاً، ويبررها حماية الغير حسن النية المتعامل معه.

يتناول البحث التفرقة بين الموظف الفعلي والموظف الظاهر، لم رأيناه من خلط بين الإثنين واستخدام أحدهما كمرادف للآخر، على الرغم من الفوارق الجوهرية بينهما، النظريتان من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي، ونهج ذات المنهج مجلس الدولة المصري والمحاكم الإدارية (ديوان المظالم) في السعودية. كما يتناول البحث مدى صحة التصرفات القانونية الصادرة من الموظف الفعلي والموظف الظاهر.

المبحث الأول

تمييز الموظف القانوني عن الموظف الفعلي والموظف الظاهر

لا يوجد في معظم التشريعات تعريف محدد للموظف العام، مما أثار بعض اللبس مع مصطلح الموظف الفعلي، على اعتبار أن الموظف العام هو ذاته موظفاً فعلياً يمارس أعمال الوظيفة العامة بالفعل، لذا أطلقنا عليه في بحثنا مصطلح "الموظف القانوني" على الموظف العام، حيث إن مصطلح الموظف القانوني قد لا يثير مثل هذا اللبس لأن هذا يعني أن ذلك الموظف العام قد تولى وظيفته بالوسيلة والآلية المنصوص عليها قانوناً.

القاعدة العامة تقضي بأنه لا يحق للأفراد العاديين ممارسة مهام الوظيفة العامة من دون تعيين أو تفويض لأنهم حينذاك يكونون مغتصبين لها وتقع جميع تصرفاتهم باطلة.

وطالما كان لكل قاعدة استثناء فان هناك استثناء يرد على هذا القاعدة يطلق عليه نظرية الموظف الفعلي تبرر الحاجة لإدارة مرفق عام حيوي من قبل الافراد دون توليهم الوظيفة بالوسيلة المنصوص عليها قانوناً.

وترتيباً على ما سبق سنتناول في هذا المبحث تعريف الموظف القانوني والموظف الفعلي والموظف الظاهر.

المطلب الأول

تعريف الموظف القانوني والموظف الفعلي والموظف الظاهر

أولاً: تعريف الموظف القانوني (العام).

عرف المنظم السعودي في اللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية الموظف العام بأنه " كل من يشغل وظيفة مدنية عامة في الدولة أو يمارس مهامها أياً كانت طبيعة عمله أو اسم وظيفته سواء كان ذلك عن طريق التعيين أو التعاقد بصفة دائمة أو مؤقتة". أما معظم التشريعات لم تتناول تعريف محدد للموظف العام، ويرجع ذلك إلى اختلاف الوضع القانوني للموظف العام بين دولة وأخرى وإلى صفة التجدد المضطرد للقانون الإداري. واكتفت أغلب التشريعات الصادرة في ميدان الوظيفة العامة بتحديد معني الموظف العام في مجال تطبيقها، ويبدو أن المشرع قد ترك أمر تعريف الموظف العام للفقهاء والقضاء، ويختلف هذا التعريف في مجال القانون الإداري عنه في المجالات الأخرى كالقانون المدني والقانون الجنائي والاقتصاد السياسي فإن معناه في هذه المجالات قد يكون أوسع أو أضيق من معناه في القانون الإداري. وذلك مما دعا العديد من الفقهاء لتعريف الموظف العام، وتدور جميع التعريفات حول الشروط الأساسية اللازمة لاكتساب صفة الموظف العام.

في فرنسا:

لم تضع التشريعات الفرنسية تعريفاً محدداً للموظف العام وإنما اكتفت بتحديد الشروط الآتية:

- الوظيفة الدائمة.
- الخدمة في مرفق إداري عام.

وبذلك يخرج عن نطاق الخضوع لأحكام الوظيفة العامة موظفوا البرلمان ورجال القضاء والجيش والعاملون في مرافق ومنشآت عامة ذات طابع صناعي أو تجاري(1).

أما الفقه الفرنسي، فيرى الفقيه (*M. Waline*) أن الموظف العام هو "كل شخص يعمل في خدمة سلطة وطنية ويسهم بصورة اعتيادية في تسيير مرفق عام بطريقة الإدارة المباشرة ويشغل وظيفة دائمة مدرجة في الكادر الإداري"(2).

(1) د. محمد سمير جمعة القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، 1437 هـ - 2016 م، ص 112.

(2) د. علي خطار شطناوي، دراسات في الوظيفة العامة، منشورات الجامعة الأردنية، 1998/1999، ص 18.

ويرى الفقيه "Hauriou" الموظفين العاميين هم "كل الذين يعينون من قبل السلطة العامة تحت اسم موظفين أو مستخدمين أو عاملين أو مساعدي عاملين يشغلون وظيفة في الكوادر الدائمة لمرفق عام تديره الدولة أو الإدارات العامة الأخرى" (3).

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرفه بأنه "الشخص الذي يعهد إليه بوظيفة دائمة داخله ضمن كوادر الوظائف الخاصة بمرفق عام" (4).

في مصر:

تضمن قانون الخدمة المدنية المصري رقم 81 لسنة 2016 في باب الأحكام العامة المادة الثانية تعريف الموظف بأنه "كل من يشغل إحدى الوظائف الواردة بموازنة الوحدة" (5).

كما تضمنت المادة الأولى من قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016 "يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن الخدمة المدنية، وتسري أحكامه على الوظائف في الوزارات ومصالحها والأجهزة الحكومية ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة وذلك ما لم تنص قوانين أو قرارات إنشائها على ما يخالف ذلك".

وجدير بالذكر أن المشرع المصري لم يفرق بين الوظيفة الدائمة والوظيفة المؤقتة وإنما اكتفى بذكر الشروط الواجب توافرها في فيمن يعين بالوظيفة، وآلية التعيين.

أما الفقه المصري، رأى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أن الموظف العام هو "الشخص الذي يُعهد إليه عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام" (6).

كما ذهب غالبية الفقه إلى تعريف الموظف العام بأنه "كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة أحد المرافق العامة يتولي إدارتها، الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية أو المرفقية، وذلك بتولي منصباً دائماً يدخل في نطاق التنظيم الإداري للمرفق" (7).

(3) Hauriou, *Precis de droit administrative et de droit Publice*, Librairie du Recueil Sirey 1933, P 729.

(4) د. منصور العتوم، المسؤولية التأديبية للموظف العام، عمان، مطبعة الشرق، 1984، ص14.

(5) القانون رقم 81 لسنة 2016 بشأن الخدمة المدنية نُشر في الجريدة الرسمية العدد 43 مكرر (أ) في أول نوفمبر سنة 2016.

(6) أ.د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1966، ص667 وما بعدها.

أما عن موقف القضاء المصري فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه لكي يعتبر الشخص موظفاً عاماً يتعين أن يساهم في العمل في مرفق عام مديره الدولة عن طريق الاستغلال المباشر وأن تكون المساهمة في إدارة المرافق العامة عن طريق التعيين أساساً وأن يشغل الشخص وظيفة دائمة وأن يكون اشغاله لهذه الوظيفة بطريقة مستمرة لا عرضية.

وهنا يبدو أن الفقه والقضاء المصري يشترط توافر عنصرين في الموظف العام هما:

- العمل الدائم .
- خدمة مرفق عام أو أحد أشخاص القانون العام.

في المملكة العربية السعودية:

لم تضع أي من أنظمة الموظفين المتعاقبة في المملكة العربية السعودية مفهوماً محدداً للموظف العام بدءاً بنظام الموظفين الصادر بالأمر العالي بتاريخ 1394/01/06 هـ ، ثم النظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ 42) في 1377/11/29 هـ فالنظام الذي حل محله الصادر بالمرسوم الملكي رقم م (5) في 1391/02/01 هـ وصولاً لنظام الخدمة المدنية الحالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/49) وتاريخ 1397/07/10 هـ غير أنها حددت الفئات التي تنطبق عليها أحكامها.

جدير بالذكر أن المنظم السعودي في نظام مكافحة الرشوة، لم يتقيد بالمدلول الإداري لصفة الموظف العام، بل وسع بنص المادة الثامنة من مدلول مفهوم "الموظف العام" حيث أورد الحالات التي يكون فيها الشخص في حكم الموظف العام وذلك في المادة الثامنة من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/36 بتاريخ 12 / 29 / 1412، قرار مجلس الوزراء رقم 175 بتاريخ 12/28 /1412(8).

(7) د. محمد سمير جمعة القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 113.

(8) تم نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 03/03/1413 هـ الموافق : 1992/08/31 م وقد تضمن الحالات الآتية:-

يعد في حكم الموظف العام في تطبيق أحكام هذا النظام:

1 - كل من يعمل لدى الدولة أو لدى أحد الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة سواء كان يعمل بصفة دائمة أو مؤقتة.

2 - المحكم أو الخبير المعين من قبل الحكومة أو أية هيئة لها اختصاص قضائي .

3 - كل مكلف من جهة حكومية أو أية سلطة إدارية أخرى بأداء مهمة معينة.

أما عن موقف الفقه السعودي، فقد تم تعريفه بأنه (كل شخص يشغل إحدى الوظائف الخاضعة لنظام الخدمة المدنية بمقتضى أمر ملكي أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار وزاري على حسب الأحوال).

مما تقدم يلزم للتمتع بصفة الموظف العام ما يلي:

- المساهمة في خدمة مرفق عام تديره الدولة.

- أن يصدر بالتعيين أداة نظامية من السلطة المختصة. فلا يعد موظفاً عاماً من يستولي على الوظيفة دون قرار بالتعيين كالموظف الفعلي، ومجرد تقاضي الأجر لا يكفي لاعتبار المرشح معيناً في الوظيفة ما لم يصدر قرار بالتعيين من صاحب الصلاحية.

- دائمية الوظيفة العامة. وبذلك لا يعد العاملون بصورة مؤقتة أو موسمية كالخبراء والمستشارون القانونيون موظفون.

ثانياً: تعريف الموظف الفعلي.

يقتضي الاعتراف بمبدأ استمرارية المرافق العامة قبول نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، وجدير بالذكر أن الموظف العام (القانوني) هو الشخص الذي يتقلد مهام وظيفته بصورة قانونية بتعيينه حسب الأصول المعمول بها نظاماً بقرار إداري صادر من السلطة المختصة، حيث يحكم التعيين في الوظيفة العامة العديد من المبادئ الأساسية التي يترتب على مخالفتها بطلان قرارات التعيين (9).

4 - كل من يعمل لدى الشركات أو المؤسسات الفردية التي تقوم بإدارة وتشغيل المرافق العامة أو صيانتها أو تقوم بمباشرة خدمة عامة، وكذلك كل من يعمل لدى الشركات المساهمة والشركات التي تساهم الحكومة في رأس مالها والشركات أو المؤسسات الفردية التي تزاول الأعمال المصرفية.

5 - رؤساء وأعضاء مجالس إدارات الشركات المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من هذه المادة. وبذلك يشترط لاكتساب صفة الموظف العام أن تدير الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هذا المرفق إدارة مباشرة . وبذلك لا يعد الموظفون في المرافق التي تدار بطريقة الالتزام موظفين عموميين . وكذلك العاملون في الشركات والمنشآت التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة ولو تم إنشائها بقصد إشباع حاجات عامة .

(9) د. علي حسين خطار شطناوي، بحث (تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن) مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الثاني، 1992، ص 149.

لذا يجب التعيين في الوظيفة العامة بصورة قانونية أن يكون مشروعاً، ولكن في بعض الأحيان قد يحدث أن يتصدى أحد الأفراد لمباشرة الوظيفة العامة دون أي تأهيل قانوني أو بتأهيل معيب.

أما الموظف الفعلي فهو ذلك الذي يتولى وظيفة معينة دون سند شرعي أو دون سند اطلاقاً- ويمارس كافة صلاحيات الوظيفة ويصدر القرارات الإدارية التي تخوله إياها بحيث تعتبر تصرفاته مشروعة في الظروف الاستثنائية استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد ، ما دامت هذه التصرفات كانت تستهدف تحقيق ذلك المبدأ (10).

كذلك من باب الحرص على ضمان دوام سير المرافق العامة، تبني القضاء الإداري الفرنسي ما يعرف بنظرية الموظف الفعلي بحيث يتم الاعتراف بموجبها بصحة وسلامة التصرفات والقرارات التي تصدر عن مثل هذا الشخص حماية للغير لحسن النية (11).

وعرفه البعض الآخر بأنه "هو شخص لم يصدر قرار بتعيينه في الوظيفة العامة، أو صدر قرار ولكنه صدر معيباً، وقام بممارسة بعض التصرفات أو الاختصاصات المعهودة لموظف عام".

كما أخذ المنظم السعودي بنظرية الموظف الفعلي في نظام الخدمة المدنية حينما اعتد بصحة تعيين الموظف الذي لم يبلغ سن السابعة عشرة من عمره، مقررراً صحة أعماله (12).

يرى الباحث أن تعريف الموظف الفعلي مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالظروف الاستثنائية وليست العادية، للتشابه الشديد بين الموظف الفعلي والموظف الظاهر، لذا نعرف الموظف الفعلي بأنه "الشخص الذي يباشر مهام الوظيفة العامة دون سند قانوني بتعيينه في الظروف الاستثنائية".

ثالثاً: تعريف الموظف الظاهر.

يتشابه على القارئ تعريف الموظف الفعلي مع تعريف الموظف الظاهر، وقد تأتي هذا التشابه من خلال تعريف الكثير من الفقه حيث استخدم البعض مصطلح الموظف الظاهر كمرادف لمصطلح الموظف الفعلي، لكون أن

(10) د. سامي جمال الدين، مبادئ القانون الإداري نظرية العمل الإداري، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2013، ص 113.

(11) د. محمد سمير جمعة القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 103.

(12) المادة (4) من نظام الخدمة المدنية السعودي سنة 1397 هـ، مشار إليه في مؤلف القانون الإداري السعودي، د. هاني بن علي

الطهراوي، مكتبة التوبة، الرياض، 1435 هـ، ص 288.

كلاهما يتقلد مهام وظيفته دون سند قانوني مشروع أو سند باطل، على الرغم من وجود فارق جوهري بينهما يتمثل في ظروف عمل كل منهما، لأنه كما أوضحنا أن الموظف الفعلي يباشر مهام الوظيفة العامة في الظروف الاستثنائية، أما الموظف الظاهر يباشر مهام الوظيفة العامة في الظروف العادية، كذلك يوجد فارق آخر بينهما يتمثل في الغاية من تبرير عمل كل منهما، حيث إن الغاية المبتغاة من نظرية الموظف الفعلي تستهدف ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، أما الغاية من الموظف الظاهر تستهدف حماية الغير حسن النية.

ولقد عرف البعض من الفقه الموظف الظاهر بأنه "هو ذلك الشخص الذي لا يعتبر موظفاً عاماً أصلاً أو غير مختص بممارسة العمل الوظيفي أما لعدم توليه الوظيفة أو بطلان توليه للوظيفة أو الاستمرار غير المشروع في الوظيفة أو ممارسة الاختصاص الظاهر للغير حسن النية من موظف قانوني" (13).

ويستنتج من التعريف السابق أن الموظف الظاهر هو الذي لا يملك صفة الموظف، سواء لبطلان تولي الوظيفة أو أنه لم يكلف من الجهة المختصة بتولي الوظيفة أصلاً.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما الفرق بين صفة الموظف الفعلي وبين صفة الموظف الظاهر (14)؟.

للإجابة على هذا السؤال يتوجب علينا بيان أوجه التشابه، وأوجه الاختلاف.

أوجه التشابه: أن كلاهما يتقلد مهام وظيفته دون سند قانوني مشروع أو سند باطل، وهذا على خلاف الموظف العام الذي يُعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، بناءً على قرار تعيين صادر من السلطة المختصة قانوناً، وبالإلية التي رسمها القانون.

أوجه الاختلاف: تختلف ظروف عمل كل منهما، حيث إن الموظف الفعلي يباشر مهام الوظيفة العامة في الظروف الاستثنائية، أما الموظف الظاهر يباشر مهام الوظيفة العامة في الظروف العادية، كذلك يوجد اختلاف آخر بينهما يتمثل في الغاية من تبرير عمل كل منهما، حيث إن العمل بنظرية الموظف الفعلي تستهدف تحقيق مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، أما الغاية من العمل بنظرية الموظف الظاهر تستهدف حماية الغير حسن النية.

(13) د. أسعد طه أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، مذكرات لطلبة دبلوم . القانون العام، جامعة الزاوية، ص 13.

(14) أ. عبد الله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية

والشرعية، ليبيا، كلية القانون بالزاوية - جامعة الزاوية، ص 92.

المطلب الثاني

تطبيقات نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر

من التعريفات السابق ذكرها للموظف الفعلي والموظف الظاهر نستنبط الآتي:

حالات انطباق نظرية الموظف الفعلي:

أولاً: وجود ظرف استثنائي:

قد تواجه الإدارة في بعض الأوقات ظرفاً استثنائياً تجبرها على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية حماية للنظام العام وحسن سير المرافق العامة فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الاستثنائية.

فالإدارة تبقى مسئولة في ظل الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الذي قد يقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يقاس بمعيار آخر ويوزن بميزان مغاير لذلك الذي يوزن به في ظل الظروف العادية، فيستلزم القضاء فيه أكبر من الجسامة (15).

ولعل من أبرز الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة الأخذ والاعتراف بنظرية الموظف الفعلي بهدف حماية للنظام العام وحسن سير المرافق العامة.

وقد حدثت هذه الحالة في مصر ابان الهجوم الثلاثي على مدينة بورسعيد عام 1956 فقد كان طبيب المحجر البيطري في مدينة القنطرة هو الموظف الرسمي الوحيد هناك فقد مارس سلطة الضبط والتموين والصحة عندما كون من بعض الأعراب حرساً يحمي بيوت المهاجرين، ومخازن السلاح وجعل نفسه مسئولاً عن مخازن الدقيق والسكر (16).

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا ذلك في حكمها حيث قررت " نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الظروف الاستثنائية البحتة، تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف؛ ضماناً لانتظام المرافق العامة، وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين بها باطراد دون توقف - يستحق الموظف في هذه

(15) د. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 1995 ص 53.

(16) د. حمدي محمد العجمي، القانون الإداري في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، مركز البحوث، 1431 هـ، ص

الظروف أجرا مقابل ما قام به من أعمال- تطبيق: قيام موظف بأعمال ومسئوليات رئيس البعثة الدبلوماسية المصرية في بغداد ورعاية مصالح المصريين خلال فترة حرب الخليج رغم كونه من غير أعضاء السلك الدبلوماسي، يستتبع استحقاقه تعويضا مقابل ما قام به من أعمال خلال تلك الفترة، يعادل قيمة بدلي الإنابة والصرافة المقررين قانونا لمن تتوفر فيه شروط استحقاقهما" (17).

مما سبق يتضح أنه حينما يتغيب الموظفون عن العمل الوظيفي أو يتم هجر وترك المرافق العامة للدولة بلا عمل، فلا يوجد من يتولى تسيير المرافق العامة للدولة، فيأتي شخص عادي ليس له علاقة بالوظيفة العامة ويمارس العمل الوظيفي ويقوم بتصرفات وظيفية حيث يتحتم على جهة الإدارة أن تعهد إلى هذا الشخص العادي القيام بالخدمة العامة لمواجهة الطرف الاستثنائي (18).

ثانياً: استمرارية العمل بالمرافق العامة:

يمكننا أن نعرف المرفق العام تعريفاً عاماً هو " كل مشروع تديره الدولة بنفسها أو تحت إشرافها لإشباع الحاجات العامة بما تحقق المصلحة العامة ". أي أن أعمالها المتعلقة بهذا المرفق تتصف بالإدارية (19).

طبق القضاء الإداري الفرنسي نظرية الموظف الفعلي على حالات الثورات، فالثوار الذين ينتزعون السلطة من أيدي الحكومة الشرعية يعتبرون غاصبين، ولكن أعمالهم تغدو مشروعة إذا تعلقت بمرافق عامة لا يمكن أن تتوقف، كتلك المتعلقة بحالة الأشخاص (20).

وتمتاز الحكومة الواقعية أو الفعلية عن الحكومة الثورية، حيث إنها تقوم بمهام الوظيفة الإدارية بقصد تسيير المرافق العامة ولا تقصد الاحتفاظ بالسلطة، وبالتالي فإن سلطتها مؤقتة.

حالات انطباق نظرية الموظف الظاهر:

- (17) حكم المحكمة الإدارية العليا (الدائرة السابعة)، الطعن رقم 8277 لسنة 48 القضائية (عليا)، جلسة 2012/1/15، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، مكتب فني 1/57، المبدأ 48/هـ، صفحة 394.
- . 299 ص وجيز القانون الإداري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 1999، رسلان، أحمد (18) د. أنور (19) د. حسام مرسي، مؤلفنا القانون الإداري السعودي، مكتبة المتنبي، 2021، ص 72.
- (20) لي دويادير، المطول، ط 2، ص 370، مشار إليه في "ركن الاختصاص في القرار الإداري وآثاره القانونية على العمل الإداري، أ. ص 41. نواف طلال فهد العازمي، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2012،

ابتدع القضاء الإداري نظرية الموظف الظاهر لحماية مصالح الأفراد الذين ليس بمقدورهم إدراك مدى صحة الأوضاع الظاهرة للأفراد، وبالتالي لا يُعد الموظف غير المختص موظفاً ظاهراً إلا إذا كان قرار تعيينه باطلاً ولكنه معقولاً بالنسبة للأفراد المتعاملون معه وبغض النظر عما إذا كان هذا الموظف حسن النية أو سيئها.

كما تنطبق تلك النظرية في الظروف العادية وليست الاستثنائية كما هو الحال في نظرية الموظف الفعلي، وعليه ومن التعريفات السابقة للموظف الظاهر يتبين لنا حالات الموظف الظاهر هي.

أولاً: عدم تعيين الشخص في الوظيفة العامة:

يعتبر الشخص موظفاً عاماً عندما يكون تعيينه عن طريق السلطة المختصة، وبالأداة والآلية القانونية التي نص عليها القانون (21)، ولكن طبقاً لنظرية الموظف الظاهر نعتبر الشخص الذي يمارس اختصاصاً وظيفياً في مقر العمل وكأنه معين موظفاً ظاهراً لأنه يوهم الغير حسن النية من المتعاملين مع الإدارة بالاعتقاد بأنه هو الموظف الشرعي والمختص بهذه الوظيفة (22).

وفي هذا الشأن قررت محكمة النقض المصرية أن تصرفات صاحب المركز الظاهر إلى الغير حسن النية. لها نفس آثار تصرفات صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقية (23).

ثانياً: بطلان تولي الموظف للوظيفة العامة:

تقوم هذه الحالة إذا صدر قرار تعيين أحد الأشخاص في إحدى الوظائف العامة بالأداة القانونية، ويقوم هذا الشخص بمزاولة اختصاصاتها، ثم يصدر حكم ببطلان تعيينه، فتزول صفة الموظف عن هذا الشخص، ولكنها تبقى ظاهرياً لدى الأفراد حسنى النية المتعاملين مع الإدارة والذين يجهلون صدور حكم ببطلان قرار التعيين (24)، بغض

..(21) د. إبراهيم شيحا، مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني، بيروت، الدار الجامعية للمطبوعات والنشر، 1994

(22) د. أسعد طه أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 14..

(23) أحكام النقض - المكتب الفني - مدني، العدد الثالث - السنة 22 - ص 959، الطعن رقم 53 لسنة 37 القضائية جلسة 30

من نوفمبر سنة 1971..

(24) د. أسعد طه أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 90..

النظر عما إذا كان الموظف نفسه حسن النية أو سيئ النية، لأن الهدف هو حماية الجمهور الذي تعامل معه على أنه موظف اعتماداً على الظاهر من الأمور (25).

ثالثاً: الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة:

الأصل أنه لا يجوز للموظف العام أن يباشر اختصاص وظيفة من الوظائف إلا خلال المدة التي يتولى فيها أمرها (26)، طبقاً لقواعد الاختصاص الزمني، إلا أنه قد يحدث ويستمر الشخص في وظيفته ظاهرياً رغم انتهاء صفته الرسمية لأسباب متعددة مثل عدم إخلاء طرفه من الوظيفة بعد إحالته للتقاعد أو استقالته أو إنهاء عقده من الجهة الإدارية، أو وقفه احتياطياً عن العمل على ذمة قضية أو بعد فصله من الوظيفة (27). ويعتبر استمراره في العمل غير مشروع لعدم وجود سند نظامي، وتُعد كافة تصرفاته باطلة ومعدومة الأثر منذ تاريخ صدورها أي لا يترتب عليها أي آثار قانونية، وحماية للغير المتعامل معه، أقر القضاء الإداري بصحة تصرفاته ما لم تكن مشوبة بإحدى أوجه عدم المشروعية الأخرى، وذلك لحماية الغير حسن النية.

أخذ المنظم السعودي بنظرية الموظف الفعلي حيث نصت اللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية على أن:

"إذا استمر الموظف في العمل بعد السن النظامية للإحالة على التقاعد بدون سبب نظامي يعد في حكم الموظف الفعلي ويعامل كالاتي:

أ. لا تحتسب المدة التي قضاها بعد السن النظامية خدمة فعلية.

ب. يعد ما تقاضاه مقابل ما أداه من عمل، ويرد له ما استقطع من عائدات تقاعدية.

ج. لا يستفيد من الحقوق التقاعدية إلا بعد انتهاء مباشرته أعمال الوظيفة نهائياً..

298. ص وجيز القانون الإداري، مرجع سابق، رسلان، أحمد (25) د. أنور

م، ص 1989.76 (26) د. محسن خليل، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،

(27) د. أسعد طه أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 15..

ويعامل وفق ذلك الموظف الذي يتهم في قضية وهو مستمر على رأس العمل خلال الفترة من تاريخ فصله بموجب الحكم التأديبي أو القضائي وحتى تاريخ صدور القرار التنفيذي بإنهاء خدمته" (28).

كذلك نصت اللائحة ذاتها على أن "يعامل الموظف الذي تسحب منه الجنسية السعودية أو تسقط عنه حصوله عليها بطريقة غير مشروعة معاملة الموظف الفعلي. وتنتهي خدمته ويعد ما تقاضاه مقابل ما أداه من عمل. وتعاد الحسميات التقاعدية المستقطعة من الراتب لمن سحبت منه الجنسية، أما من أسقطت عنه الجنسية السعودية لحصوله عليها بطريقة غير مشروعة فتعاد الحسميات التقاعدية إلى آخر جهة حكومية عمل بها" (29).

قرر ديوان المظالم في أحد أحكامه رفض مطالبة المُدعي بإلزام المدعي عليها باحتساب خدمته الفعلية لأغراض التقاعد من 1432/09/26هـ وحتى 1433/05/09هـ - انتهاء خدمة المُدعي بقوة النظام بتاريخ 1432/09/26هـ لإكمالها ست سنوات في رتبة عقيد دون أن يرقى أو يبلغ سن التقاعد - بقاء المُدعي في الخدمة بعد ذلك التاريخ يُعد مخالفة صريحة للنظام فلا يجوز احتساب هذه المدة لأغراض التقاعد - خدمة المُدعي بعد التاريخ المشار إليه تعد في حكم الموظف الفعلي الذي يستحق مقابلها أجرًا مقابل عمله فقط، وقد أيدت محكمة الاستئناف حكم أول درجة، لانتهاء خدمة المدعي بقوة النظام ولا ينال من ذلك ما طلبه المدعي باحتساب خدمته الفعلية لأغراض التقاعد من 1432/09/26هـ وحتى 1433/05/09هـ (30).

ويرى الباحث تعليقاً على ما جاء في اللائحة المشار إليها وتطبيقاً لوجهة نظرنا موضوع البحث، جاء في اللائحة أنه إذا استمر الموظف في العمل بعد السن النظامية للإحالة على التقاعد بدون سبب نظامي يعد في حكم الموظف الفعلي، ونرى تحفظاً على ورود لفظ الموظف الفعلي حيث إن اللفظ المناسب هنا هو "الموظف الظاهر" لحماية الغير حسن النية الذي تعامل معه خلال تلك الفترة الذي يأخذ بالأوضاع الظاهرة ويجهل عما إذا كان هذا الشخص قد زالت عنه صفة الموظف العام أم لا، أما تبرير نظرية الموظف الفعلي هو ضمان حسن سير وانتظام المرافق العامة، حيث إن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بها لما حدث في فرنسا ابان الثورات (ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالظروف الاستثنائية، وقيام حالة الظروف الاستثنائية شرط من شروطها) هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ورد في الفقرة (ب) من المادة 222 يعد ما تقاضاه مقابل ما أداه من عمل، يرى الباحث أن من يباشر أعمال الوظيفة دون

(28) المادة 222 من اللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية السعودي.

(29) المادة 223 من اللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية السعودي.

(30) حكم ديوان المظالم في القضية رقم 10/6668/ق لعام 1433هـ، استئناف رقم 2/3042/س لعام 1436هـ، تاريخ الجلسة 1436/7/15هـ.

سند نظامي، يعتبر مغتصب للسلطة، ومرتكب لجريمة انتحال صفة الموظف العام، يعاقب عليها نظاماً، والتسليم بذلك يفتح المجال لكل من تسول له نفسه أن يفعل ذلك ضارباً القرارات الإدارية بالإحالة الى التقاعد أو غير ذلك عرض الحائط، وعلى الجهة الإدارية إذا أرادت أن تمد خدمة الموظف العام عقب بلوغه سن التقاعد، أن تصدر له قراراً يتضمن ذلك، ومن ناحية ثالثة، الحالات التي تضمنتها المادة 222، والمادة 223 تحدث في الظروف العادية وليست الاستثنائية، لذلك نرى استبدال مصطلح الموظف الفعلي بمصطلح الموظف الظاهر، كما نرى إعادة النظر فيما تضمنته الفقرة (ب) من المادة 222 باللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية.

كذلك ما جاء بالمادة 223 بأن يعامل الموظف الذي تسحب منه الجنسية السعودية أو تسقط عنه لحصوله عليها بطريقة غير مشروعة معاملة الموظف الفعلي. وتنتهي خدمته ويعد ما تقاضاه مقابل ما أداه من عمل. سلك هذا الموظف طريقاً غير مشروعاً للحصول على الجنسية السعودية، أي ارتكب فعلاً يعاقب عليه النظام، مما استوجب سحب الجنسية منه أو اسقاطها عنه، إلا أننا نجد ما تضمنته المادة المشار إليها لتعتبر ما تقاضاه مقابل ما أداه من عمل.

في الحالتين السابقتين، وكأن المنظم يمنح من باشر العمل بدون سند نظامي، أو من حصل على الجنسية السعودية بطريقة غير مشروعة مكافأة على سند من القول بأنه مقابل ما أداه من عمل، ليس أي عمل يقابله أجر، فهناك عمل مشروع وآخر غير مشروع، فالعمل الذي يكون نتاج طريق غير مشروع أو بدون سند نظامي، يعاقب عليه من ارتكبه نظاماً، أما مباشرة العمل بسند قانوني، أو الحصول على الجنسية بطريق مشروع هو الذي يستحق عنه القائم به أجر.

المبحث الثاني

حكم التصرفات القانونية للموظف الفعلي والموظف الظاهر

من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن القرارات التي تصدر من شخص ليس لديه القدرة القانونية أو الصلاحية تصدر معيبة، وقد يكون العيب بسيطاً أو جسيماً، وعيب عدم الاختصاص قطعاً من النظام العام، والذي يقدر الجسامة من عدمه القاضي الإداري فإذا كان القرار معيباً بجسيم ينحدر إلى درجة الانعدام فكأنه لم يصدر قط وتتعدم معه كافة الآثار التي ترتبت عليه. فالقرار الإداري المنعدم هو القرار المشوب بعيب جسيم يجرده من صفته

الفردية ويجعله مجرد عمل مادي، لا يتمتع بما تتمتع به الأعمال الإدارية من حماية، فلا يتحصن بمضي المدة، ويجوز سحبه في أي وقت. مثال: تعيين شخص على وظيفة لا وجود لها، أو تعيينه رغم تخلف شروط التعيين.

وأعمال وتصرفات الموظف العام او جهة الإدارة على وجه العموم لا تنحصر في القرارات الإدارية فحسب، بل قد يقوم هذا الشخص بإبرام عقود إدارية تتضمن حقوق لجهة الإدارة ذاتها، وحقوق للشخص المتعاقد معها.

لكي تقوم الإدارة بممارسة أوجه نشاطها عليها الاستعانة بعدة وسائل، ومن هذه الوسائل القانونية، تصرفات تصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة، أي من جانبها وحدها ودون مشاركة من قبل المخاطبين بأحكامها ويطلق عليها القرارات الإدارية، وتصرفات قانونية تصدرها الإدارة بالاتفاق مع الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية ويطلق عليها العقود الإدارية (31).

لذلك يثور التساؤل عن حكم التصرفات القانونية التي اتخذها الشخص الذي لا يتمتع بصفة الموظف العام، او الشخص الذي زالت عنه تلك الصفة إما لبطلان تعيينه وعدم مشروعيته وإما لزوال صفة الوظيفة عنه إما للتقاعد أو الفصل أو خلاف ذلك؟ والأهم هل تكتسب تصرفاته صفة المشروعية؟ خاصة مع الغير المخاطب بالقرار الذي أصدره هذا الشخص أو بالعقد الذي أبرمه معه، وهل يختلف الأمر لو كان هذا الشخص حسن النية أم سيء النية؟ كل هذه تساؤلات يجب أن نقف أمامها ونكيفها وفقاً لوجهة نظر الباحث وبيان النظرية التي نستند عليها في التكيف.

تأسيساً على ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لدراسة إصدار القرارات الإدارية، ونخصص الثاني لدراسة إبرام العقود الإدارية.

المطلب الأول

حكم القرارات الإدارية

(31) د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعية الزاوية، 2010م، ط السادسة، ص 15.

لمعرفة مدى صحة القرار الإداري من قبل الموظف الفعلي والموظف الظاهر علينا توضيح مفهوم القرار الإداري ، ثم ما إذا كان صدور القرار من فرد عادي جائزاً قانوناً أم لا، ومن ثم ما مدى مشروعية القرار الإداري من الموظف الفعلي أو الموظف الظاهر(32).

أولاً: مفهوم القرار الإداري.

تعد القرارات الإدارية من أهم مظاهر الامتيازات التي تتمتع بها السلطة الإدارية والتي تستمدّها من القانون العام وأيضاً وسيلتها المفضلة في القيام بوظائفها المتعددة والمتجددة في الوقت الحاضر لما تحققه من سرعة وفاعلية في العمل الإداري، وامكانيه البت من جانبها وحدها في أمر من الأمور، دون حاجه إلي الحصول علي رضا ذوي الشأن، أو حتى معاونتهم وذلك بإنشاء حقوق للإفراد أو التزامات عليهم، هذا بالإضافة إلي قدره الإدارة علي تنفيذها تنفيذاً مباشراً وبالقوة الجبرية.

القرار الإداري في العادة يتحدد من ناحية بالقانون ومن ناحية أخرى قد يتركه المشرع تقديريةً لمصدر هذا القرار (33).

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بجلسة 1996/3/26 وبجلسة 1984/6/23، وبجلسة 1979/1/17 بأنه "إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين ممكن وجائز قانوناً حالاً ومباشرة ابتغاء تحقيق المصلحة العامة". ومقتضى ذلك نفاذ القرارات الإدارية من تاريخ صدورها، وهذه القاعدة لا تصدق على إطلاقها إلا في حالة القرارات البسيطة، والقرارات المعلقة على شرط فإن نفاذها وتحقق آثارها مرهون بتحقيق الشرط الذي علق عليه القرار، وإذا كانت الشروط موقفة أو فاسخة فإن معظم الشروط في القرارات الإدارية هي شروط موقفة تؤدي إلى تأجيل أثر القرار متى تحقق الشرط، والأصل سواء أكان القرار معلق على شرط موقوف أم فاسخ فيجب أن يكون الشرط مشروعاً، وإذا كان الشرط غير مشروع بطل الشرط وبقي القرار سليمًا منتجًا لآثاره، إلا إذا كان الشرط هو الدافع الرئيسي للقرار، وهذه مسألة موضوعية يقدرها القاضي في كل حالة على حدة" (34).

(32) أ. عبد الله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مرجع سابق ص 96.

(33) د. حسام مرسي، مؤلفنا أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012 ص 513.

(34) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة 4/ 12/ 1999 في القضية رقم 10 لسنة 19 ق "تنازع" الجزء التاسع، ص 1196.

كما عرفته المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها الحديثة بجلسة 1999/12/4، حيث قررت أن "القرار الإداري هو إفصاح الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين، والقرار الصادر من أحد أشخاص القانون الخاص لا يعد قراراً إدارياً ولو كان مملوفاً للدولة. كما أضافت عبارة "متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً"⁽³⁵⁾.

وقد عرفه الفقيه بونارد بأنه "كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة".

وقد ذكرت المحكمة الإدارية العليا الفرق بين القرار الإداري والعمل المادي من خلال تعريفها للقرار الإداري السابق ذكره، فقالت (ويفترق القرار الإداري بذلك عن العمل المادي الذي لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث آثار قانونية وإن رتب القانون عليها آثاراً معينة لأن مثل هذه الآثار تعد وليدة الإرادة المباشرة للمشروع وليس وليد إرادة الإدارة الذاتية)⁽³⁶⁾.

ويمكن تعريف القرار الإداري بأنه إعلان الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إنشاء أو تعديل أحد المراكز القانونية متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الهدف منه تحقيق المصلحة العامة. ويستوي أن يكون إعلان الإدارة لإرادتها صريحاً أو ضمناً. والقرار الضمني هو الذي يستنتج من سكوت الإدارة بالنسبة لموقف معين.

وقد جاء في حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا بجلسة 2001/2/6 أن الأصل في القرارات الإدارية صحتها، وعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها من العيوب القصدية في القرار الإداري، وتعريفه أن يكون لدى الإدارة قصد الإساءة أو الانحراف بحيث تهدف من القرار قصداً آخر غير المصلحة العامة كالانتقام من شخص أو محاباة آخر على حسابه أو يكون باعثها لا يمت للمصلحة العامة بصلة، وعبء إثباته على من يدعيه لارتباطه بسلوكيات الإدارة⁽³⁷⁾.

(35) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة 1996/3/26 في الطعن رقم 1692 لسنة 36 ق. عليا البند رقم 105 العدد 41، وحكمها بجلسة 1984/6/23 في الطعن رقم 790 لسنة 22 ق. المبدأ رقم 203 العدد 29. وحكمها في الطعن رقم 432 لسنة 33 ق بجلسة 1979/11/17، مجموعة المحكمة في 15 سنة الجزء الأول، ص 75.

(36) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم 930 لسنة 11 قضائية. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً 1965 - 1980، ص 2023.

(37) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة 2001/2/6 في الطعن رقم 6616 لسنة 44 ق. ع البند رقم 94 العدد 46.

ومن هذه التعريفات يتضح أن القرار الإداري يلزم أن يكون عملاً قانونياً وأن يصدر من جهة إدارية وطنية وأن يترتب على العمل القانوني الصادر من الإدارة أثر قانوني. كما يجب أن تتوافر في القرار الإداري كافة العناصر المطلوبة لصحته ومن أهمها العنصر الشخصي. أي يجب أن يتم تحديد الأفراد الذين لهم دون غيرهم إصدار القرارات الإدارية، وبالتالي لا يجوز لمن لم تخوله الضوابط القانونية إصدار القرار الإداري وإلا كان تصرفاً باطلاً.

ثانياً: صدور القرار الإداري ممن لا يتمتع بصفه الموظف العام.

الاختصاص من أهم عناصر القرار الإداري ودائماً محدد بالقانون؛ حيث إن القانون الإداري لا يقتصر على بيان الأعمال الإدارية ولكن يعين الموظف المختص المنوط به مباشرة الأعمال أيضاً. فإذا صدر القرار الإداري من موظف غير مختص كان هذا القرار معيباً لعدم الاختصاص وذلك لعدم قدرة هذا الموظف قانوناً على اتخاذ ذلك القرار⁽³⁸⁾. فيجب أن يصدر القرار من الشخص أو الهيئة التي حددها المشرع وبالتالي يجب أن يكون لمصدر القرار وجود قانوني وسلطة التعبير عن إرادة الدولة.

ويعرف ركن الاختصاص في القرار الإداري بأنه " الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطىها القواعد القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة، شخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة". حيث تثبت هذه الصفة لعضو الإدارة بقرار تعيينه إذا كان فرداً وبالقرار الصادر بتشكيله إذا كان هيئة⁽³⁹⁾.

وبالتالي فإن صدور القرار الإداري من شخص عادي لا يتمتع بصفه الموظف العام تعتبر حالة من حالات اغتصاب السلطة⁽⁴⁰⁾، بل إن البعض اعتبرها من أشد حالات اغتصاب السلطة⁽⁴¹⁾. وبذلك فإن صدور القرار الإداري من شخص عادي لا يتمتع بصفه الموظف العام، يكون منعماً وباطلاً بطلاناً مطلقاً ولا تنتج عنه أية آثار قانونية، وذلك لفقدان شرط من شروط صحة القرار وهو صدوره من موظف عام.

(38) الأستاذ/ محمد عبد الجواد حسين: سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، مجلة مجلس الدولة، القاهرة: دار النشر للجامعات

المصرية، السنة الرابعة، ص 206.

(39) د. حسام مرسي، مؤلفنا أصول القانون الإداري، مرجع سابق ص 528.

(40) د. محسن خليل، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 94:90.

(41) د. رمزي الشاعر، بطلان القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة العاشرة، العدد الأول، 1968م، ص 131.

حيث استقر الفقه والقضاء على أن حالات اغتصاب السلطة تتمثل في صدور قرار من السلطة القضائية يدخل في اختصاص السلطة التنظيمية أو التنفيذية أو العكس. أو صدور قرار من شخص غير موظف فيما يتعلق بأعمال الوظيفة العامة في الظروف العادية، أو ممارسة موظف اختصاصات موظف آخر استناداً لتفويض باطل.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكم لها والذي قررت فيه انعدام العمل الإداري إذا صدر من فرد عادي لا صلة له بالإدارة إطلاقاً أو أن تكون قد انتقت عنه هذه الصفة لسبب من الأسباب.

ثالثاً: حكم القرار الإداري الصادر من الموظف الفعلي والموظف الظاهر.

ذكرنا سلفاً أن صدور القرار الإداري من شخص عادي لا يتمتع بصفة الموظف العام، يكون منعماً وباطلاً بطلاناً مطلقاً ولا تنتج عنه أية آثار قانونية، وذلك لفقدان شرط من شروط صحة القرار وهو صدوره من موظف عام.

إلا أن ذلك لا يؤخذ على إطلاقه، حيث استقر الفقه والقضاء على أنه في ظل الظروف الاستثنائية كالحرب أو الزلازل أو البراكين أو الثورات أو أي ظرف يراه القضاء استثنائياً إذا قام أحد الأشخاص العاديين بممارسة مهام الوظيفة العامة لضمان استمرار المرفق العام بانتظام واطراد نكون بصدد إعمال نظرية الموظف الفعلي وتضفي صفة المشروعية على ما يتخذه من قرارات يكون الهدف منها الصالح العام المتمثل في استمرار سير العمل بالمرافق العامة بانتظام واطراد، ولكن ليس معنى ذلك أن تقلت تلك الأعمال من رقابة القضاء، فتقدير الظروف الاستثنائية ومدى توافر حالاتها وشروطها يخضع لرقابة القضاء، كذلك الأعمال والقرارات التي تصدر من هذا الشخص تخضع لرقابة القضاء، هل هي للحفاظ على مبدأ استمرارية المرفق العام أم لا، أي أن الأمر كله متروك لتقدير القاضي.

ولكي يتم إضفاء صفة المشروعية على أعمال الأفراد العاديين في الظروف الاستثنائية لا بد من اجتماع عدة شروط (42):

أولها: أن تختفي السلطات الشرعية كلية.

ثانيها: أن يكون تصدي الأفراد العاديين لمزاولة مهام الوظيفة العامة ضرورياً لتسيير المرافق العامة الأساسية.

ثالثها: أن تتطوي الظروف الاستثنائية على درجة عالية من الخطورة والجسامة.

(42) د. علي خطار شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 283 وما بعدها.

رابعها: يجب أن تقتصر مباشرة هؤلاء الأفراد على إصدار القرارات التي تندرج ضمن اختصاص الموظف القانوني فقط.

ولعل الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية تتمثل في الظرف الاستثنائي ذاته، وفي ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد، ففي حالة قيام الثورات والحروب والكوارث الكبرى تختل الأمور، وقد يتولى الوظيفة العامة أشخاص عاديون ويتعامل معهم الجميع وهم يعلمون أنهم ليسوا موظفين عموميين، وليس لهم أي مظهر من مظاهر الوظيفة العامة، ومع ذلك يعترف بأعمال وتصرفات هؤلاء الموظفين ضمانا لسير المرفق العام بانتظام واطراد في هذا الظرف الاستثنائي.

ولعلنا ندرك الحدث الذي جسد نظرية الموظف الفعلي حقيقياً في واقعة تضمنت وجمعت كافة الشروط التي تناولناها سلفاً وهي ما تم إبان ثورة 25 يناير 2011 من قيام المجلس الأعلى للقوات المسلحة بإدارة شئون البلاد، عقب تخلي الرئيس الأسبق حسني مبارك عن السلطة، وقد قام المجلس بمهام وصلاحيات رئيس الجمهورية، وبالتالي فإن السلطة الفعلية (المجلس الأعلى للقوات المسلحة) قامت بتعطيل الدستور وإصدار قرارات بقوانين وقرارات تشكيل الحكومة، وذلك لضرورة تسيير المرافق العامة بصورة منتظمة ومطردة لوجود حالة استثنائية.

وبالنظر إلى القضاء الإداري الفرنسي نجده هو الذي ابتدع نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، للتخفيف من المغالاة في إلغاء القرارات لإدارية الصادرة من غير الموظفين، بحيث اعتبر القضاء الفرنسي الأعمال الصادرة من أشخاص عاديين كما لو أنها أعمال صادرة من موظفين عامين، وذلك لحماية المتعاملين مع جهة الإدارة في حالة الموظف الظاهر، ولحسن سير المرافق العامة في حالة الموظف الفعلي (43).

وذلك كما جاء في حكمه الصادر في 5 مارس سنة 1948 في قضية ماريون (Marion) والتي تتلخص وقائعها في أن مجموعة من الأشخاص قاموا بتكوين لجنة لرعاية مصالح أحد الأقاليم، على إثر تعرض هذا الإقليم للغزو من قبل الجيش الألماني، والذي أدى إلى فرار أعضاء المجلس البلدي خوفاً من الوقوع في أيدي سلطات الاحتلال، وقامت هذه اللجنة المشكلة بالاستيلاء على البضائع والأغذية لضمان توفيرها للمواطنين، وعلى إثر ذلك قام المذكور أعلاه وآخرون بالطعن بهذه القرارات الصادرة عن هذه اللجنة، مستنديين على أن تصرفاتها لا تستند إلى أي أساس قانوني، وكان رد مجلس الدولة الفرنسي على هذه الدعوى برفض هذا الطعن المقدم إليه رغم تسليمه بأن هذه اللجنة تشكل سلطة فعلية ليس لها أي صفة إدارية، وذلك استناداً إلى أن الظروف الاستثنائية التي نجمت عن

(43) د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص 356.

هذا الغزو لهذا الإقليم من شأنها إضفاء طابع الضرورة والاستعجال على التصرفات التي قامت بها هذه اللجنة، مما يستتبع اعتبار هذه القرارات صحيحة وسليمة وقانونية وكأنها صادرة عن سلطة إدارية (44).

كذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية قررت أن أعمال نظرية الموظف الفعلي تكون في الظروف الاستثنائية البحتة حيث جاء في حكمها " أن نظرية الموظف الفعلي- كما جرى بذلك قضاء هذه المحكمة- لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة، تحت إلحاح الحاجة على الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضماناً لانتظام المرافق العامة، وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين بها، باضطراد ودون توقف، وتحتم الظروف غير العادية أن تعهد جهة الغدارة إلى هؤلاء الموظفين بالخدمة العامة إذ لا يتسع أمامها الوقت لاتباع أحكام الوظيفة في شأنهم" (45).

ويرى الباحث،، أنه في ظل الظروف العادية، قد يقوم شخصاً عادياً لا يمت للوظيفة العامة بصلة، أو صدر حكم ببطلان تعيينه، أو كان مرشحاً للوظيفة ولكنه مارس مهامها قبل اصدار قرار إداري بتعيينه، فإن جميع الصور المذكورة تندرج تحت مفهوم الموظف الظاهر وليس الموظف الفعلي، ولا تأخذ تصرفات هذا الموظف حكم تصرفات الموظف الفعلي، لأنه عندما يمارس الموظف القانوني أو الموظف الفعلي أو منتحل الوظيفة العامة (الموظف الظاهر) عملاً يترتب على ممارسته لذلك العمل أثر يختلف بحسب طبيعة الحال، فالموظف القانوني تعتبر تصرفاته صحيحة ومنتجة لآثارها ما لم تكن مشوبة بعيب من عيوب المشروعية، وتطبق عليه أحكام قانون العقوبات في حالة ارتكابه جريمة من الجرائم الموجهة ضد الإدارة العامة كالرشوة والاختلاس (46).

أما منتحل الوظيفة (الموظف الظاهر) فالأصل أنه لا يعتبر بأي حال من الأحوال موظفاً عمومياً ولا تلتزم الإدارة بتصرفاته ولا تكون تصرفاته مع الأفراد ذات صبغة قانونية، فهي باطلة ومعدومة (47)، إلا إذا توافرت مظاهر جادة على شرعية شغل الوظيفة حماية للغير حسن النية (48).

(44) مجموعة سيرري سنة 1948، القسم الثالث، ص 53.

(45) مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا، جلسة 29 نوفمبر عام 1964، السنة العاشرة، ص 99.

(46) د. فرحان نزال حميد المساعيد، الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، كلية القانون، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد الثامن، عام 2012.

(47) د. عبد المنعم محفوظ، الوسيط في القانون الإداري، دراسات تأصيلية مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، الكتاب الثاني في النشاط الإداري، الطبعة الأولى، عام 1976، ص 316.

(48) مجدي عزالدين يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، عام 1987، ص 76 وما بعدها.

ولذلك فهو لا يستفيد من مزايا الوظيفة العامة، ولا يخضع لأحكامها ولا يجوز له مطالبة الإدارة بما أنفقه لحسابها إلا على أساس الإثراء بلا سبب. ويتعرض لعقوبات جنائية رادعة يقررها في شأنه قانون العقوبات (49).

وهنا يكمن الفرق بين النظريتين، وقد أوضحنا ذلك في تعريف كلاً منهما وتوضيح أوجه الخلاف بينهما. فمثلاً إذا عين شخص أو انتخب لشغل مهام وظيفة معينة رغم تخلف أحد الشروط القانونية لشغل هذه الوظيفة أو للترشيح لذلك المنصب، وبذا يكون التأهيل القانوني الذي اكتسبه الشخص المعين أو المنتخب غير مشروع، وتعد بالتالي مباشرة مهامه الوظيفية غير مشروعة، ويندرج ضمن هذه الدائرة حالات انتهاء العلاقة الوظيفية لأي سبب من الأسباب كالاستقالة والإحالة إلى التعاقد، والفصل من الوظيفة أو حتى الوقف عن العمل، كذلك من يعين موظفاً عاماً "قانونياً" بقرار رسمي، ولكن بعد أن يزاول أعمال الوظيفة يصدر حكم من القضاء الإداري بإلغاء قرار التعيين لعيب قانوني أصابه، وأيضاً قد ينتخب عضو المجلس البلدي ويبدأ في ممارسة اختصاصه، ثم يصدر حكم من القضاء بإبطال انتخابه وأنه لم يكن له الحق في العضوية، وأيضاً قد يفوض الرئيس الإداري أحد مرؤوسيه في ممارسة بعض أعمال الرئيس، وبعد أن يمارس المرؤوس المفوض إليه هذه الأعمال يصدر حكم قضائي بعدم قانونية هذا التفويض أصلاً (50)، وذلك كما حدث في قضية زواج مون روج (*Montrouge*) الشهيرة، وطبق القضاء نظرية الموظف الظاهر (51).

ولمحكمة النقض المصرية في أحد أحكامها ما يؤكد ذلك حيث قررت " تصرفات صاحب المركز الظاهر إلى الغير حسن النية. لها نفس آثار تصرفات صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقية. قضاء الحكم ببطلان تصرفات صاحب المركز الظاهر

(49) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، عام 1975، ص 188 وما بعدها

(50) د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 292

(51) تتلخص وقائع هذه القضية في أن مستشار البلدية قد قام بشهر عدد من الزيجات بناء على تفويض باطل يتعلق بممارسة الاختصاصات المتصلة بالأحوال المدنية، ومع ذلك اعترفت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 أغسطس سنة 1883 بصحة هذه الزيجات التي كانت محكمة السين قد قضت ببطلانها في 23 فبراير من نفس العام، وذلك لأنه لم يكن من السهل على الأفراد معرفة بطلان التفويض، كما أن هؤلاء وحدهم هم الذين يستفيدون من الاعتراف بصحة هذه التصرفات رغم قيامها على أساس تفويض باطل، وتطبيق نظرية الظاهر في هذه الحالة هو الذي يؤدي إلى تقادي النتائج الخطيرة التي تترتب على بطلان الزيجات.

دون بحث دفاع الطاعن وتحقيق عناصره بمقولة إن نظرية الموظف الفعلي مختلف عليها ولا محل للاستدلال بها. خطأ وقصور" (52).

(52) أحكام النقض - المكتب الفني - مدني، العدد الثالث - السنة 22 - ص 959، الطعن رقم 53 لسنة 37 القضائية جلسة 30 من نوفمبر سنة 1971. حيث تضمنت حيثيات الطعن الآتي " حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية. وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن في أن المطعون ضده بصفته وزيراً للشئون الاجتماعية أقام الدعوى رقم 3946 مدني كلي القاهرة طالباً القضاء بإلزام الطاعن بأن يؤدي إليه مبلغ 1669 ج و100 م، وقال بياناً لدعواه إن الطاعن كان قد أنتخب رئيساً لمجلس نقابة مستخدمي هيئة إدارة قناة السويس في 28 فبراير سنة 1956، وفي 26 يولييه سنة 1956 صدر القانون رقم 285 سنة 1956 بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس وترتب عليه أن أصبحت نقابة مستخدمي هيئة قناة السويس منحة منذ صدور هذا القانون نظراً لأن جميع العاملين بالهيئة أصبحوا من الموظفين العموميين المحظور عليهم تكوين النقابات، ثم صدر قرار وزير الشئون الاجتماعية رقم 21 سنة 1959 ونص في مادته الأولى على اعتبار نقابة مستخدمي هيئة قناة السويس قد انقضت منذ 26 يولييه سنة 1956 كما نص في مادته الثانية على أنه لا يجوز للنقابة مباشرة نشاطها وعليها تسليم أموالها إلى وزارة الشئون الاجتماعية، ونظراً لأن مجلس النقابة كان قد قرر صرف مبلغ 1564 ج و10 م للطاعن من جملة المبالغ التي كانت خالصة لوزارة الشئون الاجتماعية منذ 26 يولييه سنة 1956 فإن قرار الصرف يكون باطلاً لصدوره عن شخص معدوم لا ولاية له، ويكون من حق وزارة الشئون الاجتماعية استرداد هذا المبلغ من الطاعن، وفي 10 ديسمبر سنة 1963 قضت المحكمة بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضده بصفته مبلغ 1569 ج و100 م. استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم 112 سنة 81 ق القاهرة، ومحكمة استئناف القاهرة قضت في أول ديسمبر سنة 1966 برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن، وبالجلسة المحددة لنظره أصرت النيابة على هذا الرأي.

وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب، وفي بيان ذلك يقول إنه تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه وإن كان لا خلاف في أن الوجود القانوني لنقابة مستخدمي قناة السويس قد زال بصدور القانون الخاص بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس إلا أن الوجود الفعلي الظاهر لهذه النقابة قد ظل قائماً حتى صدور القرار الوزاري رقم 21 لسنة 1959، وأن هذا الوجود الفعلي ثابت من تسليم مكتب العمل بوجودها تسليماً مستقداً من حضور مندوبه اجتماعاتها، كما أنه ثابت من اعتراف هيئة قناة السويس بعد التأميم بوجودها واعتبارها جهة ذات شأن في إبداء الرأي في لائحة موظفي الهيئة، وإذ كان من المقرر أن الظاهر المسلم للوجود الفعلي يترتب عليه ما يترتب على الوجود القانوني من حيث صحة التصرف، وعلى أساس هذا النظر أقام الفقه الإداري نظرية الموظف الفعلي، ورتب عليها صحة التصرف الصادر من الموظف الذي اعتبر تعيينه باطلاً، خلال المدة التي كان قائماً فيها بأعباء الوظيفة فعلاً، وكان لا فارق بين الوجود الفعلي للموظف وبين الكيان الواقعي للنقابة بعد صدور قانون التأميم، فإن الحكم المطعون فيه، إذ استبعد إعمال هذا القياس، وانتهى إلى بطلان قرار النقابة لانعدام وجودها القانوني، يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب.

وحيث إن هذا النعي صحيح، ذلك أنه لما كان يبين من الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إليه، أن الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه وإن صح أن نقابة مستخدمي قناة السويس قد زال وجودها القانوني بصدور قانون تأميم الشركة العالمية لقناة السويس إلا أن وجودها الفعلي قد ظل قائماً حتى صدور قرار وزير الشئون رقم 21 لسنة 1959 حيث ظلت تباشر نشاطها

نرى أن كل هذه الصورة تتم في الظروف العادية، والأصل بطلان جميع تصرفاتهم لأنهم مغتصبى السلطة، ولكن اعترف القضاء بشرعية الأعمال التي يقوم بها هؤلاء إذا توافرت مظاهر جادة على شرعية شغل الوظيفة حماية للأفراد المتعاملين معهم حسن النية، وليس لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد كما ذكرنا في نظرية الموظف الفعلي.

المطلب الثاني

حكم العقود الإدارية

حتى نتمكن من الحكم على صحة إبرام العقود الإدارية من قبل الموظف الفعلي والموظف الظاهر علينا معرفة ما هو العقد الإداري، وما هي الشروط الواجب توافرها في ممثل الإدارة في التعاقد، وبعدها مدى صحة العقود المبرمة من الموظف الفعلي والموظف الظاهر.

أولاً: مفهوم العقد الإداري.

فالعقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة ومن ثم يجب ألا ينظر إليه على أنه من عقود القانون الخاص بل يجب أن يوضع في الاعتبار أنه يساهم في تسيير المرافق العام.

اختلف القضاء والفقهاء في وضع تعريف محدد للعقود الإدارية، وقد حاول القضاء الإداري في فرنسا ومصر حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية.

حتى هذا التاريخ، وأن هذا الوجود الفعلي الظاهر الذي كان معترفاً به من هيئة قناة السويس، ومن مكتب العمل ومن الوزارة المطعون ضدها من شأنه أن يجعل التصرف الصادر من النقابة إلى الطاعن في هذه الفترة صحيحاً مثله في ذلك مثل التصرف الذي يصدر من الموظف الذي يستمر في أداء وظيفته بعد انتهاء ولايته. لما كان ذلك، وكان يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، ما يترتب التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، فإن الحكم المطعون فيه. إذ أطلق القول ببطلان التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر، وأغفل بحث دفاع الطاعن وتحقيق عناصره بمقولة إن نظرية الموظف الفعلي مختلف عليها ولا محل للاستدلال بها، يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسييب، مما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

ومن خلال ما استقر عليه مجلس الدولة قضاءً وإفتاءً يمكن تعريف العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص" (53).

وقد أيد جانب كبير من الفقهاء في مصر هذا الاتجاه، منهم الدكتور سليمان محمد الطماوي، الذي ذهب إلى أن العقد الإداري "هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام".

كما تم تعريفه بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام، مع إظهار النية في تطبيق أحكام القانون الإداري" (54).

وعُرف أيضاً بالتركيز على بيان صفة من يقوم عن الشخص العام في العقد، فُعُرف بأنه: "عقد يرتبط به شخص من أشخاص القانون العام، سواء أكان موظفاً مسئولاً أم مديراً عاماً، ويخضع لنظام قانوني خاص، تسوده مقتضيات المرفق العام بموجب الشروط والقوانين الممنوحة لمثل هذه الحالات الارتباطية" (55).

والعقد الإداري كما انتهت إلى تعريفه المحكمة الإدارية العليا في مصر هو ذلك العقد الذي يكون موضوعه متعلقاً بمرفق عام وتكون الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفاً فيه ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص كحق الإدارة منفردة في توقيع جزاء على المتعاقد معها وحق الإدارة في مراقبة العقد الإداري وحق الإدارة في تعديل العقد الإداري وقتما تشاء وبحسب الصالح العام ومن أهم العقود الإدارية عقد التزام (امتياز) المرفق العام وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في ممثل الإدارة في التعاقد.

(53) راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم 576 لسنة 11 ق.ع جلسة 1967/12/30 وفي ذات المعنى حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 779 لسنة 10 ق جلسة 1957/2/24، وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 647 في 1956/10/23.

ص 56، 59. رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، (54) د/ إدوارد عيد،

(55) د/ جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العلمية للكتاب، بيروت، الطبعة الأولى، 1996م، ص 241.

لكي نكون أمام عقداً إدارياً يجب أن تتوافر شروط العقد الإداري والتي تتمثل في أن يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام، أن يكون العقد بقصد تسيير مرفق عام، أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وإذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار العقد من عقود القانون الخاص وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوي عام أو لا يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيمياً أو تسييراً أو أتى العقد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ فيه بأسلوب القانون العام بحيث لا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص (56).

ورغم تعدد الشروط الواجب توافرها في العقد الإداري، إلا أن الذي يهنا هنا هي الشروط الواجب توافرها في التعاقد من جانب الإدارة وهما شرطان: الصفة القانونية والاختصاص. أي يجب أن يملك المتعاقد من جانب الإدارة الصفة القانونية وفق القوانين واللوائح، وأن تكون هذه الصفة ممنوحة من الجهة المختصة بذلك وقت إبرام العقد (57).

ثالثاً: حكم إبرام العقود الإدارية من قبل الموظف الفعلي والموظف الظاهر.

الحكم على صحة القرارات الإدارية التي تصدر من الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية تسحب على صحة إبرام العقود الإدارية حتى بعد زوال الظروف الاستثنائية. وكذلك الوضع بالنسبة للموظف الظاهر.

إبرام العقود الإدارية من قبل الموظف الفعلي.

إن العقد الإداري الذي يبرمه الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية صحيح، حتى بعد زوال الظروف الاستثنائية وعودة الموظفين الرسميين للعمل الوظيفي مرة أخرى ولا يجوز بأي حال من الأحوال أبطاله أو فسخه أو إنهاؤه (58).

2007/مجموعة الصادرة من المكتب الفني (56) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2054 لسنة 48 ق.ع بجلسة 24 / 3 لمجلس الدولة، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى الجزء الأول من أول أكتوبر 2006 إلى إبريل 2007م البند رقم 79 ص 505.

(57) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، 1989م، ص 719.

(58) د. أسعد طه أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 10 - ص 12.

ويرجع أسباب ذلك إلى اعتبار تصرفات الموظف الفعلي بأنها سليمة ويعتد بها، حيث جاء في الأحكام القضائية التي تناولناها في القضاء الفرنسي والمصري مصطلح (تصرفات الموظف الفعلي) عاماً وبذلك ينسحب حكم صحة القرارات الإدارية على إبرام العقود الإدارية إعمالاً لمبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد(59).

إبرام العقود الإدارية من قبل الموظف الظاهر.

الأصل في التصرفات القانونية التي يقوم بها شخص مغتصب السلطة (الموظف الظاهر) بالطبع باطله ومعدومة لصدورها من غير مختص، ولكن كما سبق ايضاحه في حكم اصدار القرارات الإدارية، أن القضاء اعتبرها صحيحة استثناءً من الأصل وهو البطلان، حماية لمصلحة الغير حسن النية.

وفي مجال إبرام العقود الإدارية نكيل بنفس المكيال باعتبار العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره كاملة بشرط إثبات حسن النية من الطرف المتعاقد مع الإدارة، وإثبات انتفاء علمه بالحقيقة، ويراعى في ذلك معيار الرجل المعتاد في نفس ظروف المتعاقد وفقاً للمجرى العادي للأمر وللحقيقة واسعة في تقدير توافر حسن النية من عدمه، استناداً لتوفير أكبر قدر ممكن من الضمانات للمحافظة على مصلحة الغير المتعاقد مع الإدارة حسن النية(60).

الخاتمة:

اكتفت أغلب التشريعات الصادرة في ميدان الوظيفة العامة بتحديد معني الموظف العام في مجال تطبيقها، ويبدو أن المشرع قد ترك أمر تعريف الموظف العام للفقهاء والقضاء، وعرفه المشرع المصري بأنه "كل من يشغل إحدى الوظائف الواردة بموازنة الوحدة"، وأورد في نظام الخدمة المدنية أداة وآلية تعيينه ولم يفرق بين الوظيفة الدائمة والوظيفة المؤقتة. وتناولنا في اشكالية البحث بعض التساؤلات، التي تدور حول الظروف الاستثنائية والظروف العادية، فيمن يقوم بمباشرة أعمال الوظيفة العامة بدون تأهيل قانوني لتولي تلك الوظيفة وحكم تصرفات كل من الموظف الفعلي والموظف الظاهر (منتحل صفة الموظف العام أو بما يسمى مغتصب السلطة). وتأتي نظرية الموظف الفعلي لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ونظرية الموظف الظاهر لحماية المتعامل معه حسن النية، سواء فيما يصدره هذا أو ذاك من قرارات إدارية، أو إبرام عقود إدارية.

(59) د. أسعد طه أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 13.

298. ص وجيز القانون الإداري، مرجع سابق، رسلان، أحمد (60) د.أنور

النتائج

- الخط بين مصطلح "الموظف العام" والموظف الفعلي، لأن كلاهما يمارسان الوظيفة العامة فعلاً، مع اختلاف أن الموظف العام هو الشخص المعين بالأداة والآلية المنصوص عليها نظاماً، والموظف الفعلي يمارس مهامه بدون سند قانوني، لذا أشرنا للموظف العام بمصطلح "الموظف القانوني".
- الخط بين الموظف الفعلي والموظف الظاهر، على الرغم من أوجه الخلاف بينهما، مع التسليم بأنهما من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي، وبينهما أوجه تشابه، وأوجه خلاف نبينها في النقاط الآتية:
أوجه التشابه: أن كلاهما يتقلد مهام الوظيفة دون سند قانوني مشروع أو سند باطل.

أوجه الاختلاف: تختلف ظروف عمل كل منهما، حيث إن الموظف الفعلي يباشر مهام الوظيفة العامة في الظروف الاستثنائية، أما الموظف الظاهر يباشر مهام الوظيفة العامة في الظروف العادية، كذلك يوجد اختلاف آخر بينهما يتمثل في الغاية من تبرير عمل كل منهما، حيث إن العمل بنظرية الموظف الفعلي تستهدف تحقيق مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، أما الغاية من العمل بنظرية الموظف الظاهر تستهدف حماية الغير حسن النية.

- تصرفات الموظف الفعلي صحيحة حتى بعد زوال الظروف الاستثنائية، ويرجع ذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
- تصرفات الموظف الظاهر صحيحة بشرط إثبات حسن النية من الطرف المتعامل معه.
- أتى المنظم السعودي في المادتين 222، 223 من اللائحة التنفيذية للموارد البشرية للخدمة المدنية بمصطلح "الموظف الفعلي" بأنه إذا استمر الموظف في العمل بعد السن النظامية للإحالة على التقاعد بدون سبب نظامي يعد في حكم الموظف الفعلي.
- ورد في الفقرة (ب) من المادة 222 يعد ما تقاضاه مقابل ما أداه من عمل نرى أن هذا يفتح المجال لكل من تسول له نفسه أن يفعل ذلك ضارباً القرارات الإدارية بالإحالة الى التقاعد أو غير ذلك عرض الحائط.
- الحالات التي تضمنتها المادة 222، والمادة 223 تحدث في الظروف العادية وليست الاستثنائية، بالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بها لما حدث في فرنسا ابان الثورات (ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالظروف الاستثنائية، وقيام حالة الظروف الاستثنائية شرط من شروطها).

التوصيات:

- نوصي الباحثين في مجال القانون الإداري، مراعاة أوجه الاختلاف بين الموظف الفعلي والموظف الظاهر، وظروف كل نظرية ومبررها.
- نوصي المنظم السعودي باستبدال مصطلح الموظف الفعلي بمصطلح الموظف الظاهر.
- نوصي المنظم السعودي بإعادة النظر فيما تضمنته الفقرة (ب) من المادة 222 من اللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية.
- نوصي المنظم السعودي بإعادة النظر في المادة 223 من اللائحة التنفيذية للموارد البشرية في الخدمة المدنية.

قائمة المراجع

1. د. إبراهيم شيحا، مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني، بيروت، الدار الجامعية للمطبوعات والنشر، 1994.
2. د/ إدوارد عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة.
3. د. أسعد طه أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، مذكرات لطلبة دبلوم . القانون العام، جامعة الزاوية.
4. د. أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 1999.
5. د/ جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العلمية للكتاب، بيروت، الطبعة الأولى، 1996م.
6. د. حسام مرسي، مؤلفنا القانون الإداري السعودي، مكتبة المتنبي، 2021.
7. د. حسام مرسي، أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012.
8. د. حمدي محمد العجمي، القانون الإداري في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، مركز البحوث، 1431هـ.
9. د. رمزي الشاعر، بطلان القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة العاشرة، العدد الأول، 1968م.
10. د. سامي جمال الدين، مبادئ القانون الإداري نظرية العمل الإداري، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2013.
11. أ.د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1966.
12. أ.د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، 1989م.
13. د. عبد المنعم محفوظ، الوسيط في القانون الإداري، دراسات تأصيلية مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، الكتاب الثاني في النشاط الإداري، الطبعة الأولى، عام 1976.
14. د. علي خطر شطناوي، دراسات في الوظيفة العامة، منشورات الجامعة الأردنية، 1999/1998.

15. د. علي حسين خطار شطناوي، بحث (تعيين الموظفين العموميين في فرنسا والأردن) مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع، العدد الثاني، 1992.
16. د. علي خطار شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، مرجع سابق.
17. عبد الله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، ليبيا، كلية القانون بالزاوية - جامعة الزاوية.
18. د. فرحان نزال حميد المساعيد، الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، كلية القانون، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، المجلد الثامن، عام 2012.
19. لي دوبادير، المطول، ط 2.
20. د. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 1995.
21. د. مجدي عزالدين يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، عام 1987.
22. د. محسن خليل، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989م.
23. د. محمد سمير جمعة القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، 1437 هـ - 2016 م.
24. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، عام 1975.
25. د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
26. د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعية الزاوية، 2010م، ط السادسة.
27. الأستاذ/ محمد عبد الجواد حسين: سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، مجلة مجلس الدولة، القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، السنة الرابعة.
28. د. منصور العتوم، المسؤولية التأديبية للموظف العام، عمان، مطبعة الشرق، 1984.
29. نواف طلال فهيد العازمي، ركن الاختصاص في القرار الإداري وآثاره القانونية على العمل الإداري، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2012.
30. د. هاني بن علي الطهراوي، القانون الإداري السعودي، مكتبة التوبة، الرياض، 1435 هـ.
31. القانون رقم 81 لسنة 2016 بشأن الخدمة المدنية المصري.
32. نظام الخدمة المدنية السعودي .
33. مدونات ديوان المظالم السعودي، لعام 1433 هـ.
34. مدونات ديوان المظالم السعودي، لعام 1436 هـ.
35. مجموعة سيرري سنة 1948، القسم الثالث.
36. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا العدد 41.
37. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في 15 سنة الجزء الأول.
38. مجموعة المبادئ القانونية العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً 1965 - 1980.

39. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، العدد 46.
40. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى الجزء الأول من أول أكتوبر 2006 إلى إبريل 2007م.
41. مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا، السنة العاشرة.
42. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، مكتب فني 1/57، المبدأ 48/هـ.
43. مجموعة أحكام النقض - المكتب الفني - مدني، العدد الثالث - السنة 22 .
44. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الدستورية العليا ، " الجزء التاسع.

فهرس الموضوعات:

الصفحة	الموضوع
6	مقدمة عامة:
7	المبحث الأول: تمييز الموظف القانوني عن الموظف الفعلي والموظف الظاهر.
7	المطلب الأول: تعريف الموظف القانوني والموظف الفعلي والموظف الظاهر.
14	المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر.
21	المبحث الثاني: حكم التصرفات القانونية للموظف الفعلي والموظف الظاهر.
22	المطلب الأول: حكم القرارات الإدارية.
32	المطلب الثاني: حكم العقود الإدارية.
36	الخاتمة:
36	النتائج:
37	التوصيات:
38	قائمة المراجع:

