

نظرية الموظف الفعلي وتطبيقاتها في القانون الفلسطيني

The Theory of the Actual Employee and its Applications in the Palestinian Law

محمود ا. د. فرج¹، وان عبد الفتاح إسماعيل²

Mahmoud A.D. Farag¹, Wan Abdul Fattah Ismail²

^{1,2} جامعة العلوم الإسلامية الماليزية، نيلاي، نيجري سمبيلان، ماليزيا، البريد الإلكتروني:
faragmahmoud011@gmail.com

<p>تاريخ المقالة الارسال: 12-06-2023 المراجعة: 20-06-2023 القبول: 25-06-2023</p> <p>كلمات مفتاحية نظرية الموظف الفعلي، القانون، القانون الفلسطيني</p>	<p>مختصر البحث</p> <p>تهدف نظرية الموظف الفعلي إلى الحفاظ على المصلحة المعتمدة للغير حسن النية مع تعامله مع السلطات الإدارية، وليس الحفاظ على مصالح تلك السلطات او الموظفين أنفسهم كعادة غالبية القوانين، لم تتطرق التشريعات الفلسطينية إلى هذه النظرية و يوجد اختلاف بين الموظف الفعلي والحكومة الفعلية، حيث يعتبر موظفي الأخيرة موظفين قانونيين كاملي الاهلية والصلاحيه و لا يوجد تطبيقات حقيقية لنظرية الموظف الفعلي في القضاء الفلسطيني، سواء في غزة أو الضفة حيث لا تنطبق النظرية على معظم الحالات العملية الطارئة على الحالة الفلسطينية والتي ناتجة عن الانقسام السياسي البغيض. وتوصي هذا الدراسة بوجود اهتمام القضاء الإداري في اعمال هذه النظرية كلما كانت مصلحة الغير حسن النية تستوجب ذلك. كما توصي بعدم عدم الاستشهاد بهذه النظرية بشأن موظفي غزة بعد الانقسام، فهي لا تنطبق عليهم من جهة، ومن جهة أخرى لا تسعفهم في نيل حقوقهم باعتبارهم موظفين رسميين. توجيه طلاب الدراسات العليا للبحث في هذه النظرية برسائلهم. وتكثيف البحث والتوعية بشأن النظريات الإدارية المناسبة للوضع الفلسطيني الاستثنائي.</p>
<p>Article history Received: 28-12-2022 Revised: 20-01-2023 Accepted: 15-03-2023</p>	<p>Abstract</p> <p>The theory of the actual employee aims at preserving the considered interest of the bona fide third party with his dealings with the administrative authorities, and not preserving the interests of those authorities or the employees themselves as usual in the laws. The Palestinian legislation did not address this theory and there is a difference between the actual employee and the actual government, where employees are considered The latter are legal employees with full competence and authority, and there are no real applications of the theory of the actual employee in the Palestinian judiciary, whether in Gaza or the West Bank, as the theory does not apply to most emergency practical cases in the Palestinian case that result from the hateful political division. This study recommends that the administrative judiciary should pay attention to the work of this theory whenever the good faith interest of others requires it. It also recommends not to cite this theory regarding the employees of Gaza after the division, as it does not apply to them on the one hand, and on the other hand, it does not help them in obtaining their rights as official employees. Directing graduate students to research this theory with their theses. And intensify research and awareness on administrative theories appropriate to the exceptional Palestinian situation.</p>
<p>Keywords: Theory of actual employee, Law, Palestinian law</p>	

أولاً: مقدمة البحث

يُحكّم على مدى تطور الدولة بقدرتها على تنظيم شؤونها الداخلية، وهو ما لا يتم إلى في إطار وضع قانوني منظم. ومن هنا برزت أهمية المشروعية كأساس لسيادة القانون في الدولة. وباتت وظيفة الدولة الأساسية تقديم الخدمة لمواطنيها، وعلى هذا الأساس أقيمت النظم الديمقراطية ومفاهيم الانتخابات والمجالس البرلمانية. ووضع كل ذلك في إطار قانوني واضح وصريح، ليعلم جميع ذوي الصلة حقوقهم وواجباتهم، وأصبح الاعتداء على حقوق الغير أو عدم القيام بالواجبات أمراً محظوراً ويستدعي المسائلة القانونية. وتلجأ الدولة في القيام بوظيفتها في تنفيذ القانون وحماية النظام العام واشباع الحاجات العامة إلى إنشاء المرافق العامة، وتعيين الموظفين للقيام بأعبائها وخدمة الجمهور، ولكل ذلك وضعت القوانين والأنظمة. ولكن إذا ما حدث في ظروف معينة وأحوال غير عادية أن أدى تطبيق القانون بحذافيره إلى تعطيل المرافق العامة أو الاضرار بالجمهور وتعطيل مصالحه، فهذا ما لا يرضاه ولا يقوله عاقل. وبالتالي تولى القضاء الإداري مهمة عسيرة في الموازنة بين تطبيق القانون والحفاظ على الهدف الأساسي من وجوده، وذلك بابتكار الحلول التي تناسب طبيعة الظروف المحيطة بكل حالة على حدة، فكان عليه أن يكون قادراً بشكل أكبر على استنباط واستخلاص نظريات قانونية توائم بين المتطلبات المتعارضة، وكان من أبرز هذه النظريات نظرية الموظف الفعلي، التي بوجودها استطاع القضاء الإداري المحافظة على المبادئ العامة للقانون، والأصول المنطقية التي بنيت عليها الدولة. جاء هذا البحث ليناقد نظرية الموظف الفعلي وذلك في الأحوال التي يظهر في موظف غير مؤهل قانونياً في تقديم خدماتها للجمهور، أو أحوال ظروف استثنائية يتخلى الموظفون الرسميون عن مواقعهم، فيتولى أفراد عاديون القيام بوظائفهم لتسيير المرافق العامة وتقديم الخدمة للجمهور الذي يجب ألا تتعطل مصالحه تحت أي أحوال إن كان يمكن تدارك ذلك. وبالتالي يتضح جلياً أن الهدف الأساسي من أعمال هذه النظرية هو الحفاظ على مصلحة الغير حسن النية والتي ما وجدت الدولة وما وضع القانون إلى للحفاظ عليها. ولا يفوت الباحث، ولا يجب أن يغيب عنه إسقاط عناصر هذه النظرية على كثير من الوقائع المعاصرة في الحالة الفلسطينية للوقوف على حقيقة انطباق النظرية عليها، ليثبت الباحث أن كثير من تلك الحالات التي يكرر السياسيون والكتاب أنهما من تطبيقات نظرية الموظف الفعلي هي ليست كذلك، بل لا يصح أن تكون كذلك، وليس من مصلحتها أن تكون كذلك.

ثانياً: أهمية البحث

تبرز أهمية البحث في فلسطين من جانبيه الاثنان، الوضع السياسي المتأزم، والظروف الاستثنائية المتكررة. وهما طرفان لهما دورهما المفصلي في اعمال نظرية الموظف الفعلي. وسنكتفي في ذلك بذكر بعض عناصر الأهمية لدراسة هذه النظرية على النحو التالي:

- الوقوف على المفهوم الدقيق لنظرية الموظف الفعلي، وما يميزه عن غيره من المفاهيم.
- استعراض تطبيقي النظرية في الظروف العادية والظروف الاستثنائية.
- مناقشة الآثار المترتبة على تطبيق هذه النظرية.
- اسقاط هذه النظرية على بعض الحالات الملتبسة في الواقع الفلسطيني.

ثالثا: أهداف البحث

يهدف هذا البحث لتزويد الزملاء الافاضل بنظرة عامة عن نظرية الموظف الفعلي، ومدى انطباقها على أوضاع مختلفة في الواقع المعاصر في فلسطين.

رابعا: مشكلة البحث

سوف نجيب ونبحث عن الاشكالية التالية: "ما مدى إمكانية تطبيق نظرية الموظف الفعلي في فلسطين؟"

خامسا: اسئلة البحث

ينبثق عن مشكلة البحث اسئلة فرعية من أهمها:

- ما المقصود بالموظف الفعلي؟
- ما الذي يميز الموظف الفعلي عن غيره من المفاهيم؟
- ما هي أهم تطبيقات نظرية الموظف الفعلي؟
- ما هي آثار تطبيق نظرية الموظف الفعلي؟
- كيف يمكن اسقاط النظرية على بعض الوقائع المعاصرة في فلسطين؟

سادسا: فرضية البحث

1. كثير من الوقائع المعاصرة في فلسطين لا تنطبق عليها نظرية الموظف الفعلي.
2. تطبيق نظرية الموظف الفعلي بطريقة صحيحة يتأثر بشكل كبير على الفهم الصحيح للنظرية.
3. تطبيق نظرية الموظف الفعلي ينعكس إيجابا على تحقيق مصلحة الغير حسن النية.

سابعا: نطاق البحث

- النطاق المكاني: فلسطين.
- النطاق الزمني: عهد السلطة الوطنية الفلسطينية (منذ 1994 إلى الآن)

ثامنا: منهجية البحث

اعتمدنا في بحثنا على المنهج الوصفي التحليلي، حيث قمنا بعرض نظرية الموظف الفعلي، بتطبيقاتها، واركائها وسندها القانوني وآثارها. ومن ثم محاولة تطبيقها على الواقع الفلسطيني، ثم عمدنا الى أحكام القضاء، وأراء فقهاء القانون في هذا المجال، حتى نصل في نهاية المطاف الى الرأي الراجح والأصوب حول الموضوع.

تاسعا: هيكلية البحث

اعتمد الباحث في معالجة موضوع البحث على خطة منهجية منتظمة على أساس تقسيم جوانب البحث إلى ثلاث مباحث، وكل مبحث إلى مطلبين، يلحقهما خاتمة نعرض فيها لمحصلة نتائج بحثنا وأهم التوصيات. وذلك على النحو

التالي:

المبحث الأول: التنظيم القانوني لنظرية الموظف الفعلي

المطلب الأول: مدخل الى نظرية الموظف الفعلي

المطلب الثاني: ذاتية الموظف الفعلي

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي

المطلب الاول: الموظف الفعلي في الظروف العادية

المطلب الثاني: الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

المبحث الثالث: تبعات نظرية الموظف الفعلي

المطلب الاول: آثار نظرية الموظف الفعلي

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في فلسطين

الخاتمة: (النتائج والتوصيات)

المبحث الأول: التنظيم القانوني لنظرية الموظف الفعلي

يتميز القانون الإداري بأنه قضائي النشأة، أي من صنيع وابتداع القضاء، بمعنى أن معظم نظرياته ومبادئه الرئيسية لم ترد في صورة تشريعات برلمانية أو لوائح¹. ونظرية الموظف الفعلي أبرز النظريات التي نظمها القانون الإداري بعيدا عن التشريعات. لذلك نستعرض في هذا المبحث التنظيم القانوني لهذه النظرية في مطلبين. يتناول المطلب الأول مدخل إلى نظرية الموظف الفعلي لوضع الأساس القانوني لها، ومن ثم تتطرق في المطلب الثاني إلى ذاتية الموظف الفعلي وما يميزه عن غيره من مفاهيم.

المطلب الأول: مدخل الى نظرية الموظف الفعلي

حتى نضع الأسس الصحيحة لنظرية الموظف الفعلي، يجب أن نقدم مدخلا لهذه النظرية، تتضمن مفهوم الموظف الفعلي ونشأة النظرية، والهدف الذي من أجله وضع القضاء الإداري أسس هذه النظرية، ومن ثم نختتم في هذا المطلب الأساس القانوني الذي استند إليه القضاء الإداري في الاعتراف ووضع أسس هذه النظرية. وسنحاول جادين الوقوف على تأصيل شرعي لهذه النظرية في التاريخ الإسلامي.

مفهوم الموظف الفعلي

نظرية الموظف الفعلي شأنها شأن غيرها من مواضع القانون الإداري نشأت نشأة قضائية، وبالتالي فهي نظرية وليدة الأحكام القضائية وترعرعت في حضن الآراء الفقهية، وبالتالي لن نجد نصا قانونيا يتحدث عن هذه النظرية، أو عن الموظف الفعلي، بل هي تطبيق لعدة نظريات ومبادئ في القانون الإداري. وعلى ذلك، تحمل القضاء والفقه عبئ وضع تعريفات للموظف الفعلي، فقد عرفه الفقيه سليمان محمد الطماوي بأنه "ذلك الشخص الذي عين تعيينا معينا أو لم يصدر بتعيينه قرارا اطلاقا"²، وعرفه الفقيه علي خنجر شطناوي بأنه "موظف غير مؤهل لإصدار قرارات إدارية أو شخص غير مؤهل اطلاقا أو مؤهل تأهيلا غير مشروع لممارسة الوظيفة، ويصدر قرارات إدارية تعد مشروعة"³. وعرفه الدكتور ماجد الحلو بأنه "ذلك الشخص الذي يعترف القضاء بصحة تصرفاته في مجال المرافق العامة رغم أنه ليس موظفا رسميا معنا تعيينا صحيحا ساري المفعول في مجال الوظيفة التي مارس اختصاصاتها". أما القضاء فاهتم بالتطبيقات العملية للنظرية، فتجده قد استخلص أركانها وشروطها وأسقطها على الواقعة المعروضة أمامه، على النحو الذي سيأتي تفصيله لاحقاً.

ورغم أن نظرية الموظف الفعلي تدور حول شخص يقوم بوظيفة عامة وغير مؤهل بشكل قانوني للقيام بتلك الوظيفة، مما يجعل أعماله في الأصل باطلة؛ إلا أن النظرية تشمل في مضمونها نوعين من الموظفين الفعليين لكل منهما احكامه واركانه وشروطه وآثاره، حتى لكأنهما كادا

1. أنور حمدان الشاعر. الوجيز في القانون الإداري. غزة: مكتبة بيسان للطباعة والتوزيع. 2017. ص 28

2. سليمان محمد الطماوي. مبادئ القانون الإداري. القاهرة: دار الفكر العربي. 1979 ص 160

3. علي خنجر شطناوي. موسوعة القضاء الإداري. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى. 2008. ص 752

أن يشكل كل منهما نظرية مستقلة بذاتها، الأول: أطلق عليه بعض الفقه (الموظف الظاهر)، والثاني نميل أن نطلق عليه (موظف الضرورة). إذن الموظف الظاهر وموظف الضرورة هما نوعي الموظف الفعلي.

نشأة نظرية الموظف الفعلي

ذكرنا سابقاً أن نظرية الموظف الفعلي تطبق على حالتين، لكل منهما نشأة مستقلة عن الأخرى. حيث تعد نظرية الموظف الفعلي في تطبيقها الأول أحد تطبيقات نظرية أكبر وأعم هي نظرية الظاهر التي لها جذور تاريخية قديمة فرضتها اعتبارات الواقع والمصلحة العامة، ومن ذلك قاعدة "الخطأ الشائع يولد القانون" والتي تؤكد وجودها بالقرار التفسيري الذي له قوة القانون، والذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي في 2 تموز/ يوليو عام 1807، وفي هذا القرار اعترف المجلس بصحة الأوراق الرسمية الصادرة من غير ذي صفة قانونية، استناداً الى حسن النية والغلط الشائع الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه⁴. ومنذ ذلك التاريخ والقضاء يطبق هذه النظرية للمواءمة بين الاعتبارات المختلفة التي تحيط بالمنازعات الواقعية المعقدة، التي تضع أمامه حقائق الإدارة العملية، وتثير الكثير من الفروض التي تأبى الخضوع للمنطق القانوني المجرد، ولهذا فقد أجمعت أحكام القضاء الإداري في فرنسا على الاعتراف بالموظف الفعلي، وترتيب مختلف الآثار عليه كقاعدة عامة، كضرورة حتمية للتوفيق بين حماية الغير حسن النية، وضرورات الإدارة العملية من جانب، والقواعد القانونية من جانب آخر. وتقوم نظرية الأوضاع الظاهر عموماً على فكرة استقرار المعاملات، وكذلك على فكرة أن مبدأ الغلط الشائع يولد الحق، أما في نطاق القانون العام فتقوم هذه النظرية على فكرة المصلحة العامة، ومبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وعلى ذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث له "إلى شرعية انتخاب العمدة حتى ولو شارك في هذا الانتخاب عدد من أعضاء المجالس البلدية الذي أبطل انتخابهم بعد ذلك"⁵.

أما بالنسبة للتطبيق الثاني للنظرية (موظف الضرورة)، فقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي في بداية الحرب العالمية الثانية سنة 1940 عندما حدثت الفوضى التي سادت فرنسا في ذلك الوقت، حيث قضى بصحة الإجراءات التي اتخذتها لجنة من الأفراد للعمل مكان المجلس البلدي لمدينة "ماريون". إثر هروب أعضائه بعد دخول القوات الألمانية، وقامت هذه اللجنة بعملية الاستيلاء على البضائع والأغذية وتوريدها إلى السكان، وتم الطعن أمام مجلس الدولة الفرنسي في شرعية تصرفات ذلك المجلس الفعلي، تأسيساً على عدم استناده على أساس قانوني في مزاوله الاختصاصات التي قام بها، وقضى مجلس الدولة بشرعية تصرفات المجلس نظراً الى الظروف الاستثنائية التي حلت بالمدينة على إثر غزو الحلفاء والألمان الحدود الفرنسية⁶.

ومن فرنسا، هذه نظرية الموظف الفعلي إلى باقي الأنظمة القانونية في العالم، وقد اعترفت تشريعات بعض الدول صراحة بمضمون هذه النظرية القضائية فيما يتعلق بصحة التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي، ومن هذه الدول ألمانيا الغربية بمقتضى قانون الوظائف العامة الفيدرالية⁷. وقد اعترف القضاء العربي بهذه النظرية، فتجد لها الكثير من التطبيقات في مصر والأردن والسعودية والامارات وغيرها من الدول. وفي ظل طبيعة الظروف الصعبة وتكرار الأزمات التي يعيشها المجتمع الفلسطيني منذ وقت طويل فإنه من المتصور ان نجد تطبيقات واسعة لهذه النظرية في الحياة الإدارية الفلسطينية، ومع ذلك فإن قضاء محكمة العدل العليا في فلسطين يخلو من الإشارة إليها⁸. حتى عندما استدلت محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 32 لسنة 2009، بتاريخ 17 اذار/ مارس سنة 2010 حيث جاء في الحثيات "الموظف الفعلي هو الشخص الذي يشغل في ظروف معينة وظيفة ما ويمارس صلاحياتها ويتخذ القرارات التي تخوله إياها هذه الوظيفة اما لغياب التأهيل القانوني وغما عقب تأهيل غير مشروع"⁹، لم يكن الاستدلال في محله، لأنها كانت في صدد استخلاص مفهوم

4. ماجد راغب الحلو. (1980م). نظرية الظاهر في القانون الإداري. مجلة الحقوق والشريعة الكويت، 4(1). ص 50

5. محمد ماهر أبو العينين. المبادئ القضائية الحديثة للمحكمة الإدارية العليا في مصر. القاهرة: دار أبو الجند للطباعة بالهرم. الطبعة الأولى. 2013. ص 978

6. فرحان نزال حميد المساعيد. الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري. مجلة الحقوق عمان، المجلد الثامن. ص 201

7. محمد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 58

8. محمد سليمان نايف شبير. القضاء الإداري في فلسطين. القاهرة: دار النهضة العربية. 2015. ص 378

9. موسوعة المفتي. <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=61731>

الموظف العام في فترة التجربة¹⁰. وربما لخلو القضاء الإداري الفلسطيني من نظرية الموظف الفعلي لها ما يبررها، في ظل توسع هذا القضاء في تعريف الموظف العام، حيث انتهت المحكمة في أحد أحكامها إلى اعتبار العاملين في الشركات الوطنية والمختلطة والمؤسسات العامة والجمعيات الخيرية والعاملين وأعضاء النيابة ورجال القوات المسلحة والشرطة والمختارين من ضمن الموظفين العموميين الدائمين كما سيأتي تفصيله لاحقاً¹¹.

تأصيل شرعي لنظرية الموظف الفعلي

من الطبيعي أن يكون لتطور الدولة الحديثة، والتوسع في مجال وظائفها واختصاصاتها؛ أن يكون لهذا التطور اعتبارات ومتطلبات تختلف من زمن إلى زمن آخر. وهذا لا يقدح بالقدرة والإمكانات الإدارية للدولة والمؤسسات على مر التاريخ، فلكل مرحلة ظروفها وانظمتها ورجالها. ورغم ذلك نستطيع باستقراء التاريخ الإسلامي الوقوف على مظاهر تؤصل لهذه النظرية بتطبيقاتها، في الظروف العادية (الموظف الظاهر)، والظروف الاستثنائية (موظف الضرورة). وفي هذا المضمار، يمكن اعتبار خالد بن الوليد موظفاً فعلياً في مرفق الدفاع خلال معركة مؤتة. فقد ورد في كتاب الرحيق المختوم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل جيشاً لمحاربة الروم في غزة مؤتة المشهورة، وأمر على هذا البعث زيد بن حارثة، وقال: (إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فجد الله بن رواحة)، وهناك في مؤتة التقى الفريقان، وبدأ القتال المرير، فاستشهد القادة الثلاثة، وأصبح الجيش بلا قيادة. وحينئذ تقدم خالد بن الوليد، فلما أخذ الراية قاتل قتالاً مريراً. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم مؤتة مخبراً بالوحي، قبل أن يأتي إلى الناس الخبر من ساحة القتال: (أخذ الراية زيد فأصيب، ثم أخذ جعفر فأصيب، ثم أخذ ابن رواحة فأصيب. وعينا تدرقان. حتى أخذ الراية سيف من سيوف الله، حتى فتح الله عليهم). وفي ذلك دليل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز قيادة خالد بن الوليد وتصرفاته في مرفق الدفاع، رغم عدم توليته بالطريق الصحيحة¹².

لكن التأصيل الشرعي الأوسع والأكثر تطبيقاً كان لنظرية الظاهر، حتى وضع علماء الإسلام قاعدة شرعية معتبرة في ذلك هي "الحكم بالظاهر والله يتولى السرائر". وتنوعت تطبيقات هذه النظرية إلى تطبيقات في مجال العقيدة والعبادات والمعاملات. ففي مجال العبادات نجد حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم، إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله). يقول الإمام البغوي -رحمه الله: "وفي الحديث دليل على أن أمور الناس في معاملة بعضهم بعضاً إنما تجري على الظاهر من أحوالهم دون باطنها"، ويقول الحافظ ابن حجر: "وفيه دليل على قبول الأعمال الظاهرة والحكم بما يقتضيه الظاهر"¹³. ولم نقف في بحثنا المتواضع عن تطبيق في مجال الموظف الفعلي في التاريخ الإسلامي، إلا إذا اعتبرنا الإمام في الصلاة موظفاً فعلياً، والمأمومين (الغير) حسني النية الذي لم يعلموا أن الامام على غير وضوء. فأفتى الشيخ عبد العزيز بن باز بـ "صلاة المأمومين صحيحة أما الإمام فعليه أن يتوضأ ويعيد الصلاة"¹⁴.

هدف نظرية الموظف الفعلي

الهدف الأساسي من إعمال نظرية الموظف الفعلي هو حماية الغير حسن النية عندما تستدعي الحاجة إلى اسباغ تلك الحماية عليه، حيث تتمثل تلك الحماية في الاعتراف بصحة التصرفات الصادرة من الموظف الفعلي، فإذا لم يكن الهدف من تطبيق هذه النظرية تحقيق ذلك، فلا مجال لاستخدامها¹⁵. ولذلك انتقد الفقه تعرض المحكمة الإدارية العليا المصرية لهذه النظرية في حكمها الصادر في 29 تشرين الثاني/ نوفمبر سنة 1964 ومنه "وبالتالي فإن المدة التي قضاها المدعي من تاريخ فصله من 9 سبتمبر 1957 حتى تاريخ إعادة تعيينه في

10. تعليق الأستاذ الدكتور نعمان احمد الخطيب، أستاذ القانون العام في الجامعات الأردنية على الحكم المذكور.

<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/cjcomments/61731.pdf>

11. حازم حمدي الجمالي. وهازي عبد الرحمن غانم. الموظف العام في ضوء قانون الخدمة الفلسطينية. غزة: مكتبة بيسان. الطبعة الأولى. 2017. ص 23. 11

12. محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري. الرحيق المختوم. طنطا: دار البشير للثقافة والعلوم الإسلامية. 1994. ص 295.

13. <http://taseel.com/articles/4837>

14. <http://www.binbaz.org.sa/fatawa/1174>

15. محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 987

29 ديسمبر سنة 1959 لم تكن محسوبة في خدمة الحكومة لأنه لم تكن تربطه بالحكومة طوال هذه المدة أي رابطة وظيفية، ولم تصدر له أي أداة قانونية تضي عليه صفة الموظف العمومي، ولا يمكن أن يعتبر أنه من الموظفين الفعليين¹⁶، ومن ثم فإن تعرض المحكمة الإدارية العليا لهذه النظرية ليس له ما يبرره، لأن المقام ليس مقام إضفاء الشرعية على تصرفات الموظف حماية للغير حسن النية، ومن ثم فلن يكون هناك ما يستدعي تطبيقها لتعلق الأمر بنزاع على مدة الخدمة. ومع ذلك، يمكن أعمال النظرية استثناء لمصلحة الموظف الفعلي حسن النية، وذلك في حدود رفع الظلم عنه، أو تعويضه تعويضاً عادلاً عما قدمه من خدمة جليلة للمرفق العام. واحتراماً للهدف الذي وضعت من أجله النظرية؛ فإن تطبيقها مشروط بعدم الأضرار بمصالح الأفراد، ولذلك فمن حقهم التنازل عن حماية النظرية القضائية التي أقيمت لرعاية مصالحهم، والتمسك بالوضع القانوني الأصلي وهو بطلان تصرفات الموظف الفعلي. وفي المقابل، ليس للإدارة كقاعدة عامة أن تحتج في مواجهة الغير بصحة التصرفات المتخذة استناداً إلى هذه النظرية¹⁷.

الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي

تستمد نظرية الموظف الفعلي مشروعيتها من ثلاث نظريات قانونية: نظرية الظاهر، ونظرية الظروف الاستثنائية، ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد. وتتطافر النظريات الثلاث لتفرض على القضاء الإداري استثناءات ترد على قواعد توزيع الاختصاص¹⁸، تؤدي في النهاية إلى اعتبار القرارات المشوبة بعيب عدم الاختصاص مشروعة. ولذلك فإن القضاء الإداري يتشدد في حالات الموظف الفعلي، نظراً لما تمثله هذه النظرية من خرق لقواعد توزيع الاختصاص، تلك القواعد المتعلقة بالنظام العام من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن للسلطة العامة أن تفرض إرادتها، وتحافظ على هيبتها ووقارها بنظر الأفراد، وتضمن تنفيذ قراراتها، إلا إذا صدرت هذه القرارات من الموظفين المؤهلين قانوناً لإصدارها¹⁹. غير أن الاعتراف بصحة قرارات الموظف الفعلي ليس من شأنه تخلص هذه القرارات من كافة العيوب التي قد تلحق بها؛ وإنما يقتصر على مجرد تطهيرها من العيب المتصل بصفة مصدر القرار فحسب وهو تخلف الولاية القانونية، وقد تكون هذه القرارات قابلة للإبطال لعيوب أخرى تلحقها، كعيب الشكل وعيب المحل وعيب السبب وعيب الغاية²⁰.

المطلب الثاني: ذاتية الموظف الفعلي

بعد أن تناولنا في المطلب الأول نظرية الموظف الفعلي من حيث التأصيل القانوني والشرعي لها؛ نستعرض في هذا المطلب مفاهيم أخرى تتداخل مع مفهوم الموظف الفعلي، لنقف على ما يميز الموظف الفعلي عن غيره من المفاهيم. وفي هذا المضمار استعرضنا مفهوم الموظف العام والموظف غير المختص والموظف الحكمي ومنتحل الصفة ومغتصب السلطة. وفي كل حالة فرقنا بينها وبين الموظف الفعلي من ناحية المفهوم والتطبيق والوضع القانوني.

أ- الموظف الفعلي والموظف العام

القاعدة في نظرية الموظف الفعلي أن كل من يشغل وظيفة عامة بطريقة غير صحيحة، ويمارس اختصاصاتها ويزاول أعمالها سواء كان البطلان يعود إلى بطلان التولية أو انتهاء أثره فهو موظف فعلي إذا توفرت فيه الأركان والشروط المطلوبة في نظرية الموظف الفعلي في كلا الحالتين: الظروف العادية والظروف الاستثنائية. ولذلك فارتباط تطبيق النظرية مع مفهوم الموظف العام ارتباط وثيق، ومن هنا تأتي أهمية تحديد مفهوم الموظف العام بدقة.

16. مشار إليه لدى: محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 987

17. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 79

18. يندرج ضمن دائرة الاستثناءات الواردة على قواعد توزيع الاختصاص استمرار الحكومات المستقبلية، أو المقالة، في تصريف بعض الشؤون الإدارية، إذ تكلف هذه الحكومات بتصريف الشؤون الاعتيادية أو اليومية التي تتولاها الإدارة عادة، وهي شؤون تتميز بأنها لا تحدث تعديلاً أو تغييراً جوهرياً في النظام القانوني القائم وساري المفعول.

19. على خطار شطناوي. مرجع سابق. ص 754.

20. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 80

عرف المشرع الفلسطيني الموظف العام في المادة الأولى من قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 على أنه "الشخص المعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة احدى الدوائر الحكومية أيا كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسمائها". ويتضح من هذا النص أن المشرع الفلسطيني لم يقدم التعريف الجامع المانع، فهذا التعريف قصر المهام الموكلة للموظف العام بالأمر المدنية في نظام التشكيلات الوظيفية، وضمن الموازنة العامة، وقد استبعد القانون في المادة (2) منه العاملين في المجالس المحلية أو القروية والعاملين في الشركات الوطنية أو المختلطة، وكذلك العاملين في المؤسسات والهيئات العامة والتي لها موازنة مستقلة عن موازنة الدولة، والعاملين المتعاقدين مع الإدارة بعقود خاصة أو فردية الا اذا تضمن العقد نصا يفيد تطبيق احكام هذا القانون عليهم في الأمور التي لا ينظمها العقد المبرم بينهم وبين الإدارة، وقد أراد القانون من ذلك تحقيق نطاق تطبيق قواعده من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه، وليس صياغة تعريف شامل للموظف العام حسب مفهوم القانون الإداري، حيث ترك هذا العبء ليحمله الفقه والقضاء.

فمن جهة، تركز التعريفات الفقهية للموظف العام رغم تعددها على عناصر أساسية وشروط لازمة لاكتساب الشخص صفة الموظف العام: أولهما، أن يكون الشخص معيناً من قبل السلطة التي تملك تعيينه قانوناً، وثانيهما القيام بالعمل بصفة دائمة، وثالثها أن يعمل الشخص في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام بطريق مباشر²¹. ولا مجال في هذا البحث للتوسع في شرح هذه الشروط الثلاث، ولكن خلاصتها أن مفهوم الموظف العام في القانون الإداري أوسع من مفهومه في قانون الخدمة المدنية رقم 4 لسنة 1998، فإذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة اكتسب الفرد صفة الموظف العام على الرغم من أنه قد لا يكون خاضعاً لقانون الخدمة المدنية، فكل هيئة محلية مثل البلديات أو مرفقية مثل الهيئات والمؤسسات العامة أقر لها المشرع في قانون إنشائها موازنة مستقلة، بمعنى لا تعرض على المجلس التشريعي، فإن العاملين فيها هم موظفين عموميين على الرغم من عدم سريان قانون الخدمة المدنية عليهم، ومن جانب آخر فإن أفراد المشرع قانون خاص لمن يعمل بصفة دائمة في خدمة مرفق عام تديره الدولة بطريق مباشرة فإنه من وجهة نظر القانون الإداري هو موظف عام، ولكن لا ينطبق عليه قانون الخدمة المدنية مثل العاملين في قوى الأمن²².

ومن جهة أخرى، فقد استقر القضاء الإداري المصري على أن الشخص لا يكتسب صفة الموظف العام إلا اذا توافرت فيه الشروط الثلاثة المذكورة آنفاً. وعلى هذا تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، حيث قضت في حكم لها "وغي عن البيان أنه ليس كل من تمنحه الدولة مرتباً يعتبر موظفاً عاماً، فإن صفة الموظف العام لا تقوم بالشخص، ولا تجري عليه أحكام الوظيفة العامة، إلا إذا كان معيناً في عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو السلطات الإدارية بطريق مباشر"²³. ولكن القضاء الإداري الفلسطيني سار باتجاه مغاير من خلال تحديد مفهومه للموظف العام، واعتبار المحكمة لفئة معينة من الموظفين العموميين، إنما يكون بحسب مفهوم القانون الذي يجري تطبيقه، وعليه فإن قضاء محكمة العدل العليا قد يستغني عن شرط أو أكثر من الشروط اللازمة لاكتساب الشخص صفة الموظف العام، وبالتالي ينعقد الاختصاص لهذه المحكمة لنظر الدعاوي الخاصة بطوائف معينة من الموظفين، ومن لا تتوفر فيهم هذه الشروط²⁴.

ب- الموظف الفعلي والموظف غير المختص

تذهب أشهر التطبيقات لنظرية الموظف الفعلي إلى وجوب التفرقة بين الموظف الفعلي والموظف غير المختص، ذلك أن الأول يقوم على فكرة الموظف الظاهر، بينما يقوم الثاني على فكرة الاختصاص الظاهر، ولقد خلط كثير من الفقه بين الفكرتين، فيرى أن الموظف القانوني الذي يخرج عن حدود اختصاصه يعتبر موظفاً فعلياً، إذا كانت الظروف المحيطة به من شأنها إيهاام الغير بتوفر اختصاص الموظف بما قام به من أعمال، ومن أمثلة ذلك حالة التفويض الباطل. والواقع أن الموظف غير المختص يختلف عن الموظف الفعلي، فالموظف غير المختص هو موظف قانوني، ولا شك في صحة اجراءات توليه الوظيفة، وكل ما في الأمر أن ذلك الموظف قام بتصرف خارج اطار سلطاته التي

21. حازم حمدي الجمالي. وهاني عبد الرحمن غانم. مرجع سابق. ص 15.

22. حازم الجمالي. وهاني غانم. المرجع السابق. ص 21

23. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (36) لسنة 13 قضائية، جلسة 1970/12/13. منشور لدى: الجمالي. ص 21

24. حازم الجمالي. وهاني غانم. مرجع سابق. ص 23

حددها القانون، مما كان يقتضي بطلانها لعدم الاختصاص، ولكن نظرا لتوافر الظاهر الذي من شأنه دفع الغير إلى الاعتقاد بأن الموظف لم يخرج عن حدود سلطاته وصلاحياته القانونية؛ فإن القضاء يعترف بصحة تلك التصرفات²⁵. ويترتب على تكييف حالة عدم الاختصاص نتائج قانونية تختلف إذا ما كان عيب الاختصاص بسيطا ام جسيما. اذ يكون القرار الصادر في حالة العيب الجسيم معدوما وكأن لم يكن، ولا تلحقه أية حصانة، ولا يزيل انعدامه فوات ميعاد الطعن فيه، لأنه عدم، والعدم لا يقوم وساقط والساقط لا يعود. أما عيب الاختصاص البسيط فإن القرار الذي يشاب به يتحصن بفوات ميعاد الطعن فيه دون طعن قضائي او سحب اداري، ويأخذ حكم القرار الإداري السليم. واختلف الفقه حول معيار التمييز بين عدم الاختصاص البسيط والجسيم، ومن أهم هذه المعايير معيار اغتصاب السلطة، والذي يتمثل في صدور القرار الإداري من فرد مجرد من أي تأهيل قانوني، أو اعتداء الإدارة على اختصاص احدى السلطتين التشريعية والقضائية²⁶. والجريمة اغتصاب السلطة مدلول آخر في القانون الجنائي على ما يأتي توضيحه لاحقا. وقد طبق القضاء نظرية الظاهر على بعض حالات عدم الاختصاص البسيط كحالة التفويض الباطل. فليس من العدل في بعض الحالات ان يقع المتعاملون مع الإدارة ضحايا لمثل هذه المواقف التي يجعلون حقيقتهم، وليس من اليسير عليهم معرفتها، ولا ذنب لهم فيها²⁷.

ت- الموظف الفعلي والموظف الحكمي

الموظف الحكمي هو شخص عادي، ويخضع للقانون الخاص في علاقاته الوظيفية، ولكن القانون وضعه في حكم الموظف العام، لكونه يمارس اعمالا تقرب من أعمال الوظيفة العامة، فألزمهم بما ألزم به الموظف من عفة ونزاهة، وعاقبهم بنفس عقوبته اذا انحرفوا، بأن أدوا عملا من أعمال وظيفتهم أو امتنعوا عن أدائه أو أخلوا بواجبات تلك الوظيفة، مسaire للغاية المتمثلة في حماية الأعمال العامة المرتبطة بمصالح الناس، من أن تكون محلا لاعتداء من يقومون بها²⁸. وفي ذلك نص قانون العقوبات الفلسطيني في المادة (5) منه "ويقصد بعبارة "موظف في الخدمة العامة" كل شخص يشغل وظيفة من الوظائف المشار إليها فيما يلي أو يقوم بأعبائها بالوكالة أو بصورة أخرى، أي : (د) كل حكم أو فيصل في أية إجراءات أو قضية أحييت للتحكيم بقرار من المحكمة أو بموافقتها أو بمقتضى أي تشريع من التشريعات. (5) كل رجل من رجال الدين أيا كانت الطائفة التي ينتمي إليها، عند قيامه بإشهار زواج مقبل أو بعقد زواج بحفظ سجل بالزواج والمواليد والعماد والوفيات والدفن وإصدار شهادات بها، ولكن ليس بأية صفة أخرى. (7) مختار القرية". ومن ذلك أيضا ما نص عليه قانون القضاء العسكري رقم 4 لسنة 2008 في المادة (62) "يخضع لأحكام هذا الباب كل من: ب- طلبة المدارس ومراكز التدريب المهني والمعاهد والكلليات العسكرية. هـ- الملحقون بقوى الأمن الفلسطينية من المدنيين أو المجندين أو المتطوعين".

وهكذا فإن النظام الجنائي جرى في التوسع في مفهوم الموظف العام، واعتبر بعض الأشخاص في اعتبار الموظف الحكمي لأغراض اعمال قانون العقوبات، وفرض مزيد من الحماية للمصلحة العامة. أما نظرية الموظف الفعلي فوضعت من أجل حماية حق الغير حسن النية، في مقابل تصرفات الموظف الفعلي الإدارية. فمجال تطبيق كلا من مفهومي الموظف الحكمي والموظف العام مختلف؛ وإن تغلب قانون العقوبات على الصعوبات التي تنور عن المسؤولية الجنائية للموظف الفعلي، إذ انسحب عليه مفهوم الموظف الحكمي لغرض الحماية الجنائية للوظيفة والمصلحة العامة. وتأسيسا على ذلك انتهت المحكمة في أحد أحكامها إلى اعتبار العاملين في الشركات الوطنية والمختلطة والمؤسسات العامة والجمعيات الخيرية والعاملين وأعضاء النيابة ورجال القوات المسلحة والشرطة والمختارين من ضمن الموظفين العموميين الدائمين، وأنهم بهذه

25. محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 982

26. علي خطار شطناوي. مرجع سابق. ص 740

27. اماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 74

28. ياسر بن ناصر السميري. الموظف العام في جريمة الرشوة. جامعة نايف، رسالة ماجستير، الرياض. 1433 هـ. ص 153.

الصفة يقومون بوظيفة إدارية، ويكون لهم بسبب ذلك ما يكون للموظفين من حقوق، بما في ذلك حق الطعن في قرارات تتعلق بعملهم أمام هذه المحكمة باعتبارها محكمة القضاء الإداري في فلسطين²⁹.

ث- الموظف الفعلي ومنتحل الصفة

منتحل الصفة هو الشخص الذي يشغل الوظيفة العامة ويمارس مهامها دون أي تأهيل قانوني، فهو بذلك يدعي انتماءه للوظيفة العامة دون وجه حق. وهو في ذلك يتشابه مع الموظف الفعلي بحيث يصعب التمييز بينهما في كثير من الأحيان، إلا أن معيار التمييز يكمن بوجود تأهيل ظاهر في حالة الموظف الفعلي وعدم وجود تأهيل في حالة منتحل الصفة³⁰. ولذلك فتصرفات منتحل الصفة مع الأفراد في أغلبها باطلة ومعدومة، ويتعرض الفاعل لعقوبات جنائية رادعة تقررها في شأنه قوانين العقوبات، وفي ذلك نص قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936 في المادة (115) بأنه "كل من: أ) انتحل شخصية موظف في الخدمة العامة في مناسبة كان فيها ذلك الموظف مكلفاً بالقيام بفعل أو بالحضور إلى مكان بحكم وظيفته، أو ب) تظاهر زوراً بأنه موظف في الخدمة العامة وادعى بأن من حقه أن يقوم بأي فعل من الأفعال أو أن يحضر إلى أي مكان من الممكنة لأجل القيام بأي فعل بحكم وظيفته: يعتبر أنه ارتكب جنحة". إلا أنه يمكن للغير أن يستفيد من نظرية الموظف الفعلي في جريمة منتحل الشخصية إذا توافرت مظاهر جادة على شرعية شغل الوظيفة حماية للغير حسن النية. بينما يكون الموظف الفعلي في الغالب حسن النية، وإن كان حُسن النية ليس من شروط تطبيق النظرية، على ما سوف نرى في موضعه³¹.

تشابه الصورة العملية لمنتحل الصفة مع معتصب السلطة، فالأولى تكون في الظروف العادية، وتقتصر على حالة فرد يعينه بأن ينتحل شخص صفة كاذبة كأن يدعي أنه من رجال الأمن العام أو الشرطة أو أي صفة أخرى قد يجني من ورائها مكسباً مادياً أو يدعي شخص بأنه من جباة الضرائب ومكلف من قبل الدولة في جمعها. في حين إن معتصب السلطة عادة يكون في الظروف الاستثنائية، وبشكل جماعي، وهو ما يحدث غالباً في ظل الانقلابات والحكومات الثورية الفاشلة، والتي تكون في حالة صراع دائم مع الحكومة الشرعية، وما دامت أن الحكومة الثورية لم تستول على زمام الأمور؛ فإنه لا يعتد بأي وجود قانوني لها ويعد عمالها من قبيل المعتصبين للسلطة³².

ج- الموظف الفعلي ومعتصب السلطة

يعتبر اغتصاب السلطة جريمة من الجرائم الواقعة على أمن الدولة من جهة الداخل حسب ما نص عليه قانون العقوبات الثوري لسنة 1979 في المادة (171)، تقع على رأس هرم الدولة. ولا يكون معتصبا للسلطة عند توافر السبب المشروع؛ أما إذا كان السبب غير مشروع فلا عبء بالوسيلة التي تعتصب فيها السلطة، فقد تتم بالإكراه أو الخديعة أو الحيلة أو الاقناع. ويستوي إن يكون المعتصب موظفاً في الدولة أو غير موظف، عسكرياً أو غير عسكري، وهي على ثلاث صور³³:

29. حازم الجمالي. وهاني غانم. المرجع السابق. ص 23. وقد أشار المؤلفان لرسالة الباحث علي سالم علي صادق، واستناده في ذلك إلى المبادئ القضائية التالية: - اعتبار العاملين في الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية موظفين عموميين، قرارها في الدعوى رقم (1998/184)، جلسة 2000/4/12، - اعتبار العاملين بالمؤسسات شبه العمومية، كالجامعات موظفين عموميين، قرارها في الدعوى رقم (98/226)، جلسة 1999/12/15، - اعتبار العاملين في الشركات الوطنية أو المختلطة موظفين عموميين، طلب رقم 2000/90، جلسة 2002/5/19.

30. فرحان المساعيد. مرجع سابق. ص 187

31. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 59

32. فرحان المساعيد. مرجع سابق. ص 187

33. محمد عودة الجبور. الجرائم الواقعة على أمن الدولة وجرائم الارهاب. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2009. ص 300.

1. اغتصاب سلطة سياسية: وهي السلطة المعبرة عن سيادة الدولة على اقليمها وشعبها، وبالتالي فهي السلطة التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية، لا سلطة ادارة. ومن امثلتها قرارات سياسية بطبيعتها، ولو كانت المناصب التي يتولاها مشغلوها ادارية، كقرار تعيين كبار الموظفين. واغتصاب السلطة السياسية لا يعني الحلول الكامل محل صاحب السلطة، وانما يكفي لتحقيق الجريمة اغتصاب اجراء او عمل واحد من الاعمال السياسية المناطة بالحكومة.
2. اغتصاب سلطة مدنية: هي السلطة الإدارية التي تمارسها ادارات الدولة من خلال سلطتها التنفيذية، ومن خلال تسلسل هرمي في اشغال السلم الوظيفي للوزارة والادارات والمؤسسات التابعة لها، فيعد معتصبا للسلطة المدنية من يتولى رئاسة هيئة حكومية بغير الاصول الاجرائية لتعيينه.
3. اغتصاب قيادة عسكرية: ويشترط في هذه الحالة ان ينصاع لقيادة المعتصب مجموعة يعتد بها من المرؤوسين ممن تقبلوا قيادته بإحدى تلك الوسائل، إذ القيادة العسكرية بطبيعتها تقتضي وجود مرؤوسين فلا يعقل ان لا ينصاع اليه احد، وأن يقال في نفس الوقت ان هناك اغتصابا لقيادة عسكرية.

وتتحقق هذه الجريمة بتوافر عنصرين: السبب غير مشروع، الحلول فعليا محل السلطة بأي وسيلة كانت. ويعد سببا مشروعا في التوظيف اذا ما صدر قرار بتعيين موظف من شخص مختص، مخالفا بذلك وجهة نظر من يعلوه، ما دام الأدنى يملك سلطة التعيين دون موافقة من يعلوه، وذلك أن تعيين الموظفين لا يكون في الظروف العادية الا بقرار يصدر عن مملك سلطة التعيين³⁴.

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي

ذكرنا آنفا أن نظرية الموظف الفعلي تدور حول شخص يقوم بوظيفة عامة وغير مؤهل بشكل قانوني للقيام بتلك الوظيفة، مما يجعل أعماله في الأصل باطلة؛ إلا أن النظرية تشمل في مضمونها نوعين من الموظفين الفعليين لكل منهما احكامه واركانه وشروطه وآثاره، حتى لكأنهما كادا أن يشكل كل منهما نظرية مستقلة بذاتها، التطبيق الأول: أطلق عليه بعض الفقه (الموظف الظاهر)، والتطبيق الثاني يتمثل في حالة الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، وهما التطبيقان اللذان سنبحثهما في هذا المبحث.

المطلب الأول: الموظف الفعلي في الظروف العادية. (الموظف الظاهر)

إن الموظف الفعلي في الظروف العادية هو ذلك الشخص العادي الذي شغل الوظيفة العامة بطريقة معيبة، وظهر أمام الجمهور بهذه الصفة. يتشابه الموظف الفعلي في هذا التطبيق مع الموظف القانوني بوجود تأهيل بشغل الوظيفة، ولكن يختلفان عن بعضهما البعض بمشروعية التأهيل³⁵. إذن يعتمد هذا التطبيق على نظرية الظاهر، وهي النظرية التي سنتناولها في هذا المطلب، ففتحتها بسندها القانوني ثم نخرج على المصالح التي تحميها هذه النظرية وحالاتها واركانها، لنميزها عن التطبيق الثاني للنظرية.

السند القانوني:

قامت نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية (الموظف الظاهر) أساسا لمعالجة الغلط المقبول أو المعقول أو المعذور أو الشائع الذي يقع فيه الجمهور في تعامله مع الإدارة. فهي تهدف الى ضمان الأمان القانوني للأفراد إزاء تصرفات لإدارة وذلك حتى يستطيع الأفراد حسنو النية الاستناد الى التصرفات الصادرة ممن يشغلون الوظائف العامة ويثقون فيهم³⁶. وتكون ثقتهم هذه مشروعة ما دام الموظفون الفعليون حائزين للمراكز الوظيفية المعنية، يمارسون اختصاصاتها بطريقة هادئة منتظمة، في أماكنها الرسمية، دون مضايقات أو اعتراضات أو منازعات من جانب السلطة العامة، يمكن أن تندر بالخطر أو تشكك في الأمر. وذلك لأن الافراد ليسوا في العادة قادرين على مراقبة صحة المراكز القانونية

34. محمد عودة الجبور. مرجع سابق. ص 305

35. علي خطار شطناوي. مبادئ القانون الإداري الأردني. الكتاب الثاني. عمان: مطبعة الجامعة الأردنية. 1996. ص 280.

36. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 59

للموظفين الذي يتعاملون معهم، كما أن الاستقرار القانوني يستلزم ان يطيع الافراد ممثلي السلطة العامة او الذين يبدون كذلك، ويتجاوبون معهم فيما يصدر عنهم من تصرفات، وليس لهم بعد ذلك الا التظلم منها او الطعن فيها اذا ادعوا مخالفتها للقانون.

فكرة الظاهر: إن المقصود بالظاهر في "نظرية الظاهر" هو الظاهر الخادع المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة، والناشئ عن ممارسة شخص لسلطات مركز لا صفة له في شغله قانونا، وبعبارة أخرى فإن الظاهر هو المركز الواقعي الذي يتخذ صورة المركز القانوني رغم ان في الحقيقة ليس كذلك ويستتبع غلطا بشأته، رغم ما في ذلك من تضحية بالتطبيق الدقيق والاحترام الصارم لمبادئ القانون، فليست الحياة الاجتماعية هي التي ينبغي أن تحمي أمام النظرية القانونية، بل على العكس يجب أن تتواءم النظرية مع الواقع ومستلزمات الحياة³⁷. ولهذا النظرية تطبيقاتها في مختلف فروع القانون، وعلى الأخص القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري والقانون الإداري. ولنظرية الظاهر في القانون الإداري تطبيقات متعددة، منها ما يتصل بسحب القرارات الإداري، ومنها ما يتعلق ببطالان العقود الإدارية. ولكن أكثرها أهمية وأوسعها شهرة يتمثل في نظرية الموظف الفعلي.

المصالح التي تحميها نظرية الموظف الظاهر

1. مصلحة الافراد الواقعيين في غلط معقول: له من المظاهر ما يبرره، اذ من حق كل فرد ان يثق في التصرفات الصادرة من الموظف الظاهر امامه، دون ان يلتزم بالتحقق من صحة مركزه القانوني، والا لأدى ذلك الى تعطيل مصالح الناس وتكليفهم بما لا يطيقون. وإن الهدف الأساسي من هذه النظرية يتم لمصلحة الجمهور أساسا، لما يقع فيه من غلط معذور أو مشروع³⁸.
2. مصلحة الإدارة في احترام التصرفات المنسوبة اليها: وذلك دون فحص مسبق لمسألة صحة توليتهم أو مشروعية مراكزهم القانونية. إذ أن مثل ذلك يضعف من مركز الإدارة، ويعرض المصلحة العامة للخطر. ورغم ذلك لا تستطيع الإدارة الاستناد الى صحة هذه التصرفات لمصلحتها، لأنها ترتكب خطأ بالإبقاء على المراكز الظاهرة، ولا يسوغ لها الاستفادة من خطئها³⁹.
3. مصلحة الموظف الفعلي حسن النية: وذلك في حدود رفع الظلم عنه اذا كان حسن النية، وذلك لأن اهتمام هذه النظرية بتصرفات الموظف الفعلي طغى على اهتمامه بمركزه ذاته⁴⁰.

حالات نظرية الموظف الظاهر

يرجع تخلف الصفة القانونية للموظف الظاهر إلى خلل ما في قانونية شغل الوظيفة، وهو ما يطلق عليه حالة التولية، والخلل في التولية أساسه أحد حالات أربع، هي:

1. حالة عدم التولية

يحدث في بعض الحالات أن شغل احد الافراد وظيفة معينة دون سبق التعيين أو الانتخاب فيه، ويمارس اختصاصاتها في مقرها، فيتعامل معه المواطنون على انه موظف قانوني. ونظرا لصعوبة حدوث ذلك في الظروف العادية؛ فإن القضاء يتشدد في استلزام مظاهر جادة لشغل الوظيفة. ومن أمثلة ذلك أن يتطوع شخص لمعاونة الإدارة بممارسة اعمال وظيفة معينة فتقبل الإدارة معاونته، بل لا يوجد ما يمنع من تطبيق

37. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 49

38. علي خطار شطناوي. مبادئ القانون الإداري الأردني. مرجع سابق. ص 282.

39. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 61

40. علي خطار شطناوي. مبادئ القانون الأردني. مرجع سابق. ص 283.

النظرية على المحتال الذي سرق ايصالات السداد الموقعة والمختومة من الإدارة، ثم انتحل صفة محصل حكومي، فيوفي الافراد بحسن نية اليه بالرسوم المستحقة عليهم للإدارة، رغم سوء نية مدعي الوظيفة وانتفاء صفة الاستمرار في ممارسة اختصاصاتها⁴¹.

2. حالة بطلان التولية

قد يتولى شخصا ما احدى الوظائف العامة بالتعيين او الانتخاب، ويمارس اختصاصاته لفترة من الزمن، ثم يعلن بعد ذلك بطلان تعيينه او انتخابه في هذه الوظيفة. وتعتبر هذه الحالة اهم حالات نظرية الموظف الظاهر وأكثرها قبولا وحدوثا في العمل. ولا يتردد القضاء او يتشدد في تطبيق النظرية عليها.

3. حالة الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة

قد يمارس الشخص أعمال الوظيفة بعد زوال صفته القانونية في ممارستها سواء أكان معيناً أو منتخبا، وذلك كأن يصدر بعض القرارات المتصلة بها بعد إحالته الى التقاعد أو المعاش، او بعد انتهاء مدة ولايته الوظيفية المحددة في أداة التعيين او في نظام الانتخاب. ففي مثل هذه الحالات قد يحدث لبس او عدم علم دقيق بشأن ميعاد انتهاء الخدمة او زوال الصفة في ممارسة الاختصاص، فيعتقد الافراد انهم امام موظف رسمي يمارس اختصاصه القانوني⁴².

أركان نظرية الموظف الظاهر

لتطبيق نظرية الموظف الفعلي القائمة على فكرة الظاهر لا بد من توافر ركنين اثنين احدهما مادي والآخر معنوي.

الركن المادي: وهو توافر مجموعة من المظاهر الخارجية الملموسة المتعلقة بمركز الموظف الرسمي، كاستخدامه كافة متعلقات هذه الوظيفة من أماكن وسجلات واختام على الوجه المعتاد، بما يقتضي ذلك من ظهور ذلك الموظف بمظهر الموظف الرسمي الذي يشغل احدى الوظائف التي لها وجود حقيقي وقيامه بممارسة مختلف الاختصاصات المقررة لهذه الوظيفة⁴³. ويتضمن على هذا النحو عنصرين هما:

1. الوجود القانوني للوظيفة: لأن النظرية نشأت لمعالجة شغل الوظيفة وليس وجودها القانوني، وعدم وجودها القانوني ليس من شأنه أن يخلق المظهر الخادع الذي يستتر وراءه مدعي الوظيفة.
2. ممارسة اختصاصات الوظيفة: وأن تأخذ هذه الممارسة نفس الشكل أو المظهر الطبيعي لممارسة الوظيفة في اطار المشروعية، فإذا وجد عيب واضح يتصل بشغل الوظيفة او بتولية صاحبها من شأنه استبعاد هذا الاعتقاد فلا تطبق نظرية الموظف الظاهر⁴⁴.

الركن المعنوي: يقصد به حسن النية المقبول، أي جهل الغير أو عدم علمه بحقيقة المركز الظاهر. على أن حسن نية الغير لا يكفي بذاته لترتيب آثار الظاهر؛ بل يجب أن يقوم حسن النية على أسباب تبرره وهو ضرورة توافر حسن النية المبرر أو المعقول أو السائغ أو المقبول، وهي اصطلاحات تعبر عن معنى واحد؛ وهو وجوب انتفاء خطأ الغير، الأمر الذي يقتضي أن يكون حسن النية قائما على أسباب موضوعية أي يرتبط بغلط معقول أو سائغ، بمعنى الركن المعنوي ينطوي على عنصرين⁴⁵ هما:

1. حسن النية: ويقصد به الجهل وعدم المعرفة بالمركز الحقيقي للموظف الظاهر، ولكن ما مدى استلزام هذا العنصر بالنسبة للأفراد والموظف الظاهر؟

41. ماجد راغب الحلو. المرجع السابق. ص 65

42. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 67

43. محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 979

44. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 75

45. محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 979

أ. حسن نية الأفراد: يجب أن يجهل الجمهور عدم مشروعية مركز شاغل الوظيفة الذي يتعاملون معه، والأصل هو افتراض حسن نية الافراد، وعلى من يدعي العكس يقع عبء اثبات. ولا يستفيد الفرد من نظرية الموظف الظاهر اذا اتضح سوء نيته، بأن ثبت علمه، ومع ذلك تعامل معه على أساس من الغش لتحقيق مصلحة شخصية.

ب. حسن نية الموظف الظاهر: إن حسن أو سوء نية الموظف الظاهر لا تؤثر في تطبيق النظرية، لأنها أقيمت أصلاً لحماية الجمهور المعذور فيما وقع فيه من غلط، ولا ذنب للجمهور في سوء نية الموظف الظاهر، حتى لو كان مغتصباً للسلطة. غير أن ذلك يؤثر في مركز الموظف الفعلي في نظر القضاء وما يعترف به له او عليه من حقوق والتزامات⁴⁶.

2. الغلط المعقول: يجب ان يكون الجمهور معذورا في جهله بعدم مشروعية مركز شاغل الوظيفة، بأن يكون قد خدع بالمظاهر التي أحاطت بممارسة الوظيفة، ووقع في غلط له ما يبرره عقلا، وهذا الغلط يجب أن يكون بالإضافة الى معقوليته شائعا لا يقتصر على فرد واحد، أما الغلط الأحمق الذي لا يستند الى ظاهر معقول مستقر، فلا يستحق حماية النظرية القضائية. والغلط ليس مفترضا كحسن النية، وانما يقع على من يدعيه عبء اثباته⁴⁷.

المطلب الثاني: الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية. (موظف الضرورة)

يحدث في الظروف الاستثنائية أن تختفي السلطة النظامية في بعض إدارات الدولة، ويفر موظفوها بسبب الاحتلال الأجنبي أو الاضطرابات الداخلية، فيتصدى أفراد عاديون من غير موظفي الإدارة المعنية للقيام بأعمال موظفيها، وإصدار القرارات الداخلة في اختصاصها بهدف منع توقف المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واضطراد في خدمة الجمهور. وعلى ذلك فقد ظهرت فكرة الظروف الاستثنائية في القضاء الإداري الفرنسي تحت اسم سلطات الحرب بعد الحرب العالمية الأولى، وعندما وقعت الحرب العالمية الثانية استخدم مجلس الدولة الفرنسي التعبير ذاته وثبت له أن الظروف الاستثنائية لا تقتصر على حالة الحرب، وإنما تشمل جميع الأزمات السياسية والاقتصادية وغيرها⁴⁸. ويتعين التنويه أنه لا يجوز السماح للأفراد العاديين التدخل في تسيير المرافق العامة وإصدار قرارات إدارية. إذ يعاقب قانون العقوبات هؤلاء الأفراد باعتبارهم مغتصبين للسلطة، وتعد القرارات الصادرة منعدمة من الناحية الإدارية⁴⁹.

السند القانوني

تستند نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية على فكرة الضرورة وليس فكرة الأوضاع الظاهرة، فعندما يتعامل الغير مع شخص في حالة الظروف الاستثنائية وهو يعلم تماما أنه ليس بموظف عام؛ فتعتبر التصرفات التي باشرها مشروعة بالاعتماد على الظروف الاستثنائية التي حدثت فيها هذه التصرفات، ومشروعية هذه التصرفات تستند إلى مبدأ استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهو مبدأ من المبادئ العامة للقانون التي تتمتع بقيمة القواعد الدستورية⁵⁰. وذلك بصرف النظر عن وجود الغلط حول صفة هؤلاء الافراد كموظفين عموميين، أي ولو كان المتعاملون معهم يدركون أنهم ليسوا موظفين عموميين، ولو كانوا هم أنفسهم لا يدعون أنهم كذلك⁵¹. ومقتضى الظروف الاستثنائية كما يعرفها مجلس الدولة الفرنسي أن تبقى الأعمال الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الظروف العادية، تعد مشروعة في الظروف الاستثنائية متى كانت لازمة للمحافظة على النظام العام أو دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

حالات نظرية موظف الضرورة

46. علي خطار شطناوي. مبادئ القانون الإداري الأردني. مرجع سابق. ص 282

47. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 78

48. فرحان المساعيد. مرجع سابق. ص 201

49. علي خطار شطناوي. مبادئ القانون الإداري الأردني. ص 283.

50. علي خطار شطناوي. مرجع سابق. ص 752

51. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 62

1. عدم التعيين وفقا للأصول:

تحت الظروف غير العادية أن تعهد جهة الإدارة إلى بعض الأشخاص بتولي الخدمة العامة، إذ لا يتسع أمامها الوقت لاتباع أحكام الوظيفة العامة في شأنهم، ونتيجة لذلك لا يحق لهم طلب تطبيق أحكام الوظيفة العامة، كما لا يحق لهم الإفادة من مزاياها لأنهم لم يخضعوا لأحكامها، ولم يعينوا وفقا لأصول التعيين فيها، وعلى ذلك أشارت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 29 تشرين الثاني/ نوفمبر سنة 1964 حيث تقول "أن نظرية الموظف الفعلي كما جرى بذلك قضاء هذه المحكمة، لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة، تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضمانا لانتظام المرافق العامة وحرصا على تأدية خدماتها للمتتبعين بها، باطراد ودون توقف"⁵².

2. ترك الموظفين القانونيين لأماكن عملهم

الأصل العام في مجال الوظيفة العامة هو أن "الوظائف العامة تكليف للقائمين بها، هدفها خدمة المواطنين تحقيقا للمصلحة العامة، طبقا للقوانين واللوائح المعمول بها"، فالوظيفة العامة أساسها الخدمة العامة وليس مجرد ممارسة السلطة. ومن هنا كان واجبا على الموظف أن يلتزم بكل واجبات وظيفته سواء ورد ذلك في القانون تحديدا أو لم يرد النص عليه في القانون، ومؤدى ذلك ان الواجبات التي يوردها المشرع عادة في تشريعات الوظيفة العامة إنما هي مجرد امثلة لواجبات عامة يلتزم بها كل الموظفين⁵³. وعلى رأس هذه الواجبات الالتزام بأماكن عملهم وتقديمهم للخدمة المطلوبة حسب الأصول القانونية. ولكن يحدث تحت ضغط قوة القاهرة أو ظروف طارئة أن يترك الموظف القانوني مكان عمله شاغرا، فلا يوجد من يقدم الخدمة العامة، وبالتالي تتعطل مصلحة الأفراد. ولقد حمى المشرع هذه الحالة من الحدوث في الظروف العادية؛ ولكن لا يستطيع أن يفرض تلك الأوامر في الظروف الاستثنائية التي يمكن أن تبطل مسؤولية الموظف عن ترك مكان عمله. ولذلك جاءت نظرية الموظف الفعلي لتعالج هذه الحالة الاستثنائية، وتؤمن سير المرفق العام تقديم الخدمة وعدم تعطيل مصلحة الأفراد، بشرط توفر ظروف استثنائية لهذه الحالة.

3. موظفي الحكومة الثورية الفاشلة

يمكن تعريف الحكومة الفعلية بصفة عامة بأنها "تلك الحكومة التي تستولي على السلطة في البلاد من حيث الواقع دون اتباع للأحكام الدستورية المنظمة لذلك"⁵⁴. ان الضرورات العملية اقتضت عدم التمسك بالتطبيق الدقيق لقواعد المشروعية، الذي كان من شأنه عدم الاعتراف بصحة تصرفات الحكومات الفعلية بصفة عامة، وذلك لأن هذه الحكومات تعتبر أصلا غير مشروعة لقيامها على خلاف القواعد الدستورية. ويميز الفقه الإداري بين نوعين من الحكومات الثورية: حكومات الثورات الفاشلة أو العصيان، والحكومات الفعلية الناجحة. وقد طبق القضاء الفرنسي نظرية الموظف الفعلي على الأولى دون الثانية، حيث اعتبر الموظفون المعينون من طرف الحكومات الفعلية الناجحة موظفين قانونيين صحيحي التعيين، وتعد القرارات الصادرة عنهم قرارات سليمة من الناحية القانونية دون حاجة إلى الاستناد إلى نظرية الموظف الفعلي⁵⁵.

المصالح التي تحميها نظرية الموظف الفعلي

1. مصلحة الافراد: فالأصل العام في مجال الوظيفة العامة هو ان الوظائف العامة تكليف للقائمين بها، هدفها خدمة المواطنين تحقيقا للمصلحة العامة طبقا للقوانين واللوائح المعمول بها⁵⁶. فإن تعذر على الموظف العام القيام بواجباته لظروف استثنائية، فإن الوظيفة

52. سليمان محمد الطماوي. مرجع سابق. ص 164

53. حازم الجمالي. وهابي غانم. مرجع سابق. ص 108

54. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 62

55. طعيمة الجرف. نظرية الدولة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1978. ص 514.

56. حازم الجمالي. وهابي غانم. مرجع سابق. ص 108

- العامة تحتاج لمن يغطيها لتحقيق الهدف منها وهو مصلحة الأفراد، بمعنى أن مصلحة الأفراد هي المصلحة الأهم، ومن أجلها وجد المرفق بل ووجدت القوانين نفسها. وبالتالي فالاعتراف بصحة أعمال موظف الضرورة رغم بطلانها من حيث الأصل ضروري تأسيساً على خطورة النتائج المترتبة على عدم الاعتراف بذلك، وللحفاظ على مصالح الناس التي لا يجب أن تتوقف⁵⁷.
2. مصلحة المرفق العام: وذلك حيث تقتضي في الظروف الاستثنائية أن يكون سير المرافق العامة قانونياً ومشروعاً بلا توقف أو انقطاع، ويعتبر مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإطراد من المبادئ الأساسية التي لا تحتاج إلى نص قانوني يقرها ويحافظ عليها، وذلك لأن طبيعة المرافق تستوجب ضمان انتظامها بانتظام في خدمة الجمهور، ويترتب على هذا المبدأ نتائج هامة تستهدف جميعها تفادي الآثار الناجمة عن التوقف المفاجئ لسير المرافق العامة، ومن أهم هذه النتائج إجازة تصرفات الموظف الفعلي⁵⁸.
3. مصلحة الموظف الفعلي: وذلك في حدود مكافأته نظير أعمالهم في فترة الظروف الاستثنائية، وتحمل أعباء ما نتج من ضرر عن أفعالهم كموظفين، وذلك لأن اهتمام هذه النظرية بتصرفات الموظف الفعلي طغى على اهتمامه بمركزه ذاته⁵⁹.

شروط نظرية موظف الضرورة

- لتطبيق نظرية الموظف الفعلي القائمة على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإطراد لا بد من توافر ثلاث شروط على النحو التالي:
1. تحقق ظرف استثنائي مؤكد حدوثه: أن يكون هناك ظرف استثنائي حقيقي يتولد عنه خطر جسيم وحال يهدد سلامة وأمن الدولة أو النظام العام، وقد حددت المادة (110) من القانون الأساسي الحالات التي يعتبر وجودها تهديداً للأمن القومي وهي: حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية، أما غير ذلك من الحالات فمشكوك في خلقها ظرف استثنائي حقيقي. وتجد نظرية الظروف الاستثنائية سندها وأساسها القانوني في مبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد، حيث تبدو القواعد القانونية العادية عاجزة عن مواجهة الظروف الاستثنائية، الأمر الذي يبرر تحرر الإدارة من احترام تلك القواعد مؤقتاً، بغية مواجهة تلك الظروف الاستثنائية الطارئة⁶⁰.
 2. توفر حالة من الحالات الثلاث لموظف الضرورة: وهي ترك الموظفين القانونيين لأعمالهم، أو عدم التعيين وفقاً للأصول، أو موظفي الحكومة الثورية. فلا يكفي تحقق ظرف استثنائي لتطبيق نظرية الموظف الفعلي؛ إنما يجب أن يستتبع ذلك أحد الحالات الثلاث المذكورة. ولا تنطبق النظرية في حال ترك الموظفين أعمالهم مع عدم تحقق ظرف استثنائي، ومثال ذلك الإضراب العام، ويقصد به "اتفاق بعض العمال على الامتناع عن العمل مدة من الزمن، دون أن تنصرف نيتهم إلى التحلي عن وظائفهم نهائياً، وذلك بقصد اظهار استيائهم من أمر من الأمور، أو الوصول إلى تحقيق بعض المطالب"⁶¹، وكذلك استقالة الموظفين، مما يترتب عليه ترك الوظيفة في الحالتين وتعطيل مصالح الجمهور. ولذلك نجد أن القانون الإداري نظم كلتا الحالتين بمعزل عن نظرية الموظف الفعلي، فوضع لهما القواعد القانونية الخاصة بهما.

57. محمد سليمان شبير. مرجع سابق. ص 377.

58. أنور حمدان الشاعر. مرجع سابق. ص 150

59. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 61

60. علي خطار شطناوي. مرجع سابق. ص 103.

61. سليمان محمد الطماوي. مرجع سابق. ص 148.

3. ممارسة اختصاصات الوظيفة: فقد استقر قضاء مجلس الدولة المصري في الطعن رقم 7277 في جلسة 15 كانون الثاني/ يناير لسنة 2012 على وجوب توافر ثلاثة أمور لتطبيق نظرية الموظف الفعلي: أولها أن تقوم الظروف الاستثنائية، وثانيها أن يتم شغل الوظيفة المقرر قانونا وثالثها الممارسة الفعلية للاختصاصات تلك الوظيفة والقيام بأعبائها⁶².

المبحث الثالث: تبعات نظرية الموظف الفعلي

لنظرية الموظف العام تبعات عديدة، والتبعة هي ما يترتب على المرء من فعلته، إذا كان مسؤولاً عنها، وهي تنطوي على معنى قانوني وقضائي في هذا الإطار. ولذلك لا بد من استعراض تبعات نظرية الموظف الفعلي في مطلبين: يتناول الأول آثار النظرية بالنسبة لتصرفات الموظف الفعلي ومركزه، والمطلب الثاني يتناول هذه تطبيقات هذه النظرية على بعض الحالات الملتبسة في فلسطين.

المطلب الأول: آثار نظرية الموظف الفعلي

ان الشخص العادي غير المؤهل قانونا لا يمكن بحده ذاته أن يترتب أثرا قانونيا، ولكن القاضي يستطيع في حدود معينة ترتيب الآثار القانونية سواء للغير او للموظف الفعلي من حيث تصرفاته ومركزه بما يتضمن من حقوق وواجبات. ويشترط القضاء لترتيب هذه الآثار بصفة عامة الا يكون من شأن الاعتراف بالنظرية وترتيب بعض الآثار عليه الاضرار بمصالح الافراد الذين لم يرتكبوا خطأ. وتحدث فيما يلي عن آثار نظرية الموظف الفعلي بالنسبة لتصرفات الموظف أولا، ثم بالنسبة لمركزه من حيث حقوقه والتزاماته.

أولا: آثار النظرية بالنسبة لتصرفات الموظف الفعلي

نوضح فيما يلي آثار نظرية الموظف الفعلي بالنسبة لتصرفاته في الحالات المختلفة في الظروف العادية والاستثنائية، على النحو

التالي:

1. حالة عدم التولية: الأصل في التصرفات الصادرة عن شخص لم يول الوظيفة تعتبر باطلة بطلانا يعد من النظام العام، غير ان القضاء الإداري قد لطف من حدة هذه القاعدة لاعتبارات عملية ومصالح هامة، فاعترف بصحتها في بعض الأحوال وبشروط معينة. من ذلك الاعتراف بصحة التصرفات الصادرة عن المعاون المتطوع⁶³.
2. حالة بطلان التولية: ويجب التفرقة بين التصرفات الصادرة قبل اعلان بطلان التولية الوظيفية وتلك الصادرة بعده. فالأولى تقتضي اعتبار هذه التصرفات صحيحة كما لو كانت صادرة من موظفين رسميين، ما دامت صحة التولية كانت محتملة. أما بالنسبة للثانية فإنها تعتبر باطلة من حيث المبدأ؛ غير أن هذه التصرفات تعتبر مع ذلك صحيحة خلال الفترة التي يظل الافراد فيها معذورين في الوقوع في الغلط حول صفة الذي استمروا في ممارسة سلطتهم الفعلية بعد اعلان بطلان توليتهم فيها⁶⁴.
3. حالة الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة: فالأصل انما باطلة عديمة الأثر، ومع ذلك اعتبرها القضاء تصرفات صحيحة لمصلحة الغير حسن النية.

ثانيا: آثار النظرية بالنسبة لمركز الموظف الفعلي

يضع القضاء الإداري الموظف الفعلي في مركز قانوني وسط بين مركز الموظف الرسمي ومركز مغتصب السلطة الذي تتوفر بشأنه شروط الموظف الظاهر كما وضعتها النظرية. القضائية، فهو لا يتمتع بكل حقوق الموظف القانوني، ولا يخضع لكل التزاماته، وانما يقتصر امره على جانب من كل منهما:

62. محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 990

63. ماجد راغب الحلو. المرجع السابق. ص 80

64. محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 988.

1. من حيث الحقوق

من حيث المبدأ يرفض القضاء الإداري الاعتراف للموظف الظاهر بحقوق الوظيفة العامة أو مزاياها كالحق في مرتب الوظيفة التي شغلها بعد ثبوت عدم مشروعية التولية، بل يلزم برد المبالغ التي قبضها، فإذا لم يكن الموظف الظاهر قد تسلم راتبه عن فترة شغل الوظيفة فإنه يستحق مكافأة أو تعويضاً على أساس خطأ الإدارة، ولا مكافأة أو تعويض إذا لم يكن ثم إهمال أو خطأ يمكن ان ينسب الى الإدارة⁶⁵. فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 29 تشرين الثاني/ نوفمبر لسنة 1964 ومنه "وبالتالي فإن المدة التي قضاها المدعي من تاريخ فصله حتى تاريخ إعادة تعيينه لم تكن محسوبة في خدمة الحكومة، لأنه لم تكن تربطه بالحكومة طوال هذه المدة أي رابطة وظيفية، ولم تصدر له أي أداة قانونية تضي عليه صفة الموظف العمومي، ولا يمكن أن يعتبر أنه من الموظفين الفعليين، لأن نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة"، ويؤكد المستشار محمد ماهر أبو العينين باستعراضه لوقائع الحكم أن المحكمة قصدت من استبعاد فكرة الموظف الفعلي عدم ترتيب أي حق للموظف في المرتب في الأحوال العادية، لعدم توافر الأداة القانونية اللازمة لبدء الصلة الوظيفية بين الإدارة الموظف⁶⁶. فقد جاء بفتوى إدارة الفتوى لوزارة المالية والاقتصاد ان المشرع قد حظر استخدام العامل وتسلمه العمل قبل تقديمه إحدى الشهادات المنصوص عليها في المادة 64 من القانون رقم 505 لسنة 1955، كإجراء ضروري إرثاه للتحقيق من مراعاة أحكام قانون الخدمة العسكرية، ومن ثم لا يسوغ لأي من العامل او الإدارة مخالفته بتسليم العمل قبل استيفاء إحدى الشهادات المذكورة، فإذا ما تم تسليم العمل بالمخالفة لذلك، تجرد من كل أثر قانوني يربته بخصوص العلاقة الوظيفية، فلا يتولد عنه أي حقوق للعامل من مرتب وإجازات ويكون العامل في هذه الفترة موظفاً فعلياً⁶⁷.

أما في حالة الظروف الاستثنائية فالأمر يختلف، حيث قد استقر قضاء مجلس الدولة المصري على أن الطاعن توفرت فيه ثلاثة أمور لتطبيق نظرية الموظف الفعلي: أولها قيامه بالعمل خلال الظروف الاستثنائية، وثانيها أنه شغل الوظيفة المقرره قانوناً وثالثها الممارسة الفعلية للاختصاصات تلك الوظيفة والقيام بأعبائها، وبالتالي قضت في حكم مجلس الدولة في الطعن رقم 7277 لسنة 48 ق جلسة 15 كانون الثاني/ يناير لسنة 2012 وجاء فيه "ومن حيث إنه ترتيباً على ما تقدم فإنه ولئن كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لا يعد من أعضاء السلط الدبلوماسية، وأنه لم يصدر قرار نذب بشغله وظيفته رئيس البعثة الدبلوماسية ببغداد ... إلا أن الثابت من الأوراق أنه قد باشر جميع اختصاصات ومسئوليات رئيس البعثة الدبلوماسية المصرية في بغداد ... وذلك في ظل ظروف استثنائية تمثلت في جرب الخليج وقطع العلاقات الدبلوماسية بين مصر والعراق، ومن ثم يستحق تعويضاً مقابل ما قام به من أعمال خلال تلك عن المدة يعادل قيمة بدلي الانابة والصرافة المقررين قانوناً لمن تتوافر فيه شروط استحقاقها، وذلك لتوافر شروط الموظف الفعلي في حقه ، وهو ما تقدره المحكمة بمبلغ خمسة آلاف جنيه"⁶⁸.

2. من حيث الالتزامات

أما من حيث التزامات الموظف الظاهر فإنها أقل من التزامات الموظف الرسمي. فإذا كان الموظف الفعلي يجب أن يراعي القواعد التي تحكم الوظيفة التي يشغلها، فإنه في حالة اخلاله بها لا يخضع للجزاءات التأديبية التي يمكن أن توقع على الموظف الرسمي، كما أن مسؤوليته المدنية تجاه الغير بسبب شغله للوظيفة لا تخضع لقواعد القانون الإداري. وإنما تحكمها القواعد العامة للمسئولية في القانون المدني⁶⁹. وذلك مع ملاحظة مسؤولية الإدارة في مواجهة الافراد عن الأخطاء المرفقية المنسوبة اليه في حدود الاعتراف بصحة تصرفاته بالنسبة لهم. أما من ناحية المسؤولية الجنائية للموظف الفعلي فإنه يخضع في العادة لجرائم الموظفين، حيث توسع النصوص المتصلة بها من مفهوم الموظف العام

65. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 85.

66. محمد ماهر أبو العينين. مرجع سابق. ص 986.

67. مشار إليه لدى: محمد ماهر أبو العينين. المرجع السابق. ص 984

68. مشار إليه لدى: محمد ماهر أبو العينين. المرجع السابق. ص 991

69. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 86

في تطبيق احكامها ولا تستلزم ان تكون تولية الموظف قد تمت في اطار قواعد المشروعية. وفي ذلك توسع قانون العقوبات الفلسطيني في فيمن تنطبق عليهم صورة الموظف العام، وذلك بهدف توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للمصلحة العامة، حيث نصت المادة (5) منه " ويقصد بعبارة "موظف في الخدمة العامة" كل شخص يشغل وظيفة من الوظائف المشار إليها فيما يلي أو يقوم بأعبائها بالوكالة أو بصورة أخرى، أي: (أ) كل وظيفة مدنية، بما في ذلك منصب المندوب السامي، أنيطت صلاحية التعيين لها أو العزل منها بجلالة الملك أو بالمندوب السامي، أو بالمندوب السامي في المجلس التنفيذي، أو بأية لجنة أو هيئة عامة، أو (ب) كل وظيفة يعين أو يختار لها الشخص الذي يشغلها، بحكم القانون، أو (ج) كل وظيفة مدنية أنيطت صلاحية التعيين لها أو العزل منها بأي شخص أو جماعة من الأشخاص يشغلون وظيفة من الوظائف المشار إليها في الفقرتين السابقتين من هذه المادة، أو (د) كل حكم أو فيصل في أية إجراءات أو قضية أحيلت للتحكيم بقرار من المحكمة أو بموافقتها أو بمقتضى أي تشريع من التشريعات.

وتشمل هذه العبارة أيضاً: (1) أي عضو من أعضاء لجنة تحقيق عينت بمقتضى أي تشريع من التشريعات أو وفقاً لأحكامه. (2) الشخص المنوط به تنفيذ إجراءات أية محكمة من المحاكم. (3) جميع الأشخاص الذي ينتسبون للقوى العسكرية أو لقوات بوليس فلسطين. (4) جميع الأشخاص المستخدمين في أية دائرة من دوائر الحكومة. (5) كل رجل من رجال الدين أياً كانت الطائفة التي ينتمي إليها، عند قيامه بإشهار زواج مقبل أو بعقد زواج بحفظ سجل بالزواج والموليد والعماد والوفيات والدفن وإصدار شهادات بها، ولكن ليس بأية صفة أخرى. (6) الشخص المستخدم لدى سلطة بلدية. (7) مختار القرية". وهكذا فإن النظرية الجنائية لتعريف الموظف العام تشمل النظرية الإدارية، ولكن دون أن تقف عندها بل تتعداها.

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في فلسطين

بعد ان استعرضنا النظام القانوني لنظرية الموظف الفعلي، وفضلنا في أركان وشروط تطبيق النظرية في صورتها؛ ننتهي إلى اسقاط هذه العناصر على بعض الحالات في الوضع الفلسطيني الحديث، وخاصة بعد الانقسام الداخلي. فنزل احكام النظرية على وضع حكومي غزة والضفة، ومركز الرئيس الفلسطيني والمجلس التشريعي، ثم نعرض على تصرفات موظفي حكومي غزة والضفة، وأعمال المقاومين في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، وننتهي بالوضع القانوني لموظفي العقود والمتطوعين.

1. حكومي غزة والضفة

الحكومة الدستورية هي الحكومة التي أسندت إليها السلطة وفق الوسائل المدونة في دستور الدولة، وقد تكون وسائل ديمقراطية بالانتخاب، أو وسائل غير ديمقراطية كالوراثة والاختيار الذاتي، ولكن لا تصلح القوة والغصب سندا لتأسيس سلطة شرعية بما فيهما من معنى الخروج على الدستور، وما يقرره من احكام في شأن اسناد سلطة الحكم. إلا أنه كثيراً ما يحدث في ظروف مختلفة أن تصعد حكومة إلى سدة الحكم بغير الطرق الدستورية، وهو ما يجعلها تحمل تسميات مختلفة كحكومة الثوار أو حكومة الانقلاب أو الحكومة المؤقتة أو الحكومة الثورية أو الحكومة المكلفة أو المجلس العسكري أو اللجنة الإدارية. وأياً ما كان ذلك فيجمعها مصطلح واحد هو "الحكومة الفعلية". ومظاهر الحكومة الفعلية تقوم على عنصرين أساسيين هما: وجود حكومة تحوز السلطة فعلاً، وعدم اعتماد هذه الحكومة على نص دستوري⁷⁰.

ويفرق الفقه والقضاء بين الحكومة الفعلية العامة التي تسيطر على كل إقليم الدولة، والحكومة الفعلية المحلية التي تسيطر على جزء فقط من إقليم الدولة. ولهذا التمييز أهمية كبرى في خصوص تقدير تصرفات الحكومة الفعلية المحلية. وهو ما قرره المحكمة الاتحادية العليا في أمريكا سنة 1877 بمناسبة تقدير تصرفات الحكومات الثورية التي تكونت في غضون الحرب الأهلية، في ولايات أمريكا الجنوبية، فقد انتهت المحكمة "إلى وجوب الاعتراف بسلطات هذه الحكومات الثورية والتسليم بشرعية اعمالها في مواجهة الحكومات الشرعية التي تأتي بعدها، طالما كانت هذه الحكومات ذات سلطات عامة بحيث تسيطر على كل الإقليم، أما الحكومة الفعلية المحلية، فإنه يتعين الانتظار في شأنها حتى نهاية الثورة، لكي يتضح حينذا مدى نجاحها ومدى استقلالها عن الدولة الأم. غير أن التمييز بين الحكومة الفعلية العامة والحكومة

70. طعيمة الجرف. مرجع سابق. ص 514.

الفعالية المحلية لا ينصرف في الواقع الا الى التصرفات العامة التي تحدد علاقة الحكومة الفعلية بالحكومة الشرعية وبالحكومات الخارجية. أما في مجال الأعمال اليومية المتصلة بإدارة الشؤون المحلية وبتسيير المرافق العامة الكائنة على الإقليم؛ فإنه لا يشك احد في صحة هذه الأعمال وفي شرعيتها، ويذهب الفقه إلى أنه متى كانت الحكومة الفعلية قادرة على فرض النظام وعلى ضمان تنفيذ أوامرها، فهي حكومة بالمعنى الكامل⁷¹. وقد طبق القضاء الإداري المبدأ السابق على الحكومة الفعلية، وميز بين الحكومة الثورية والحكومة الفعلية حسب وجهة نظرة في مفهوم هو نفسه (ذات سلطة عامة وذات سلطة محلية)، ولا مشاحة في الاصطلاح. فيرى القضاء الإداري أن كل منهما تستولي على السلطة دون تقلدها وفقاً للأوضاع الدستورية المشروعة. ولكن الحكومة الفعلية تمتاز بأنها تستولي على السلطة نهائياً لاختفاء الحكومة الشرعية. ومثال ذلك من التاريخ الفرنسي حومة الدفاع الوطني التي استولت على زمام الأمر سنة 1870 عقب الحرب السبعينية، والحكومة المؤقتة التي مارست السلطة سنة 1944. واعمال الحكومة الفعلية - بالمعنى السابق - تعتبر مشروعة، وبالتالي يعتبر الموظفون الذين عينتهم موظفين عموميين بالمعنى الكامل وتعتبر أعمالهم صادرة من موظفين مختصين⁷².

إن حكومتى غزة والضفة هما حكومتان فعليتان غير دستوريتان، فهما لم يتقلدا سدة الحكم وفق الأوضاع الدستورية المقررة في القانون الأساسي "مادة (65/1) فور تكليفه من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية يتولى رئيس الوزراء تشكيل حكومته خلال ثلاثة أسابيع من تاريخ اختياره، مادة (66) "فور اختيار رئيس الوزراء لأعضاء حكومته يتقدم بطلب إلى المجلس التشريعي لعقد جلسة خاصة للتصويت على الثقة بهم. تمنح الثقة بالحكومة إذا صوتت إلى جانبها الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس التشريعي". فحكومة غزة لم تكلف من الرئيس الفلسطيني، وحكومة الضفة لم تمل ثقة المجلس التشريعي. ولأن كلا الحكومتين تحوز السلطة فعلاً دون سند دستوري على جزء من إقليم الدولة، فهما حكومتان فعليتان، وأعمالهما أعمال مشروعة، ولا يصح ان نطبق على أي منهما نظرية الموظف الفعلي من الأساس، ناهيك على أن شروطها وأركانها لا تنطبق على الحكومتين.

2. الرئيس الفلسطيني

اختلفت آراء فقهاء القانون حول تفسير نص القانون الأساسي لتفرد ولاية الرئيس الفلسطيني، حيث جاء فيه "مادة (36) مدة رئاسة السلطة الوطنية هي المرحلة الانتقالية، ويتم انتخاب الرئيس بعد ذلك وفقاً للقانون. مادة (37) "يعتبر مركز رئيس السلطة الوطنية شاغراً في أي من الحالات الآتية: - الوفاة. الاستقالة المقدمة إلى المجلس التشريعي الفلسطيني إذا قبلت بأغلبية ثلثي أعضائه. فقد الأهلية القانونية وذلك بناء على قرار من المحكمة الدستورية العليا وموافقة المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي أعضائه. إذا شغل مركز رئيس السلطة الوطنية في أي من الحالات السابقة يتولى رئيس المجلس التشريعي الفلسطيني مهام رئاسة السلطة الوطنية مؤقتاً لمدة لا تزيد عن ستين يوماً تجرى خلالها انتخابات حرة ومباشرة لانتخاب رئيس جديد وفقاً لقانون الانتخابات الفلسطيني".

فقد رأى فريق أول أن الرئيس الفلسطيني أصبح منتهي الولاية وبالتالي يجب أن يتخلى عن الرئاسة ويتولى رئيس المجلس التشريعي الرئاسة بدلاً عنه حسب نص القانون الأساسي. بينما مال فريق ثاني إلى أن الرئيس الفلسطيني رغم انتهاء ولايته الزمنية، إلى أنه ما زال الرئيس القانوني، مستندياً إلى أن زوال الأهلية القانونية يجب أن تكون بقرار صادر عن المحكمة الدستورية العليا وموافقة المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي أعضائه. إلى أن الدكتور أحمد الخالدي "رئيس لجنة صياغة الدستور الفلسطيني ووزير العدل السابق" له رأي ثالث ينتهي فيه إلى أن الرئيس الفلسطيني أصبح "حكومة فعلية" غير دستورية، حيث يقول⁷³ "نظم القانون الأساسي انتهاء مدة الرئاسة بصفة اعتيادية في المادة 36 وهي مدة أربع سنوات وبعدها يجب أن يعود الرئيس للشعب لإجراء الانتخابات، أما المادة 37 فهي تتحدث عن الظروف

71. طعيمة الجرف. مرجع سابق. ص 516.

72. سليمان الطماوي. مرجع سابق. ص 164

73. احمد مبارك الخالدي. الجزيرة، برنامج بلا حدود، شرعية رئيس السلطة الفلسطينية بعد انتهاء ولايته. بث الحلقة 2008/10/6.

الاستثنائية أو الأسباب غير الاعتيادية التي تنتهي فيها فترة الرئاسة، سواء بالوفاة أو بالاستقالة المقبولة أو بفقد الأهلية القانونية وهنا يقصد بالأهلية القانونية أي القدرة على ممارسة الاختصاصات المنوطة به وفقا للقانون الأساسي. وفي هذه الحالة إذا لم توجه الدعوة سيكون الرئيس قد خرج من نطاق القانون الدستوري وبدأ يمارس سلطة فعلية واقعية".⁷⁴ والباحث يؤيد ما ذهب اليه الدكتور احمد الخالدي، وذلك للأسباب التالية:

- أ- ما زال الرئيس الفلسطيني ممسكا بزمام الحكم، ومعترفا به داخليا ودوليا، وأي حديث على غير ذلك هو حديث مناف للمنطق والواقع.
- ب- لا يجوز منطقيًا إحالة الحكم من رئيس منتخب، إلى رئيس المجلس التشريعي في غير الظروف الطارئة غير الاعتيادية. والا تعارض ذلك مع المبدأ الدستوري الفصل بين السلطات، إلا في حالة الاستثناء الدستوري حسب نص المادة (37). ومن باب أولى لا يجوز ترك مركز الرئاسة شاغرا.
- ت- لا يمكن تطبيق نظرية الموظف الفعلي على الرئيس الفلسطيني على النحو المذكور أعلاه، وخاصة في ظل تخلف أركان الموظف الظاهر وشروط موظف الضرورة.
- ث- يعترف الفقه القانوني بالحكومة الفعلية، وهي أكثر تحقيقا للمبادئ والقيم القانونية منها من الموظف الفعلي، وكلتا الحالتين مخالفة للمشروعية في أصلهما.

3. المجلس التشريعي

لقد نص القانون الأساسي بمد ولاية المجلس التشريعي بعد انتهائها في المادة 47 "تنتهي مدة المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستورية"، وبالتالي فالمجلس التشريعي الحالي شرعي دستوريا حسب نص المادة المذكور. ولكن تكمن المشكلة الدستورية في صحة انعقاده وليس صحة وجوده وشرعيته، فقد نصت المادة (52) "يفتح رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الدورة العادية الأولى للمجلس، ويلقي بيانه الختامي"، وقد جعل النص ذلك وجوبيا بوقله (يفتح)، وبالتالي لا تصح انعقاد جلسات المجلس التشريعي العادية بدون افتتاح الرئيس للدورة العادية الأولى وهو ما لم يتم منذ أحداث الانقسام الداخلي. وبالتالي ثار الجدل في الوضع القانوني للمجلس التشريعي وما يصدر عنه من أعمال.

اتجه بعض الكتاب إلى وصف أعمال المجلس التشريعي بالموظف الفعلي مستلدين بالعديد من الوقائع والاحكام، منها حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر بجلسة 7 كانون الأول/ ديسمبر سنة 1991 بالقضية رقم 44 قضائية دستورية تنص "أن القضاء بعد دستورية النص التشريعي الذي أجريت انتخابات مجلس الشعب بناء عليه، وبطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه، لا يستتبع لزوما اسقاط القوانين والقرارات التي أقرها ولا يمس الإجراءات التي اتخذها منذ انتخابه وحتى تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل جميعها محمولة على أصلها من الصحة، وتبقى بالتالي نافذة مرتبة لكامل اثارها الى ان يتقرر الغاءها او تعديلها من الجهة المختصة دستوريا"، وكذلك الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بجلسة 18 نيسان/ ابريل سنة 1992 بالقضية رقم 13 ومنه "إن بطلان تكوين مجلس الشعب، عند ثبوته بقضاء المحكمة الدستورية العليا، لا ينسحب الى ما اقره من قوانين وقرارات وتدابير قبل نشر الحكم ببطلان تكوينه في الجريدة الرسمية بل تظل على اصلها من الصحة ونافذه"⁷⁴. ويلاحظ هنا جليا أن القياس معيب وقد وقع خاطئا لاختلاف العلة بين الحالتين، فالمشكلة الدستورية في الحالة الفلسطينية أن وجود المجلس شرعي، ولكن جلساته غير دستورية، أما المشكلة الدستورية في الاحكام المصرية هي عدم شرعية المجلس خلال فترة سابقة من الزمن مارس اختصاصاته خلالها، مما ترتب عليها من نتائج وآثار. وبالتالي فإن نظرية الموظف الفعلي (الموظف الظاهر)

74. مشار إليها لدى: فتحي الوحيددي. القضاء الدستوري في فلسطين. غزة: المؤلف. 2004. ص 100.

تنطبق بأركانها على الحالة المصرية المذكورة آنفاً، وذلك عكس الحالة الفلسطينية التي لا يتوافر فيها أركان وشروط أي من تطبيقي نظرية الموظف الفعلي.

يتفق الكثير من الفقهاء والدارسين على أن مشكلة المجلس التشريعي هي مشكلة سياسية بامتياز، ولكن يختلفون في تكييف الوضع القانوني لانعقاد جلساته والآثار المترتبة على ذلك. إن نظرية الموظف الفعلي لا يمكن ان تنطبق على هذه الحالة بأي وجه من الوجوه، وعلى الباحثين البحث عن نظرية أخرى أو تفسير قانوني مختلف. ويميل الباحث لتطبيق نظرية الحكومة الفعلية على أعمال المجلس التشريعي، وذلك لأن من المعتاد في فترات الحكومات الفعلية أن تمسك الحكومة بالسلطتين التنفيذية والتشريعية بيديها⁷⁵، فتكون أعمالها صحيحة قانونياً بشقيها التنفيذي والتشريعي، فمن باب أولى اذا ما كان لديها برلمان مستقل بالتشريع، أي انها تكون أقرب للوضع الديمقراطي الصحيح.

4. موظفي غزة والضفة

وصلنا بالنتيجة السابقة أن حكومي غزة والضفة حكومتان فعليتان، وأن أعمالهما صحيحة وشرعية. وقد وضع الفقه والقضاء الإداري ثلاث شروط للموظف العام هي: أولهما، أن يكون الشخص معيناً من قبل السلطة التي تملك تعيينه قانوناً، وثانيهما القيام بالعمل بصفة دائمة، وثالثها أن يعمل الشخص في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام بطريق مباشر⁷⁶.

وباستقراء القواعد القانونية الكثيرة عن تعيين الموظفين نجد أن الشروط الثلاث متوفرة، ومن ذلك مادة (17، 18) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني ونصهما "موظفو الفئة الأولى بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب رئيس الدائرة الحكومية المختص. يعين موظفو الفئات الأخرى بقرار من رئيس الدائرة المختص". وهذه النتيجة ما وصل إليها الدكتور سليمان الطماوي "وبالتالي يعتبر الموظفون الذين عينتهم (الحكومة الفعلية) موظفين عموميين بالمعنى الكامل، وتعتبر أعمالهم صادرة من موظفين مختصين"⁷⁷.

يعتقد البعض بأن التطبيق الأمثل لهذه النظرية في وقتنا الحالي يرتبط بالظروف التي نشأت بعد سيطرة القوة المسلحة لحركة حماس على قطاع غزة في العام 2007، والتمثلة في قيام بعض المتطوعين مباشرة بمهام الموظفين العموميين داخل المرافق العامة في القطاع بعد صدور تعليمات للموظفين القدامى بمغادرة مواقع عملهم رغم أن هؤلاء المتطوعين لم يتم تعيينهم بطريقة سليمة وصحيحة باستثناء بعضهم ممن أجريت لهم المسابقات الوظيفية⁷⁸. وهذا اعتقاد خاطئ؛ فلا فرق في الوضع القانوني بين موظفي غزة والضفة المعينين بعد الانقسام، وكل ما في الأمر أن لمشكلة موظفي غزة أبعاد سياسية بحتة. ويؤكد ذلك ما ذهب إليه الدكتور محمد شبير بأن "أعمال هؤلاء (موظفي غزة) لم يكن معترف بها خارج غزة، وهو ما سبب الكثير من الضرر لمواطني القطاع"⁷⁹.

5. المقاومين والثوار

يصعب التكييف القانوني لأعمال المقاومين، فهم يخضعون لقانون الحرب والاحتلال. ولكن يحدث أن يقوم بعض المقاومين بأعمال تعتبر من أعمال الإدارة. وفي هذا المقاوم ينقل الدكتور محمد سليمان شبير عن الدكتور عدنان عمر بأن نظرية الموظف الفعلي تبرز بالنسبة للقرارات التي كانت تصدر عن لجان الانتفاضة في الاحياء والمخيمات خلال الانتفاضة الأولى⁸⁰. وباستقراء الضوابط القانونية لنظرية الموظف الفعلي عما وردت في هذا البحث، ففي ذلك تفصيل على النحو التالي:

أ- في الظروف العادية: حيث يظهر الموظف الفعلي بصورة الموظف القانوني. وهذه غالباً لا تظهر في تصرفات المقاومين، حيث لا

يعرفون أنفسهم ولا يظهرون على أنهم موظفون قانونيون، وبالتالي فلا ينطبق عليهم نظرية الموظف الظاهر، وهم أقرب قانونياً إلى

75. طعيمة الجرف. مرجع سابق. ص 518.

76. حازم حمدي الجمالي. وهابي عبد الرحمن غانم. مرجع سابق. ص 15.

77. سليمان الطماوي. مرجع سابق. ص 164.

78. محمد شبير. مرجع سابق. ص 379

79. محمد شبير. مرجع سابق. ص 379

80. محمد شبير. المرجع السابق. ص 378

مغتصب السلطة في تصرفاتهم. إلا أنه تحدث في بعض الحالات أن يقوم المقاوم بأعمال إدارية معينة يظهر فيها بمظهر الموظف الرسمي بصورة مقبولة، مع سكوت أو تقاعس من طرف السلطة التنفيذية على هذه التصرفات. ففي هذه الحالة ليس هناك ما يمنع من اعمال نظرية الموظف الظاهر احتراماً لحقوق الغير حسن النية⁸¹.

ب- في الظروف الاستثنائية: يجوز تطبيق نظرية الموظف الفعلي على تصرفات المقاومين اذا توافرت الشروط الثلاث المذكور آنفاً. مع التأكيد أن هذه النظرية وضعت لمصلحة الغير حسن النية، ولا يمكن أن تنطبق على غير الأعمال الإدارية، مثل اعمال الضبطية القضائية، فيقع عندما كل عمل غير الاعمال الإدارية.

6. موظفي العقود

إن التكييف القانوني الصحيح للعقد الذي يربط العامل بالإدارة العامة هو عقد اداري وليس عقد عمل، فتتوافر في هذا العقد جميع الشروط التي يتطلبها القضاء الإداري لاعتبار العقد عقداً إدارياً، وهؤلاء العاملون يعتبرون موظفين عموميين من الناحيتين التشريعية والقضائية، فلقد قررت محكمة العدل العليا الأردنية وباجتهاد مستقر على أن الموظفين بعقود موظفين عموميين، وعلى ذلك قضت في جلسة بتاريخ 31 كانون ثاني/ يناير لسنة 2001 أن الموظف بعقد في الجامعة الهاشمية هو موظف عام، لأن الجامعة المذكورة تعتبر من المؤسسات العامة الرسمية، وبالتالي فإن قرار عدم تجديد عقده هو قرار إداري يخضع للطعن بالإلغاء⁸². وعلى هذا المفهوم نص قانون الخدمة المدنية في المادة (27) ونصها " يجوز شغل الوظيفة الدائمة بصفة مؤقتة في الأحوال المبينة بهذا القانون وفي هذه الحالة يسري على الموظف المعين أحكام الوظيفة الدائمة وبمراعاة شروط العقد المبرم معه"، فهذه المادة استثناء على القواعد العامة للموظفين العموميين والتي تشترط أن يشغلوا الوظائف بصفة دائمة⁸³.

7. المتطوعون

المتطوع هو ذلك الشخص الذي يتقدم مختاراً ودون استدعاء لمساعدة الإدارة في إنجاز عمل من الاعمال المتصلة بالمصلحة العامة، وذلك كالمشاركة في إطفاء حريق. وقد اعترف القضاء الفرنسي للمتطوعين لمعاونة الإدارة بالحق في التعويض عن الخسائر التي يتحملونها بمناسبة مساعدتهم للإدارة، كما حمل الإدارة مسؤولية تعويض الخسائر التي يسببونها للغير اثناء مساعدتهم لها، اذا كانوا ينفذون أوامر السلطة المختصة كما لو كان هناك نوع من العقد الفعلي بينهم وبينها⁸⁴، وبالتالي فهم موظفون فعليون يجوز اعمال نظرية الموظف الفعلي على التصرفات التي يقومون بها.

الخاتمة

لا شك في أهمية نظرية الموظف الفعلي بشكل عام، وفي الوضع الفلسطيني الاستثنائي بشكل خاص. ورغم ذلك هناك قصور في تطبيق هذه النظرية، وسوء فهم في عناصرها وشروطها. وهو ما يشكل حاجزاً لإعمال هذه النظرية. جاء هذا البحث ليوائم بين هذه النظرية والواقع الاجتماعي والسياسي في فلسطين. فمستلزمات الحياة العملية، وتحقيق المصلحة العامة ولو على حساب التضحية الجزئية بمبادئ المشروعية المجردة، هدف نبيل من أهداف هذه النظرية. والتي بتنا في حاجة ملحة لها، حتى لا تضيق حقوق الأفراد هدرًا، ويُظلمون إما لتقاعس القضاء، أو قلة وعي المدافعين عن الحقوق بأهمية وفاعلية هذه النظرية. نحن بحاجة إلى أن نكون أكثر جرأة في اعمال هذه النظرية، حتى لو أدت إلى

81. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 65.

82. علي شطناوي. مرجع سابق. ص 217.

83. حازم الجمالي. وهاني غانم. مرجع سابق. ص 18.

84. ماجد راغب الحلو. مرجع سابق. ص 85.

مضايقة الجهات السياسية؛ فتحقيق المصلحة العامة هي مبتغى النظرية، وهي في ذات الوقت واجب السلطات العامة. وعليه فقد وصل الباحث إلى النتائج التالية والتي يلحقها ببعض التوصيات.

النتائج

تهدف نظرية الموظف الفعلي إلى الحفاظ على المصلحة المعتبرة للغير حسن النية مع تعامله مع السلطات الإدارية، وليس الحفاظ على مصالح تلك السلطات او الموظفين أنفسهم. كعادة غالبية القوانين، لم تتطرق التشريعات الفلسطينية إلى هذه النظرية. يوجد اختلاف بين الموظف الفعلي والحكومة الفعلية، حيث يعتبر موظفي الأخيرة موظفين قانونيين كاملي الاهلية والصلاحية. لا يوجد تطبيقات حقيقية لنظرية الموظف الفعلي في القضاء الفلسطيني، سواء في غزة أو الضفة. لا تنطبق النظرية على معظم الحالات العملية الطارئة على الحالة الفلسطينية والتي ناتجة عن الانقسام السياسي البغيض.

التوصيات

1. وجوب اهتمام القضاء الإداري في اعمال هذه النظرية كلما كانت مصلحة الغير حسن النية تستوجب ذلك.
2. عدم الاستشهاد بهذه النظرية بشأن موظفي غزة بعد الانقسام، فهي لا تنطبق عليهم من جهة، ومن جهة أخرى لا تسعفهم في نيل حقوقهم باعتبارهم موظفين رسميين.
3. توجيه طلاب الدراسات العليا للبحث في هذه النظرية برسائلهم.
4. تكثيف البحث والتوعية بشأن النظريات الإدارية المناسبة للوضع الفلسطيني الاستثنائي.

المراجع

أولاً: الكتب

- أنور حمدان الشاعر. الوجيز في القانون الإداري. غزة: مكتبة بيسان للطباعة والتوزيع. 2017.
- حازم حمدي الجمالي. وهابي عبد الرحمن غاتم. الموظف العام في ضوء قانون الخدمة الفلسطيني. غزة: مكتبة بيسان. الطبعة الأولى. 2017.
- سليمان محمد الطماوي. مبادئ القانون الإداري. القاهرة: دار الفكر العربي. 1979
- طعيمة الجرف. نظرية الدولة. القاهرة: دار النهضة العربية. 1978.
- علي خطار شطناوي. مبادئ القانون الإداري الأردني. الكتاب الثاني. عمان: مطبعة الجامعة الأردنية. 1996.
- علي خطار شطناوي. موسوعة القضاء الإداري. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى. 2008.
- فتحي الوحيددي. القضاء الدستوري في فلسطين. غزة: مطابع المقداد. 2004.
- فرحان نزال حميد المساعيد. الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري. مجلة الحقوق عمان، المجلد الثامن، 173 – 208.
- ماجد راغب الحلو. (1980م). نظرية الظاهر في القانون الإداري. مجلة الحقوق والشريعة الكويت، 4(1)، 45 – 89.
- محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري. الرحيق المختوم. طنطا: دار البشير للثقافة والعلوم الإسلامية. 1994.
- محمد سليمان نايف شبير. القضاء الإداري في فلسطين. القاهرة: دار النهضة العربية. 2015.
- محمد عودة الجبور. الجرائم الواقعة على امن الدولة وجرائم الارهاب. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2009.

محمد ماهر أبو العينين. المبادئ القضائية الحديثة للمحكمة الإدارية العليا في مصر. القاهرة: دار أبو المجد للطباعة بالهرم. الطبعة الأولى. 2013.
ياسر بن ناصر السميري. الموظف العام في جريمة الرشوة. جامعة نايف، رسالة ماجستير، الرياض. 1433 هـ.

ثانيا: أحكام المحاكم والمواقع الالكترونية

موسوعة المفتني. <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=61731>

تعليق الأستاذ الدكتور نعمان احمد الخطيب، أستاذ القانون العام في الجامعات الأردنية على الحكم المذكور.

<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/cjcomments/61731.pdf>

<http://taseel.com/articles/4837>

<http://www.binbaz.org.sa/fatawa/1174>

حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (36) لسنة 13 قضائية، جلسة 1970/12/13.

احمد الخالدي. الجزيرة، برنامج بلا حدود، شرعية رئيس السلطة الفلسطينية بعد انتهاء ولايته. بث الحلقة 2008/10/6.

<http://www.aljazeera.net/programs/withoutbounds/2008/10/6>