

الموظف العالي - دراسة مقارنة

مصطفى عزت محمود

قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، الزقازيق، جمهورية مصر العربية.

البريد الإلكتروني mz.0921382@gmail.com

ملخص البحث

البحث عبارة عن فصل واحد مكون من عدة مباحث ويسبقهم مقدمه موضح بها سبب والهدف من اختيار الموضوع يعتمد هذا البحث على المنهج التأصيلي المقارن. والهدف هو تسليط الضوء على مصير الموظفين غير المعينين في الدوله وحكم تصرفاتهم ووضعهم القانوني وهل هذا في مصلحه الدوله؟ وذلك بعد ظهور موظفين في الدوله وضعهم من وجهه نظري في منتهي الخطوره على الدوله لو بقي على هذا الوضع

وتكلمنا في المبحث الاول /عن ماهية الموظف العام وظاهره الموظف الفعلي والموظف الظاهر ومعايير التمييز بينهم في المبحث الثاني / وشروط تطبيق النظرية وموقفهم القانوني

والمبحث الثالث /تكلمنا عن فلسقات الوظيفة في مصر والمبحث الرابع /التكيف القانوني للوظيفة العامه في مصر ثم بعد ذلك النتائج والتوصيات ونذكر منها نتيجته وتوصيه

ان الموظف الذي نقصده في موضوع البحث هو اي موظف يعمل في مرفق عام وبصفه مستمره ويعمل في الظروف العاديه وليست الاستثنائيه ولم تقم الاداره بتعيينه فهو بذلك ليس موظف عام وايضا ليس موظف فعلي فهو من وجه نظري موظف ظاهر، ولكن ليس معه سند قانوني وهو التعيين من السلطه المختصه كما قرر بذلك قانون الخدمه المدنيه الجديد، ولكن هو ايضا موظف شرعي، ولكن ليس موظف عام ايضا مثال ذلك موظف عقد المقاوله الذي بموجبه تتعاقد الاداره مع مقاول لتوريد عدد معين من الموظفين للعمل بالمرفق.

إذا كانت مصلحة الموظف الشخصية تقتضي توفير الضمانات القانونية لحياته

الوظيفية من ناحية، فإن مصلحة الدولة توجب تحقيق هذا الامن القانوني لعمالها من ناحية ثانية: وسبب ذلك، أن العامل الذي يحوط بعدم الاستقرار وعدم الأمان بحياته الوظيفية لا يحسن انتاجا ولا يقدم جهدا بناء، أى لا ينهض برسالة المرافق العامة بكفاءة واخلاص وفاعلية

الكلمات المفتاحية: الموظف العام، الموظف الفعلي، الموظف الظاهر، المرفق

العام، المصلحة العامة.

Comparative Study of Current Employees

=====

Mustafa Ezzat Mahmoud

Department of Public Law, Faculty of Law, Zagazig University,
Zagazig ,Arab Republic of Egypt.

Email: mz.٩٢١٣٨٢@gmail.com

Abstract:

This research consists of a single chapter comprising several sections, preceded by an introduction outlining the reason and objective for selecting the topic. The research methodology is based on the comparative doctrinal approach.

The objective is to shed light on the fate of non-appointed employees in the state, their actions' legality, and their legal status, and whether this serves the state's interest. This comes after the emergence of employees in the state whose situation, from my perspective, poses a serious threat to the state if they remain in this condition.

In the first section, we discuss the nature of the public employee and the distinction between the actual employee and the apparent employee, along with the criteria for distinguishing between them. In the second section, we explore the conditions for applying the theory and their legal status.

The third section delves into the philosophies of employment in Egypt, while the fourth section examines the legal adaptation of public employment in Egypt.

Following that, we present the results and recommendations, including one result and one recommendation: that the employee referred to in the research topic is one who works in a public facility

continuously and under normal circumstances, not exceptional ones, and has not been appointed by the administration. Therefore, from my perspective, he is neither a public employee nor an actual employee; he is an apparent employee. Although he lacks legal documentation, such as appointment by the competent authority as stipulated by the new Civil Service Law, he is also a legitimate employee, as seen in the example of a contractual employee through whom the administration contracts with a contractor to supply a specific number of employees to work in the facility.

If the personal interest of the employee necessitates providing legal guarantees for their job security, then the state's interest requires achieving this legal security for its workers as well. The reason is that an employee who is surrounded by instability and insecurity in their job does not produce effectively or contribute constructively, thus failing to uphold the public facility's mission with efficiency, dedication, and effectiveness.

Keywords: Public Employee, Actual Employee, Apparent Employee, Public Facility, Public Interest.

خطة البحث

البحث عبارة عن فصل واحد وهو الموظف العام الحالي

مكونة من عدة مباحث

المبحث الأول: ما هو الموظف العام

المطلب الأول: تمهيد

المطلب الثاني: تحديد معني الموظف العام

المبحث الثاني: معايير التمييز بين الموظف العام والموظف الفعلي

المطلب الأول: تعريف كل منهما

المطلب الثاني: حالات وشروط تطبيق نظرية الموظف الفعلي والظاهر

المطلب الثالث: الموقف القانوني للموظف الفعلي والظاهر

المبحث الثالث: فلسفات الوظائف العامة في مصر

المبحث الرابع: التكيف القانوني للوظيفة العامة في مصر

النتائج والتوصيات

المراجع

الفهرس

المقدمة وسبب اختيار الموضوع

ظهر حالياً أنواع جديدة من الموظفين في كافة الهيئات الحكومية فيجب أن نسلط عليهم الضوء ونقارن بينهم وبين الموظف العام بالمعني الواسع والمعني الضيق ايضاً الذي حدده القانون فهم في الظاهر موظفون يقومون بكل الاعمال والاعباء التي يقوم بها الموظف العام ولكن في الباطن هم ليسو كذلك فما هو موقفهم القانوني ؟ وهل هذا في مصلحه الدوله ؟ .

فمنهم على سبيل المثال وليس الحصر(موظف الخدمة العامة - موظف عقد المقاوله)

ومن المتعارف عليه من القواعد العامة تقضي بأنه لا يحق للأفراد العاديين ممارسة مهام الوظيفة العامة من غير 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 في الظروف الاستثنائية وايضاً نظريه الموظف الظاهر .

فعلي سبيل المثال 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 توله إياها بحيث تعتبر تصرفاته مشروعاً استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام ، ما دامت هذه التصرفات كانت تستهدف تحقيق ذلك المبدأ اي تيسير المرفق العام دون عوار.

وايضاً نظرية الموظف الظاهر وهو الشخص الذي يباشر مهام الوظيفة العامة في الظروف العادية وليست الاستثنائية ، دون سند شرعي أو دون سند اطلاقاً، ويررها حماية الغير حسن النية المتعامل معه لتحقيق المنفعة العامه والنفع العام ولعدم تعطيل المصالح .

وسوف تناول في هذا البحث ماهيه الموظف العام و الموظف الفعلي

والتمييز بينه والموظف الظاهر، لم رأيناه من خلط بين الإثنين ، والنظريتان من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي، . كما يتناول البحث مدى صحة التصرفات القانونية الصادرة من الموظف الفعلي والموظف الظاهر والتي اي نظريه يتتمي الموظف الذي اقصده في البحث ؟ وهذا ما يتم الاجابه عنه في بحثنا إن شاء الله



المبحث الأول

ماهية الموظف العام

المطلب الأول تمهيد^(١)

مراحل تطور النظام القانوني للوظيفة العامة في عصر:

(١) قبل ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ :

لا ريب في أن ظاهرة إداره الدولة في مصر عريقة الجذور، تمتد إلى الى فجر التاريخ البشرى كله، وهو ما قطع في نظر الفقه الاوروبي والمصرى كذلك - في أنه كان يوجد نوع من تنظيم أو الهيكل الادارى للوظائف العامة في مصر الفرعونية.

ويقرر هذه الحقيقة، ويقطع بها كذلك، الفقيه الفرنسي "أندريه هوريو"، في مؤلفه الفذ الشهير - (القانون الدستوري والمنظمات السياسية)، حيث كان يقول: "لقد كانت في مصر- منذ فجر التاريخ وقبل ظهور المسيحية بألفي عام - إدارة على جانب كبير من الاهمية ومن التنظيم. هذه الادارة المصرية العظيمة الشأن يمكننا الحكم عليها من الأعداد الهائلة التوايت وتمثيل موظفى الملك (فرعون)، وأن ادارة فرعون مصر هذه لم تكن تنظم الحياة السياسية (أى شكل الحكم والحكومات وطرق ممارستها) فحسب، بل عصب الحياة الاقتصادية في هذا البلد العظيم.

وفى هذا الصدد - ولتأكيد هذه الحقيقة السابقة والتطلع بها- كتب خبيران في الادارة الفرنسية - "بانديت، ومهل"، كتب ما يلي حرفيا بأنه: "عندما يرمز إلى التنظيم الادارى، والهيكل الادارية المتشابكة، والمعقدة كذلك، فانه يجب أن نذكر - بالدرجة الأولى - مصر الفرعونية التي تعد أول من

(١). ماخوذ من الكتاب الثاني النشاط الإداري، لأستاذنا الدكتور عبد المنعم محفوظ كليه

الحقوق جامعه الزقازيق

عرف ذلك التنظيم".

"أن مصر الفرعونية - منذ عهود تاريخية قديمة مضت - كان لها هيكل ادارى (يقصد بذلك تنظيم الوظائف العامة الفرعونية) غاية التعقيد، وذلك راجع الى ضرورة التنظيم التي فرضها نظام الري من مياه النيل العظيم من منبعه الى مصبه".

بيد أنه في مجال الوظيفة العامة، فقد عرفت مصر النظام القانوني للوظائف العامة في حقبة حديثة نسبياً، اذ ظهر في أواخر القرن الفائت (فى صورة دكريتو أو أوامر ومراسيم) كان أولها - على ما نعتقد- المرسوم الصادر في ١٠ مارس سنة ١٨٨٣، والذي قسم الموظفين الى فئتين: (فئة تشغل الوظائف العليا، وفئة أخرى تشغل الوظائف الدنيا). ثم جاء بعده الدكريتو الصادر بتاريخ ٢١ يونية سنة ١٩٠١ الخاص بلائحة المستخدمين الملكيين في مصالح الحكومة، وقرار مجلس الوزراء الصادر في مايو سنة ١٩٣٩. وتعاقبت التشريعات في هذا الصدد في صورة قرارات كانت تصدر من مجلس الوزراء، وكان كل تشريع منها يعالج زاوية أو جانباً من جوانب.

الوظيفة العامة في مصر، إلى أن صدر أول تشريع متكامل وشامل - بناء على توصية من الخبير الانجليزي (أ. سنكر) الذي استقدمته الحكومة المصرية في بداية عام ١٩٥١ - يعالج شؤون الوظيفة العامة فى مصر. ولقد تجسد هذا التشريع في القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ (الذي صدر في ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة). وفي العام التالي مباشرة، صدر المرسوم بقانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٥٣، بإنشاء الجهاز الذي يتولى الإشراف - وكان هذا الإنشاء أيضاً بناء على توصية ذات الخبير الانجليزي، أي أن هذا الخبير الانجليزي وضع (روشته) علاج الوظيفة العامة المصرية (التي كانت مريضة آنذاك) متضمنة نوعين من الدواء: "قانون للوظيفة العامة وجهاز يقوم على تطبيقه" - على شؤون الوظيفة العامة وهو: "ديوان الموظفين".

وكما سبق أن نوهنا، كان صدور القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١، والمرسوم

بقانون بإنشاء "ديوان الموظفين" في مصر، نتيجة مباشرة واستجابة فورية من حكومة ذلك العهد وقتها - لمقترحات الخبير الإنجليزي "سنكر Sinkers" الذي قدم إلى مصر لعلاج الوظيفة العامة.

(ب) بعد ثورة يوليو سنة ١٩٥٢:

عندما هبت ثورة يوليو ١٩٥٣، هبوب الريح اللينة تدفع الشراع ولا تغرق المركب، وشبت شوبوب النار الهادئة التي تنقل الجرثوم ولا تحرق المريض. فكانت ثورة بيضاء بطلائع أبنائها بالقوات المسلحة موعد ما يقرب من عشرة سنوات، وعندما تبلورت معالم الاشتراكية العربية في أهداب تشريعات يوليو سنة ١٩٦١ وما تلاها، وأنبسط القطاع العام ليهمن على معظم النشاط الاقتصادي هي الدولة، تأكد- في ضوء هذا التغيير وتلك التحولات- أن كثيراً من الأسس التي قام عليها القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ لم تعد ملائمة أو صالحة لتنظيم العلاقات الجديدة بين الدولة وبين المشتغلين بالوظائف العامة في مصر.

ومن نقطة البدء هذه، وفي ضوء السنة الجديدة، صدر قانونان الأول - برقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤، ليحل محل القانون القديم رقم ٢١٠ لسنة ٥١. والثاني - برقم ١١٨ لسنة ٦٤ (ذات السنة) - ليحل محل القانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٥٣، ولينشئ - كما تضمنت مواد إصداره - "الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة. ثم تلاحت التشريعات، فالغى القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ بنظام العامل المدنيين بالدولة - بعد سبع سنوات - وليحل محله القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١، وان كان هذا الأخير لا يخرج عن أن يكون طبعة منقحة من القانون الملغى، وبعد سبع سنوات أيضاً، ألغى هذا القانون الأخير بدوره وحل محله القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨" والذي تم استبداله بالقانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ حالياً وهو قانون الخدمه المدنيه .

٢- تحقيق كفاية أداء العمل الحكومي وزيادة فاعليته:

ليس هناك شك في أن هدف الدولة الأول - في جميع المجالات - هو زيادة الإنتاج. ولن يتحقق هذا الهدف الا إذا تحققت كفاية أداء العمل الحكومي

وزادت فاعليته. ولقد اهتم المشرع المصرى - في القوانين الثلاثة الأخيرة والمتلاحقة - بخلق الظروف التي من شأنها أن تزيد من فعالية عمال الإدارة في كافة المجالات: سواء من ناحية إبراز وتحديد العمل الحكومي، أو من حيث أداء هذا العمل، أو من ناحية الحوافز التي تشجع العامل على بذل أقصى جهد.

أما من ناحية إبراز العمل الحكومي:

فقد نص قانون الخدمه المدنيه الجديد و نصت المادة ٧٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ - والتي تقابل حرفيا المادة ٥٢ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ وذات الرقم من القانون رقم ٥٨ السنة ١٩٧١ - صراحة على أن: "الوظائف العامة تكليف للقائمين بها. هدفها خدمة المواطنين تحقيقا للمصلحة العامة طبقاً للقوانين واللوائح والنظم المعمول بها". وذكر هذا الحكم في نصوص القوانين الثلاثة المتعاقبة دليل قاطع على أن المشرع يريد أن ينه عمال الادارة إلى حقيقة وضعهم من أنهم خدام الشعب لا سادته، كما أنه يريد ان يزيل العقدة القائمة الشعب وبين حكامه، تلك العقدة التي خلفها الاستعمار الطويل على ضفاف وادي النيل العظيم.

وأما من ناحية كيفية أداء العمل الحكومي:

فقد اهتم المشرع المصرى بالتدريب والتفتيش والمتابعة. وإذا كان القانون رقم ٥ لسنة ١٩٧١ يتضمن أحكاما تفصيلية في خصوص التدريب - كما كان الشأن في ظل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ - فان الفقرة الخامسة من المادة ١٥ منه قد أوردت حكما أصيلا في هذا المجال، اذ تنص على انه: "يشترط في جميع الاحوال الترقية العامل إلى يجتاز بنجاح التدريب الذي تتيحه له الوحدة التي يعمل بها). وقد ورد ذات الحكم بحرفيته في الفقرة الرابعة من المادة ٣٧ من القانون الأخير رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨. وبهذا النص أصبح التدريب - لأول مرة - شرطاً أساسياً للترقية، مما يدفع العاملين إلى الاهتمام به، والاقبال عليه، وأدائه بجدية. ولكن فائدة هذا الحكم المستحدث - وما يهدف اليه المشرع من كفاية أداء العمل الحكومي بيسر وسهولة - لن تتحقق الا إذا أتيح التدريب لجميع

العاملين على قدم المساواة، وفي كافة المستويات، والا فان الحكم سوف يتعطل عملاً، إذا لم تيسر فرص التدريب لفئة من الموظفين لسبب أو لآخر. بل أكثر من هذا، فإن القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ قد ذهب في الشرط الى نهايته اذ ضمن النص - في الفقرة الأولى من المادة ٦١ منه - على إلزام كل وحدة ادارية بأن تضع نظاما لتدريب العاملين بها وتنمية قدراتهم. ومن ناحية ثانية، اعتبر المشرع - في الفقرة الثالثة ذات المادة - .

وأما فيما يتعلق بالحوافز التي تشجع العاملين على بذل أقصى جهد: فنكتفي بالإشارة الى النصوص المتعلقة بالعلوّة التشجيعية: وقد تضمنت الاحكام الخاصة بها. المادة ٣٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤، والمادة ٢٠ من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١، ثم المادة ٥٢ من القانون الأخير رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨، وذلك على النحو التالي:

"يجوز للسلطة المختصة منح العامل علوّة تشجيعية تعادل العلاوات الدورية المقررة حتى ولو كان قد تجاوز نهاية الأجر المقرر للوظيفة وذلك طبقاً للأوضاع التي تقرها وبمراعاة ما يأتي:

١. أن تكون كناية العامل قد حددت بمرتبة ممتاز عن العاملين الأخيرين وأن يكون قد بذل جهداً خاصاً أو حقق اقتصاداً في النفقات أو رقماً لمستوى الأداء.

٢. ألا يمنح العامل هذه العلاوة أكثر من مرة كل سنتين (كانت كل أربع سنوات في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤).

٣. ألا يزيد عدد العاملين الذين يمنحون هذه العلاوة في سلة واحدة على ١٠٪ من عدد عمال كل فئة وظيفية (العامين في وظائف كل درجة من كل مجموعة نوعية على حدة)، وكانت هذه النسبة في القانون ٤٦ لسنة ١٩٦٤، ٥٪ فقط.

ولا يمنع منح هذه العلاوة الدورية في موعدها كما يجوز للسلطة المختصة

منح علاوة تشجيعية للعاملين الذين يحصلون أثناء خدمتهم على درجات علمية أعلى من مستوى الدرجة الجامعية الأولى وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض لجنة شؤون الخدمة المدنية".

تقتضي دراسة الإطار الفلسفي للتوظيف العامة، الحديث عن كل تصرف قانوني تجريه الحكومة - خيراً كان أو إساءة في مواجهة الموظف من لحظة تعيينه وحتى نهاية خدمته. بعبارة أخرى، أكثر تحديداً، التصرفات القانونية المتعاقبة التي يمر بها الموظف منذ لحظة دخوله الخدمة العامة وحتى خروجه منها، وهذه التصرفات القانونية تبدأ وتنتمي - طبقاً للمجري العادي للأمر- بقرارين، وان اختلفا المضمون: (الأول، قرار استلام العمل، والثاني قرار الإحالة إلى المعاش). وتوجد بين هذين القرارين حياة الموظف كلها وما قد يتعرض له من تصرفات قانونية، ويمكن إبراز ذلك كله في ايجاز على الوجه التالي:

١. تولية الوظائف العامة وشروط ذلك (المواد من ٨ إلى ٢٧ من القانون الأخير رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨).

٢. وقياس كفاية أدائه (المواد من ٢٨ إلى ٣٥ من ذات القانون).

٣. وحقوقه في الترقية (٢٣) والاجر والعلاوة والبدلات والمزايا العينية الأخرى والتعويضات وما قد يستحقه من حوافز ورعاية صحية واجتماعية (المواد من ٣٦ إلى ٥٢ من ذات القانون).

٤. وما قد يتعرض له، وهو داخل للخدمة، من تصرفات قانونية: كالنقل والندب والاعارة والذهاب في بعثه. وما قد يحصل عليه من اجازات (عادية أو طرفية أو عرضية). وقد يحصل على اجازات دراسية للتدريب (المواد من ٥٤ إلى ٧٥ من ذات القانون).

٥. ويضاف الى ما تقدم، الواجبات التي يتعين عليه أدائها، والاعمال المحظورة عليه، وما قد يثيره ذلك من تحقيق معه قد ينتهي بتوقيع جزاءات تأديبية في

مواجهة (المواد من ٧٦ الى ٩٣ من ذات القانون).

٦. وأخيراً، التصرف القانون الخاص بإنهاء خدمته (المواد من ٩٤ الى ١٠١ من ذات القانون).

٧. وايضا نص عليها القانون الجديد رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ ولكن بشكل اخر ومفهوم اوسع



المطلب الثاني معني "الموظف العام"

○ يطلق على رجال الادارة اصطلاح متفق عليه في جميع دول العالم الحديث، وبصفة خاصة في الدول التي تعتبر فيها الوظيفة العامة خدمة ذات سلك دائم، ويعتبر الموظفون فيها طبقة متميزة تخضع لنظام قانوني خاص بها، وهذا الاصطلاح هو "الموظفون العموميون". (les fonctionnaires publics)^(١)

وقد استخدم المشرع المصري هذا الاصطلاح للدلالة على رجال الادارة حتى سنة ١٩٦٤، حيث استعمال - في القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٤ - بدلا منه اصطلاح جديد هو "العاملون المدنيون بالدولة"، وسمى القانون المذكور بذات التسمية "قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة"، وتكرر استعمال ذات الاصطلاح القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ ثم القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ بإصدار نظام العاملين المدنيين بالدولة .

بيد أنه يلاحظ أن تغيير الاصطلاح - على هذا النحو - وأن كان قد قصد به أن يبدو أكثر إفصاحا عن الفلسفة الاشتراكية في شئون الموظفين: الا أنه لم يقصد منه أحداث أي تغيير أساسي في هذه الشئون أو التنكر للإحكام الموضوعية المعترف بها لتنظيم شئون الموظفين العموميين. ولهذا فقد بقيت الأحكام القانونية المتعلقة بالموظفين في جوهرها قائمة ومعمولا بها برغم استخدام اصطلاح العاملين المدنيين بالدولة في القوانين الثلاثة المذكورة

اما في القانون الجديد قانون الخدمة المدنية الجديد رقم ٨١ وضح معني كل من السلطه المختصه, و الوحده , والوظائف القياديه , ووظائف الاداره

(١) ا. انظر الفقيه الفرنسي اندريه هوريو القانون الدستوري والمنظمات السياسييه مطبعه

كريستيان باريس ١٩٧٠ ص ٣٢ وما بعدها

الإشرافيه و الموظف , و الاجر الوظيفي (١).
وفي ضوء ما تقدم، نري استخدام اصطلاح موحد: "الموظف العام" و
"الموظفون العموميون" للدلالة على رجال الادارة.

تنص الفقرة الخامسة من المادة الأولى من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ على أنه: "... ويعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحدة". كما تنص المادة الرابعة من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ على أنه: "... يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحدة، ويكون التعيين في الوظائف المؤقتة بالنسبة للمتعيين بالجنسية المصرية أو الاجانب ولهذا للقواعد التي تتضمنها اللائحة التنفيذية مع مراعاة الاحكام الخاصة بتوظيف الاجانب، وتقابل هذه المادة، المادة الثانية من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤، والتي جرت تقول: (يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في أحدث الوظائف الدائمة أو المؤقتة بقرار من السلطة المختصة"، وكانت المادة الأولى من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١، تنص على أن: "يعتبر موظفاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف الداخلة في الهيئة بمقتضى مرسوم أو أمر جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو من وزير أو من أية هيئة أخرى تملك سلطة التعيين قانوناً وايضا نص علي ذلك قانون الخدمة المدنية الجديد .

وواضح من هذه النصوص الأربعة أنها لا تتضمن تعريفاً دقيقاً لفكرة "الموظف العام"، بمعناه الفقهي المقصود في مجال القانون الاداري، بل قصد بها تحديد مجال انطباق القانون العام في مجال الموظفين. ولم تشترط القوانين الأربعة المذكورة الا أن يعين المواطن من السلطة المختصة في إحدى الوظائف

(١). انظر القانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ والمنشور في الجريدة الرسمية في اول شهر نوفمبر

التي حددها المشرع.

ولما كان القضاء الإداري بحاجة إلى عامر محددة، كمعيار لتمييز الموظف العام الذي تنطبق عليه أحكام القانون الإداري، لاسيما بالنسبة لمن لا ينطبق عليهم القانون العام للموظفين. ومن هنا، فقد وضع القضاء الإداري - في فرنسا وفي مصر - تعريفاً للموظف العام على النحو التالي:

(أ) يعرف القضاء الإداري الفرنسي الموظف العام، بأنه: "الشخص الذي يعهد إليه بوظيفة دائمة داخلية ضمن كادرات الوظائف الخاصة بمرفق عام. ويوضح العلامة الفرنسية "أندريه دي لوبادير" ذلك، بقوله:

"C'est la jurisprudence administrative que a, depuis long temps, dégagé la définition et le critère du fonctionnaire pub- He en recone: sant cette qualité l'individu «investi d'un em- ploi permanent dans les cadres d'un service publics.

وقد تبنى المشرع الفرنسي هذا التعريف القضائي، وضمه نصوص القانون العام لنظام الموظفين الصادر في سنة ١٩٤٦، وذلك الذي صدر في سنة ١٩٥٩ (المطبق حالياً) والذي جرت مادته الأولى تقول: "يطبق النظام الحالي على الأشخاص الذين يعينون في وظيفة دائمة وحصلوا على وظائف في درجات السلم الرئاسي للإدارات المركزية في الدولة».

Cette définition à été adoptés et reproduite par la Statut minital de ١٩٤٠, puis par olur de ١٠٥٠. actuellement on vigure Aux termes de l'article premier de ce dernier texte'» le présent statut s'applique aux personnes qui, nommées dans un emplül permanent, ont été titularisées dans un grade de la

(١) hiérovéltic des addilnik trations centrales de l'Etats

(ب) أما القضاء الإداري المصري، فقد استقر في أحكامه القديمة والحديثة على السواء- على أن الموظف العام لا يعتبر كذلك إلا إذا توافرت فيه عناصر ثلاثة أشارت إليها المحكمة الإدارية العليا في واحد من أحكامها الحديثة، صدر في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٧٠، حيث تقول: "وغنى عن البيان أنه ليس كل من تمنحه الدولة مرتبا يعتبر "موظفا عاما" ... فان صفة الموظف العام لا تقوم بالشخص، ولا تجرى عليه أحكام الوظيفة العامة، إلا إذا كان معيناً في عمل، في خدمة مرفق عام تدير الدولة أو السلطات الإدارية بطريق مباشر" (٢).

وتحرص المحكمة الإدارية - ومن قبلها محكمة القضاء الإداري (٣) على ترديد هذا المعيار في كل حالة تتصدى فيها لتحديد وصف الموظف العام والعناصر الثلاثة التي أشارت إليها المحكمة الإدارية العليا في حكمها المشار إليه، يمكن إبرازها على الوجه التالي:

أولاً- الخدمة الدائمة:

ومعناها ، أن ينقطع الموظف لخدمة الدولة، فلا تكون استخدمها لهذا الموظف عارضة، ومن ثم يكون الموظف الدائم هو الذي ينقطع لخدمة الدولة بتعيينه في وظيفة دائمة، ولا ريب أن المناط بالدائمة، هو بوصف الوظيفة الوارد في الميزانية. ولقد كان هذا المفهوم مستقرا في ظل القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١.

بيد أن المشرع خرج على هذا المفهوم صراحة في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ إذ اعتبر المواطن عاملا وفقا لأحكامه "إذا عين في إحدى الوظائف

(١) . انظر الفقيه اندريه لوبادير في مطوله باريس ١٩٧٩ ص ٢٠ وما بعدها

(٢) . مجموعه المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا السنه السادسه عشر

(٣) . . انظر كتاب الدكتور سليمان الطماوي نشاط الاداره ط ٢ ١٩٥٨ دار الفكر العربي

الدائمة أو المؤقتة". وهذا ما واجهه المشرع صراحة في بعض مواد هذا القانون كالمواد: (١٣ و ١٤ و ٤٦ و ٧٣ و ٧) أى أن كلا من يعين - طبقا لمواد هذا القانون في وظيفة مؤقتة لابد أن تنعكس عليه صلة الوظيفة العامة.

وجدير أن ننبه أن هذا المعنى لم يرد صراحة في المادة الرابعة من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١، أو المادة الأولى من القانون الأخر رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨. ولكنه مسلم به. لان الوظائف المبينة بموازنة كل وحدة، قد تكون دائمة أو مؤقتة بحسب وصفها الوارد في الموازنة

وايضا تم النص عليه في القانون الجديد للخدمه المدنيه ولكن بفهوم

اوسع

(١).

ثانيا: أن يعمل الموظف فى خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد اشخاص القانون العام:

وهذا العنصر يقوم على محورين:

(أ) فكرة المرفق العام:

وقد سبق لنا أن حصرنا جوهر هذه الفكرة، وتطورها فهي لم تعد مقصورة على المرافق الادارية التقليدية، بل وجد بجوارها أنواع أخرى أهمها المرافق التجارية والصناعية. وقد فرق مجلس الدولة الفرنسي بين عمال هذه المرافق فأضفى صفة الموظفين العموميين على من يشغلون وظائف التوجيه والقيادة ووظائف المحاسبين. أما باقى العمال في هذه المرافق فقد تبرهم مجرد اجراء وأخضعهم لأحكام القانون الخاص الذي يحكم صاحب المنشأة الخاصة (رب

(١). انظر القانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ والمنشور في الجريدة الرسمية في اول شهر نوفمبر

العمل) بعماله.

وفيما يتعلق بهذه الخصوصية، فليس هناك نص تشريعي في مصر، في هذا الموضوع. وقد أدلى القضاء الإداري المصري - من جانبه - بدلوه في هذا الموضوع، حيث حسمته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٥٣ على أساس رفضها تلك التفرقة بين من يشغلون وظائف التوجيه والقيادة وبين باقي العمال في المرافق التجارية والصناعية، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء في حكمها الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٦٢، حيث تقول "وفي مصر يعتبرون موظفين عموميين عمال المرافق العامة، سواء كانت إدارية أم اقتصادية، ما دامت هذه المرافق تدار بأسلوب الاستغلال المباشر" (١).

وليس من شك في أنه إذا كان مجلس الدولة الفرنسي - ومعه المشرع الفرنسي كذلك - يجرى مع المنطق حتى نهاية الشوط، إلا أننا نصل إلى ترجيح إلى ترجيح قضاء مجلس الدولة أعضاء مجلس الدولة المصري، لأنه أبعد عن التعقيد من ناحية، كما أنه لا ينافي إخضاع المرافق الاقتصادية لمزيج من قواعد القانون العام والخاص من ناحية ثانية. وحجة ذلك أن الإدارة لها مطلق الحرية في أن تلجأ إلى اختيار بعض عمال هذه المرافق عن الطريق التعاقدية: فيصبحون اجزاء منها (٢).

(ب) **وتنوع المرافق العامة** من حيث الطبيعة يقابله ويتلازم معه تنوعها من حيث فوق الإدارة ذلك أنه لطريقة الإدارة وأساليبها المختلفة التي سبق أن

(١). الدكتور سليمان الطماوي الوجيز في القانون الإداري ط ١ دار الفكر العربي ص

٤٣٢ وما بعدها

(٢). انظر الدكتور عبد الحميد كمال حشيش دراسات الوظيفة العامة في النظام الفرنسي

مكتبه القاهرة ط ١٩٧٤ ص ٢٣٠ وما بعدها

تعرضنا لها أثرها في تحديد المركز القانوني لعمال المرافق العامة. ومؤدى ذلك أنه، لكي يكتسب هؤلاء العمال صفة الموظفين العموميين، أن يدار المرفق العام بأسلوب الادارة المباشرة بما يتضمنه هذا الأسلوب من ضوابط وأحكام. وهذا الشرط الثاني (أو العنصر الثاني) لم يتغير وضعه في كل القوانين الأربعة التي عالجت الوظيفة العامة في مصر منذ ما يزيد على ربع قرن. وعليه: يعتبر عاملا، ويخضع لأحكامها، من يعين في مرفق علم يدار بالطريق المباشر دون ما تفرقة بين من يتعاون وظائف التوجيه والوظائف القيادية وبين باقي العاملين في الدرجات الدنيا كما ذهب القضاء الادارى والمشرع في فرنسا، من ناحية ودون تفرقة بين أنواع المرافق العامة (١).

ثالثاً: ان تكون مساهمة الموظف في إدارة المرافق العام تسيره من طريق التعيين من السلطة المختصة:

وهذا العنصر الثالث - ولما يثيره من مشاكل فنية ونظريات فقهية - تؤكد القوانين الثلاثة المتعاقبة، اذ تقرر المادة الثانية من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤: أنه "يعتبر عاملا في تطبيق الاحكام هذا القانون كل من يعين ... بقرار من السلطة المختصة". وهى تقابل المادة الرابعة من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ التي جرت تقول: "يعتبر عاملا في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في احدى الوظائف ...".

كما أكدت ذات النهج المادة السادسة عشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨، والتي جرت تقول: "يكون التعيين في الوظائف العليا بقرار من رئيس الجمهورية".

ويكون التعيين فى الوظائف الاخرى (أى باقى الوظائف ليا كان مستواها في

(١). كتاب القضاء الادارى للدكتور عبد الغنى بسيوني عبد الله ١٩٩٢ ص ٧٧

السلم الإداري) بقرار من السلطة المختصة. اما في القانون الجديد قانون الخدمة المدنية نصت م ١٢ من القانون الجديد رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ علي ان يكون التعيين بقرار من رئيس الجمهورية او من يفوضه علي اساس الكفاءة دون وساطة او محاباه

وقد يحدث أن ترشيح الادارة بعض الموظفين لوظائف معينه ثم تعهد إليهم بالعمل وممارسة واجبات الوظيفة فعلاً قبل صدور قرار التعيين. وهؤلاء لا يمكن - على حد تعبير المحكمة الإدارية العليا- اعتبارهم قانوناً موظفين معينين في خدمة الحكومة، ولو كانوا قد تسلموا العملة فعلاً في الفترة التي انقضت بين الترشيح ورفض التعيين، حتى لو كانوا قد تقاضوا بالفعل مقابلاً عن عملهم خلالها ما دام لم ينشأ في حقهم المركز القانوني للموظف. وهو لا ينشأ الا بأداة التعيين ممن يملكها، ولا يكون الاساس القانوني لما عساه يستحقونه من مقابل ما أدره فعلاً من عمل، راجعاً إلى انعقاد رابطة التوظيف قانوناً، وإنما الى اساس قانوني آخر).

ليس هذا فحسب، وانما يخرج من فئة الموظفين العموميين، الأفراد الذين لم تسند إليهم الوظيفة العامة بقرار تعيين يصدر من سلطة مختصة، أو الذين تقلدوا الوظيفة بوسيلة غير مشروعة وهؤلاء يمكن تقسيمهم الى فريقين:

١. **منتحلو الوظيفة العامة:** ويمارس هؤلاء اختصاصات الوظيفة دون أن يكون قد صدر قرار مشروع أو غير مشروع بتعيينهم فيها، أو أن يكون قد صدر قرار بالتعيين لمدة محددة، ولكنهم رغم انتهاء هذه المدة استمروا - وتجاوزوا على هذا الاستمرار - على سند يباشرون به اختصاصات ووظائفهم.

٢. واذا كانت هذه الصورة تحدث في الظروف العادية وفي تطبيقات الفردية (كأن ينتحل شخص صفة رجل من رجال الشرطة أو أي صفة أخرى قد يجنى من ورائها مكسبا مادياً)، فأنها في الظروف الاستثنائية قد تكون جماعية وهو ما يحدث غالباً في ظل الحكومات الثورية.

والشيء المؤكد، أن منتحل الوظيفة لا يعتبر - بحال من الأحوال - موظفاً عاماً ولا تلزم الإدارة بتصرفاته، كما أنه لا يمكنه أن يعود عليها بما يكون قد صرفه من ذمته الخاصة، اللهم الا وفقاً لدعوى الإثراء بلا سبب ثم، من ناحية ثانية، لا تكون تصرفاته مع الافراد ذات صبغة قانونية. فهي في جملتها باطله، بل ومعدومة، فرق هذا كله وبعده، يتعرض منتحلو الوظيفة العامة. لعقوبات جنائية رادعة تقررها في شأنهم قوانين العقوبات^(١).

٢- **الموظفين الفعليون**^(٢): وهؤلاء ينتمون إلى فئتين طبقاً للظروف التي يتواجدون فيها:

(أ) الموظف الفعلي في الظروف العادية: والصورة الغالبة، في هذه الحالة، أن يصدر القرار تعيين موظف، ولكن لا تتبع في شأن هذا القرار الإجراءات القانونية المقررة: أو لا تستوفي هذه الاجراءات، ففي هذه المحالة يقع قرار التعيين باطلاً، وأنا طبقنا القواعد القانونية المجردة على اطلاقها لادي منطقتها- لا مناص - الى عدم الاعتراف لهذا الشخص بأية صلة قانونية في ممارسة أو إدارة أعمال الوظيفة العامة، وهو ما يتعين بسببه الحكم على جميع تصرفاته بالبطلان.

غير أن هذا البطلان المستخلص من حكم القواعد القانونية المجردة، قد يلحق ضرراً جسيماً - تختلف جسامته باختلاف طبيعه تصرفات الموظف الفعلي - بجمهور الأفراد المتعاملين مع المرفق العام والذين يكونون قد اعتمدوا بحسن نية على جميع الظاهر الخارجية التي قد تؤكد للبسطاء من جمهور المتعاملين مع

(١) . انظر كتاب الدكتور سليمان الطماوي نشاط الاداره ط ٢ ١٩٥٨ دار الفكر العربي

(٢) . انظر الدكتور عبد الحميد كمال حشيش دراسات الوظيفة العامة في النظام الفرنسي

مكتبه القايره ط ١٩٧٤ ص ٢٣٠ وما بعدها

المرفق أن الشخصي موظف عام ودليل ذلك من واقع الحياة العملية أن المتعاملين المرفق العام Les wingers d'un movioe publics غير مفروض عليها في كل مرة يلجؤون فيها إلى الموظف العمومي أن يطالبوه بإثبات مشروعية ممارسته لاختصاصات الوظيفة التي يشغلها في الظاهر.

ومن أجل هذه الاعترافات العملية يتغاضى مجلس الدولة الفرنسي عن الاعترافات القانونية المجردة ويصحح في مقابل ذلك - تصرفات الموظفين الفعليين. ومن أمثلة وضع الموظف الفعلي في الظروف العادية: أن يصدر قرار بالتعيين في وظيفة معينه يياشر على أثره وبمقتضاه الموقف المعين اختصاصات هذه الوظيفة. ثم يلغي هذا القرار لسبب أو لآخر بعد مدة تطول أو تقصير، ومعنى الإلغاء في هذه الواقعة أن يرتد قانونا الى تاريخ التعيين. غير أنه لاحترام الاعترافات العملية الخاصة بضرورة استمرار المرفق العام وبرعايه مصالح الافراد حسني النيه المتعاملين مع هذا المرفق، يصحح القضاء الإدارى تصرفات هؤلاء على أساس فكرة الموظف الفعلى.

ويتضح مما سلف أن هذه النظرية تقوم على أساس فكرة الاعتماد على الظاهر. فما دام الأفراد قد اعتمدوا بحسن نية على المظاهر الخارجية التي تساعد على تأكيد الظن بتوافر صفة الموظف العمومي، لزم احترام مصالحهم المتولدة عن تعاملهم مع هؤلاء الموظفين الفعليين^(١).

(ب) الموظف الفعلى فى الظروف الاستثنائية: قد يقع أمر مدلهم أو ظرف استثنائى يهدد الحياة الادارية أو يوقف جهاز النشاط الإداري، فاذا تولى فرد عادى فى هذه الظروف دون مسند قانوني ممارسة اختصاصات وظيفة معينة

(١). كتاب القضاء الاداري للدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله ١٩٩٢ ص ٣٠٣

حرصاً منه على استمرار سير المرافق العامة، وعملاً على ضمان انتظام الحياة الإدارية. إذا حدث ذلك، كان لنظرية الظروف الاستثنائية أثرها في فرض احترام تصرفات الفرد العادي والنظر إليه باعتباره موظفاً عاماً، وقد وجدت هذه النظرية تطبيقات من مجلس الدولة الفرنسي، حين هاجر مجلس بلدى احدى القرى أمام الغزو الألماني في سنة ١٩٤٠، وتعرضت الحياة الإدارية والمرافق العامة في هذه القرية للاضطراب حين وللتوقف

حيناً آخر، فقام بعض المواطنين - دون تعيين مشروع - بممارسة اختصاصات المجلس الهارب إمام الغزو الألماني. فما كان من مجلس الدولة الفرنسي الا أن صحح جميع تصرفات هؤلاء على أساس أنهم موظفون فعليون يستمدون سنداً شرعياً لتصرفاتهم من الضرورة والمظروف الاستثنائية^(١).

ومن هذا يبين بجلاء أنه قد بنيت سلامه التصرفات الصادرة - في الظروف الاستثنائية - من الموظفين الفعليين على ضرورة المرفق سير المرفق سيراً منتظماً، دون حاجة لأن يكون الموظف قد عين تعييناً شرعياً، بل يجوز ألا يكون قد صدر بتعيينه قرار اطلاقاً^(٢).

وتحتم الظروف غير العادية أن تعهد جهة الإدارة إلى هؤلاء المواطنين بالخدمة العامة إذ لا يتسع أمامها الوقت لإتباع أحكام الوظيفة في شأنهم. ونتيجة لذلك لا يحق لهم طلب تطبيق أحكام الوظيفة العامة، كما لا يحق لهم الإفادة من مزاياها لأنهم لم يخضعوا لأحكامها، ويعينوا وفقاً لأصول التعيين فيها^(٣).

(١). الدكتور سليمان الطماوي الوجيز في القانون الاداري ط ١ دار الفكر العربي ص

٤٤٨ وما بعدها

(٢). انظر الدكتور عبد الحميد كمال حشيش دراسات الوظيفة العامه في النظام الفرنسي

مكتبه القايره ط ١٩٧٤ ص ٢٧٣ وما بعدها

(٣) انظر كتاب القانون الاداري للدكتور عطيه الجرف مكتبه القايره للنشر ١٩٧٠ ص ٢٣٧ وما

المبحث الثاني

معايير التمييز بين الموظف العام والموظف الفعلي والموظف الظاهر

وإذا نظرنا في معظم التشريعات حتى نجد تعريف محدد للموظف العام لانجد صراحه كما قدمنا في المبحث الاول مما أثار بعض اللبس لمصطلح الموظف الفعلي، على اعتبار أن الموظف العام هو ذاته موظفاً فعلياً يمارس أعمال الوظيفة العامة بالفعل، لذلك ممكن ان نسميه اسم اخر وهو 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 فهو يكون موظف قانوني بصفه عامه اي كان طريقه توليه هذه الوظيفة .

و القاعدة العامة تقضي بأنه لا يحق للأفراد العاديين ممارسة مهمات الوظيفة العامة من دون تعيين أو تفويض لأنهم حينذاك يكونون مغتصبين لها وتقع جميع تصرفاتهم باطلة او اي اجراء بصفه عامه يكون باطل .
وطالما كان لكل قاعدة استثناء فإن هناك استثناء يرد على هذا القاعدة يطلق عليه نظرية الموظف الفعلي تبرر الحاجة لإدارة مرفق عام حيوي من قبل الأفراد دون توليهم الوظيفة بالوسيلة المنصوص عليها قانوناً.
وبناء عليه سنتناول في هذا المبحث



المطلب الاول

تعريف الموظف القانوني والموظف الفعلي والموظف الظاهر في كل من مصر
وفرنسا.

تعريف الموظف العام في فرنسا:

كما ذكرنا من قبل لم تضع التشريعات الفرنسية تعريفاً محدداً للموظف العام وإنما اکتفت بتحديد الشروط الواجب توافرها في الموظف كي يعتبر موظف عام ومنها الشروط الآتية^(١):

- الوظيفة الدائمة والمستمره.

- العمل في مرفق عام .

ولكن يوجد بعض الفئات يخرج عن نطاق الخضوع لأحكام الوظيفة العامة وهم موظفو البرلمان ورجال القضاء والجيش والعاملون في مرافق ومنشآت عامة ذات طابع صناعي أو تجاري.

أما الفقه الفرنسي، فيرى الفقيه (M. Waline) أن الموظف العام هو "كل شخص يعمل في خدمة سلطة وطنية اعتيادية في تسيير مرفق عام بطريقة الإدارة المباشرة ويشغل وظيفة دائمة مدرجة في الكادر الإداري"^(٢).

ويرى الفقيه Hauriou "الموظفين العالمين 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.

(١) . انظر الفقيه الفرنسي اندريه هوريو القانون الدستوري والمنظمات السياسييه مطبعه

كريستيان باريس ١٩٧٠ ص٣٨ وما بعدها

(٢) . بحث مقدم من د حسام الدين محمد مرسي الموظف الفعلي والظاهر فقها وقضاء

منشور في مجله الدراسات القانونيه والاقتصادييه

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرفه بأنه الشخص الذي يعهد إليه بوظيفة دائمة داخله من كوادر الوظائف الخاصة بمرفق عام.

في مصر:

تضمن قانون الخدمة المدنية المصري الجديد رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ في باب الأحكام العامة المادة الثانية تعريف الموظف بأنه "كل من يشغل إحدى الوظائف الواردة بموازنة الوحدة"^(١).

كما تضمنت المادة الأولى من قانون الخدمة المدنية رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ "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 شيره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام"^(٢).

كما ذهب غالبية الفقه إلى تعريف الموظف العام بأنه "كل شخص يعهد إليه

(١) . انظر القانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ والمنشور في الجريدة الرسمية في اول شهر نوفمبر

٢٠١٦

(٢) .د سليمان الطماوي مرجع سابق ص ١٦٦ وانظر كتاب القانون الاداري للدكتور عطيه

الجرف مكتبه القايره للنشر ١٩٧٠ ص ٢٣٧ وما بعدها

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 المرفق" (١).

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 تديره 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 بعض الشروط هما:

- العمل الدائم.
- خدمة مرفق عام أو أحد أشخاص القانون العام .
- ان يعمل في المرفق عن طريق التعيين

ويوجد لدينا رأي شخصي وهو ان الموظف من وجه نظر المشرع المصري لا يعتبر موظف عام الا اذا كان يعمل في الوظيفة عن طريق التعيين فقط والا فلا يعتبر موظف عام

الموظف الفعلي

حتى تتم استمرارية المرافق العامة فيجب علينا قبول نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، وجدير بالذكر أن الموظف العام او القانوني كما اطلقنا عليه هو الشخص الذي يتقلد مهام وظيفته بصورة قانونية بتعيينه حسب الأصول المعمول بها طبقاً للقوانين واللوائح بقرار إداري صادر من السلطة المختصة، حيث يحكم التعيين في الوظيفة العامة العديد من المبادئ الأساسية التي يترتب

(١) . د سليمان الطماوي مرجع سابق ص ٦٦٤ وما بعدها

على مخالفتها بطلان قرارات التعيين^(١).

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 فهل هذا موظف فعلي؟.

أما الموظف الفعلي فهو ذلك الذي يتولى وظيفة معينة دون سند شرعي أو دون سند اطلاقاً - ويمارس كافة صلاحيات الوظيفة ويصدر القرارات الإدارية التي تحوله إياها بحيث تعتبر تصرفاته مشروعة في الظروف الاستثنائية استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ما دامت هذه التصرفات كانت تستهدف تحقيق نفع عام لتسيير المرفق^(٢).

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 حسن النية^(٣).

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

(١) انظر كتاب القانون الاداري للدكتور عطيه الجرف مكتبه القايره للنشر ١٩٧٠ ص ٢٣٧ وما

بعدها

(٢) . د سامي جمال الدين مبادئ القانون الاداري نظريه العمل الاداري دار الجامعه

٢٠١٣

(٣) . بحث مقدم من د حسام الدين محمد مرسي الموظف الفعلي والظاهر فقها وقضاء

منشور في مجله الدراسات القانونيه والاقتصاديّه

الموظف الظاهر

في البدايه يظهر اوجه شبه شديده بين الموظف الفعلي والموظف الظاهر، وقد تأتي اوجه هذا التشابه من خلال تعريف الكثير من الفقه حيث استخدم البعض مصطلح الموظف الظاهر كمرادف المصطلح الموظف الفعلي، لكون أن كلاهما يقوم بمهام وظيفته دون سند قانوني مشروع أو سند باطل حتي ، على الرغم من وجود فارق جوهري بينهما يتمثل في ظروف عمل كل منهما، لأنه كما اوضحنا 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 موظفا عاما 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^(١).

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.

وهنا يجب ان نوضح امر ما يفرض نفسه ما الفرق بين صفة الموظف الفعلي وبين صفة الموظف الظاهر وبين الموظف الحالي الذي نقصده في

(١) . بحث مقدم من د حسام الدين محمد مرسي الموظف الفعلي والظاهر فقها وقضاء

منشور في مجله الدراسات القانونية والاقتصادية

موضوع البحث ^(١)؟

. 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 يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، بناء على قرار تعيين صادر من السلطة المختصة قانوناً، وبالألية التي رسمها القانون اما الموظف الذي نقصده في موضوع البحث هو موظف ظاهر ولكن ليس معه سند قانوني وهو تعيين من السلطه المختصه كما قرر بذلك قانون الخدمة المدنيه ولكن هو ايضا موظف قانوني .

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 اما الموظف الذي نقصده يعمل في الظروف العاديه ولكن يوجد معه سند قانوني مثال عقد المقاولة اي يعمل في الجهه الاداريه ولكن يوجد مقال هو من يتعاقد مع الاداره وهي ليست الطريقه التي رسمها القانون فهل هذا موظف عام ولا موظف فعلي ولا موظف ظاهر ؟ .

(١) . مبادئ القانون الاداري الجزء الاول للدكتور توفيق شحاته دار الجامعات المصريه

المطلب الثاني

حالات وشروط تطبيق نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر مقارنتاً بالموظف
موضوع البحث

في بدايه البحث قمنا بتعريف الموظف العام ومدلوله والموظف الفعلي والموظف الظاهر ومن دارسه هذه التعريفات تبين وجود حالات معينه يتم فيها تطبيق هذه النظريات :

شروط تطبيق نظرية الموظف الفعلي:
١/ في حاله وجود موقف استثنائي:

في بعض الاحيان تقابل الاداره ظروفاً استثنائية تجبرها على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية حماية للنظام العام وحسن سير المرافق العام والحفاظ عليه فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الاستثنائية وذلك للصالح العام .

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 اي يكون هذا الظرف شديد الخطوره علي سلامه المرفق العام (١).

ففي هذه الظروف الغير عاديه استثناءً تاخذ الاداره بعض الاجراءات احترازيه لازمه لبقاء المرفق من هذه الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة الأخذ والاعتراف بنظرية الموظف الفعلي بهدف حماية للنظام العام وحسن سير المرافق العامة.

وقد حدثت هذه الحالة في مصر ايام الهجوم الثلاثي على مدينة بورسعيد

(١) د. ماجد راغب الحلو القضاء الاداري دار المطبوعات الجامعيه الاسكندريه

عام ١٩٥٦ 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 مسؤولاً عن مخازن الدقيق والسكر^(١).

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا ذلك في حكمها حيث قررت "نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الظروف الاستثنائية البحتة، تحت الحاج الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف؛ ضماناً لانتظام المرافق العامة، وحرصاً على تأدية خدماتها للمتفعين بها باطراد دون توقف يستحق الموظف في هذه الظروف أجراً 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 تعويضاً مقابل ما قام به من أعمال خلال تلك الفترة، يعادل قيمة بدني الإنابة والصرافة المقررين قانوناً لمن تتوفر فيه شروط استحقاقهما"^(٢).

وهكذا كما تم استنتاجه في حين يتغيب الموظفون عن العمل الوظيفي أو يتم هجر وترك المرافق العامة للدولة بلا عمل لاي سبب من الاسباب ، ولا يوجد من يتولى تسيير المرافق العامة للدولة، ففي هذه الحالة يأتي شخص عادي ليس له علاقة بالوظيفة العامة ويمارس العمل الوظيفي ويقوم بتصرفات الوظيفية حيث يتحتم على جهة الإدارة أن تعهد إلى هذا الشخص العادي القيام

(١) . مبادئ القانون الاداري الجزء الاول لدكتور توفيق شحاته دار الجامعات المصريه

للتشر ١٩٥٥ ص ١٧٥

(٢) . د انور احمد رسلان الوسيط في القانون الاداري دار النهضة العربيه لسنة ٢٠٠٠

ص ٣٠٠ وما بعدها

بالخدمة العامة لمواجهة الظرف الاستثنائي وللحفاظ علي الصالح العام وحمايه المرفق .

٢/ العمل بمرفق عام:

ويمكن تعريف المرفق العام تعريفا عاما واسعا و هو "كل مشروع تديره الدولة بنفسها أو تحت إشرافها لإشباع الحاجات العامة بما تحقق المصلحة العامة وتحقيق نفع عام ". أي أن أعمالها المتعلقة بهذا المرفق تتصف بالإدارية. 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 بمراق عام لا يمكن أن تتوقف كتلك المتعلقة بحالة الأشخاص^(١).

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.

شروط وحالات تطبيق نظرية الموظف الظاهر:

ايضا اظهر لنا القضاء الإداري الفرنسي وهو مبتدع تلك النظرية 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 غير ذلك اي هو لا يعلم بان قرار تعيينه به عوار وذلك اذا كان حسن النية .

(١) . الفقيه دي لوباديير في مطوله الطابعه ٢ الجزء الاول ص ٤٠٠ وما بعدها

وهذه النظرية يمكن ان تطبق في الظروف العادية وليست استثناء كما هو الحال في نظرية الموظف الفعلي، وعليه ومن التعريفات السابقة للموظف الظاهر بين لنا شروط حالات الموظف الظاهر هي:

١/ عدم تعيين الشخص في الوظيفة العامة:

يعتبر الشخص موظفاً عاماً عندما يكون تعيينه عن طريق السلطة المختصة، وبالطريقة والآلية القانونية التي نص عليها القانون وايضا كما نص ذلك في قانون الخدمة المدنية الجديد رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ علي ضروره التعيين من السلطه المختصه حتي يعتبر موظف (١)، ولكن طبقاً لنظرية الموظف الظاهر يعتبر الشخص الذي يمارس اختصاصاً وظيفياً في مقر العمل وكانه معين يعتبر موظفاً ظاهراً لأنه يوهم الغير حسن النية من المتعاملين مع الإدارة بالاعتقاد بأنه هو الموظف الشرعي والمعاصر بهذه الوظيفة سواء كان هو نفسه حسن النية او غيرها (٢).

وهنا يوجد راي لنا خاص في موضوع البحث وهو الموظف الذي اتكلم عنه فهو لم يتم تعيينه قانونا بالطريق الذي رسمه القانون ولكن هو حسن نيه والاداره كلفت شخص اخر بتكليفه للقيام بهذه الوظيفة فهو اذا كما راينا يعتبر موظف ظاهر

وفي هذا الشأن قررت محكمة النقض ا أن تصرفات صاحب المركز الظاهر إلى الغير من النية لها عصر اثر تصرفات صاحب المركز الحقيقي متى كانت التواعد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا

(١) . انظر القانون رقم ٨١ لسنة ٢٠١٦ والمنشور في الجريدة الرسمية في اول شهر نوفمبر

٢٠١٦

(٢) . د ماجد راغب الحلو القضاء الاداري دار المطبوعات الجامعيه بالاسكندريه

المركز للحقيقية^(١).

٢/٨ ان يكون قرار تولي الوظيفة باطل :

بمعني اذا صدر قرار تعيين أحد الأشخاص في إحدى الوظائف العامة بالأدلة القانونية، وقام هذا الشخص بمزاولة المهنة و اختصاصاتها، ثم يصدر حكم ببطلان تعيينه، فنزول صفة الموظف عن هذا الشخص، ولكنها تبقى ظاهرياً لدي الأفراد حسني النية المتعاملين مع الإدارة والذين يجهلون صدور حكم بطلان قرار التعيين^(٢)، بغض النظر عما إذا كان الموظف نفسه حسن النية أو سيئ النية، لأنها الهدف هو حماية الجمهور الذي يتعامل معه على أنه موظف اعتماداً على الظاهر من الأمور فالجمهور ليس له الا الظاهر العام لانه لايعلم بمدى حاله كل موظف ولا يتطلب منه لانجاز مهمته التحري اولا عن كل موظف^(٣).

٣/٨ ان يستمر الموظف في اداء وظيفته :

الموظف العام لايجوز له قانونا أن يباشر اختصاص وظيفه من الوظائف العامه إلا خلال المدة التي يتولى فيها أمرها فقط ، 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 ، ويعتبر استمراره في العمل غير مشروع لعدم

(١). الطعن رقم ٥٣ لسنة ٣٧ قضائه جلسته ٣٠/١١/١٩٧١

(٢). د عزيزه الشريف دراسات في نظريه العقد الاداري دار النهضة العربيه ١٩٨١ص ١٠٥ وما بعدها

(٣). د ماجد راغب الحلو القضاء الاداري دار المطبوعات الجامعيه بالاسكندريه ١٩٩٩ص ٣٨٨

وجود سند نظامي، وتعد 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 مشوية بإحدى أوجه عدم المشروعية الأخرى، وذلك لحماية الغير حسن النية.

سند نظامي، يعتبر معتصب 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 إلى 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،^(١).

(١). د عزيزه الشريف دراسات في نظريه العقد الاداري دار النهضة العربيه ١٩٨١ ص

المطلب الثالث

الموقف القانوني للتصرفات الموظف الفعلي والموظف الظاهر

لقد استقر الفقه والقضاء علي

أن القرارات التي تصدر من شخص ليس لديه الصلاحية القانونية تصدر معيبة لأنها صدرت من غير ذي صفة ، وسواء كان العيب بسيطاً أو جسيماً فالعبره هنا للعيب وليس لدرجه جسامته ، وعيب عدم الاختصاص قطعاً من النظام العام، اما بالنسبه للذي يقدر الجسامه من عدمه القاضي الإداري فإذا كان القرار معيباً بعبء جسيم ينحدر إلى درجة الانعدام فكأنه لم يصدر قط وتنعدم معه كافة الآثار التي ترتبت عليه. فالقرار الإداري المنعدم هو القرار المشوب بعيب جسيم يجرده من صفته.

ولذلك يجب ان يكون 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 اي يكون صادر من ذي صفة ، وبالتالي لا يجوز لمن لم تخوله الضوابط القانونية إصدار القرار الإداري والا كان تصرفاً باطلاً مشوباً بالمعيب .

وان يصدر القرار الإداري ممن لا يتمتع بصفه الموظف العام

الصفه القانونيه من أهم عناصر القرار الإداري ودائماً محدهه 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 معيئاً لعدم الاختصاص وذلك لعدم قدرة هذا الموظف قانوناً على اتخاذ ذلك القرار^(١). . فيجب أن يصدر القرار من الشخص

(١). بحث مقدم من د حسام الدين محمد مرسى الموظف الفعلي والظاهر فقها وقضاء

أو الهيئة التي حددها المشرع وبالتالي يجب أن يكون المصدر القرار وجود قانوني وسلطة التعبير عن إرادة الدولة.

ويعرف ركن الاختصاص في القرار الإداري بأنه "الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطيها 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^(١).

وبالتالي فإن صدور القرار الإداري من شخص عادي لا يتمتع بصفه الموظف العام تعتبر حالة من حالات اغتصاب السلطة، بل إن البعض اعتبرها من أشد حالات اغتصاب السلطة^(٢). وبذلك فإن 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.

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.

منشور في مجله الدراسات القانونية والاقتصادية

(١). د ماجد راغب الحلو القضاء الاداري دار المطبوعات الجامعيه بالاسكندريه ١٩٩٩ ص

٣٨٨

(٢). بحث مقدم من د حسام الدين محمد مرسى الموظف الفعلي والظاهر فقها وقضاء

منشور في مجله الدراسات القانونية والاقتصادية

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 اختلفت عنه هذه الصفة لسبب من الأسباب.

ما 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 اطلاقه، 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 تكون بصدد أعمال نظرية الموظف الفعلي وتضفي صفة المشروعية على ما يتخذه من قرارات يكون الهدف منها الصالح العام المتمثل في استمرار سير العمل بالمرافق العامة بانتظام والمراد، ولكن ليس معنى ذلك أن تفلت 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^(١):

أولها: أن تختفي السلطات الشرعية كلية

(١) . بحث مقدم من د حسام الدين محمد مرسي الموظف الفعلي والظاهر فقها وقضاء

منشور في مجله الدراسات القانونية والاقتصادي

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

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

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 الطرف الاستثنائي ذاته، وفي ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد، ففي حالة قيام الثورات والحروب والثورات الكبرى تقتل 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 ضماناً لسير المرفق العام بانتظام واطراد في هذا الظرف الاستثنائي.

ولعلنا ندرك الحدث الذي جسد نظرية الموظف الفعلي حرفياً في واقعة تضمنت وجمعت كافة الشروط التي تناولناها سلفاً وهي ما تم إبان ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ من قيام المجلس الأعلى للقوات المسلحة بإدارة شؤون 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 شبير المرافق العامة بصورة منتظمة ومطرده لوجود حالة استثنائية.

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

الموظف الفعلي.

وذلك كما جاء في حكمه الصادر في ٥ مارس سنة ١٩٤٨ 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 قرار أعضاء المجلس البلدي خوفا من الوقوع في أيدي سلطات الاحتلال، وقامت هذه اللجنة المشكلة بالاستيلاء على البضائع والأغذية لضمان توفيرها للمواطنين، وعلى إثر ذلك قام المذكور أعلاء وآخرون بالعلم بهذه القرارات الصادرة عن هذه اللجنة مستنديين على أن تصرفاتها لا تستند إلى أي اساس 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 استنادا إلى أن الظروف الاستثنائية التي نجمت عن 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.

كذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية قررت أن إعمال 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 يا الأحوال الاستثنائية البحتة، تحت الحاج الحاجة على الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضمنا لانتظام المرافق العامة، وحرصا على تأدية خدماتها للمتفعين 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" (١).

(١) . بحث مقدم من د حسام الدين محمد مرسي الموظف الفعلي والظاهر فقها وقضاء

الرأي الشخصي كما وضحنا وراينا فيما سبق ان الموظف العام يجب ان يتوافر فيه عدة شروط حتي يعتد به قانونا كموظف عام ويصح افعاله وتصح قراراته ويكون له حقوق ويترتب عليه واجبات ووضحناها فيما سبق سواء كان في القانون القديم والجديد بالنسبة لمصر وفرنسا ايضا ولكن الذي نريد معرفته هنا هل الموظف الفعلي والموظف الظاهر قراراته صحيحة بالنسبة للغير وماحكمها والذي يهمننا هنا هو موقف الموظف الظاهر للانني صنف الموظف الذي اقصده في موضوع البحث انه موظف ظاهر لانه لم يتم تعيينه حتي يعتبر موظف عام ولا توجد ظروف غير عادية وتولي الوظيفة من خلال هذه الظروف فيصبح موظف فعلي ولكن الموظف الذي نقصده هو موظف موجود في مرفق عام ويعمل بصفه دائمه ومستمره ولكن تم ايداعه في هذا المكان وتسلم مسئوليه الوظيفة عن طريق شرعي ولكن بطريقه غير الذي رسمها القانون وهي التعيين فما حكم تصرفاته من راينا الخاص انها تقع صحيحة وخصوصا انه حسن النيه وصحيحة ايضا بالنسبة للغير من الافراد اوغيرهم الذين يتعاملون مع المرفق لان حسن النيه متوفر فيهم ايضاً ويجب ان يكون له كل اعباء الوظيفة العامه من حقوق وواجبات ولكن من راينا الخاص ان علي الدوله ان تقوم بتصحيح الوضع القانوني لهؤلاء الموظفين وذلك للصالح العام والمصلحه العامه لان منهم من يقضي فترات طويله وسنوات علي امل تصحيح وضعه القانوني ويعتد به كموظف عام فإذا وصل لمرحله اليأس ممكن ان يترك العمل ويرحل وهنا لا يكون امام الدوله الا الاستعانه بغيره فيصبح نقطه ومن اول السطر لأن الذي ترك العمل كان علي خبره بالعمل كافيه للاداره المرفق علي اسلم حال وهذا ليس في مصلحه الدوله وهو امر في منتهى الخطوره

المبحث الثالث

فلسفات الوظائف العامة المعاصرة^(١) وموقف مصر منها

توجد، في القانون المقارن، فلسفتان تحكمان سياسات الوظائف العامة في العالم. وأولى هاتين الفلسفتين تتصل فيما سمي بنظام "السلك الدائم"، أو نظام "الخدمة الدائمة" وتجد هذه الفلسفة جذورها في النظام الفرنسي كما أنها تنطبق في دول أوروبا الغربية - بما فيها بريطانيا المنظمي - وفي دول عديدة في القارة الأفريقية، وبعض بلدان آسيا التي خفت النقود الفرنسي أو الانجليزي.

ويرجع أساس هذه اللفة في النظام الفرنسي - الى ارتباط مفهوم الوظيفة العامة بمفهوم الدولة بصفة عامة والإدارة على وجه التخصيص. فالموظفون يعملون في خدمة الدولة وهم المختصون لإدارتها. والدولة هي التي تعينهم وهي التي تدفع لهم أجورهم وتنتهي صلتها بهم. كما أن عمل الموظفون هو تسيير وظيفة الإدارة وحسن أدائها. وقد عبر **d'flautarive** في تقريره أمام مجلس الدولة الفرنسي ١٨٠٩ من هذه الحقيقة بقوله: "يجب أن يكون العمال مرتبطين بالدولة بسلاسل متينة، لا يوجد - مطلقاً - شرف دون طموح مرغوب ومشرف، كما لا يوجد - مطلقاً - طموح دون سلك وظيفي دائم".

"Il fait que les agents n'ont. Bê n' i Elan par des ViVOR Cikalues - - Il n'y a point d'honest show lodakle solution, n'y a point d'ambitim asas cherikama,

كما يميل الفرنسيون إلى تعظيم الدولة، فهم لا يرون فيها مجرد حكم بين المصالح الخامة أو مدير على المرافق العامة فحسب، بل يعتبرونها حائزة لحقيقة تسمو على نظرتهم الفردية، بحيث يمكنها بمفردها أن تحقق النفع العام الذي يستجيب وآمال الأفراد والجماعات. وما من شك في أن هذا التسليم بسلطان الدولة هو أمر موروث عن الامبراطورية الرومانية، الذي روح له فقهاء العصور

(١). انظر كتاب النشاط الاداري مرجع سابق

الوسطى لصالح الملوك، وكان طبيعياً أن ينعكس مفهوم الدولة عند الفرنسيين على الإدارة، حيث قلم الخلط بين الحكومة والإدارة. فلم يفهم الشعب الفرنسي الإدارة على أنها مجموعة من المرافق، بل هي تمثل السلطة العلية في حالة حركة. يقول أن Talleyrand أن الإدارة في الوسيط الذي يقرب الحكومة بالمحكومين أنها نقطة التقاء بل واتحاد السلطة العامة والحريات الشرعية^(١).

وما من شد، أن إدارة - هذا مفهومها - لابد ان تتمتع بامتيازات خارقة للشريعة العامة، وأن تخضع لقانون معايير للقانون الذي يحكم الأفراد. كما انه من المنطقي ان يحكم الأداة البشرية لهذه الإدارة قواعد معايرة للقواعد التي تنظم علاقات الأفراد^(٢).

اما الفلسفة الثانية، فتتمثل فيما عرف بنظام Langla to Lessystem، وتجد هذه الفلسفة جذورها في النظام الأمريكي، كما أنها تطبق - بالإضافة الى الولايات المتحدة الأمريكية - في السنوات الأخيرة في دول أمريكا اللاتينية ويرجع أساس هذه الفلسفة الى اختلاف نظرة الأمريكيين للدولة والإدارة عن النظرة الأوروبية اختلافًا كاملاً. ذلك أنهم لا ينظرون الى الدولة نظره الاجلال والتعظيم التي يسير عليها الأوروبيون، وأكثر من ذلك، يسيطر عليهم وعلى فكرهم شعور الخشية والحذر والترقب من العدوان على حرياتهم الفردية. وتعتبر الإدارة - وفقاً للمفهوم الأمريكي - مجموع العمليات التي تهدف الى تنفيذ القرارات المتخذة لتسيير الشؤون العامة - فهي لا تعدو مجرد عمليات متشابكة في ميادين مختلفة مثل: تسليم خطاب، ابرام اتفاق، بيع دومين.

ومؤدى ذلك أن الإدارة العامة لا تختلف - في المفهوم الأمريكي - عن

(١) . . انظر الدكتور عبد الحميد كمال حشيش دراسات الوظيفة العامة في النظام الفرنسي

مكتبه القاهرة ط ١٩٧٤ ص ٢٧٣ وما بعدها

(٢) . كتاب القضاء الإداري للدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله ١٩٩٢ ص ٢٠٧ وما بعدها

الإدارة العامه. فكلاهما فن يرمى إلى حسن الاداء والفاعلية. ولا داعى - ما دام الأمر كذلك - أن تخضع هذه الإدارة العامة لنظم مغايرة القواعد التي يسير عليها الافراد، كما ان العاملين في مجال هذه الادارة العامة لا يختلفون في أوضاعهم واوصافهم من العاملين في المشروعات الخاصة^(١).

وبدلا من التصدى لتفصيلات نظرية وفقهية مجردة في معرفة جوهر وحقيقة كلا النظامين (نظام السلك الدائم ونظام المهنة)، فانه من المفيد أن نبرز الخصائص الأساسية لكل منهما:

ففى ظل السلك الدائم:

(أ) يدخل الموظف في الخدمة العامة دون أن يوقع عقدا بينه وبين جهة الادارة، ويعطى حياته للدولة - منذ لحظة دخوله في خدمتها - التي تطلب منه تقديم كل طاقته ونشاطه. كما أنه يخضع - وهو في خدمة الدولة - لنظام قانونى تحكمه القوانين واللوائح (اي نظام لائعى)، تستطيع الحكومة - في اطاره - في يوم قرب أم بعد، أن تفرض عليه التزامات جديدة، أو تعترف له - في المقابل - بامتيازات جديدة (كزيادة مرتبه أو زيادة الضمانات المقررة له ... الخ).

وطبيعي أن كل هذا يتم دون ما مناقشة بينه وبين الحكومة^(٢).

(ب) ومن ناحية ثانية، يكون الموظف - فى نظام السلك الدائم - تحت تصرف الحكومة، اذ قد تطلب منه - بين لحظة وأخرى - اداء مهام متباينه ومتغايره لأنه يتواجد داخل اطار عمل به وظائف مختلفة وليس مرتبطا بوظيفه محددة لا يتجاوزها^(٣).

(١) . . انظر الدكتور عبد الحميد كمال حشيش دراسات الوظيفة العامه في النظام الفرنسي

مكتبه القايره ط ١٩٧٤

(٢) . رساله الدكتوراه الخاصه بالدكتور عبد المنعم محفوظ رحمه الله

(٣) . كتاب القضاء الاداري للدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله ١٩٩٢ص ٢٩٩

أما في ظل نظام المهنة:

(أ) تختلف حالة الموظف عن الحالة السابقة اختلافا كاملا (جزئية جزئية)، وفحوى ذلك: أننا نكون - من ناحية - امام ادارة لديها مجموعة وظائف من أنواع كثيرة متباينة (مثل وظائف الفنيين والاداريين والقضاة) تقوم باختيار الذين يبين من تفحص حالاتهم أن لديهم خبرات في مجالات تخصصهم، وذلك بواسطة عقد لمدة عدة سنوات. ولكنهم لا يعملون الا في مجال تخصصهم عندما يقومون بخدمة الإدارة.

وتكون - من ناحية ثانية - امام شخص يستطيع، قبل الدخول في خدمة الادارة، مناقشتها بحرية كاملة في مضمون العقد وبنوده المختلفة. أي أننا نكون أمام قوتين متعادلتين *a armes egales* ^(١).

(ب) ولا تستطيع الادارة - في النظام الذي نحن بصدده - أن تقلل، في يوم قرب ام بعد، المرتب المحدد في العقد. كما لا تستطيع أن تفرض على المتعاقد معها التزام جديدة أو مهام جديدة دون أن تقوم بمناقشتها بداءة ومن جديد مع المتعاقد معها ^(٢).

وجدير أن ننبه أن كلا من هذين النظامين لا يطبق بطريقة خالصة في أي بلد من البلدان، وانما تأخذ كل دولة منهما حسب ظروفها.

موقف النظام المصري من الفلسفتين السابقتين:

يثور التساؤل - في ضوء ما تقدم - حول معرفة موقف النظام المصري من الفلسفتين السابق شرحهما سواء تعلق ذلك بنظام السلك الدائم أو نظام المهنة.

(١) . مبادئ القانون الاداري الجزء الاول للدكتور توفيق شحاته دار الجامعات المصرية

للتشر ١٩٥٥

(٢) . . انظر كتاب القانون الاداري للدكتور عطيه الجرف مكتبه القايره للتشر

١٩٧٠ ص ٢٣٧ وما بعدها

ويمكننا - بدون عناء - أن نضع النظام القانوني المصري في المنطقة التي يسود فيها نظام السلك الدائم، وذلك لعدة اعتبارات تاريخية وسيكولوجية وقانونية: ففيما يتعلق بالاعتبارات التاريخية، يمكن القول بأن النظام المصري قد أخذ، كما أخذ أن أمور كثيرة، عن النظام الفرنسي، وكذلك الطابع الانجليزي الذي ساد الادارة المصرية في فترة خضوع مصر تحت تأثير الاحتلال الانجليزي منذ عهد الخديوى اسماعيل. ومؤدى ذلك أن الوظيفة العامه المصرية تسير وفقا لفلسفة نظام السلك الدائم.

أما الاعتبارات السيكولوجية، فترجع في المقام الاول الى طبيعة الشعب المصرى الذى يميل إلى الاستقرار والرضاء بالقليل المضمون وعدم ارتكاب المخاطر، وقد تأصلت هذه الطبيعة في الشعب المصرى منذ فجر التاريخ عندما تواجدت الجماعات المصرية القديمة بجوار مجرى النيل واستقرت به ولازمته.

وفيما يتعلق بالاعتبارات القانونية، أخيراً، فإن قوانين التوظيف، منذ أن عرفت مصر نظام الوظيفة العامة في صورتها المعاصرة، والتي كانت تصور في البدء بأشكال وقوالب مختلفة ومتباينة في صورة قرارات من مجلس الوزراء مثل تلك المقررات التي صدرت في سنة ١٩٤٤، وما أعقبها من تشريعات: سواء أكانت مراسيم بقوانين، أو قوانين، والتي كان من أبرزها القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١، ثم القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤، القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١، و القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ وما جرى عليه من تعديلات ثم القانون الاخير وهو قانون الخدمه المدنيه ٨١ لسنة ٢٠١٦ .

نقول أن هذه التشريعات والقوانين التى صورت في فترات متعاقبة ومتلاحقة تؤكد أخذ النظام المصرى - فيما يتعلق بنظام الوظيفة العامة - بفلسفة السلك الدائم.

وبناء عليه يجب ان نسلط الضوء على تكييف الرابطة التي تربط الموظف بالحكومة، ومحاولات الفقه والقضاء في هذا الشأن.

المبحث الرابع

تكييف العلاقة التي تربط الموظف بالحكومة

يتضمن موضوع هذا الفصل الإجابة على تساؤل هام: ما هي طبيعة الرابطة التي تجمع بين الدولة من ناحية، وبين موظفيها من ناحية ثانية؟ أهي رابطة الأجير برب العمل؟ أم أنها تختلف عن ذلك؟

لقد أثارت الاجابة على هذا التساؤل جدلا حادا في الماضي، سواء في الفقه أو القضاء، وما زالت تثير ذات الجدل - وبصورة أشد وطأة - فى الوقت الحاضر. ومن المفيد - لكي نحيط بمضمون الحلول التي طرحت في الماضي والحاضر، في فرنسا أو فى مصر - أن نعرض للاتجاهات الفقهية والقضائية التي عرضت لحل هذه المشكلة في الماضي، ثم نعرض لتطور هذه الاتجاهات في الوقت الحاضر.

ولكن قبل التصدى لذلك، جدير بنا أن نتبه إلى تحديدين:

الأول: أن أوضاع عمال الدولة وأجهزتها المختلفة تختلف من فئة إلى فئة أخرى ومن نوع من المرافق إلى نوع آخر، وأنه تتباين - بالتالى - رابطة الدولة بعمالها، وما نريد تحديده هنا أننا نبحث عن أمر محدد هو الموضوع القانوني للموظفين العموميين، إذ أن عمال القانون الخاص يخضعون - بإجماع الآراء - لذلك النوع من فروع. القانون، كما أن هناك عمالا عموميين متعاقدين أو موسمين وهؤلاء إشكال في وضعهم التعاقدى وهذا الاخير هو موضوع البحث

الثاني: أن التكييف القانوني لرابطة الوظيفة العامة - في هذا الاطار الذي حددناه - يستجيب لاعتبارين هامين:

١. أن الوظيفة لم تخلق للموظف وانما على العكس وجد الموظف حينما وجدت الوظيفة .

ولذلك فإن تحديد نوع رابطة الموظف بالوظيفة تحدوه اعتبارات المصلحة العامة وحسن تسيير وإدارة المرافق العامة، وليس من شك - كما سبق أن قلنا -

أن مصلحة المرافق تقتضي إلا تقف علاقات الوظيفة عقبة أمام القاعدة الأساسية التي تسيطر علي سيرها، وهي قابلية المرافق للتعديل والتغيير طبقاً لمقتضيات الصالح العام - فلم يكن غريباً - كما رأينا - أن يبذل الفقه جهوده الحميدة لإيجاد صياغة قانونية لروابط الوظيفة تستجيب لقانون التغيير الخاص بالمرافق العامة.

٢- إذا كانت مصلحة الموظف الشخصية تقتضي توفير الضمانات القانونية لحياته الوظيفية من ناحية، فإن مصلحة الدولة توجب تحقيق هذا الامن القانوني لعمالها من ناحية ثانية: وسبب ذلك، أن العامل الذي يحوط بعدم الاستقرار وعدم الأمان بحياته الوظيفية لا يحسن انتاجا ولا يقدم جهدا بناء، أى لا ينهض برسالة المرافق العامة بكفاءة واخلاص وفاعلية وهذا راينا الشخصي ايضاً وباستقراء مؤلفات القانون العام نجدها تسجل تكييفين لروابط الوظيفة العامة تتابعاً على مر الزمن: ففي البداية اتجه الفقه - مؤيداً بأحكام القضاء - الى اعتبار أن الموظف في وضع تعاقدى، ثم تحول الرأى بعد ذلك الى اعتبار رابطة الوظيفة رابطة لائحية تنظيمية.

ويمكن استخلاص العلاقة بين الموظف والدوله من دراسات في القانون المقارن - تقوم في جوهرها على اعتبار أن الرابطة بين الادارة (والوظيفة العامة تمثل جوهرها وروحها) وبين الحكومة (كسلطة سياسية) هى رابطة أشبه بالرابطة العضوية في الجسد الواحد: رابطة بين الرأس والذراع^(١).

ويمكن توضيح ذلك فيما يلي :



(١) . مؤلف الدكتور عبد المنعم محفوظ في القانون الاداري الكتاب الثاني ص ٣١٩ وما

المطلب الأول

تكييف العلاقة على أنها رابطة تعاقدية

(أ) رابطة تعاقدية في نطاق القانون الخاص:

كان الاتجاه السائد في فرنسا (فقهها وقضاء) منذ أواخر القرن الماضي وحتى العقد الرابع من القرن العشرين - والذي توجه حكم مجلس الدولة الشهير الصادر في ١٧ أغسطس سنة ١٩٠٩ في قضية "فانكيل" - أن الرابطة بين الموظف والدولة رابطة تعاقدية^(١).

فالموظف يقبل الالتحاق بعمل ارادي من جانبه، وتوافق الإدارة على هذا الالتحاق، وبتأثير النظريات السائدة في فقه القانون المدني اعتبر توافق الإرادتين نوعاً من عقود القانون المدني. وكان يوصف هذا العقد حيناً بأنه عقد اجازة اشخاص اذا كان الموظف يقوم بعمل مادي، ويرصف حيناً آخر بأنه عقد وكالة اذا كان العمل المنوط به الموظف عملاً قانونياً. ومعني ذلك أن الموظف يعتبر في مركز ذاتي تستمد أحكامه من العقد.

غير أن هذه النظرية لا تستقيم سواء من ناحية الشكل أو الموضوع أو من ناحية امتداد آثار العقد:

فمن الناحية الشكلية، تتم عقود القانون المدني بإيجاب وقبول عقب مفاوضات تجرى ويتم اثناءها الانفاق - بعد مناقشات حرة وبين ارادتين متساويتين - على موضوع العقد وشروط التعاقد والحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين، ولا أثر لشيء من ذلك عملية تعيين الموظف والحاقه بوظيفة معينة. فليست هناك مفاوضات ولا مناقشات - حول احكام الوظيفة، فهذه الاحكام مقررة سلفاً في القوانين واللوائح، وهي تجرى في مواجهة العامل والإدارة على السواء بمجرد صدور قرار التعيين، وهو قرار بالإرادة المنفردة من جانب السلطة العامة المختصة.

(١). انظر الفقيه اندريه لوبادير في مطوله مرجع سابق الجزء الثاني ص ٢٤

٢- ومن الناحية الموضوعية، يعتبر العقد في القانون المدني شريعة المتعاقدين، لا يمكن تحويله أو الغاؤه إلا بموافقة الطرفين. بينما تقضى الأصول العامة في ادارة المرافق العامة بتغليب المصلحة العامة على المصالح الفردية الخاصة. وهو ما يؤدي الى الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل أحكام الوظيفة العامة بمحض إرادتها المنفردة دون أن تلزم - في شيء من ذلك - بضرورة الحصول على موافقة الموظف ومن غير أن يكون لهذا الأخير الاحتجاج بأنه له حقا مكتسبا يحول دون تطبيق الشروط الجديدة عليه^(١).

٣- ومن ناحية ثالثة، تقضى أحكام العقود في القانون المدني بنسبية آثار العقد، بمعنى عدم امتداد هذه الآثار الى غير الطرفين المتعاقدين. بينما تمتد آثار الوظيفة العامة إلى غير الموظف. ويتضح ذلك بجلاء في حالة تقصير الموظف في أداء الواجبات المتصلة بالوظيفة حيث يعرضه هذا الأمر - في بعض الاحوال - لتحمل المسؤولية ليس فقط ازاء الادارة بل أيضا ازاء الافراد وهم ليسوا أطرافا في العقد^(٢).

(ب) رابطة تعاقدية في نطاق القانون العام:

لما كانت مقتضيات الصالح العام على النحو السابق لا تتفق وقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، التي تهيمن على عقود القانون الخاص، فقد حاول بعض الفقهاء - مؤيدين في ذلك ببعض أحكام القضاء في فرنسا وفي مصر - ارجاع العلاقة بين الموظف والدولة اللى عقد من عقود القانون العام ليكون له طابع المرونة، ولأن هذه العقود كما سبق أن رأينا تخول الادارة - في مواجهة المتعاقد معها - سلطات واسعة لتحقيق الصالح العام، بحيث لا تقيدها الاعتبارات

(١). مبادئ القانون الاداري الجزء الاول للدكتور توفيق شحاته ط ١٩٥٥ دار الجامعات

الصرية للنشر ص ١٧٦

(٢). كتاب القضاء الاداري للدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله ١٩٩٢ ص ٢٠٧

المستمدة من قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، كما هي مطبقة في القانون الخاص، ولا مرأء، كما رأينا، أن عقود القانون العام هي عقود ملزمة للإدارة كما هي ملزمة للأفراد على السواء ولا تستطيع الإدارة أن تتحرر من التزاماتها حيثما اتفق، وكيفما أرادت، بل أن حقها في التحرر من تلك الالتزامات مشروط بقيود عدة أهمها تغيير الظروف التي تم في ظلها التعاقد وظهور الحاجة الى اجراء التعديل، وبشرط الا يجاوز التعديل ما اتفق عليه في العقد بنسبة كبيرة. وفي المقابل تلتزم الإدارة باحترام التوازن المالي للعقد. ومخالفة الإدارة لهذه القيود تخضع لرقابة القضاء وتخول المتعاقد حق طلب فسخ العقد.

ولكننا حين نكيف العلاقة بين الموظف والدولة على أنها عقد من عقود القانون العام نكون قد احتفظنا بلفظ العقد دون جوهره. فمن سمات العقد أنه ينشئ مركزا ذاتيا خاصا - بالإضافة إلى ما ذكر- لا يمكن المساس به الا بموافقة الطرفين. وهو ما لا يمكن أن يتحقق بالنسبة لعلاقة الموظف بالدولة.

المطلب الثاني

تكييف العلاقة على أنها مركز تنظيمي ولائحي

لما كانت فكرة الرابطة التعاقدية في نطاق القانون العام لا تحقق - حتى بعد اضعاف المرونة عليها على النحو السابق - جميع النتائج التي يتطلبها أعمال القواعد الضابطة لسير المرفق العامة، فقد عدل الفقه - وعلى رأسه مورييس هوريو والعميد ليون دييجي^(١).

ومعه قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي عدل نهائيا عن تكييف الرابطة بين الموظف والدولة على أساس الفكرة التعاقدية، وأحل مكانها الفكرة "المركز النظامي أو اللائحي للموظفين". وبهذا المعنى اخذ المشرع الفرنسي صراحة في المادة الخامسة من قانون التوظيف الصادر في سنة ١٩٤٦ وأيضا القانون الصادر

(١). انظر كتاب النشاط الاداري مرجع سابق

في سنة ١٩٥٩، وقارن البلديات المطبق على الموظفين المحليين.
ويقول في هذا التحول - القضائي والتشريعي "أندرية دي لوبادير" ما يلي
في مؤلفه السابق وفي ذات المكان:

Par la suite le conseil d'etat tout en maintenant sa jurisprudence sur la procedure de renvoi de l'agent greviste avaitcesse de la justifier par l'idee de contrat et se bornait a declarer que, par la greve, le fonetionnaire se place de lui-meme en dehors de l'appliation des lois et regiementes".

"le statut des fonetionnaires, en disposant que": le fonetionnaire est dans une situation statutaire et reglementaire "amis fin a la controverse et elimine definitivement l'idee du contrat de fonetion publique comme base de la situation juridique du fonctionnaire".

ولقد سبق لنا أن قلنا، أنه قضاة مجلس الدولة الفرنسي اذا كانوا قد سبقوا القضاء الانجليز في هذه الفكرة الجديدة لعلاقة الموظف بالدولة (ترك الفكرة التعاقدية الى فكرة المركز التنظيمي أو اللائحي)، فقد كانت مصر سباقة - هي أيضاً - في معرفة هذه النظرة للموظف العام اذ قرر قضاؤها الوطني في أحكام كثيرة أن علاقة الموظف بالحكومة ليست علاقة تعاقدية تخضع لقواعد اجارة الاشخاص المقررة في القانون المدني، ولكن الموظف في علاقته بالحكومة يعتبر في مركز قانوني محدد القانون^(١).

وأكدت محكمة النقض المصرية، من جانبها، في سنة ١٩٣٨ ان علاقة الموظف بالحكومة في علاقة قانونية تخضع للأصول المعروفة في القانون العام

(١) انظر كتاب القانون الاداري للدكتور عطيه الجرف مكتبه القايره للنشر

وللأحكام المقررة بالقوانين واللوائح الادارية^(١).

واستقر القضاء الإدارى فى مصر - منذ انشائه فى سنة ١٩٤٦ - على هذا الرأى ورددته محكمة القضاء الادارى كما أكدته المحكمة الادارية العليا، فى أكثر من حكم، حيث قررت أنه من المقرر أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح ومن ثم فهو مركز قانونى عام قابل للتغيير فى أى وقت، وشغل الوظيفة لا يرتب للموظف حقاً مكتسباً فيها محصناً ضد كل تغيير وتعديله^(٢).

وجوهر هذا الرأى - الذى انتهى اليه التطور فى فرنسا وفى مصر - يقوم على أن الوظائف تنشئها القوانين فتحدد حقوقها ومسئولياتها بصرف النظر عن شاغلها. وما قبول الموظف الا مجرد خضوع لأحكام الوظيفة بحقوقها ومسئولياتها، ويكون قرار التعيين *acte coolitica* يتضمن اسناد المركز الوظيفي كما حددته القوانين واللوائح الى الموظف المعين، وقرار التعيين وان كان يصدر من جانب الإدارة وحدها فيجب أن يقبله الموظف بطبيعة الحال.

وأهم ما يترتب - كما يقول العميد الطماوي - على القول بنظامية مركز الموظف أن الادارة حرة فى تعديل أحكام الوظيفة بإرادتها المنفردة، دون حاجة إلى استشارة الموظف، أو أخذ رأيه بل تسرى عليه التعديلات فوراً، ولو كان فيها انقاص من مزاياه أو حقوقه المادية أو الأدبية، وهو ما كان يحول دونه اسباغ الصفة التعاقدية على علاقة الموظف بالحكومة. والأمر الذى تجدر الاشارة اليه، أن المباح للحكومة - فى هذا الصدد - هو تعديل مركز الموظف بإجراء علم، أي بناء على تعديل عام فى قوانين التوظف. أما مساس الموظف بقرار فردى

(١). كتاب القضاء الادارى للدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله ١٩٩٢ ص ٢٠٧

(٢). مبادئ القانون الادارى الجزء الاول للدكتور توفيق شحاته دار الجامعات المصرية

يؤدى الى انقاص مزاياه المادية أو الأدبية فلا يكون الا بإجراء تأديبي^(١).
وينبني على هذا التكييف القانونى لعلاقة الموظف بالدولة، جملة نتائج تبرز أهمها فيما يلى:

١- أنه محرم على الموظف الامتناع عن العمل سواء تمثل هذا الامتناع في صورة اضراب، أو صورة استقالة فردية كانت هذه الاستقالة أو جماعية - قبل قبولها من الجهة المختصة وفى المدة التي حددها المشرع. ولعل - كما يبين - أن هذه النتيجة اقتضتها ضرورات ومقتضيات سير المرافق العامة.

٢- أن قرارات التعيين والنقل والترقية والعزل هي قرارات ادارية بالمعنى الفنى الدقيق لهذا الاصطلاح تصدر عن الإدارة وحدها، ودون مشاركة من الموظف، وأن كان من اللازم لنفاذ قرارات التعيين أن يقبلها الموظف صراحة أو ضمنا. كما أن القرار الصادر بقبول الاستقالة لا بد أن يسبقه طلب يقدم من الموظف المستقيل.

وقد أدلت المحكمة الادارية العليا بدلوها فيما يتعلق بضرورة لزوم رضاء الموظف وموافقته على التعيين وقبول الوظيفة، فقالت - في حكم لها صدر بجلسة ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩ - أنه: "لئن كلن التعيين فى الوظائف العامة يتم فى الأحوال العادية بالأدوات المنصوص عليها فى القوانين واللوائح المختلفه ... وأن قرار التعيين وان كان هو الشيء للموكل القانونى فى هذا الشأن وهو مركز تنظيمي عام لا مركز تعاقدى، وأن رضاء الموظف، وإن كان لا ينهض ركنا على انشاء المركز المذكور الا انه بطبيعة الحال يلزم لتنفيذ القرار. فلا يلزم الموظف على قبول الوظيفة العامة.

وتعرضت محكمتنا العليا لموضوع التكليف - وخاصة بالنسبة للمهندسين

(١). د سليمان الطماوي مرجع سابق ص ٤٠٠ وانظر كتاب القانون الاداري للدكتور عطيه

الجرف مكتبه القايره للنشر ١٩٧٠ ص ٢٣٧ وما بعدها

والاطباء وغيرهم من المتخصصين - في الوظائف العامة فقالت: "... الا أن للتكليف نظامه القانوني الخاص به، وهو أداة استثنائية خاصة للتعين في الوظائف العامة. بحسب الشروط والاحكام المبينة في القوانين واللوائح الصادرة في هذا الشأن. ولا يقدر في ذلك أن رضاء الموظف بقبول الوظيفة ان ذلك أن التكلف في أساسه يقوم على استبعاد هذا الرضاء ويصدر جبراً عن المكلف لضرورات الصالح العام"^(١).

٣- واذا كان الموظف يستمد حقه من القوانين واللوائح مباشرة، وليس من اتفاه مع الادارة، فإن كل اتفاق يتم بينه وبين هذه الأخيرة على خلاف المقرر في القوانين واللوائح هو اتفاق باطل. وقد جرى قضاء مجلس الدولة في مصر على ذلك.

بيد أنه يلاحظ أن الحقوق المكتسبة التي متكرر للموظف نتيجة لتطبيق المركز النظامي عليه تطبيقاً فردياً، يمكنه أن يتنازل عنها، شريطة أن يتم هذا التنازل بمحض إرادته، ودون فقط من جانب الادارة عليه".

كما يلاحظ أنه اذا كان الأصل أن الموظف تربطه بالإدارة علاقة تنظيمية، فإن للإدارة أن تلجأ الى الطريق التعاقدية على سبيل الاستثناء، وبالنسبة للوظائف ذات الطابع الخاص، فتكون رابطة الموظفين - في هذه الحالة - بالإدارة تعاقدية

□

(١) . كتاب القضاء الاداري للدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله ١٩٩٢ ص ١٢٥

المطلب الثالث

تكييف العلاقة على أنها أشبه بالرابطة العضوية^(١)

يقوم جوهر هذا التكييف الجديد الذي تجاوزنا به المرحلتين السابقتين - مرحلة الرابطة العقدية ثم مرحلة المركز التنظيمي أو اللائحي - على فكرة نادى بها فقيه فرنسى يدعي "فيقيان دي جوبير" في أول مؤلف متكامل عن العلوم الإدارية صدر في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر، تحت عنوان: "دراسات إدارية" (Eudes Administratives) يقول "فيقيان دي جوبير":

"تعطى الحكومة، كسلطة سياسية، للإدارة عقلها العام وفكرها"، وأن شئنا دقة في القول رايتها، وتخصص هذه الإدارة لاتخاذ الاجراء، بمعنى تنفيذ القوانين والممارسة المادية والعملية للسلطات المنوطة بالحكومات.. فالسلطة السياسية تكون الرأس، وتكون الإدارة الزراع".

" le gouvernement, pouvoir poliotque, donne a l'administration son esprit general, sa pensee et-si l'on peut ainsi parlercon drapccu; a celle-ei ent reserve l'action, e'est - a - dire l'execution des lois et l'exercice materiel et pratique des pouvoirs coniiite au gouvernement.

La pouvoirpolitque est in tale,

L'adminsitration est le bras"

ومن منطلق ذلك، حاولنا أحياء هذه الفكرة، وكانت محاولتنا تستند على دراسات تأصيلية للأنظمة القانونية المتعلقة بالوظيفة العامة - باعتبارها تمثل روح الإدارة وجوهرها - في دول متعددة ومتباينة الفلسفات، وهي الولايات المتحدة الأمريكية، وبريطانيا العظمي، وفرنسا، واتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية ومصر.

(١) . انظر كتاب النشاط الاداري مرجع سابق

ونتيجة لهذه الدراسات التأصيلية للأنظمة القانونية المعاصرة المتعلقة بالوظيفة العامة - تم تأكيد حقيقة أن الرابطة بين الموظف - (وهو جزء من كل داخل الوظيفة العامة) - من ناحية، وبين الحكومة من ناحية ثانية، هي رابطة أشبه ما تكون بالعلاقة العضوية بين الرأس والذراع في كيان بشري أو جسد بشري واحد

النتائج والتوصيات

١/ الموظف الذي نقصده في موضوع البحث هو اي موظف يعمل في مرفق عام وبصفه مستمره ويعمل في الظروف العاديه وليست الاستثنائيه ولم تقم الاداره بتعيينه فهو بذلك ليس موظف عام وايضا ليس موظف فعلي فهو من وجه نظري موظف ظاهر ولكن ليس معه سند قانوني وهو التعيين من السلطه المختصه كما قرر بذلك قانون الخدمه المدنيه الجديد ولكن هو ايضا موظف شرعي ولكن ليس موظف عام ايضا مثال ذلك موظف عقد المقاوله الذي بموجبه تتعاقد الاداره مع مقاول لتوريد عدد معين من الموظفين للعمل بالمرفق.

٢/ صحه تصرفات الموظف موضوع البحث من راينا الخاص انها تقع صحيحه وخصوصا انه حسن النيه وصحيحه ايضا بالنسبه للغير من الافراد واغيرهم الذين يتعاملون مع المرفق لان حسن النيه متوفر فيهم ايضا ويجب ان يكون له كل اعباء الوظيفه العامه من حقوق وواجبات

٣/ و من راينا الخاص ان علي الدوله ان تقوم بتصحيح الوضع القانوني لهؤلاء الموظفين وذلك للصالح العام والمصلحه العامه لان منهم من يقضي فترات طويله وسنوات علي امل تصحيح وضعه القانوني ويعتد به كموظف عام فإذا وصل لمرحله اليأس ممكن ان يترك العمل ويرحل وهنا لا يكون امام الدوله الا الاستعانه يغيره فيصبح الوضع في منتهي الخطوره ويرجع ذلك في المقام الاول الى طبيعه الشعب المصرى الذى يميل إلى الاستقرار والرضاء بالقليل المضمون وعدم ارتكاب المخاطر، وقد تأصلت هذه الطبيعه في الشعب المصرى منذ فجر التاريخ عندما تواجدت الجماعات المصريه القديمه بجوار مجرى النيل واستقرت به

٤/ منذ عهد الخديوى اسماعيل و الوظيفه العامه المصريه تسير وفقا لفلسفه نظام السلك الدائم.

٥/ اذا كانت مصلحه الموظف الشخصيه تقتضي توفير الضمانات القانونيه

لحياته الوظيفية من ناحية، فإن مصلحة الدولة توجب تحقيق هذا الامن القانونى لعمالها من ناحية ثانية: وسبب ذلك، أن العامل الذي يحوط بعدم الاستقرار وعدم الأمان بحياته الوظيفية لا يحسن انتاجا ولا يقدم جهدا بناء، أى لا ينهض برسالة المرافق العامة بكفاءة واخلاص وفاعلية

تم بحمد الله

المراجع.

- الفقيه الفرنسي اندريه هوريو القانون الدستوري والمنظمات السياسيه
مطبعه كريستيان باريس ١٩٧٠
- الفقيه اندريه لوبادير في مطوله باريس ١٩٧٩
- كتاب الدكتور سليمان الطماوي نشاط الاداره ط ٢ ١٩٥٨ دار الفكر العربي
الدكتور عبد الحميد كمال حشيش دراسات الوظيفه العامه في النظام
الفرنسي مكتبه القاهره ط ١٩٧٤
- الدكتور سليمان الطماوي الوجيز في القانون الاداري ط ١ دار الفكر
العربي
- د سامي جمال الدين مبادئ القانون الاداري نظريه العمل الاداري دار
الجامعه ٢٠١٣
- د ماجد راغب الحلو القضاء الاداري دار المطبوعات الجامعيه الاسكندريه
١٩٩٩
- د انور احمد رسلان الوسيط في القانون الاداري دار النهضه العربيه لسنه
٢٠٠٠
- د عزيزه الشريف دراسات في نظريه العقد الاداري دار النهضه العربيه
١٩٨١
- كتاب القانون الاداري للدكتور عطيه الجرف مكتبه القاهره للنشر ١٩٧٠
- كتاب القضاء الاداري للدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله ١٩٩٢
- مبادئ القانون الاداري الجزء الاول للدكتور توفيق شحاته دار الجامعات
المصريه للنشر ١٩٥٥