



مجلة جامعة الملكة أروى العلمية المحكمة  
**QUEEN ARWA UNIVERSITY JOURNAL**



**نظرية الموظف الفعلي وتطبيقاتها في ضوء أحكام القضاء اليمني؛  
”دراسة مقارنة“**

**د.اسماعيل يحيى بدالدين**  
عميد كلية الدراسات العليا، جامعة الملكة أروى

2018

ISSN: [2226-5759](https://doi.org/10.58963/qausrj.v20i20.212)

ISSN Online: [2959-3050](https://doi.org/10.58963/qausrj.v20i20.212)

DOI: [10.58963/qausrj.v20i20.212](https://doi.org/10.58963/qausrj.v20i20.212)

Website: [qau.edu.ye](http://qau.edu.ye)

مجلد الحقوق

# نظرية الموظف الفعلي وتطبيقاتها في ضوء أحكام القضاء اليمني "دراسة مقارنة"

د. إسماعيل يحيى عبد الله بدرالدين

**الملخص:** تناولت هذه الدراسة نظرية الموظف الفعلي، والتي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي ثم لاقت بعد ذلك تطبيقاً وقبولاً في كثير من الدول الأخرى. وبينت الدراسة أن الموظف الفعلي هو الشخص الذي يمارس أعمال الوظيفة العامة بدون قرار تعيين صحيح ومع ذلك يعترف القضاء الإداري ببعض تصرفاته في ظل ظروف خاصة تحقيقاً للمصلحة العامة. وأوضحت الدراسة أن هذه النظرية تقوم على أساس المحافظة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد في الظروف الاستثنائية، وعلى الاعتبارات التي تقتضيها حماية حقوق الغير حسن النية وفقاً للظاهر في الظروف العادية. وقد وقفت الدراسة على تطبيقات هذه النظرية في الظروف العادية وفي الظروف الاستثنائية مستخلصة للضوابط التي تحكمها وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء الإداريين مع التركيز على الأحكام الحديثة للقضاء الإداري اليمني في ظل الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد منذ الواحد والعشرين من سبتمبر 2014م.

**Abstract:** This study dealt with the theory of the actual employee. which was invented by the French administrative judiciary and was subsequently applied and accepted in many other countries. It showed that the actual employee is a person who exercises public office without a right appointment decision. However, the administrative judiciary recognizes some of its behaviors under special circumstances in the interest of the public. It explained that this theory is based on maintaining the rihgt functioning of public facilities regularly and in exceptional circumstances. And on the considerations required to protect the rights of third parties in good faith in accordance with normal circumstances. The study focused on the applications of this theory in normal circumstances and in exceptional circumstances. extrcating the controls that it rules according to the rules of jurisprudence and the administrative rulings of the judiciary. with emphasis on the modern provisions of the Yemeni administrative judiciary under the exceptional circumstances that the country has undergone since the 21st of September 2014.

## مقدمة

### أولاً: أهمية الدراسة

تعد الوظيفة العامة أحد الموضوعات الرئيسية التي تناولتها أحكام القانون الإداري بالتنظيم الدقيق، فالموظف العام تربطه بالوظيفة العامة علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح، ابتداءً من تعيينه وانتهاءً بزوال الرابطة الوظيفية، وهذا ما يجعل أحكام الوظيفة العامة منسجمة مع مبدأ المشروعية الذي يقتضي إخضاع تصرفات الإدارة العامة لحكم القانون.

والأصل العام هو تطبيق أحكام القانون المنظمة للعلاقة التنظيمية التي تربط الموظف العام بالوظيفة التي يشغلها، لاسيما تلك المتعلقة بتعيينه، فلا يعتد بأعمال الموظف العام إلا إذا كان يمتلك قرار تعيين صحيح، ويعمل وفق قواعد الاختصاص التي حددها القانون للوظيفة التي يشغلها، فإن تخلف ذلك، كانت أعماله وتصرفاته غير مشروعة وقابلة للإبطال.

غير أن تطبيق هذا الأصل العام يرد عليه بعض الاستثناءات التي تقتضيها المصلحة العامة وتحافظ على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراباً، ولعل أهم هذه الاستثناءات هي نظرية الموظف الفعلي التي ابتدعها القضاء الفرنسي ولاقت بعد ذلك تطبيقاً وقبولاً في كثير من الدول الأخرى.

ويقصد بالموظف الفعلي من يمارس وظيفة عامة دون أن يكون لديه قرار تعيين مطلقاً أو لديه قرار تعيين ولكنه غير مشروع وفقاً للقواعد القانونية المنظمة لشغل الوظيفة العامة، ومع ذلك تعد الأعمال الصادرة منه سليمة ومشروعة وترتب آثارها كما لو كانت صادرة عن موظف عام يمتلك قرار تعيين صحيح وذلك في ظل وجود ظروف خاصة.

ومن هنا، يتبين أهمية هذه الدراسة التي تستهدف وضع الضوابط والحدود لنظرية الموظف الفعلي التي لم يتم الأخذ بها إلا للحفاظ على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراباً وبما يحافظ على الحقوق المكتسبة للأفراد الذين تعاملوا مع الإدارة بحسن نية وفقاً للظاهر، وهذا بدوره يحقق استقرار المعاملات في المجتمع ويعزز من الثقة في الإدارة العامة<sup>(1)</sup>.

ولعل الظروف الاستثنائية التي مرت ولا تزال بالجمهورية اليمنية قد أكدت على أهمية هذا الدراسة التي تفصل القول حول نظرية الموظف الفعلي، لا سيما مع ازدياد مؤسسات الدولة بين طرفي

(1) انظر د. مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة عين شمس بالقاهرة، 1987م، ص د.

النزاع في اليمن، مما أفرز وجود حكومتين في آن واحد، تعمل كل منهما بمعزل عن الأخرى، وهذا ما يستلزم البحث حول تطبيق نظرية الموظف الفعلي على التصرفات الصادرة عن السلطة الفعلية في اليمن، ومدى اعتراف القضاء اليمني بها، ومدى التزامه بالضوابط والحدود التي وضعها الفقه والقضاء الإداري لتطبيق هذه النظرية.

#### ثانياً: مشكلة الدراسة

إذا كان الفقه والقضاء الإداري قد ابتدع نظرية الموظف الفعلي باعتبارها من أهم الاستثناءات الواردة على قواعد الاختصاص للوظيفة العامة، فإن هذه الدراسة تسعى للإجابة على تساؤل رئيس يتمثل في مدى تطبيق أحكام نظرية الموظف الفعلي على التصرفات الصادرة عن سلطة الأمر الواقع في اليمن في ضوء أحكام القضاء الإداري اليمني، ومدى التزامه بضوابطها وحدودها؟ ولن يتأتى ذلك إلا من خلال الإجابة على التساؤلات الفرعية التي تطرحها الدراسة، ولعل أهمها ما يلي:

1. كيف نميّز الموظف الفعلي عن الموظف العام من جهة وعن منتحل الوظيفة العامة من جهة أخرى؟
  2. ما هو الأساس الذي تستند عليه نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية وفي الظروف الاستثنائية؟
  3. ما هي التطبيقات العملية لنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية والظروف الاستثنائية؟
  4. ما هو موقف القضاء اليمني من نظرية الموظف الفعلي؟ وهل التزم بضوابطها وحدودها في الظروف العادية والظروف الاستثنائية؟
- لا شك أن كل هذه التساؤلات - وغيرها - بحاجة لإيضاح وبيان، وهو ما سوف نحاول القيام به في هذه الدراسة.

#### ثالثاً: منهج الدراسة

تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي: والذي يمكن عن طريقه تناول الجزئيات المتعلقة بنظرية الموظف الفعلي بالتدقيق والتمحيص، معتمدين في ذلك على آراء الفقه الإداري من جانب،

وعلى أحكام القضاء من جانب آخر. كما تعتمد الدراسة على المنهج المقارن لما له من أهمية كبيرة في الدراسات القانونية عموماً، فمن خلاله يمكن الوقوف على التطبيقات القضائية المختلفة لنظرية الموظف الفعلي وما دار حولها من آراء واتجاهات، حتى يمكن الاستفادة منها في وضع الضوابط المناسبة لتطبيق هذه النظرية في اليمن.

#### رابعاً: خطة الدراسة

تسير دراستنا لنظرية الموظف الفعلي وفقاً للخطة التالية:

المبحث الأول: مفهوم الموظف الفعلي وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة

المطلب الأول: مدلول الموظف الفعلي

المطلب الثاني: تمييز الموظف الفعلي عن غيره من المفاهيم المشابهة

المبحث الثاني: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي

المطلب الأول: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

المبحث الثالث: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي

المطلب الأول: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

الخاتمة

## المبحث الأول

### مفهوم الموظف الفعلي وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة

تعتمد الإدارة العامة في تسييرها للمرافق العامة التي تديرها على مجموعة كبيرة من الأشخاص العاملين فيها والتابعين لها، وهؤلاء الأشخاص الطبيعيين يطلق عليهم عادةً بالموظفين العموميين، غير أن الفقه والقضاء الإداري قد اعترف بطائفة أخرى من العاملين في الإدارة العامة بصورة مؤقتة واستثنائية وتحت ظروف محددة واطلق عليهم بالموظفين الفعليين أو الواقعيين، وفي نفس الاتجاه نجد أن الوظيفة العامة قد تمارس عن طريق أشخاص لا علاقة لهم بها، وهؤلاء يعدون منتحلين لصفة الموظف العام دون وجه حق، وقد تكفل قانون العقوبات بردعهم بالجزاء المناسب، كما أن الوظيفة العامة في أحوال خاصة قد تمارس عن طريق أشخاص متطوعين لا تربطهم بالوظيفة العامة علاقة تنظيمية رسمية وفقاً للقانون.

لذلك، سوف نستهل دراستنا لنظرية الموظف الفعلي ببيان مدلول كل من الموظف العام والموظف الفعلي وذلك في المطلب الأول، ثم نتقل بعد ذلك لتمييز الموظف الفعلي عن المصطلحات المشابهة له وذلك في المطلب الثاني.

## المطلب الأول

### مدلول الموظف الفعلي

تقتضي دراستنا هذه البدء ببيان مدلول الموظف الفعلي، ولكن قبل ذلك كان لزاماً علينا التعرف أولاً على مدلول الموظف العام الذي تم تعيينه بشكل قانوني ويعمل في وظيفته وفقاً للقواعد المنظمة للوظيفة العامة.

#### أولاً: مدلول الموظف العام:

بالنظر في التشريعات المقارنة المتعلقة بالوظيفة العامة نجد أن كثير منها يتجنب وضع تعريف جامع مانع للموظف العام<sup>(2)</sup>، وهذا ما يفتح المجال لكل من الفقه والقضاء لصياغة تعريف (2) ومع ذلك فقد تصدت بعض التشريعات لتعريف الموظف العام ومنها على سبيل المثال في مصر ما نص عليه القانون رقم 210 لسنة 1951م والقوانين

الموظف العام. غير أن القانون رقم (19) لسنة 1991م بشأن الخدمة المدنية اليمني قد خالف ما تسير عليه غالبية التشريعات، وتصدى بنفسه لتعريف الموظف العام، فنص على أن الموظف العام هو "الشخص المعين بقرار من السلطة المختصة للقيام بعمل ذهني أو مهني أو حريفي أو غيره تنظمه وظيفة مصنفة ومعتمدة في الموازنة العامة للدولة، والذي يعتبر بمجرد تعيينه في مركز نظامي سواء كانت الوظيفة دائمة أو مؤقتة"<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة لتعريف الموظف العام لدى فقهاء القانون الإداري فنجد أنهم قد تعارفوا على تعريفه بأنه "الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى"<sup>(4)</sup>. ولا يبتعد القضاء الإداري - في تعريفه للموظف العام - كثيراً عن تعريف الفقه الإداري<sup>(5)</sup>.

ويظهر من تعريف التشريع اليمني للموظف العام أنه قد خالف ما استقر عليه غالبية الفقه والقضاء الإداري<sup>(6)</sup>، وذلك حينما أصبح صفة الموظف العام على من يعمل في وظيفة مؤقتة<sup>(7)</sup>، ولعله

المعدلة له بشأن نظام موظفي الدولة في مصر والذي نص في مادته الأولى على أنه "يعتبر موظفاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف الداخلة في الهيئة بمقتضى مرسوم أو أمر جمهوري أو قرار مجلس الوزراء أو من وزير أو من هيئة أخرى تملك سلطة التعيين قانوناً"، كذلك ما نص عليه القانون رقم 46 لسنة 1964م بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة في مصر في مادته الثانية من أنه "يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعمل في إحدى الوظائف الدائمة أو المؤقتة بقرار من السلطة المختصة"، كما نص القانون رقم 58 لسنة 1971م بشأن نظام العاملين المدنيين بالدولة في مصر في مادته الرابعة على أنه "يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة في موازنة كل وحدة...". أنظر في ذلك د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الخامسة، 1985م، ص 254.

(3) أنظر: المادة (2) من القانون رقم (19) لسنة 1991م بشأن الخدمة المدنية اليمني. وتجدر الإشارة إلى هناك تشريعات أخرى قد أوردت مدلولات أخرى للموظف العام تختلف عن ما أورده قانون الخدمة المدنية السابق ذكره، مثل ما أورده قانون الجرائم والعقوبات اليمني لسنة 1994م بقوله "بعد وفقاً لأحكام هذا القانون موظفاً عاماً رئيس الجمهورية ونائب الرئيس ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء وكل من تولى أعباء وظيفية عامة بمقابل أو بغير مقابل بصرف النظر عن صحة قرار تعيينه فيها... الخ"، وكذلك ما ورد في المادة رقم (1) من قانون رقم (39) لسنة 2006م بشأن مكافحة الفساد والتي نصت على مدلول الموظف العام بأنه "كل شخص يؤدي وظيفة عامة أو يقدم خدمة عامة ويتولى منصباً تنفيذياً أو تشريعياً أو إدارياً أو استشارياً أو قضائياً سواء كان معيناً أو منتخباً دائماً أو مؤقتاً بمقابل أو بدون مقابل بصرف النظر عن صحة قرار تعيينه فيها ويشمل... الخ". ولكن يبقى التعريف الذي أورده قانون الخدمة المدنية هو التعريف العام للموظف العام، أما ما ورد في غيره من القوانين من تعريفات للموظف العام فلا تسري إلا على ما ورد فيها من أحكام، فالتعريف الذي أورده قانون الجرائم والعقوبات مثلاً يعني سريان أحكام هذا القانون على الموظف العام سواء كان تعيينه صحيحاً أو غير صحيح وفقاً لما أورده من مدلول للموظف العام.

(4) هذا التعريف محل اتفاق كثير من فقهاء القانون الإداري. أنظر على سبيل المثال: د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي بالقاهرة، الطبعة السابعة، 2006م، ص 318؛ د. علي خنجر شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (الجزء الثاني)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004م، ص 752.

(5) فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر الموظف العام بأنه "من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق شغله منصباً يدخل في التنظيم الإداري لهذا المرفق". أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 465 لسنة 5 ق بتاريخ 29/12/1957م. مشار إليه لدى د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص 255.

(6) وقد انتقد بعض الفقه الإداري مسلك المشرع اليمني عندما خرج على فكرة دائمية الوظيفة العامة واعتبر الوظيفة المؤقتة وظيفة عامة ووصفه بأنه منتهج معيب. أنظر في ذلك: د. محمود حلمي و د. هؤاد النادي: الوجيز في مبادئ القانون الإداري المصري واليمني، دار نشر الثقافة، الطبعة الأولى، 1980م، ص 261.

(7) يؤيد بعض الفقه الإداري إطلاق صفة الموظف العام على من يعمل في وظيفة مؤقتة منهم على سبيل المثال د. ماجد راغب الحلو. أنظر في ذلك: مؤلفه "القانون الإداري"، مكتبة الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م، ص 160.

بذلك قد استهدف المساواة بين جميع الموظفين سواء كانوا في وظيفة دائمة أو مؤقتة وإخضاعهم لنظام واحد مما يؤدي للقضاء على أي تفرقة في المعاملة بينهم أيا كانت الوظائف التي يشغلونها<sup>(8)</sup>. وبناء على ما سبق، وبصرف النظر عن الخلاف حول مدى سريان صفة الموظف العام على من يعمل في وظيفة مؤقتة، يتضح أن هناك إجماع على ضرورة توافر عنصرين رئيسيين في الموظف العام، وهما صحة إجراءات التعيين من السلطة المختصة، والخدمة في مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، وسوف نتعرف على مدى توافر هذين العنصرين في الموظف الفعلي حتى نستطيع التمييز بين الموظف العام والموظف الفعلي.

#### ثانياً: مدلول الموظف الفعلي:

اتجه غالبية الفقه الإداري إلى تعريف الموظف الفعلي بأنه «ذلك الشخص الذي يشغل وظيفة عامة بالرغم من بطلان قرار تعيينه أو لم يصدر بتعيينه قرار إطلاقاً، ومع ذلك يعترف الفقه والقضاء بالأعمال الصادرة منه كما لو صدرت من موظف عام يمتلك قرار تعيين صحيح»<sup>(9)</sup>. ويتضح من هذا التعريف أن الموظف الفعلي عبارة عن شخص يمارس أعمال الوظيفة العامة، حيث يشغل أحد المراكز الفعلية في هيكل الوظائف، سواء كان هذا المركز أحد الوظائف العليا في الجهاز الإداري، أو كان يشغل وظيفة في المستويات الأدنى من ذلك، المهم أنه يظهر بمظهر رجل الإدارة كما لو كان تعيينه صحيحاً، رغم مخالفة ذلك للواقع نتيجة لعدم امتلاكه قرار مطلقاً، أو كان يمتلك قرار تعيين ولكنه معيب بأحد عيوب القرار الإداري ومعرض للإلغاء. ومن هنا، لكي تتوفر صفة الموظف الفعلي في الشخص الذي يمارس أعمال الوظيفة العامة، لابد من توافر عنصرين رئيسيين هما:

#### ● العنصر الأول: الوجود المادي في أحد مراكز الجهاز الإداري في الدولة:

فلا بد أن يشغل الموظف الفعلي وظيفة مما يدخل في الهيكل التنظيمي لأحد أجهزة الإدارة العامة ويظهر بمظهر رجل الإدارة، ولا يهم درجة هذا المركز، فقد يكون على رأس أحد أجهزة الدولة، فمن المتصور أن يشغل الموظف الفعلي مركز وزير لأحد الوزارات، أو محافظاً لأحد المحافظات، أو رئيساً لمجلس إدارة إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة، كما أن من الممكن أن يشغل الموظف الفعلي

(8) أنظر: د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري، مكتبة الصادق، -2009 2010م، ص298.

(9) أنظر في ذلك: د. محمود حلمي و د. فؤاد النادي، مرجع سابق، ص259.

مركزاً أدنى من حيث الدرجة، كما لو شغل وظيفة محصل ضرائب أو رجل شرطة أو مدرس إلى غير ذلك من الوظائف الموجودة في الهيكل التنظيمي لأجهزة الدولة ومؤسساتها.

● العنصر الثاني: بطلان قرار التعيين أو عدم وجوده مطلقاً:

فالموظف الفعلي رغم ظهوره بمظهر رجل الإدارة وشغله لأحد المراكز الفعلية في الجهاز الإداري في الدولة ينحسر عنه أحد العناصر الرئيسية لاكتساب صفة الموظف العام، وهو الحصول على قرار تعيين صحيح من السلطة المختصة، فعدم توفر هذا القرار هو الذي أسبغ صفة الموظف الفعلي على هذا الشخص بدلاً عن صفة الموظف العام.

فقد يكون الموظف الفعلي حاصلًا على قرار تعيين، ولكن هذا القرار غير سليم لتخلف أحد شروط صحة القرار الإداري الذي صدر بتعيينه<sup>(10)</sup>، كما لو صدر قرار تعيينه من سلطة غير مختصة أو صدر بالمخالفة للقوانين واللوائح المنظمة لشغل الوظيفة العامة، أو بسبب عدم اتباع الإجراءات التي نص عليها القانون، إلى غير من ذلك من العيوب التي تشوب القرار الإداري وتعرضه للإلغاء من قبل القضاء.

وقد يكون الموظف الفعلي حاصل على قرار تعيين صحيح ولكن علاقته بالوظيفة العامة انتهت لسبب من الأسباب التي حددها القانون لإنهاء الرابطة الوظيفية، كما لو أحيل الموظف إلى التقاعد أو تم فصله تأديبياً، أو قبلت استقالته بعد تقديمها، إلى غير ذلك من الأسباب، فإذا قام الموظف بممارسة أعمال الوظيفة العامة بعد انتهاء الرابطة الوظيفية، فإن من الممكن إعمال نظرية الموظف الفعلي على التصرفات الصادرة منه وفقاً للضوابط التي تحكمها هذه النظرية.

وقد يكون الموظف الفعلي غير حاصل على قرار إداري بالتعيين في الوظيفة التي يشغلها مطلقاً، ومع ذلك يمارس أعمال الوظيفة ويظهر بمظهر السلطة العامة كما لو كان يمتلك قرار تعيين صحيح، وتظهر تطبيقات هذه الحالة غالباً في الظروف الاستثنائية، كما لو قامت حرب أو ثورة أو كارثة طبيعية وترك رجال الإدارة أعمالهم وفروا هاربين، وتصدى بعض أشخاص -الذين لا تربطهم علاقة تنظيمية بالوظيفة العامة- لتسيير المرافق العامة وتصرفوا كما لو كانوا موظفين قانونيين، فإن القضاء الإداري يعترف بتصرفات هؤلاء الأشخاص ويرتب عليها بعض الآثار القانونية إعمالاً لنظرية الموظف الفعلي وتحت مبرر مبدأ الحفاظ على حسن سير المرافق العامة سيراً منتظماً<sup>(11)</sup>، وهو ما

(10) أنظر في ذلك: د. محمود حلمي و د. فؤاد النادي، مرجع سابق، ص 259.

(11) أنظر د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 303.

سنتعرض له بشي من التفصيل لاحقا.

## المطلب الثاني

### تمييز الموظف الفعلي عن غيره من المصطلحات المشابهة

بعد بيان مدلول كل من الموظف الفعلي ومعرفة الفرق بينه وبين الموظف العام الذي يمتلك قرار تعيين صحيح، نجد أنه من اللازم تمييز مدلول الموظف العام عن المصطلحات المشابهة التي قد تختلط به.

لذلك، سوف نقوم بتمييز الموظف الفعلي عن منتحل الوظيفة العامة، تم بعد ذلك نميز الموظف الفعلي عن الموظف المتطوع وذلك على النحو التالي:

أولاً: تمييز الموظف الفعلي عن منتحل الوظيفة العامة:

يعرف الفقه الإداري منتحل الوظيفة العامة بأنه ذلك الشخص الذي يمارس مهام الوظيفة العامة دون سند قانوني، مدعياً انتماءه للوظيفة العامة دون وجه حق<sup>(12)</sup>.

فمنتحل الوظيفة العامة هو شخص لا يرتبط بالوظيفة العامة بقرار تعيين مشروع ولا غير مشروع، فهو لا يمتلك قرار تعيين مطلقاً، وإنما هو عبارة عن شخص سيء النية يدعي صلته بأحد مراكز الوظيفة العامة من أجل تحقيق منافع خاصة.

ونظراً لخطورة الفعل الذي يرتكبه هذا الشخص فقد اعتبره قانون العقوبات اليمني<sup>(13)</sup> أحد الجرائم الماسة بالوظيفة العامة وقرر له العقوبة الرادعة<sup>(14)</sup>،

وعلى ذلك، يعاقب منتحل الوظيفة العامة بالحبس مدة لا تزيد على سنة إذا اقتصرته جريمته على الانتحال، أما إذا تجاوزت ذلك إلى تحقيق المنتحل فائدة مادية لنفسه أو لغيره، فإنه

(12) أنظر: د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص261.

(13) أنظر المادة (173) من القانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات والتي تنص على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالفراغ من أقدام علانية بغير حق على ارتداء زي رسمي أو كسوة يخص بها القانون فئة من الناس أو على حمل وسام أو نيشان الدولة أو إشارة أو علامة لوظيفة أو عمل أو على انتحال لقب من ألقاب الشرف أو من الألقاب العلمية أو الجامعية المعترف بها رسمياً أو رتبة من الرتب العسكرية أو صفة نيابية عامة، ويسري هذا الحكم إذا كان الزي أو الوسام أو غيرها مما ذكر لدولة أجنبية".

(14) للمزيد حول جريمة الانتحال للصفات والوظائف في التشريع اليمني، أنظر: القاضي حسين بن محمد المهدي، الجرائم الماسة بالوظيفة العامة، 2003م، ص244 وما بعدها.

يستحق عقوبة أكبر من ذلك، وهي العقوبة المقررة لجريمة النصب<sup>(15)</sup>، والمحددة بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة<sup>(16)</sup>.

وتختلف تطبيقات انتحال الوظيفة العامة في الظروف العادية عنها في الظروف الاستثنائية

على النحو التالي:

ففي الظروف العادية تتمثل تطبيقات انتحال الوظيفة العامة في الحالات الفردية، كما لو قام شخص بانتحال صفة رجل شرطة وقام بإيقاف المارة لتحقيق منافع مادية منهم، أو قام بانتحال صفة محصل ضرائب أو رسوم، واستخدم دفتر سندات مزور وبدء بالتحصيل من المواطنين.

أما في الظروف الاستثنائية فبالإضافة للتطبيقات المتصور وقوعها في الظروف العادية، يمكن أن تتمثل تطبيقات انتحال الوظيفة العامة في حالات الانتحال الجماعي، كما لو قامت جماعة مسلحة باغتصاب السلطة من الحكومة الشرعية وتقوم بممارسة أعمال الوظيفة العامة دون سند قانوني.

وسواء كان انتحال صفة الموظف العام قد تم بشكل فردي أو بشكل جماعي، فإن أعمال المنتحل للوظيفة العامة تعد من قبيل الأعمال المادية التي لا ترقى إلى مرتبة الأعمال القانونية بل هي أعمال منعدمة، وفي هذه الحالة لا يمكن للمنتحل للوظيفة العامة أن يستفيد من ممارسة أعمال الوظيفة إلا وفقاً لدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان قد صرف من أمواله الخاصة وحقق فوائد حقيقية لجهة الإدارة<sup>(17)</sup>.

وبناء على ما سبق، يمكن القول أن منتحل الوظيفة العامة لا يختلف عن الموظف الفعلي فيما يتعلق ببطلان سند شغل الوظيفة، فكلاهما لا يمتلك قرار تعيين صحيح، إلا أن الفارق بينهما يكمن في توافر ظروف خاصة في الموظف الفعلي تضي الشرعية على تصرفاته، وهذه الظروف يمكن اعتبارها الأساس الذي قامت عليه نظرية الموظف الفعلي، والمتمثلة في الظروف العادية في حماية الجمهور الذين تعاملوا مع الموظف بحسن نية معتمدين على الوضع الظاهر، وفي الظروف الاستثنائية على

(15) أنظر: القاضي حسين بن محمد المهدي، مرجع سابق، ص253.

(16) أنظر المادة (310) من القانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات والتي تنص على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة من توصل بغير حق إلى الحصول على فائدة مادية لنفسه أو لغيره وذلك بالاستعانة بطرق احتيالية (نصب) أو أخذ أسم كاذب أو صفة غير صحيحة".

(17) أنظر: د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص261، 262.

ضرورة سير المرافق العامة بصورة منتظمة<sup>(18)</sup>، وسوف نتكلم عن هذين الأساسين بشي من التفصيل في المبحث الثاني.

#### ثانياً: تمييز الموظف الفعلي عن الموظف المتطوع:

يقصد بالموظف المتطوع الشخص الذي يقوم بممارسة أعمال الوظيفة العامة بصورة استثنائية أو عارضة لسد فراغ معين أو لتقديم مساعدة للقائمين على الوظيفة العامة تحت ظروف خاصة.

ويختلف الموظف المتطوع عن كل من الموظف الفعلي ومنتحل الوظيفة من جوانب متعددة، فهو من جانب لم يدع وجود علاقة تنظيمية تربطه بالوظيفة العامة ولم تتجه نيته للاتحاق بالوظيفة العامة أثناء قيامه بالعمل الذي يتطوع فيه، كما أنه لا يدعي وجود قرار تعيين في الوظيفة التي يتطوع فيها، وقيامه بالعمل يقوم على فكرة التعاون الاختياري، ومن جانب آخر، فإن المجال الذي يعمل فيه الموظف المتطوع يقتصر على الأعمال المادية فقط ولا يمتد إلى الأعمال القانونية.

ويستخدم بعض الأشخاص فكرة العمل التطوعي كطريق للتعيين في الوظيفة العامة، فهو يقوم بتقديم خدماته التطوعية للتدريب على أعباء الوظيفة من جانب، ولإثبات أهليته بعد ذلك عند فتح الباب للتنافس على الوظيفة من جانب آخر.

وفكرة التطوع على النحو السابق تختلف عن الموظف الذي بدأ بممارسة أعمال الوظيفة العامة بعد بدء إجراءات تعيينه وقبل انتهائها بصدور قرار التعيين من السلطة المختصة، كما لو بدء بمباشرة عمله كمدرس في أحد المدارس الحكومية قبل صدور قرار التعيين، وذلك لحاجة المدرسة له في سد الفراغ القائم على نحو عاجل لا يحتمل تأخيره حتى استيفاء قرار التعيين من السلطة المختصة، ففي هذه الحالة يعتبر موظفاً فعلياً ويمكن له ممارسة الأعمال القانونية وتترتب عليها آثارها كما لو كانت صادرة من مدرس استوفى إجراءات تعيينه بقرار تعيين صحيح<sup>(19)</sup>.

18 أنظر: د. عمر حلمي فهمي، د. محمد سعيد حسين أمين، مبادئ القانون الإداري، 2004م، ص159، 160.  
19 وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري في مصر والتي اعتبرت الموظف في هذه الحالة موظفاً فعلياً. أنظر حكمها بتاريخ 1965/1/6م - القضية رقم 836 لسنة 15ق - مجموعة الخمس سنوات - ص465 رقم 236. مشار إليه لدى: د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص265، 364.

## المبحث الثاني أساس نظرية الموظف الفعلي

سبق القول أن نظرية الموظف الفعلي تعد استثناء من الأصل العام الذي يقتضي وجود قرار تعيين صحيح لممارسة الوظيفة العامة، ولا شك أن هذا الاستثناء الخطير لم يأت من فراغ أو نتيجة لفكرة تحكومية أو وليد تصور لا أساس له من الواقع، بل له ما يبرره في إطار تحقيق المصلحة العامة. وبالنظر في تطبيقات نظرية الموظف الفعلي، نجد أنها قد استندت في الظروف العادية على فكرة الظاهر، وذلك من أجل حماية المتعامل مع جهة الإدارة بحسن نية، كما أنها قد استندت في الظروف الاستثنائية على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، والذي يعد من أهم المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة. لذلك، سوف نتعرض لأساس نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية في المطلب الأول، ثم نفصل القول في أساس نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية في المطلب الثاني.

### المطلب الأول أساس نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

تستند نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية إلى فكرة الظاهر، هذه الفكرة التي وجدت تطبيقاً لها في القانون الخاص وفي الشريعة الإسلامية، فضلاً عن تطبيقها في القانون الإداري. لذلك سوف نتكلم عن مدلول فكرة الظاهر، قبل الحديث عن هذه الفكرة كمبرر تستند إليه نظرية الموظف الفعلي.

#### أولاً: مدلول فكرة الظاهر:

يأتي الظاهر في اللغة بمعنى خلاف الباطن، وهو ما يبدو من الشيء في مقابل ما هو عليه في ذاته، ويقابل الواقع<sup>(20)</sup>.

ويطلق الظاهر بمعناه العام لدى فقهاء الشريعة الإسلامية على معاني كثيرة منها الكلام

(20) أنظر: نديم مرعشلي، أسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت، ص 697.

الواضح، ويطلق على الغالب الذي يتوقع حدوثه، كما يطلق على الأصل الذي هو بمعنى المحقق<sup>(21)</sup>.  
أما بالنسبة لمدلول فكرة الموظف الظاهر لدى الفقه القانوني فيطلق على الموظف الذي يظهر  
-على خلاف الواقع- بمظهر الموظف العام ويمارس أعمال الوظيفة العامة بالرغم من عدم صحة  
قرار تعيينه وقت صدور التصرفات المتعلقة بالوظيفة منه<sup>(22)</sup>.  
ويظهر من ذلك، اختلاف مدلول فكرة الظاهر لدى الفقه القانوني عن مدلولها في فقه  
الشريعة، فهي لدى فقهاء الشريعة "الحالة العامة التي تدل على أمر راجح حصوله"<sup>(23)</sup>، في حين أن  
المقصود بالظاهر لدى الفقه القانوني الحالة القائمة التي تخالف الواقع.

#### ثانياً: فكرة الوضع الظاهر في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الخاص:

أخذت الشريعة الإسلامية بفكرة الظاهر ورتبت عليها بعض الآثار بالرغم مخالفة هذا  
الوضع الظاهر للحقيقة في بعض الأحوال، فقد روى البخاري ومسلم عن أم سلمة رضي الله عنها  
قالت: قال رسول صلى الله عليه وسلم "إنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من  
بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه؛ فإنما أقطع له  
به قطعة من النار"<sup>(24)</sup>. وفي الحديث دلالة واضحة على العمل بالظاهر واعتباره مالم يكن هناك دليل  
قوي على مخالفته<sup>(25)</sup>.

#### ثالثاً: فكرة الوضع الظاهر في القانون الخاص:

وجدت فكرة الظاهر تطبيقاً لها في القانون الخاص، حيث يتم الاعتداد بالتصرف الذي  
يبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، والذي أقدم على التعامل مع هذا الشخص وهو  
يعتقد أنه يتعامل مع ذي صفة ومع صاحب الحق الذي يتم التعامل بشأنه، وفي هذه الحالة يكون  
التصرف صحيحاً وناظراً في مواجهة صاحب الحق الحقيقي لمصلحة الغير حسن النية<sup>(26)</sup>.

21 أنظر في ذلك: محمد سماعي الجزائري، نظرية الأصل والظاهر في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2005م، ص26 وما بعدها.

22 أنظر في هذا المعنى د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص303.

23 أنظر في ذلك: محمد سماعي الجزائري، مرجع سابق، ص31.

24 صحيح البخاري، حديث رقم (2534) المجلد الثاني ص952.

25 للمزيد حول حجية العمل بالظاهر في الفقه الإسلامي وحجتيه: أنظر محمد سماعي الجزائري، مرجع سابق، ص119 وما بعدها.

26 أنظر مجاهد بن عبد الله بصالح السلامة، أحكام الوضع الظاهر في العقود المالية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1435-1434هـ، ص5.

#### رابعاً: فكرة الظاهر كأساس لنظرية الموظف الفعلي:

استندت نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية إلى فكرة الظاهر، وذلك حماية للجمهور المتعامل مع جهة الإدارة بحسن نية<sup>(27)</sup>، فهؤلاء الأشخاص لا يستطيعون التحقق من صحة قرار التعيين للموظف الذي يمثل الإدارة ويظهر بمظهر الموظف العام، خصوصاً وأنه من غير المقبول أن يطلب كل شخص يتعامل مع الإدارة من الموظف إثبات صحة قرار تعيينه.

فقد يصدر قرارا بتعيين شخص في وظيفة عامة، غير أن هذا القرار يكون معيباً بأحد عيوب القرار الإداري مما يستوجب بطلانه، وهذا من شأنه اعتبار كل التصرفات الصادرة عن الموظف باطلة، عملاً بقاعدة ما بني باطل فهو باطل، إلا أن القضاء الإداري قد جرى على اعتبار تصرفات هذا الموظف شرعية كما لو صدرت من موظف شرعي وذلك حماية للغير حسن النية.

ويرى البعض<sup>(28)</sup> أنه يشترط أن يكون قرار التعيين الباطل معقولاً أو مستتراً وغير ظاهر، بحيث يعذر الجمهور الذي تعاملوا مع الموظف بحسن نية دون أن يتسرب إلى ذهنهم أدنى شك في صحة تعيينه إذا لم يدركوا سبب بطلانه، وهذا ما يتوافق مع مبدأ حسن النية لدى المتعامل مع الإدارة. وعلى ذلك فإذا انتخب شخصاً خطأ للقيام بوظيفة أو مارس أحد الموظفين اختصاصه بناء على تفويض باطل، ثم صدر حكماً قضائياً بإلغاء الانتخاب أو ببطالان التفويض، فإن القضاء يسلم بشرعية بعض التصرفات الصادرة عن الموظف رغم ذلك.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن حسن النية لا يشترط في الموظف الفعلي لأن المقصود من تقرير هذه النظرية هو حماية الغير وليس حماية الموظف الفعلي، فإذا كان الغير حسن النية فإن تصرفات الموظف الفعلي تعد صحيحة كما لو صدرت من موظف شرعي، وذلك بصرف النظر عما إذا كان الموظف حسن النية أو سيء النية<sup>(29)</sup>.

(27) أنظر: د. عمر حلمي فهمي، د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 159.

(28) أنظر: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة سنة 1968م، ص 122، 123.

(29) أنظر: د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 319.

## المطلب الثاني

### أساس نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

إذا كان الفقه والقضاء قد اعترفا بنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية استناداً إلى فكرة الظاهر وذلك حماية للجمهور الذي تعاملوا مع جهة الإدارة بحسن نية، فإنهما قد استندا في الظروف الاستثنائية على مبدأ سير المرافق العامة بصورة منتظمة. لذلك، سوف نتعرف أولاً على مدلول مبدأ سير المرافق العامة بصورة منتظمة باعتباره من أهم المبادئ الضابطة لسير المرفق العام، ثم نتناول بعد ذلك استناد نظرية الموظف الفعلي لهذا المبدأ في الظروف الاستثنائية.

#### أولاً مدلول مبدأ سير المرافق العامة بصورة منتظمة

المرافق العامة بوجه عام هي عبارة عن مشروعات عامة تقوم الدولة بإنشائها والإشراف على إدارتها بهدف تحقيق الحاجات العامة للمجتمع مثل الصحة والتعليم والأمن والاتصالات والكهرباء والمياه وغيرها من الحاجات الأساسية.

ويعد مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام من المبادئ الجوهرية التي تملئها طبيعة وفكرة المرفق العام، فالمرافق العامة تعتبر أنشطة ضرورية لسير الحياة في المجتمع، وهذا ما يفرض تأمين سيرها بانتظام وبدون انقطاع، فلنا أن نتصور كيف يأمن الناس على أرواحهم وأموالهم وأعراضهم إذا انقطع أو توقف أو أعيق مرفق الأمن العام؟ وكيف تصير حياة الناس إذا توقف مرفق الصحة أو التعليم عن تقديم خدماته؟ وكيف يكون وضع المجتمع عند انقطاع خدمات الكهرباء والمياه خصوصاً في المناطق الحارة في الصيف؟ لاشك أنه لو حدث ذلك فإن حياة الناس ستصاب الشلل، لذلك كان مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام من أهم المبادئ التي تحكم المرفق العام<sup>(30)</sup>.

ولأهمية هذا المبدأ فإنه قد أصبح مقرراً دون حاجة إلى نص، وإذا كانت التشريعات لا تنص عليه صراحة فإنها تشير إلى النتائج المترتبة عليه<sup>(31)</sup>، وما سكنت عنه التشريعات اعترف به الفقه

(30) أنظر: د. محمد رفعت عبدالوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2012م، ص288.

(31) أنظر: د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص157.

وكذلك القضاء الإداري والذي له دور إنشائي مكمل للدور التشريعي. وتتمثل أهم النتائج المترتبة على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام في تنظيم الإضراب أو تحريره، وتنظيم استقالة الموظفين، والاعتراف بنظرية الموظفين الفعليين أو الواقعيين، والاعتراف لجهة الإدارة بسلطات استثنائية غير مألوفة في مجال العقود الإدارية وتقرير الحماية للأموال العامة ومنع التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم إلى غير ذلك من النتائج التي تكفل سير المرفق العام بانتظام ودون توقف<sup>(32)</sup>. وبناءً على سبق، يظهر لنا أن نظرية الموظف الفعلي ما هي إلا نتيجة أو تطبيق لتأمين سير المرافق العامة بانتظام ودون انقطاع خصوصاً في الظروف الاستثنائية.

#### ثانياً: مبدأ سير المرافق العامة بصورة منتظمة كأساس لنظرية الموظف الفعلي

قد تحدث في الدولة ظروف استثنائية نتيجة لكارثة طبيعية أو غزو خارجي أو ثورات داخلية، مما يؤدي إلى اختفاء السلطات الرسمية، وهذا بلا شك يعرض المرافق العامة للتوقف، وحينئذٍ يحل بعض الأشخاص العاديين محل تلك السلطات في ممارسة أعباء الوظيفة العامة وتأمين سير المرافق العامة التي لا غنى عنها ولا يمكن أن تستقيم حياة الناس من دونها. وهنا نجد أن الفقه والقضاء قد اعترف بتصرفات الموظفين الفعليين الذين حلوا محل السلطة الرسمية بسبب الظروف الاستثنائية بالرغم من عدم وجود قرارات تعيين لهم مطلقاً، مستندا في ذلك على مبرر قوي وهو ضمان سير المرافق العامة سيراً منتظماً ودون توقف، فتكون التصرفات الصادرة منهم صحيحة وترتب آثارها كما لو كانت صادرة من السلطة الشرعية<sup>(33)</sup>. ولعل هذا الوضع يؤكد على مرونة قواعد القانون الإداري ومسايرتها للمصلحة العامة، فهذه القواعد قد وضعت لتحكم الظروف العادية حتى تضمن تطبيق مبدأ المشروعية على أعمال وتصرفات السلطة العامة، ولكن إذا ما أدى تطبيق تلك القواعد في الظروف الاستثنائية إلى تعطيل المرافق العامة وتوقفها عن العمل، فإن من الممكن التضحية بجزء من تلك القواعد ضماناً لتحقيق مصلحة أكبر وأهم، وهي ضمان استمرار المرافق العامة في تأدية نشاطها دون توقف.

(32) للمزيد من التفاصيل حول مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام وتطبيقاتها أو النتائج المترتبة عليه، أنظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 288 وما بعدها؛ د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص 157 وما بعدها؛ د. مطيع علي حمود جبير، القانون الإداري اليمني والمقارن، مكتبة الصادق، صنعاء، الطبعة الأولى، 2014م، ص 181 وما بعدها.

(33) أنظر: د. عمر حلمي فهمي، د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 160.

ومن جانب آخر، يتبين لنا بوضوح الدور الإنشائي للقضاء الإداري والذي يعد مكملاً للدور التشريعي في صنع قواعد القانون الإداري، حيث يبتكر النظريات وبيدع المبادئ القانونية ويضع الحلول المناسبة للمشكلات المختلفة في حال عدم وجود نص تشريعي<sup>(34)</sup>، مستهدياً في ذلك بالغاية من وضع النصوص التشريعية وهي تحقيق المصلحة العامة.

ومما سبق، يظهر لنا الفارق بين تطبيق نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية وتطبيقها في الظروف الاستثنائية، وهو أنه في الظروف الاستثنائية لا يقع الجمهور الذين يتعاملون مع جهة الإدارة في غلط بشأن صفة الموظف، فهم يعلمون أنه ليس موظفاً رسمياً، ومع ذلك يتعاملون معه بسبب الظروف الاستثنائية والضرورة القائمة، وهذا على خلاف الوضع في الظروف العادية، فالجمهور يقع في غلط بشأن صفة الموظف الفعلي، وذلك باعتقادهم أنه موظف شرعي يمتلك قرار تعيين صحيح لظهوره بمظهر الموظف الرسمي في أوضاع طبيعية للدولة، وبالتالي لا بد من توافر حسن النية فيهم حتى يتم إعمال نظرية الموظف الفعلي واعتبار التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي صحيحة كما لو كانت صادرة من موظف رسمي<sup>(35)</sup>.

### المبحث الثالث

#### التطبيقات العملية لنظرية الموظف الفعلي

تختلف تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية عن تطبيقاتها في الظروف الاستثنائية تبعاً لاختلاف الأساس الذي قامت عليه في كل منهما، وسوف نتعرض في المطلب الأول للتطبيقات العملية لإعمال نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية، ثم بعد ذلك تناول تطبيقات النظرية في الظروف الاستثنائية في المطلب الثاني.

(34) أنظر في هذا المعنى: د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص55.

(35) أنظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص293.

## المطلب الأول

### تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية

سبق القول أن نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية تقوم على أساس فكرة الظاهر وذلك حماية للجمهور الذين يتعاملون مع الإدارة بحسن نية، فالتصرفات التي تصدر ممن يظهر بمظهر الموظف العام تعتبر صحيحة كما لو صدرت من موظف رسمي وقد اعترف القضاء بهذه التصرفات استناداً لفكرة الظاهر.

وتطبيقاً لذلك، نتكلم عن الحالات التي يتم فيها إعمال هذه النظرية في الظروف العادية

وهي على النحو التالي:

#### (1) حالة عدم التولية أو التعيين:

وفقاً لهذه الحالة يكون الشخص الذي يمارس أعمال الوظيفة العامة غير معين إطلافاً، لا بقرار صحيح ولا باطل، ومع ذلك يمارس أعمال الوظيفة في مقرها الرسمي ويتعود الأفراد على رؤيته في هذه الوظيفة، فيعتقدون أنهم يتعاملون مع موظف رسمي. ونظراً لصعوبة حدوث ذلك في الظروف العادية فإن القضاء الإداري يتشدد في الضوابط التي تحكم هذه الحالة، حيث يستلزم وجود مظاهر جادة لشغل الوظيفة بطريقة هادئة ومستقرة، وقبول لشاغلها، من جانب كل من الإدارة والأفراد الذين يتعاملوا معها، كما لو كان موظفاً عاماً رسمياً<sup>(36)</sup>.

وإذا كان الفقه والقضاء قد تشدد في الضوابط المطلوبة لإعمال نظرية الموظف الفعلي على حالة عدم التولية، فاستلزم وجود مظاهر جادة لشغل الوظيفة بصورة مستقرة وهادئة، إلا أنه قد خالف ذلك تحت ظروف معينة، فقد يحدث أن يقوم شخص بممارسة العمل الإداري بصورة عارضة وليس بصورة مستقرة وهادئة، ويظهر - بسوء نية - بمظهر الموظف الرسمي بصورة تخدع من يتعامل معه وتجعله يتوهم أنه يتعامل مع موظف رسمي، ومع ذلك يُعتمد بأفعاله التي صدرت في مواجهة الغير حسن النية، ومثال ذلك أن يقوم شخص بانتحال صفة محصل حكومي، فيسرق سندات السداد، وهي موقعة ومختومة بخاتم الإدارة ومعدة للاستخدام، ويقوم فوراً - وقبل اكتشاف جهة الإدارة - بالتحصيل من الأفراد في منازلهم مقدماً نفسه بأنه موظف رسمي، ويتقاضى منهم مبالغ الرسوم

(36) أنظر د. ماجد الحلو، مرجع سابق، ص 304.

المطلوبة ويعطيهم إيصالات السداد.

ففي هذه الحالة يتم أعمال نظرية الموظف الفعلي لأن الأفراد لا يمكنهم التمييز بين الموظف الرسمي والموظف المنتحل للوظيفة طالما كان في يده سندات السداد مختومة بخاتم الإدارة، وعلاوة على ذلك، لم تجري العادة أن يطلب الأفراد من الموظف المحصل ما يثبت صحة تعيينه أو مركزه الوظيفي خصوصا وأنه يبرز في يده إيصالات رسمية<sup>(37)</sup>.

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن السداد الذي تم لشخص كان يجلس في المكان المخصص للتحصيل هو سداد صحيح، فقد كان الظاهر يوحي بأن الشخص الجالس هو الموظف المختص بالتحصيل<sup>(38)</sup>.

## (2) حالة بطلان التولية أو التعيين

تعد حالة بطلان التعيين من أهم حالات أعمال نظرية الموظف الفعلي وأوسعها انتشارا وتطبيقا في الظروف العادية، فالموظف طبقا لهذه الحالة يمتلك قرار تعيين، ويبدأ بممارسة عمله الإداري ويظهر بمظهر الموظف العام أمام جهة الإدارة التي ينتمي لها وأمام الجمهور المتعامل مع الإدارة، ويمارس أعماله وفقا لقواعد الاختصاص ويصدر عنه قرارات إدارية وفقا لاختصاصه. ولكن يظهر بعد ذلك أن قرار تعيينه كان غير مشروع لتخلف أحد شروط صحته، كما لو صدر من سلطة غير مختصة، أو صدر دون مراعاة للإجراءات التي حددها القانون، أو كان يحتوي على مخالفة للقانون، أو كان إصداره مشوب بعيب إساءة استخدام السلطة ولم يكن يستهدف تحقيق المصلحة العامة، إلى غير ذلك من العيوب التي تصيب القرار الإداري.

وفي هذه الحالة يثور تساؤل حول التصرفات التي صدرت عنه خلال فترة ممارسته للوظيفة العامة رغم بطلان قرار تعيينه؟ هل تعد قرارات باطلة تبعا لبطلان قرار التعيين؟

أجاب القضاء الإداري على هذا التساؤل الذي وجدت له العديد من التطبيقات في العديد من الدول المقارنة؛ ففي فرنسا اعترف القضاء الإداري بتصرفات الموظف المعين بقرار غير مشروع حكم القضاء بإلغائه، أو القرارات الصادرة من الهيئة المحلية التي حكم القضاء الإداري بإلغاء انتخابها، أو

(37) أنظر د. ماجد الحلو، مرجع سابق، ص305.

(38) أنظر في ذلك:

c. e. 21 juillet-1876-Ducatel-Sirey- 1898380-2-

مشار إليه لدى د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص263.

صدر بناء على تفويض غير مشروع، واعتبرها قرارات مشروعة استنادا لنظرية الموظف الفعلي<sup>(39)</sup>. وفي الأردن، اعتبرت محكمة العدل العليا القرارات التي صدرت عن جهات إدارية حكم القضاء الإداري بإلغاء تأهيلها القانوني قرارات مشروعة استنادا لنظرية الموظف الفعلي<sup>(40)</sup>. أما بالنسبة للوضع في اليمن فتجد أنه قد سار في نفس الاتجاه، ويظهر ذلك من خلال العديد من التطبيقات التي تؤكد إعمال نظرية الموظف الفعلي على الموظف المحكوم ببطلان تعيينه، فقد صدرت عن المحكمة الإدارية عدة أحكام حديثة في هذا الجانب، منها على سبيل المثال<sup>(41)</sup> الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري بتعيين النائب العام لعدم مشروعيته، والذي أشار في أسبابه إلى "أن لهذا الحكم الأثر المباشر ولا تأثير له على الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة والأوضاع السابقة على إصداره"، وفي هذا دلالة واضحة على إعمال نظرية الموظف الفعلي على تصرفات النائب العام خلال فترة ممارسته لمهامه بالرغم من بطلان قرار تعيينه، والاعتراف بها كما لو كان قرار تعيينه قرارا مشروعاً، وأن أثر الحكم يتجه إلى ما بعد صدوره فحسب، وهذا ما يحقق المحافظة على الحقوق المكتسبة للأفراد بناء على تصرفات النائب العام المحكوم ببطلان قرار تعيينه، كما يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية التي ترتبت على ذلك طالما كانت متفقة مع النظام والقانون، فلا يستثنى إلا القواعد المتعلقة بالاختصاص، حيث تعتبر كما لو صدرت من النائب العام الشرعي، أما فيما عدا ذلك فتكون خاضعة لحكم للقانون وتحت رقابة القضاء.

### (3) حالة الاستمرار في ممارسة الوظيفة بعد انتهاء الرابطة الوظيفية

تعتبر حالة الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة العامة من الحالات الهامة التي طبقت فيها نظرية الموظف الفعلي، وصورتها أن يشغل شخص أو هيئة وظيفة عامة بقرار تعيين صحيح لمدة من الزمن تطول أو تقصر، ثم تنتهي فترة الصلاحية لأي سبب كان، مثل بلوغ سن التقاعد أو تقديم الاستقالة أو الفصل بطريق تاديب، أو انتهاء الفترة القانونية لهيئة منتخبة، إلى غير ذلك من الأسباب المنهية لصلاحية ممارسة الوظيفة العامة، ولكن بالرغم من ذلك يستمر هذه الشخص

(39) أنظر: د. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص752، 753.

(40) فقد قضت محكمة العدل العليا في الأردن في حكم لها: "أن القول بأن اللجنة المشكلة للتحقيق في الشكوى المقدمة ضد أحد موظفي البلدية، هي لجنة غير قائمة قانوناً، وإن قرارها بالنسبة لذلك يعتبر منعماً وحقيقاً بالإلغاء، هو قول غير وارد، ذلك أن الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا القاضي بأن تعيين هذه اللجنة كان غير قانوني قد صدر بعد صدور قرار اللجنة المطلوع به، ومن المبادئ التي استقر عليها الفقه الإداري أن الإجراءات التي قام بها الموظف الفعلي تعتبر صحيحة، ولو ثبت بعد ذلك أن قرار تعيينه كان باطلاً". عدل عليا: 1973/2/7، مجلة نقابة المحامين 1973، ص362. مشار إليه لدى د. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص753.

(41) أنظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية الابتدائية بأمانة العاصمة بتاريخ 6 رجب 1438هـ الموافق 2017/4/3م برقم (172) لسنة 1438هـ في القضية الإدارية رقم (101) لسنة 1438هـ.

أو تلك الهيئة في ممارسة العمل الإداري بعد انتهاء فترة الصلاحية، وفي هذه الحالة يعترف الفقه والقضاء الإداري بهذه الأعمال وفقاً لنظرية الموظف الفعلي وبما يتفق مع ضوابطها واشتراطاتها في الظروف العادية.

والحكمة من تطبيق نظرية الموظف الفعلي على هذه الحالة ظاهرة، فمن جانب يقتضي مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد استمرار الموظف في ممارسة أعمال وظيفته بعد انتهاء الرابطة الوظيفية حتى يأتي من يحل محله ويسد الفراغ الذي يتركه، ومن جانب آخر قد يحدث لبس في تحديد ميعاد زوال الصفة في ممارسة الاختصاص، فيعتقد الأفراد أنهم أمام موظف رسمي يمارس اختصاصه القانوني<sup>(42)</sup>، وهذا ما يستلزم حماية الغير حسن النية بشأن الغلط الذي وقع فيه لأن له ما يبرره.

وتطبيقاً لذلك، أكدت محكمة القضاء الإداري المصري على أن الموظف الذي يستمر في عمله بعد بلوغ سن التقاعد دون أن تمتد خدمته بالطريقة القانونية "يعتبر خلال الفترة اللاحقة موظفاً فعلياً"<sup>(43)</sup>.

كما اعترف القضاء الإداري الأردني بنظرية الموظف الفعلي ولجأ إليها للاعتراف بالتصرفات الصادرة عن أشخاص أو هيئات انتهت فترة صلاحيتها لممارسة الوظيفة العامة، واعتبر قراراتها مشروعة كما لو صدرت منها قبل انتهاء فترة صلاحيتها طالما لم يصدر قرار تعيين جديد لمن يحل محلها في ممارسة الوظيفة التي تشغلها<sup>(44)</sup>.

وفي الاتجاه نفسه، حكم ديوان المظالم السعودي باعتبار تصرفات الموظف الباقي في عمله بعد بلوغ سن التقاعد على قبيل السهو من الإدارة في حكم الموظف الفعلي<sup>(45)</sup>، وهذا ما يتفق مع نص المادة الثامنة من لائحة انتهاء الخدمة في السعودية والتي قررت أنه «إذا استمر الموظف في العمل بعد

42 يمكن التمثيل للبلد الذي قد يحدث حول ميعاد انتهاء الصفة القانونية لممارسة الوظيفة العامة باختلاف تاريخ الميلاد المحدد في البطاقة الشخصية عن تاريخ الميلاد المحدد في البطاقة الشخصية القديمة التي التحق بالخدمة أثناء سريانها مما يحدث لبس في تاريخ الإحالة للتقاعد. أنظر د. ماجد الحلو، مرجع سابق، ص 305.

43 أنظر حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 9 نوفمبر عام 1959م (14 س ص 133). مشار إليه لدى د. ماجد الحلو، مرجع سابق، ص 306 هامش رقم (1).

44 وهذا ما أورده محكمة العدل العليا في الأردن في حكم لها بقولها: "إذا كانت مدة المجلس القروي عند إصدار قرار الاستملاك قد انتهت، إلا أنه كان يقوم بمسؤولياته استمراراً لقرار تشكيله القانوني، بحيث لا يستطيع التخلي عن مسؤولياته ما دام لم يصدر قراراً بتعيين مجلس آخر، فإن ما يطبق على قرار الاستملاك أنه صادر عن موظف فعلي، فهو مشروع بمقتضى مبادئ الفقه الإداري". عدل عليا: 1973/2/7، مجلة نقابة المحامين 1973، ص 983. مشار إليه لدى د. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 753.

45 حكم ديوان المظالم رقم 129/ت لعام 1405هـ في القضية رقم 2/144 ق لعام 1404هـ. غير منشور. مشار إليه لدى: د. خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري، مكتبة القانون والاقتصاد بالرياض، الطبعة الثانية، 2014م، ص 224.

السن النظامية للتقاعد بدون سبب نظامي يعتبر في حكم الموظف الفعلي»<sup>(46)</sup>.

وبالنسبة للوضع في اليمن نجد أن المشرع يسير في نفس الاتجاه، حيث يطبق نظرية الموظف الفعلي ويعترف بالتصرفات التي تصدر عن الموظفين بعد انتهاء الرابطة الوظيفية في بعض الحالات ضمنا لحسن سير المرافق العامة دون انقطاع، وهذا ما سار عليه المشرع الدستوري والذي نص على تكليف الحكومة بتسيير الأعمال بعد استقالتها أو إقالتها أو سحب الثقة منها باستثناء قرارات التعيين أو العزل حتى تشكل حكومة جديدة<sup>(47)</sup>.

وفي الاتجاه نفسه يعد بلوغ الموظف سن التقاعد أحد الأسباب المنهية لخدمته وفقا للقانون الخدمة المدنية<sup>(48)</sup>، ولكن إذا ما تراخت جهة الإدارة عن إحالته للتقاعد فإنه يكون في حكم الموظف الفعلي وتعتبر تصرفاته سليمة كما لو صدرت منه قبل بلوغ السن القانونية، وهذا يؤكد الواقع العملي، حيث أن عدد كبير من موظفي الجهاز الإداري في الدولة يستمرون في تأدية أعمالهم لفترات قد تطول وقد تقصر، ومع ذلك يتم الاعتراف بتصرفاتهم من قبل الإدارة أو من قبل القضاء بدليل عدم وجود حكم قضائي - بحسب علمي - قضى بإلغاء قرار إداري صادر عن موظف انتهت خدمته القانونية بسبب بلوغه سن التقاعد طالما كان مستمرا في تأدية عمله ولم تتم إحالته للتقاعد بعد.

#### (4) حالة عدم الاختصاص لموظف رسمي

وتتمثل هذه الحالة في ممارسة الاختصاص عن طريق موظف رسمي يمتلك قرار تعيين صحيح ولا يوجد شك في سلامة تمتعه بصفة الموظف العام، ولكن هذا الموظف تجاوز حدود اختصاصه وقام ببعض التصرفات التي تخرج عن الإطار المحدد له بمقتضى القوانين واللوائح المنظمة لسير العمل الإداري، وهذا ما يستوجب -وفقا للقواعد العامة- أن تكون هذه التصرفات باطلة كونها صدرت من موظف غير مختص. ومع ذلك يمكن تطبيق نظرية الموظف الفعلي على بعض تلك التصرفات واعتبارها صحيحة كما لو صدرت من موظف مختص، وذلك إذا تحققت شروط تطبيق هذه النظرية في الظروف العادية<sup>(49)</sup>.

فقد يمارس الموظف تصرفا قانونيا يقع خارج دائرة اختصاصه، إلا أن الوضع الظاهر يوحي

46 لائحة انتهاء الخدمة الصادرة بموجب قرار مجلس الخدمة المدنية رقم 813/1 وتاريخ 1423/8/20.

47 المادة (140) من الدستور اليمني وفقا لتعديله سنة 2001م والتي تنص على أنه "عند استقالة الوزارة أو إقالتها أو سحب الثقة منها تكلف الوزارة بتصريف الشؤون العامة العادية ماعدا التعيين والعزل حتى تشكل الوزارة الجديدة".

48 المادة (119) قانون رقم ( 19 ) لسنة 1991م بشأن الخدمة المدنية.

49 أنظر: د. ماجد الحلو، مرجع سابق، ص306.

بأن ذلك الموظف مختص فعلا بممارسة هذا التصرف، وهذا ما يؤدي إلى وقوع الغير حسن النية في الغلط، ويجعله يتوهم على سبيل الخطأ بأن هذا الموظف هو صاحب الاختصاص قانوناً.

وتطبيقاً لذلك، نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد قضت بصحة عقود الزواج التي وثقها أحد مساعدي العمدة دون أن تكون له صفة شرعية في توثيق عقود الزواج وإنما كان مستنداً على تفويض باطل، وذلك نظراً لأن الأفراد الذين وثقت عقود زواجهم كانوا حسني النية حينما اعتقدوا خطأً أن ذلك الشخص هو المختص بتحرير عقود الزواج وكان الظاهر يؤيد هذا الاعتقاد<sup>(50)</sup>.

وبالنسبة لموقف القضاء في اليمن من هذه الحالة نجد أنه قد تشدد فيها بشكل كبير، وجعل الاعتداء على قواعد الاختصاص سبباً جوهرياً لعدم مشروعية القرار الإداري، ويظهر ذلك من خلال أحكام القضاء التي ترتب البطلان على تجاوز قواعد الاختصاص، منها على سبيل المثال ما قضت به المحكمة الإدارية بأمانة العاصمة من إلغاء القرار الإداري الصادر من رئيس المؤسسة العامة للمسالخ وأسواق اللحوم بتكليف مديراً عاماً لفرع المؤسسة بأمانة العاصمة، وذلك لأن سلطة إصدار هذا القرار مما يدخل في اختصاص الوزير المختص، وقد رتب الحكم على ذلك إلغاء القرار الإداري كونه صدر من جهة غير مختصة وبالمخالفة لنصوص القانون، واعتباره كأن لم يكن وإعادة الحال إلى ما كان عليه<sup>(51)</sup>.

ولكن هل معنى ذلك أن القضاء اليميني لا يعترف مطلقاً بنظرية الموظف الفعلي في حالة تجاوز قواعد الاختصاص من قبل موظف عام واعتدائه على اختصاصات غيره؟ وما مصير المراكز القانونية التي ترتبت للغير حسن النية؟

وللإجابة على هذا التساؤل يمكن القول أنه بالنظر في التطبيقات القضائية حالياً يتبين بوضوح التشدد في الالتزام بقواعد الاختصاص، ولكن هذا لا يمنع أن تظهر مستقبلاً بعض التطبيقات التي ترتب بعض الآثار على تصرفات الموظف العام المتجاوز لقواعد الاختصاص وذلك لمصلحة الغير حسن النية، وبشرط ألا يكون الاعتداء على قواعد الاختصاص جسيماً، وكان المظهر الخارجي يوحي بأن الموظف العام يمارس اختصاصه مما يجعل الغير حسن النية يقع في الخطأ ويتوهم أنه أمام موظف مختص، على أن تقتصر الاستفادة من إجازة التصرف على الغير حسن النية فقط وبما

(50) أنظر في ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية - الدائرة المدنية (قضية مونروج) بتاريخ 7 أغسطس 1883م. مشار إليه لدى د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص 263؛ ومشار إليه أيضاً لدى د. ماجد الحلو، مرجع سابق، ص 207.

(51) أنظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية الابتدائية بأمانة العاصمة بتاريخ 26 ربيع الأول 1435هـ الموافق 2014/1/27م برقم (90) لسنة 1435هـ في القضية الإدارية رقم (92) لسنة 1434هـ.

يحافظ على المراكز القانونية التي ترتبت له بناء على ذلك.

## المطلب الثاني

### تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية

تستند نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية - كما بينا - على مبدأ سير المرافق العام بصورة منتظمة ودون انقطاع، ويترتب على ذلك اختلاف تطبيقات هذه النظرية في الظروف الاستثنائية عنها في الظروف العادية.

فقد يحدث أن يغيب أو يختفي أو يضر الموظفون الشرعيون إذا ما حدث ظرف استثنائي كحدوث كارثة طبيعية أو قيام ثورة داخلية أو عدوان خارجي، تاركين أماكنهم شاغرة وأعمالهم معطلة، فيحل محلهم بعض الأشخاص العاديين دون سند شرعي لتأمين سير الموافق العامة وتعتبر تصرفاتهم سليمة ومشروعة كما لو صدرت من الموظفين الشرعيين.

ولكن، قد يثور تساؤل حول تطبيقات نظرية الموظف الفعلي استناداً على مبدأ سير المرافق العامة بصورة منتظمة، وبمعنى آخر، ما هي الظروف الاستثنائية التي تجيز اعتبار تصرفات أشخاص عاديين كما لو كانت صادرة عن موظفين رسميين؟

وفي إطار الإجابة على هذا التساؤل، نجد أن بعض الظروف الاستثنائية لا تثير خلافاً لدى الفقه والقضاء حول تطبيق هذه النظرية، فقيام بعض الأفراد بتأمين سير المرافق العامة في حالة حدوث كارثة طبيعية كوقوع زلزال أو حدوث فيضان أو ما شابه ذلك من الكوارث الطبيعية سيلاقي القبول والاعتراف طالما أصبحت المرافق العامة خالية من موظفيها الشرعيين نتيجة لتلك الظروف، وقام بتأمين سيرها أشخاص عاديين مستهدفين في ذلك تحقيق المصلحة العامة، وفي هذه الحالة تعامل تصرفاتهم كما لو صدرت من الموظفين الشرعيين.

ولا يختلف الوضع أيضاً في حالة حدوث عدوان خارجي على الدولة مما يؤدي إلى خلو بعض المرافق من موظفيها الشرعيين نتيجة لهذا العدوان، فتأمين سير المرافق العامة أولى بالاعتبار من مدى شرعية من يحلون محل الموظفين الشرعيين من الأشخاص العاديين.

وتطبيقاً لذلك، اعترف مجلس الدولة الفرنسي بتصرفات الأفراد العاديين الذين قاموا

بالحلول محل السلطات الرسمية في ممارسة المهام الضرورية وتأمين سير المرافق الحيوية عقب هرب السلطات الرسمية عند غزو الحلفاء لفرنسا، وهو ما قضت به المحاكم الألمانية أيضاً بالنسبة للظروف التي سادت ألمانيا عقب الحرب العالمية الأولى<sup>(52)</sup>.

ولكن الخلاف قد يثور في حالة قيام الثورات أو الانقلابات الداخلية على السلطة الشرعية، لذلك نجد أن الفقه الإداري قد حاول وضع الضوابط لهذه الحالة الشائع حدوثها، وفي هذا الصدد فرق البعض بين الحكومة الثورية والحكومة الفعلية<sup>(53)</sup>:

فالثوار الذين ينتزعون السلطة من أيدي الحكومة الشرعية يعتبرون غاصبين، وبالتالي تعتبر أعمالهم باطلة، ولكن استثناءً من ذلك، تطبق نظرية الموظف الفعلي بشأن تصرفاتهم وتعتبر مشروعة كما لو صدرت من موظف شرعي إذا تعلقت بمرافق عامة لا يمكن أن تتوقف مثل المرافق المتعلقة بحالة الأشخاص (مصلحة الأحوال المدنية) أو غيرها من المرافق المشابهة. أما بالنسبة للحكومة الفعلية التي تستولي على السلطة نهائياً لاختفاء الحكومة الشرعية<sup>(54)</sup>، فإن أعمالها تعتبر مشروعة، ويعد الموظفون المعينون من قبلها موظفين عموميين بالمعنى الكامل، وبالتالي تعد التصرفات الصادرة عنهم مشروعة إذا ما وافقت القوانين واللوائح المنظمة لسير العمل الإداري.

وقد أخذ مجلس الدولة المصري بنظرية الموظف الفعلي استناداً إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في جلستها المنعقدة بتاريخ 29 نوفمبر (تشرين ثاني) 1964م بأن "نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضماناً لانتظام المرافق العامة وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين بها باضطراد ودون توقف، وتحتم الظروف غير العادية بان تعهد جهة الإدارة إلى هؤلاء الموظفين بالخدمة العامة، إذ لا يتسع أمامها الوقت لاتباع شروط شغل الوظيفة العامة كما لا يحق لهم الإفادة من مزاياها لانهم لم يخضعوا لاحكامها ولم يعينوا وفقاً لاصول التعيين فيها"<sup>(55)</sup>.

52 أنظر في ذلك: د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص319.

53 أنظر: د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص319 وما بعدها.

54 يمكن التمثيل للحكومة الفعلية وفقاً لهذا المعنى في التاريخ الفرنسي بحكومة الدفاع الوطني التي استولت على الحكم سنة 1870م، والحكومة المؤقتة التي مارست السلطة سنة 1944م وذلك عقب الحرب العالمية الثانية. أنظر: د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص320.

55 أنظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، جلسة 29 نوفمبر (تشرين ثاني) سنة 1964 رقم 1390 لسنة 7 ق المجموعة السنة العاشرة ص88.

أما بالنسبة لتطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية في اليمن، فنجد أن المحكمة الإدارية الابتدائية في أمانة العاصمة صنعاء قد أصدرت مجموعة من الأحكام المتعلقة بشكل أو بآخر بإعمال نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية التي مرت باليمن عقب سيطرة جماعة أنصار الله على العاصمة وفرار رئيس الجمهورية بعد ذلك وحلول اللجنة الثورية العليا محل مؤسسة الرئاسة، ونذكر على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية بإلغاء قرار تعيين مديراً عاماً لكلية الشرطة<sup>(56)</sup>.

وتتمثل وقائع هذه القضية في تقدم أعضاء هيئة التدريس بكلية الشرطة بدعواهم أمام المحكمة الإدارية الابتدائية بأمانة العاصمة مطالبين بإلغاء قرار رئيس اللجنة الثورية العليا بتعيين مديراً عاماً لكلية الشرطة لعدم مشروعيتها.

وبالنظر في منطوق هذا الحكم وحيثياته نجد أن المحكمة قد اعترفت بالتصرفات الصادرة عن اللجنة الثورية العليا باعتبارها سلطة فعلية أو واقعية تمارس المهام التي يختص بها رئيس الجمهورية، وإصدار قرار تعيين مديراً عاماً لكلية الشرطة هو من اختصاص رئيس الجمهورية وفقاً للمادة (41) من القانون رقم (10) لسنة 2001م بشأن إنشاء أكاديمية الشرطة<sup>(57)</sup>، ومع ذلك عبّرت المحكمة عن قبولها لممارسة هذا الاختصاص عن طريق اللجنة الثورية العليا باعتبارها سلطة فعلية قد حلت محل رئيس الجمهورية بناء على الثورة الشعبية<sup>(58)</sup>.

وبصرف النظر عن التوصيف الذي أطلقته المحكمة على الظروف الاستثنائية التي حدثت والذي وصفته بأنها ثورة شعبية، فإنه يظهر لنا أن المحكمة قد أعملت نظرية الموظف الفعلي وتجاوزت عن قواعد الاختصاص، وتعاملت مع قرار اللجنة الثورية العليا كما لو كان صادراً من رئيس الجمهورية.

وقد أحسنت المحكمة بالتزامها بضوابط نظرية الموظف الفعلي وحدودها، وذلك حينما اقتصرت على تجاوز قواعد الاختصاص فقط، وأخضعت القرار المطعون فيه -فيما عدا ذلك- للقواعد القانونية المنظمة لكيفية إصدار هذا القرار. فحلول اللجنة الثورية محل رئيس الجمهورية،

(56) أنظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية الابتدائية بأمانة العاصمة بتاريخ 23 ربيع ثاني 1438هـ الموافق 2017/1/21م برقم (118) لسنة 1438هـ في القضية الإدارية رقم (20) لسنة 1438هـ.

(57) تنص المادة (41) من القانون رقم (10) لسنة 2001م بشأن إنشاء أكاديمية الشرطة على أن "يعين مدير الكلية من بين ضباط الشرطة الحائزين على درجة الدكتوراه بقرار جمهوري بناء على ترشيح من وزير الداخلية وعرض رئيس الوزراء بحيث لا تقل رتبته عن عميد".

(58) أنظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية الابتدائية بأمانة العاصمة بتاريخ 23 ربيع ثاني 1438هـ الموافق 2017/1/21م برقم (118) لسنة 1438هـ في القضية الإدارية رقم (20) لسنة 1438هـ السابق الإشارة إليه. والذي نص في حيثياته على أنه "وحيث أن اللجنة الثورية العليا بالجمهورية اليمنية هي السلطة الواقعية التي حلت محل السلطة الهرمية العليا -رئيس الجمهورية- وفق إرادة شعبية الأمر الذي تكون معه وفقاً للإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 2015/2/6م لها الشرعية الثورية وسلطة إصدار مثل هذه القرارات"

لا يعني قبول القرارات الصادرة عنها على أي صورة كانت، وإنما يجب أن تكون خاضعة للضوابط والحدود التي وضعتها القوانين واللوائح. وبمعنى آخر، أن قبول حلول اللجنة الثورية العليا محل رئيس الجمهورية وممارستها لاختصاصاته لا يجعلها في وضع أفضل منه لو كان موجودا، فإذا كانت قرارات رئيس الجمهورية معرضة للإلغاء القضائي إذا ما خالفت حكم القانون، فإن قرارات اللجنة الثورية العليا أيضاً تكون معرضة للإلغاء إذا ما تجاوزت حكم القانون.

وهذا ما سارت عليه المحكمة الإدارية والتزمت به في هذه القضية وغيرها، لذلك نجد أنه بالرغم من اعترافها بالسلطة الفعلية للجنة الثورية العليا، إلا أنها قد ألغت قرار هذه اللجنة بتعيين مديراً عاماً لكلية الشرطة لمخالفته قواعد المشروعية، فقد كان القرار مشوباً بمجموعه من العيوب التي تؤدي إلى بطلانه، حيث خالف قواعد الشكل والإجراءات التي نص عليها القانون، واستند على سبب غير صحيح، كما أنه سعى لتحقيق غاية شخصية، مما يعني انحرافه عن المصلحة العامة التي حددها المشرع، وهذا ما أكدته منطوق الحكم وحيثياته.

ولكن قد يثور تساؤل عن سبب تفرقة المحكمة بين منصب رئيس اللجنة الثورية العليا ومنصب مدير كلية الشرطة، فإذا كانت قد اعترفت بنظرية الموظف الفعلي وأسبغت على أعلى سلطة في الدولة -والمتمثلة في اللجنة الثورية العليا- صفة الموظف الفعلي، وذلك تحقيقاً لسير المرافق العامة بصورة منتظمة في ظل الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، فلماذا لا يتم تطبيق نفس الأمر على مدير كلية الشرطة المعين بصورة مخالفة للقوانين واللوائح واعتباره موظفاً فعلياً لا يخضع في تعيينه للشروط والإجراءات القانونية؟

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي علينا الرجوع للضوابط التي وضعها الفقه والقضاء لإعمال نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، لاسيما إذا وُصفنا الوضع الحالي توصيفاً قانونياً سليماً وبمناى عن المؤثرات والميول الشخصية.

وفي هذا الصدد، يمكن القول أن النزاع القائم على السلطة في اليمن يؤكد أن السلطة الشرعية قد فقدت السيطرة على عدد من المدن اليمنية بما فيها العاصمة، وفي نفس الوقت نجد أن عدد من المدن يقع خارج نطاق السلطة الواقعية التي حلت محل السلطة الشرعية. وبالرجوع لآراء الفقه القانوني حول مدى مشروعية تصرفات السلطة الواقعية في هذه الحالة، نجد أنها قد وضعت

ضوابط للاعتراف بها، حيث استلزمت أن تتعلق هذه التصرفات بمرافق عامة لا يمكن أن تتوقف<sup>(59)</sup>، وأن تكون هذه المرافق شاغرة نتيجة لترك الموظفين الرسميين لأعمالهم نتيجة للظروف الاستثنائية التي تمر بالبلاد مما يستدعي سد الفراغ القائم حماية لسير المرفق وتأديته لخدماته دون انقطاع. ومن خلال النظر في الحالة التي نحن بصدها نجد أن مرفق كلية الشرطة لم يستدعي التدخل العاجل لسد الفراغ الحاصل فيه وتعيين شخص لإدارته لا تنطبق عليه الشروط التي حددها القانون، فهذا المرفق كان -كغيره من المرافق الأمنية- في وضع مستقر لا سيما مع تواجد الإدارة السابقة وعدم تركها لأعمالها رغم الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، مما يعني عدم وجود مبرر للخروج على مبدأ المشروعية، وهذا ما أوردته المحكمة في حيثياتها<sup>(60)</sup> التي استندت عليها لإلغاء للقرار الذي نحن بصده.

#### الخاتمة

خلصت هذه الدراسة إلى أن الموظف الفعلي عبارة عن شخص يمارس أعمال الوظيفة العامة، ويظهر بمظهر رجل الإدارة كما لو كان تعيينه صحيحا، رغم مخالفة ذلك للواقع نتيجة لعدم امتلاكه قرار تعيين مطلقا، أو كان يمتلك قرار تعيين ولكنه معيب بأحد عيوب القرار الإداري ومعرض للإلغاء. وقد أوضحت الدراسة أن نظرية الموظف الفعلي قد ابتدعتها القضاء الإداري الفرنسي، وهذا يؤكد -بوضوح- الدور الإنشائي للقضاء الإداري والذي يعد مكملا للدور التشريعي في صنع قواعد القانون الإداري، حيث يبتكر النظريات ويبتدع المبادئ القانونية ويضع الحلول المناسبة للمشكلات المختلفة في حال عدم وجود نص تشريعي، مستهديا في ذلك بالغاية من وضع النصوص التشريعية وهي تحقيق المصلحة العامة.

وقد تبين من خلال الدراسة أن الموظف الفعلي لا يختلف عن منتحل الوظيفة العامة فيما يتعلق ببطلان سند شغل الوظيفة، فكلاهما لا يمتلك قرار تعيين صحيح، إلا أن الفارق بينهما يكمن في توافر ظروف خاصة في الموظف الفعلي تضي الشرعية على بعض تصرفاته. كما أوضحت الدراسة

(59) أنظر: د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص وما بعدها 319.

(60) أنظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية الابتدائية بأمانة العاصمة بتاريخ 23 ربيع ثاني 1438هـ الموافق 2017/1/21م برقم (118) لسنة 1438هـ في القضية الإدارية رقم (20) لسنة 1438هـ. والذي نص في حيثياته على أنه "وحيث أن ممثلي المدعي عليها قد أفاد في سياق رده على الدعوى شفويا أن الدولة تمر بظروف استثنائية - حالة حرب- هذه الحالة دفعت بالسلطة لإصدار قرار بتعيين رجل أمني مديرا لكلية الشرطة للمحافظة على ممتلكات ذلك المرفق. وحيث أن هذا التبرير هو مجرد قول الغرض منه إضفاء الشرعية على القرار دون أن يسنده دليل أو أساس سليم ويكذبه واقع الحال من توفر الاستقرار الإداري والأمني في جميع المرافق العامة في العاصمة صنعاء ومن ضمنها مرفق كلية الشرطة..."

أن الأساس الذي قامت عليه نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية يختلف عنه في الظروف الاستثنائية، فهي تقوم على أساس حماية الجمهور الذين تعاملوا مع الموظف بحسن نية معتمدين على الوضع الظاهر في الظروف العادية، وتستند على مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بصورة منتظمة دون انقطاع في الظروف الاستثنائية.

وأكدت الدراسة أن نظرية الموظف الفعلي لا تهدف إلى إضفاء الشرعية على التصرفات الصادرة عن الأشخاص أو الجماعات الذين لا يمتلكون شرعية ممارسة الوظيفة العامة في الظروف الاستثنائية، بقدر ما تهدف إلى كبح جماحهم وترويضهم حتى يتصرفوا وفق مبدأ المشروعية في جميع تصرفاتهم رغم بطلان سند شغلهم للوظيفة التي يمارسونها، وهذا ما يؤدي إلى حصر مخالفة مبدأ المشروعية في أضيق الحدود ويجعله مقتصرًا على مخالفة قواعد الاختصاص فقط ضمانًا لسير المرافق العامة دون انقطاع.

وقد توصلت الدراسة إلى أن القضاء اليمني -ممثلًا في المحكمة الإدارية في صنعاء- قد طبق أحكام نظرية الموظف الفعلي على التصرفات الصادرة عن السلطة الواقعية في صنعاء واضفى عليها المشروعية استنادًا لهذه النظرية. وقد أحسنت المحكمة الإدارية حينما أخضعت تصرفات السلطة الواقعية لمبدأ المشروعية باستثناء قواعد الاختصاص. ويظهر ذلك بوضوح من خلال إلغاء قرار رئيس اللجنة الثورية العليا بتعيين مدير كلية الشرطة وكذلك إلغاء قراره بتعيين النائب العام رغم الاعتراف بصلاحيته رئيس اللجنة الثورية العليا للقيام بمهام رئيس الجمهورية استنادًا للأمر الواقع.

وفي ختام هذه الدراسة نوصي بضرورة التزام القضاء اليمني بضوابط نظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد وذلك من خلال الاقتصاص على السماح بمخالفة قواعد الاختصاص على الوجه الذي تضمنته النظرية كما صاغها الفقه والقضاء الإداري وذلك في المرافق الحيوية التي لا يمكن لها أن تتوقف، وبما يؤدي إلى سد الفراغ القائم في تلك المرافق نتيجة للظروف الاستثنائية، حتى نحافظ قدر المستطاع على ضمان سير تلك المرافق سيرًا منتظمًا دون انقطاع، وبما يخدم المصلحة العامة التي تسعى نظرية الموظف الفعلي إلى تحقيقها. أما فيما عدا ذلك فيجب أن يظل مبدأ المشروعية قائمًا، وهذا ما يتطلب التزام السلطة القائمة بحكم القانون في جميع تصرفاتها. ما لم فإن تصرفاتها ستكون عرضة للإلغاء.

## قائمة المراجع

### • الكتب

- د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري، مكتبة الصادق، 2009-2010م.
- د. خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري، مكتبة القانون والاقتصاد بالرياض، الطبعة الثانية، 2014م.
- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي بالقاهرة، الطبعة السابعة، 2006م.
- د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الخامسة، 1985م.
- د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (الجزء الثاني)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004م.
- د. عمر حلمي فهمي، د. محمد سعيد حسين أمين، مبادئ القانون الإداري، 2004م.
- د. فؤاد النادي: الوجيز في مبادئ القانون الإداري المصري واليمني، دار نشر الثقافة، الطبعة الأولى، 1980م.
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مكتبة الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2012م.
- د. محمود حلمي و د. فؤاد النادي: الوجيز في مبادئ القانون الإداري المصري واليمني، دار نشر الثقافة، الطبعة الأولى، 1980م.
- د. مطيع علي حمود جبير، القانون الإداري اليمني والمقارن، مكتبة الصادق، صنعاء، الطبعة الأولى، 2014م.
- القاضي حسين بن محمد المهدي، الجرائم الماسة بالتوظيف العامة، 2003م.

- نديم مرعشلي، أسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت.
- الرسائل العلمية والأبحاث
  - د. مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي «دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة عين شمس بالقاهرة، 1987م.
  - مجاهد بن عبد الله بن صالح السلامة، أحكام الوضع الظاهر في العقود المالية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1434-1435هـ.
  - محمد سماعي الجزائري، نظرية الأصل والظاهر في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2005م.
- قوانين وتشريعات
  - القانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات وتعديلاته.
  - القانون رقم (19) لسنة 1991م بشأن الخدمة المدنية اليمني وتعديلاته.
  - لائحة انتهاء الخدمة الصادرة بموجب قرار مجلس الخدمة المدنية رقم 813/1 وتاريخ 1423/8/20هـ.
- أحكام قضائية
  - حكم المحكمة الإدارية الابتدائية بأمانة العاصمة بتاريخ 26 ربيع الأول 1435هـ الموافق 2014/1/27م برقم (90) لسنة 1435هـ في القضية الإدارية رقم (92) لسنة 1434هـ.
  - حكم المحكمة الإدارية الابتدائية بأمانة العاصمة بتاريخ 23 ربيع ثاني 1438هـ الموافق 2017/1/21م برقم (118) لسنة 1438هـ في القضية الإدارية رقم (20) لسنة 1438هـ.
  - حكم المحكمة الإدارية الابتدائية بأمانة العاصمة بتاريخ 6 رجب 1438هـ الموافق 2017/4/3م برقم (172) لسنة 1438هـ في القضية الإدارية رقم (101) لسنة 1438هـ.