

نظريّة الظاهر في القوانين الإداري

الدكتور ماجد راغب الحلو
أستاذ القانون العام المساعد
بكلية الحقوق بجامعة
الاسكندرية والكوييت

مقدمة

أولاً : معنى الظاهر :

لكلمة الظاهر معان متعددة في اللغة العربية ، بالإضافة الى معناها القانوني أو الاصطلاحي في فقه القانون .

١ - معنى الظاهر في اللغة :

لكلمة الظاهر في اللغة العربية أكثر من معنى :

— فالظاهر هو الغالب . وقد وردت الكلمة بهذا المعنى في قول الله تعالى — على لسان رجل مؤمن من آل فرعون يكتم إيمانه — « يا قوم لكم

الملك اليوم **ظاهرين** في الارض ، فمن ينصرنا من بأس الله أن جاءنا ... » (١)

— والظاهر هو البارز ، لذلك قيل لاضوا اوقات النهار واطهرها « الظهيرة » وهي وقت الظهر أو منتصف النهار . أما « الظهير » فهو المعاون أو المساعد لغيره . ومنه قول الله تعالى « قل لئن اجتمعت الانس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً » (٢) .

— والظاهر هو المحسوس ، أي الذي تدركه الحواس ، وعكسه الباطن ، وهو الخفي الذي لا يدرك بالحواس . ويقول سبحانه « هو الاول والآخر والظاهر والباطن وهو بكل شيء عليم » (٣) . أي أنه تعالى ظاهر بمخلوقاته الكثيرة الدالة على وجوده ، وباطن بذاته التي لا تدركها الحواس .

والظاهر بهذا المعنى ، أي بمعنى المحسوس ، أو ذى المظهر الذي تدركه الحواس هو مبلغ علم أكثر الناس . فيقول الخالق جل شأنه « .. ولكن أكثر الناس لا يعلمون . يعلمون ظاهراً من الحياة الدنيا ، وهم عن الآخرة هم غافلون » (٤) . ومعنى الآية الكريمة أن أكثر الناس لا يعلمون إلا بعض مظاهر الحقائق في الحياة الدنيا ، ولكنهم غافلون عن جواهر تلك الحقائق التي يؤدي ادراكها إلى التأكد من الحياة الأخرى .

٢ — معنى الظاهر في القانون :

لكلمة الظاهر في فقه القانون معنى معين اصطلاح عليه . ويحسن لبيان هذا المعنى وتوضيحه في الأذهان معالجة النقاط التالية :

— القانون يحكم المظاهر المحسوسة للعلاقات .

— الحقيقة القانونية قد تخالف الحقيقة الفعلية .

(١) الآية ٢٩ من سورة هاجر . راجع معجم الفاظ القرآن الكريم — مجمع اللغة العربية — الجزء الثاني — ١٩٧٠ — ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

(٢) الآية ٨٨ من سورة الاسراء .

(٣) الآية الثالثة من سورة الحديد .

(٤) الآية السابعة من سورة الروم .

— المقصود بالظاهر في نظرية الظاهر .

— قدم فكرة الظاهر .

ونتحدث فيما يلي بايجاز عن كل من هذه النقاط .

١ — القانون يحكم المظاهر المحسوسة للعلاقات :

ان القانون لا يحكم العلاقات الانسانية الا في مظاهرها المحسوسة فقط ، أى ما تعلق منها بالسلوك الظاهر فحسب . أما النوايا الخفية أو خبايا القلوب التي لم تترجم الى أعمال ملموسة ، فلا شأن للقوانين الوضعية بها ، لانها لا تحكم النوايا والمقاصد المجردة ولا تحاسب عليها . بل ان شريعة الله أيضا لا اعتداد فيها بالنوايا وحدها فيما يتصل بعلاقة الانسان بالانسان ، بخلاف علاقة الانسان بالله تعالى الذي يحاسب في الآخرة على الافعال والنوايا ، فيقول الله جل شأنه « وان تبدوا ما في انفسكم او تخفوه يحاسبكم به الله » (٥) . ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انها الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته الى الله ورسوله ، فهجرته الى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته الى ما هاجر اليه » (٦) . فأحكام الناس تجري على الظاهر ، والله

(٥) الآية ٢٨٤ من سورة البقرة . وقد روي أن هذه الآية حين نزلت اشتد ذلك على الصحابة رضوان الله عليهم فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا له : كلفنا من الاعمال ما نطبق كالصلاة والصيام .. وقد انزل الله هذه الآية ولا نطبقها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتريدون ان تقولوا سمعنا وعصينا ؟ بل قولوا : سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا واليك المصير ، فنزلت الآية التي بعدها . لذلك فهم بعض المفسرين أن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » . حيث فهموا أن « ما في انفسكم » هو الوسواس والخواطر التي لا يتأتى للانسان دفعها . والراجع ان المقصود « بما في انفسكم » هو ما استقر فيها من الخلق الراسخ كالحب والبغض وكرهان الشهادة . أما الهوائف والخواطر فهي في اولها مما لا يمكن دفعه فلا يحاسب المرء عليها ، اذ لا يكلف الله نفسا الا وسعها . اما الاسترسال فيها وعدم شغل النفس عنها وطردها فيحاسب عليه . لذلك فان آية « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » ليست ناسخة وانما موضحة لمعنى قوله تعالى « وان تبدوا ما في انفسكم او تخفوه يحاسبكم به الله ... » راجع في ذلك : تكملة محمد محمود هجرزي : التفسير الواضح — الجزء الثالث — ١٩٧٨ — ص ٣٢ ، ٣٣ .

(٦) رواه البخاري ومسلم . راجع : رياض الصالحين ، كتيب الدين الشامي ص ١١ .

سبحاته يتولى السرائر . ويروي اسامة بن زيد رضى الله عنه أنه عندما قتل أحد المشركين بعد أن قال « لا اله الا الله » ، بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له : « أقال لا اله الا الله وقتلته ؟ قلت يا رسول الله انها قالها خوفا من السلاح ، فقال أفلا شققت عن قلبه حتى تعلم أقالها أم لا ؟ فما زال يكررها حتى تمنيت أني أسلمت يومئذ » (٧) .

ولا يعتد القانون بالنوايا الداخلية الا اذا اتصلت بمظاهر خارجية معينة وامكن اقامة الدليل عليها . ومن أمثلة ذلك حسن النية الذي يقيم له القانون وزنا في مختلف فروع .

ب - الحقيقة القانونية قد تخالف الحقيقة الفعلية :

واذا كانت المشروعية هي مطابقة القانون ، والمراكز المشروعة هي تلك الموافقة للقانون ، فان الحقيقة القانونية لا تطابق الحقيقة الفعلية دائما ، انما قد تختلف عنها وتستند الى الظاهر . ورغم أن القانون يستهدف احقاق الحق واقامة العدل ، أصلا ، فانه يضطر أحيانا الى افتراض الحقيقة على نحو معين ، وهذه هي الحقيقة القانونية أو الافتراضية أو الاعتبارية أو الحكمية . وهذه الحقيقة الافتراضية قد يسمح القانون باثبات عكسها ، كما في حالة القرائن (٨) البسيطة أو غير القاطعة ، كترينة صحة الغاية أو السبب في القرار الإداري ، وقد لا يسمح القانون باثبات عكسها كما في حالة اعتبار القرار الإداري المعيب مشروعا لتحصنه بفوات ميعاد الطعن ، وكما هو الشأن في حجية الأمر المقضي التي بمقتضاها يعتبر الحكم القضائي النهائي ممثلا للحقيقة فلا يجوز اثبات عكس ما قضى به رغم أنه قد يكون مخالفا للحقيقة الفعلية التي استطاع المحكوم له أن يثبت عكسها ظلما وزورا . ولا تثريب على القاضي أو القانون الذي يطبقه في ذلك . فهذا رسول الله المعصوم صلى الله عليه وسلم وهو يطبق شريعة الله الغراء يقول للمختصمين اليه « انما أنا بشر مثلكم ، وانكم تخطئون الي ، لعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض فأتضي له بنحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه ، فاني

(٧) المرجع السابق - ص ١٩٦ .

(٨) القرينة هي افتراض ثبوت واقعة من ثبوت أخرى . راجع في ذلك : الدكتور جميل الشرقاوي : الإثبات في المواد المدنية - مذكرات - ص ٧٦ .

أقطع له قطعة من النار » (٩) .

ج - المقصود بالظاهر في نظرية الظاهر :

وليس المقصود بالظاهر في « نظرية الظاهر » هو انظار أو المحسوس الذي يعبر عن مركز قانوني صحيح . فمثل هذا الظاهر لا يثير اشكالا ولا يحتاج الى نظرية لمعالجة ما ينشأ عنه . وإنما المقصود بالظاهر في « نظرية الظاهر » هو انظار الخادع المخالف للاوضاع القانونية الصحيحة ، والناشئ عن ممارسة شخص لسلطات مركز لا صفة له في شغله قانونا . وبعبارة أخرى فإن الوضع الظاهر هو المركز الواقعي الذي يتخذ صورة المركز القانوني رغم أن في الحقيقة ليس كذلك ويستتبع غلطا بشأنه .

وطبقا لنظرية الظاهر وبتوافر شروطها تأخذ التصرفات القائمة على مراكز ظاهرة نفس الآثار القانونية للتصرفات المستندة الى المراكز القانونية الصحيحة ، التي تعتبر التصرفات الظاهرة تقليدا لها

وتمثل نظرية الظاهر نقطة التقاء بين الفقهاء وعلماء الاجتماع ، رغم اختلاف الوسائل والتسميات . فما يسميه الفقهاء ظاهرا أو مظهرا هو عند علماء الاجتماع حقيقة واقعة (١٠) . ومع ذلك يتفق الجميع على وجوب احترام هذا الظاهر وحماية المصالح المعقولة المتصلة به ، رغم ما في ذلك من تضحية بالتطبيق الدقيق والاحترام الصارم لمبادئ القانون . فليست الحياة الاجتماعية هي التي ينبغي أن تنحني أمام النظرية القانونية ، بل على العكس يجب أن تتواءم النظرية مع الواقع ومستلزمات الحياة (١١) .

(٩) انظر : رياض الصالحين ، لمحيى الدين الشاذلي - ص ١٠٢ .

(١٠) راجع :

E. Jouve, Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français, Revue du droit public, 1968, p. 327 et suiv.

(١١) راجع :

F. Génv, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1899, p. 186, note 1.

د — قدم فكرة الظاهر في القانون :

وفكرة الظاهر بهذا المعنى ليست جديدة من خلق القوانين الحديثة ، ولكنها فكرة قديمة فرضتها اعتبارات الواقع والمصلحة منذ قرون طويلة . فقد عرف القانون الروماني فكرة ان ظاهر . وكانت التصرفات القانونية التي يجريها العبيد تعتبر صحيحة اذا ظهوروا فيها بمظهر الاحرار . ويروي الفقيه الروماني « البيان » ان قانون برباريوس فيلبوس صحح التصرفات الصادرة من برباريوس عندما تولى منصب القضاء وهو عبد ، رغم أن هذه التصرفات كان يجب أن تبطل ، لان الحرية كانت من شروط تولي القضاء .

بل أن قاعدة « الخطأ انشائع يولد القانون Error Communis facit jus » تنسب إلى القانون الروماني . وقد نقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي وتأكد وجودها بالقرار التفسيري الذي له قوة القانون والذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي في ٢ يوليو عام ١٨٠٧ . وفي هذا القرار اعترف المجلس بصحة الاوراق الرسمية الصادرة من غير ذي صفة قانونية ، استنادا إلى حسن النية والغلط الشائع الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه ، وكان الامر يتعلق بغلط في القانون . ومنذ ذلك التاريخ والقضاء ائعادي يطبق هذه القاعدة مع تقييدها ببعض الضوابط والشروط (١٢) .

ثانيا : نظرية الظاهر في فروع القانون :

لنظرية الظاهر وجودها في مختلف فروع القانون . ولكن مدى تطبيقها في ائقانون الخاص يختلف عنه في القانون العام .

١ — نظرية الظاهر في القانون الخاص :

وجدت فكرة الظاهر في مجال القانون الخاص تطبيقاتا أوفر ودراسات

(١٢) انظر في ذلك : دكتور نعمان محمد خليل جبعة : ارکان الظاهر كمصدر للحق — ١٩٧٧ — ص ٢١ وما بعدها .

أكثر (١٣) مما لقينته في مجال القانون العام ، رغم أن أشهر تطبيقاتها في القانون الروماني — وهو تصحيح التصرفات انقضائية الصادرة من بارباريوس رغم أنه عبد — يتعلق بالقانون العام . ونوضح فيما يلي بعض تطبيقات نظرية الظاهر في القانونين المدني والتجاري .

١ — في القانون المدني :

في مجال القانون المدني وجدت أمثلة كثيرة تشريعية وقضائية للاخذ بفكرة الظاهر ، حتى قيل في فرنسا أن القاضي يسمح للغير بالاستفادة من نظرية الظاهر كلما كان كشف الحقيقة مستحيلا أو صعبا يحتاج إلى جهد ووقت . أما في القانون المصري فقد اقتصر مجال نظرية الظاهر على تطبيقاتها التشريعية . إلى أن قضت محكمة النقض أخيرا بأنه « يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة » (١٤) . ومن أهم تطبيقات فكرة الظاهر — سواء في مجال الأموال أو في مجال الأشخاص — ما يلي :

— قاعدة صحة تصرفات الوارث الظاهر مع الغير حسن النية في مواجهة الوارث الحقيقي بشأن الأموال الموروثة . ويقصد بالوارث الظاهر ذلك الذي يبدو في أعين الناس أنه صاحب الحق في التركة ، ثم يتضح غير ذلك لظهور الوارث الحقيقي أو اكتشاف وصية من المورث بشأن أموال التركة (١٥) .

(١٣) راجع في مجال القانون الخاص :

— الدكتور نعمان جمعة : أركان الظاهر كمصدر للحل (التنازع بين القانون والواقع المستقر) ١٩٧٧ .

— الدكتور عبد الباسط جبيمي : نظرية الأوضاع الظاهرة (المظهر المخالف للحقيقة وما يترتب عليه من أثر) ١٩٥٥ .

(١٤) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٠ نوفمبر عام ١٩٧١ — مجموعة الكتب الفني — الدائرة المدنية — ص ٩٥٩ .

(١٥) راجع : Alex Weil , Droit civil, les biens, 1974, P. 294 et suiv.

— وقاعدة صحة تصرفات الوكيل الظاهر مع الغير حسن النية في مواجهة الموكل ، اذا كان هذا الغير يعتقد أن من يتعامل معه يتصرف لحساب شخص آخر . وكان اعتقاده في ذلك قائما على مظهر يمكن أن يخدع الشخص العادي (١٦) .

— قرر القضاء الفرنسي نفاذ تصرفات العشيقة مع الغير حسن النية في مواجهة عشيقها ، رغم عدم وجود زواج شرعي بينهما ، ما دام العشيقان يعيشان معا ويظهران بين الناس بمظهر الزوجين ، بل ان بعض التشريعات الفرنسية المتعلقة بالشؤون الاجتماعية تدخل العشيقة في الحساب وتعدّها ضمن الاشخاص الذين يعولهم العشيق (١٧) .

— اعتبر القضاء الفرنسي مكان الاقامة الذي يقضي فيه الشخص أغلب وقته موطناً فعلياً بالنسبة للغير حسن النية . ما دام الغير قد اعتقد ذلك ، وما دام الغلط الذي وقع فيه محتملاً معذوراً . وعلى صاحب الشأن أن يتحمل نتائج ما اثاره في نفوس الآخرين من وهم خادع حملهم على هذا الاعتقاد (١٨) .

ب — في القانون التجاري :

وفي القانون التجاري لعبت فكرة الظاهر دوراً اكبر من دورها في القانون المدني ، وذلك استجابة لسرعة المعاملات وضرورات الائتمان في المجال التجاري . ويتحمل صانع الوضع الظاهر مخاطر النتائج المترتبة عليه . ومن امثلة تطبيقات فكرة الظاهر في القانون التجاري ما يلي :

— في مجال نظرية الوكالة انظاهرة اقرت محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر من دوائرها المجتمعة في ١٣ ديسمبر عام ١٩٦٢ نظرية الوكالة القائمة على مظهر كاذب دون حاجة الى تأسيس حق الغير على خطأ صدر من الموكل ادى الى خلق هذا المظهر ، وذلك رغم أنه كان بالامكان — في هذه القضية — تفادي الوقوع في الغلط بالاطلاع على سلطات المدير المعلنة في

(١٦) راجع في تفصيل ذلك : الدكتور عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني — الجزء السابع — المجلد الاول — ص ٦٠١ وما بعدها .

(١٧) انظر G. Marty & Raynaud, Droit civil, t.I, les personnes, 1967, P. 416.

(١٨) مارتى ورينو — المرجع السابق — ص ٧١٢ .

نظام الشركة (١٩) .

أما محكمة النقض المصرية فقد قضت بأنه « يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل ، أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئاً ، وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل انظاًه قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيراً في استطلاع الحقيقة » (٢٠) .

— في مجال الشركة الظاهرة أو الفعلية يحق للغير حسن النية أن يعتبر الشركة قائمة وصحيحة كما بدت له ، رغم أنها في الحقيقة باطلة لمخالفتها للقواعد القانونية المتصلة بتكوينها ، فلا يحتج ببطان الشركة في مواجهة الغير حسن النية ، إلا إذا تعلق البطان بعدم كمال الأهلية أو بعيوب الرضا ، فيجوز الاحتجاج به من جانب صاحب الشأن في ذلك (٢١) .

— في مجال المالك انظاًه للمحل التجاري تسري حقوق الغير حسن النية الناشئة عن التعاقد مع المالك الظاهر للمحل التجاري في مواجهة المالك الحقيقي (٢٢) .

— ومن تطبيقات فكرة الظاهر التي اقترها المشرع في مجال الأوراق التجارية ما قضت به المادة ١٤٤ من القانون التجاري المصري من أن « من يدفع قيمة الكمبيالة في ميعاد استحقاق دفعها بدون معارضة من أحد في ذلك يعتبر دفعه صحيحاً » .

٢ — نظرية الظاهر في القانون العام :

لفكرة الظاهر تطبيقاتها كذلك في إطار القانون العام وأن كانت أقل عدداً من نظيراتها في مجال القانون الخاص . ونبين فيما يلي بعض تطبيقات هذه

(١٩) راجع : دكتور علي جمال الدين موسى : عمليات البنوك — ١٩٦٩ — ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ .

(٢٠) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٢٦ القضائية الصادر في ٢١ يناير عام ١٩٧١ — الدائرة التجارية .

(٢١) راجع : R. Rodière, Droit commercial, Précis Dalloz, 1972, P. 50 et suiv .

(٢٢) راجع : E. Tyan, Droit commercial, t.II, 1970, P. 830 .

النظرية في القانونيين الدستوري والاداري ، وذلك قبل الدخول في الدراسة التفصيلية للنظرية في القانون الاداري كما هو موضوع البحث .

١ - في القانون الدستوري :

يستطيع الباحث ان يجد بعض الامثلة لتطبيقات فكرة انظاها في مجال القانون الدستوري رغم عدم وجود القضاء الدستوري او ضعفه في اغلب دول العالم . من ذلك حالة اعلان بطلان انتخاب رئيس الدولة او بعض اعضاء البرلمان بعد ان يكونوا قد اتخذوا بعض انتصرفات القانونية المتصلة بممارسة مهام المناصب التي شغلوها خلال الفترة من تاريخ تولي السلطة الى تاريخ اعلان بطلان الانتخاب . فمثل هذه التصرفات يمكن اعتبارها صحيحة تطبيقا لنظرية الظاهر ، وذلك لظهور اصحابها خلال هذه الفترة بمظهر اصحاب السلطة الشرعيين ، ولصعوبة معرفة اسباب بطلان الانتخاب من جانب اولئك الذين تتأثر مصالحهم بتلك التصرفات .

ب - في القانون الاداري :

نظرا لحدائة عهد القانون الاداري — بالمقارنة بالقانونيين المدني والتجاري — فان فكرة الظاهر فيه لم تدرس بعد الدراسة الكافية ، لتقوم كنظرية متكاملة لها منطقتها الواضح واطار تطبيقها الواسع كما هو الشأن في القانون الخاص (٢٣) .

ومع ذلك فان لفكرة الظاهر في مجال القانون الاداري تطبيقات متعددة ، منها ما يتصل بسحب القرارات الادارية ، وما يتعلق ببطلان العقود الادارية . ولكن اكثرها اهمية واوسعها شهرة يتمثل في نظرية الموظف الظاهر . لذلك نجعلها الموضوع الرئيسي لدراستنا في هذا البحث ، بعد ايضاح موجز للمثالين الآخرين .

فكرة الظاهر وسحب القرارات الادارية :

سحب القرار الاداري هو تجريده من قوته القانونية بالنسبة للماضي والمستقبل فتزول كل آثاره القانونية ويعتبر كأن لم يكن ، وذلك بقرار اخر

(٢٣) راجع : امون جوف — المرجع السابق — ص ٢٨٢ وما بعدها .

يصدر من السلطة الادارية المختصة (٢٤) .

وتتمثل العلاقة بين فكرة الظاهر وسحب القرارات الادارية في نقطتين ،
اولاهما تتعلق بالقرار اللانحي والاخرى تتصل بالقرار الفردي ، وهما :
— عدم جواز سحب القرار اللانحي :

لا يجوز سحب القرار اللانحي وان كان معيبا ، وانما يكتفي بالغائه .
بمعنى ان آثار اللائحة خلال الفترة من تاريخ صدورها الى تاريخ انقائها تبقى
صحيحة . وذلك ليس فقط لان في سحب اللوائح — وهي قواعد قانونية من
الناحية الموضوعية — مخالفة لقاعدة عدم رجعية القواعد القانونية ، وانما
كذلك حفاظا على الوضع الظاهر الذي نشأ عن صدور هذه اللائحة والذي
بناء عليه تعامل المتعاملون على أساس وجودها — دون أن يعلموا بطلانها —
وترتب لهم أو عليهم استنادا إليها ما ترتب من حقوق والتزامات .

— بقاء بعض آثار القرار الفردي رغم سحبه :

يترتب على سحب القرار الفردي المعيب زواله بأثر رجعي يمتد الى
تاريخ صدوره ، واعتباره كأن لم يكن كقاعدة عامة ، وذلك الا ما يستثنى من
هذه القاعدة تطبيقا لقاعدة اخرى لها مبرراتها كقاعدة الموظف الظاهر التي
سيأتي شرحها تفصيلا .

فكرة الظاهر وبطلان العقود الادارية :

العقد الاداري هو العقد الذي تبرمه الادارة مستخدمة فيه اساليب
القانون انعام التي تتمثل اما في تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في
القانون الخاص واما في قيام المتعاقد معها فيه بتنفيذ مرفق عام .

وقد تبرم الادارة عقدا اداريا مع أحد الافراد ، ثم يتضح فيما بعد بطلان
هذا العقد لاعتبارات بعيدة عن علم الجمهور الذي تعامل مع المتعاقد مع
الادارة على أساس قيام هذا العقد وصحته . ويبسود ذلك بصورة
جلية في عقود امتياز المرافق العامة وعقود شغل الوظائف العامة .

(٢٤) راجع للمؤلف : القانون الاداري — ١٩٧٧ — ص ١١٩ .

وعقد الامتياز هو عقد اداري يتولى بمقتضاه أحد اشخاص القانون الخاص (عادة) تشغيل أحد المرافق العامة الاقتصادية لمدة محددة على مسؤوليته وبواسطة عماله وأمواله ، مقابل رسوم يدفعها المنتفعون بالمرفق (٢٥) .

وقد يحدث بعد فترة من بدء تنفيذ عقد الامتياز أن يعلن بطلان هذا العقد الذي أبرمته الإدارة مع الملتزم . غير أنه من العدل والمصلحة الا يؤثر هذا البطلان على حقوق المنتفعين الذين تعاملوا مع الملتزم على اساس صحة عقد الامتياز ولم يكن من المتيسر لهم معرفة سبب البطلان .

أما عقد شغل الوظيفة العامة أو عقد التوظيف فهو ذلك العقد الاداري الذي يتم بمقتضاه التحاق بعض الموظفين بالخدمة الوظيفية ، وهو ما يحدث استثناء في بلاد الاتجاه اللاتيني خاصة بالنسبة للوظائف التي يشغلها الاجانب بصفة مؤقتة ، وما يجد رواجاً أكبر في بلاد الاتجاه الانجلوسكسوني .

وقد يتضح بطلان عقد التوظيف لسبب أو لآخر من أسباب البطلان بعد مضي فترة من الزمن يكون خلالها شاغل الوظيفة ، قد مارس اختصاصاتها وأصدر بعض التصرفات بشأنها . ومع ذلك فان اعتبارات متعددة تستوجب الاعتراف بصحة هذه التصرفات في مواجهة الافراد الذين لا يد لهم ولا علم بهذا البطلان . وسيأتي تفصيل ذلك أيضا عند عرض نظرية الموظف الظاهر .

ثالثا : خطة البحث :

ندرس في هذا البحث نظرية الموظف الظاهر ، أو نظرية الموظف انفعلي القائمة على أساس الظاهر ، باعتبارها التطبيق الاساسي لفكرة الظاهر في مجال القانون الاداري . وذلك في اربعة فصول على النحو التالي :

الفصل الاول : تعريف نظرية الموظف الظاهر :

اولا : المصدر القضائي للنظرية

ثانيا : من هو الموظف الظاهر ؟ .

ثالثا : انفلط المقبول والاستقرار القانوني .

رابعا : المصالح التي تحميها النظرية

خامسا : أحد تطبيقي نظرية الموظف الفعلي .

الفصل الثاني : حالات نظرية الموظف الظاهر :

أولا : حالة عدم التولية

ثانيا : حالة بطلان التولية

ثالثا : حالة الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة

رابعا : حالة الاختصاص الظاهر لموظف قانوني .

الفصل الثالث : أركان نظرية الموظف الظاهر :

أولا : الركن المادي

ثانيا : الركن المعنوي

الفصل الرابع : آثار نظرية الموظف الظاهر :

أولا : آثار النظرية بالنسبة لتصرفات الموظف الظاهر

ثانيا : آثار النظرية بالنسبة لمركز الموظف الظاهر

الفصل الأول

تعريف نظرية الموظف الظاهر

لبيان المقصود بنظرية الموظف الظاهر والتعريف بها نتعرض بالبحث للنقاط الآتية :

— المصدر القضائي للنظرية .

— من هو الموظف الفعلي .

— الغلط المقبول والاستقرار القانوني .

— المصالح التي تحميها النظرية .

ونتابع فيما يلي معالجة هذه النقاط .

اولا : المصدر القضائي للنظرية :

نظرية الموظف الظاهر هي احدى النظريات القضائية العديدة التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في قيامه بدوره الانشائي الكبير في تشييد مبادئ واحكام القانون الاداري بما يتفق واقامة التوازن والموازنة بين مصلحة السلطة الادارية في الدولة وبين حقوق وحرية الافراد (٢٦) . وسوف يظهر ذلك بوضوح من خلال بحثنا لحالات النظرية واركائها وآثارها .

وقد اعترفت تشريعات بعض الدول صراحة بمضمون هذه النظرية القضائية فيما يتعلق بصحة انتصرفت الصادرة عن الموظف الظاهر . ومن هذه الدول ألمانيا الغربية بمقتضى قانون الوظائف العامة الفيدرالية (٢٧) .

ثانيا : من هو الموظف الظاهر ؟ :

الموظف الظاهر — او الموظف الفعلي في الظروف العادية — هو شخص تدخل خلافا للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفية عامة ، متخذا مظهر الموظف القانوني المختص ، فاعتبر انقضاء تصرفاته بشأنها صحيحة ، حماية للجمهور حسن النية الذي لم يستطع أن يشك في مركز مصدرها ، وضمانا للثقة المشروعة في تصرفات الادارة .

وطبقا لنظرية الموظف الفعلي تعتبر تصرفات صاحب الوضع الظاهر في مجال الوظيفة العامة صحيحة رغم تخلف النصفة القانونية لمتخذها . وذلك في

(٢٦) انظر : A. De laubadère, Manuel de droit administratif, 1969, P. 112.
E.S. Iaso, Traité de droit administratif, 1964, t.I.P. 300

(٢٧) راجع في ذلك :
E. Forsthoff, Traité de droit administratif allemand, traduit de l'alle-
mand par M. Fromant, 1969, p. 362.

توليتهم أو مشروعية مراكزهم القانونية ، اذ ان مثل هذا الفحص أو التشكك في صحة التولية الوظيفية من جانب الجمهور يضعف من مركز الادارة ويعرض المصلحة العامة للخطر . واذا كان عدم تحقق الافراد من صحة تولية الموظفين قبل التعامل معهم بشأن وظائفهم قد يسمح للبعض من غير ذوى المراكز القانونية الصحيحة بممارسة اختصاصات بعض الوظائف ، فانه مما يقع على عاتق الادارة الا تسمح بشغل وظائفها لغير الموظفين الرسميين طبقا للقانون .

واذا كان الاعتراف بصحة تصرفات الموظف الظاهر يتم لمصلحة الجمهور اساسا ، لما يقع فيه من غلط معذور أو مشروع ، فالاصل ان الادارة لا تستطيع الاستناد الى صحة هذه التصرفات لمصلحتها . وذلك لانها في العادة ترتكب خطأ بالابقاء على المراكز الظاهرة غير القانونية ، ولا يسوغ لها الاستفادة من خطئها (٢٩) .

٣ - مصلحة الموظف الظاهر حسن النية :

ورغم ان اهتمام الفقه بتصرفات الموظف الظاهر قد طغى على اهتمامه بمركز الموظف الظاهر ذاته ، فان النظرية تهدف في الحقيقة فضلا عن حماية الغير حسن النية بالنسبة لهذه التصرفات وضمان فكرة الامان القانوني ، الى حماية الموظف الظاهر الذي اتخذها كلما أمكن ، في حدود رفع الظلم عنه اذا كان حسن النية . وذلك لمساهمة في تأمين التشغيل المستمر المنتظم للمرافق العامة ، ونظرا لحسن نيته في التدخل في شئون الادارة ، سواء اكان سبب التدخل هو الحرص على تحقيق المصلحة العامة ، أم الجهل بعدم مشروعية وضعه الوظيفي أم طلب الادارة نفسها .

خامسا : احد تطبيقي نظرية الموظف الفعلي :

تعتبر نظرية الموظف الظاهر — التي هي موضوع بحثنا — أحد تطبيقات نظرية الموظف الفعلي . والموظف الفعلي هو ذلك الشخص الذي يعترف القضاء بصحة تصرفاته في مجال المرافق العامة رغم أنه ليس موظفا رسميا

(٢٩) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة البلجيكي الصادر في ٢ مايو عام ١٩٥٥ في قضية De Boosere . اشارة Wigny — المرجع السابق — ص ٧٠ .

معينا تعيننا صحيحا ساري المفعول في مجال الوظيفة التي مارس اختصاصاتها . ولهذه النظرية القضائية تطبيقان : تطبيق في الظروف العادية يقوم على فكرة الظاهر ، وهو ما يسمى بنظرية الموظف الظاهر ، وتطبيق في الظروف الاستثنائية أساسه فكرة الضرورة (٣٠) .

ولزيادة ايضاح الامر نعطي فكرة موجزة عن الوظيفة الفعلية القائمة على أساس الضرورة . فيحدث في الظروف الاستثنائية أن تختفي السلطة النظامية في بعض ادارات الدولة ، ويفر موظفوها بسبب الاحتلال الاجنبي ، أو الاضطرابات الداخلية ، فيتصدى أفراد عاديون من غير موظفي الإدارة المعنية للقيام بأعمال موظفيها وإصدار القرارات الداخلة في اختصاصها بهدف منع توقف المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واضطراد في خدمة الجمهور . وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بصحة مثل هذه القرارات رغم صدورها من غير ذي صفة قانونية ، كتطبيق من تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية (٣١) . كما اعترف القضاء الإداري المصري أيضا بنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية (٣٢) . وذلك بصرف النظر عن وجود الغلط حول صفة هؤلاء الأفراد كموظفين عموميين . أي ولو كان المتعاملون معهم يدركون أنهم ليسوا موظفين عموميين ، ولو كانوا هم أنفسهم لا يدعون أنهم كذلك . إذ

(٣٠) ومع ذلك يرى بعض الفقهاء أن نظرية الموظف الفعلي تقوم كلها على أساس فكرة الظاهر ، حتى ولو لم ينخدع الأفراد في صفة شاغل الوظيفة الذي دعتهم الظروف إلى التدخل في تشغيل عجلة الإدارة للمحافظة على ذلك المبدأ الملح الذي يقضي بوجوب استمرار سير المرافق العامة . ويقول أن نظرية الظروف الاستثنائية تقتصر على خلق نوع من المرونة في قواعد الاختصاص بالنسبة لموظفين رسميين ، فتجيز لهم اتخاذ قرارات لا تدخل في اختصاصاتهم في الظروف العادية . راجع في ذلك : Ch. Debbasch, Contentieux administratif, Précis Dalloz, 1978, P. 717.

(٣١) راجع حكم C. E. 5 mars 1948, Marion et autres. ويتعلق هذا الحكم بإجراءات الضرورة المتخذة عام ١٩٤٨ بواسطة لجنة من الأفراد حلت محل إحدى البلديات المتهارة .

(٣٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٩ نوفمبر عام ١٩٦٤ — المجموعة — السنة العاشرة — ص ٩٩ . وفي هذا الحكم كانت الإدارة تحت ضغط الظروف الاستثنائية قد عهدت إلى بعض الأفراد بالخدمة في المرافق العامة ضمانا لاستمرار تشغيلها ، ولم ينسحب امامها الوقت لاتباع اجراءات التعيين القانونية بشأنهم .

الحكم هنا لا يستند الى فكرة الظاهر وانما الى فكرة الضرورة (٣٣) .

ويطبق القضاء الفرنسي نفس الحكم استنادا الى ذات النظرية بالنسبة لتصرفات موظفي حكومات الثورات الفاشلة او العصيان *gouvernements insurrectionnels* التي تقوم ضد الحكومات الشرعية وتستحوذ على السلطة لفترة وجيزة تعين خلالها بعض الموظفين ، ثم تتمكن الحكومة الشرعية من القضاء عليها . فرغم أن هؤلاء الموظفين يعتبرون مغتصبين للسلطة او للموظائف التي مارسوا اعمالها خلال فترة محاولة الاطاحة بالحكومة الشرعية والاستئثار بالسلطة ، فان قراراتهم في مجال تشغيل المرافق العامة تعتبر قرارات صحيحة تطبيقا لنظرية الظروف الاستثنائية .

واذا كانت حكومة العصيان تعتبر حكومة واقعية *gouvernement de fait* مؤقتة او فاشلة ، فانها تختلف عن الحكومات الواقعية الناجحة التي تسقط الحكومات الشرعية القائمة وتستولي على السلطة بصفة نهائية بالمخالفة للقواعد الدستورية المتعلقة بكيفية واجراءات تولي شؤون الحكم (٣٤) ، ويعتبر الموظفون المعنيون من طرف هذه الحكومات موظفين قانونيين صحيحي التعيين ، وتعد القرارات الصادرة عنهم قرارات سليمة من الناحية القانونية دون حاجة الى الاستناد الى نظرية الموظف الفعلي (٣٥) .

(٣٣) وفي بلجيكا قضت محكمة النقض في حكمها الصادر في ١١ يونية سنة ١٩٥٣ بان ضرورة ادارة المرافق البلدية خلال عمليات التحرير تبرر تعيين بعض الموظفين — على خلاف القانون — بواسطة ضباط الجيش السري البلجيكي . انظر في ذلك :
A. Mast, Précis de droit administratif belge, 1966.

(٣٤) ويمكن تعريف الحكومة الفعلية او الواقعية بصفة عامة بانها تلك الحكومة التي تستولي على السلطة في البلاد من حيث الواقع دون اتباع للاحكام الدستورية المنظمة لذلك . وهي تسمى ايضا حكومة ثورية نظرا لاهدائها للنظام القانوني السابق ، على الاقل فيما يتعلق بكيفية تولي سلطة الحكم في الدولة . اما ابقائها على كثير من القوانين واللوائح السابقة على تغير الوضع السياسي فيفسر عادة بفكرة استمرارية الدولة رغم تغير حكوماتها .
راجع في ذلك :

G. Burdeau, Traité de science politique, t IV, 1969, p. 610 et suiv.

(٣٥) ويلاحظ في هذا الصدد ان التطبيق الحقيقي لقواعد المشروعية كان من شأنه عدم الاعتراف بصحة تصرفات الحكومات الواقعية او الثورية بصفة عامة . وذلك لان هذه الحكومات «

الفصل الثاني

حالات نظرية الموظف الظاهر

يرجع تخلف الصفة القانونية للموظف الظاهر في النظرية القضائية الى إحدى حالات أربع هي :

- عدم التولية .
- بطلان التولية .
- الاستمرار غير المشروع في الوظيفة .
- الاختصاص الظاهر لموظف قانوني .

أولا : حالة عدم التولية :

يحدث في بعض الحالات أن يشغل أحد الأفراد وظيفة معينة دون سبق التعيين أو الانتخاب فيها ، ويمارس اختصاصاتها في مقرها ، ويتعود الأفراد على رؤيته في هذه الوظيفة فيعتقدون أنهم يتعاملون معه إنما يتعاملون مع موظف شرعي . ونظرا لصعوبة حدوث ذلك في الظروف العادية فإن القضاء يتشدد في استلزام مظاهر جادة لشغل الوظيفة بطريقة هادئة مستمرة ، وقبول لشاغلها — من جانب كل من الأفراد والسلطة العامة — كما لو كان موظفا نظاميا . ومن أمثلة ذلك أن تأمر الإدارة أحد الأفراد بالقيام بمهام وظيفة

« تعتبر أصلا غير مشروعة لقيامها على خلاف القواعد الدستورية المنظمة لكيفية تولي السلطة في الدولة . وبالتالي فإن تصرفاتها تعتبر باطلة ولكن الضرورات العملية اقتضت عدم التمسك الدقيق بانتظام سير النظام القانوني في الدولة ، والاعتراف بمشروعية هذه الحكومات وصحة تصرفاتها إذا هي نجحت في الاستيلاء على السلطة واستقرت أوضاعها فيها . ولعل حق الثورة ضد الظلم هو المبرر المنطقي الوحيد للاعتراف بشرعية الثورات استنادا الى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي ، رغم مخالفتها لقواعد المشروعية الوضعية . ولكن مسألة عدالة الثورة وظلم نظام الحكم الذي أنتت للأجهزة عليه هي مسألة واقع ليس من السهل التحقق منه عملا . وكمن من ثورة في المالم قامت لتفجير نظام حكم كان أقل ظلما من ذلك الذي أنتت به .

معينة دون أن تتم إجراءات تعيينه فيها ، أو أن يتطوع شخص لمعاونة الإدارة بممارسة أعمال وظيفة معينة فتقبل الإدارة معلونته أو تعترف بصحة تصرفاته .

بل أن مقتصب السلطة سيء النية يمكن أن يعترف له بصفة الموظف الفعلي ، عندما يكون شغله للوظيفة وممارسته لاختصاصاتها هادئا مستمرا ، مقبولا من جانب الأفراد والإدارة .

ولكن ما الحكم إذا ثبت ممارسة الاختصاص بصفة عارضة ، ولو مرة واحدة ، من مقتصب سلطة سيء النية ، ظهر بمظهر الموظف الرسمي بصورة مقبولة ، من شأنها أن تخدع الفرد العادي ؟ وذلك كأن ينتحل أحد المحتالين أو النصابين صفة محصل حكومي ، فيسرق ايصالات السداد ، وهي موقعة مختومة بخاتم الإدارة ، معدة للاستخدام ، ويقوم فوراً — وقبل أن تكشف الإدارة الأمر وتتخذ اللازم لمنعه من استخدامها — بالمرور على الأفراد في منازلهم مقدما نفسه باعتباره محصل الإدارة ، ويتقاضى منهم مبلغ الرسوم المستحقة عليهم مقابل تقديم ايصالات السداد .

ففي مثل هذه الحالة يظهر الشخص في مواجهة الأفراد بمظهر المحصل ، ويستخدم ايصالات الإدارة الرسمية ، تملأ كالمحصل القانوني ، وبذلك يتحقق مظهر خادع يوقع الأفراد في غلط معقول سلفه ، فيؤمنون — بحسن نية — بالرسوم المستحقة عليهم للإدارة . ولا تثريب عليهم في ذلك إذ ليس من المعتاد أو المألوف أن يطلب الفرد من المحصل الذي يبرز له ايصالا رسميا من الإدارة أن يثبت صحة مركزه الوظيفي وشرعية صفته في هذا التحصيل . ونحن نعتقد أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق نظرية الموظف الفعلي على مثل هذه الحالة ، رغم سوء نية مدعي الوظيفة ، وانتفاء صفة الاستمرار في ممارسة اختصاصاتها (٣٦) .

(٣٦) وجدير بالذكر أن القانون المدني يعترف بصحة الوفاء في مواجهة الموكل ، لذا تم من المدين إلى الموكل المظاهر الذي اختص المخالصة بالمدين وقام باستيفائه بناء عليها . راجع في ذلك : الدكتور عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني — الجزء السابع — المجلد الأول — ص ٦١٥ .

ثانيا : حالة بطلان التولية :

قد يولى الشخص احدى الوظائف العامة — بالتعيين أو الانتخاب — ويمارس اختصاصاتها لفترة من الزمن ، ويبدو في أعين الناس موظفا رسميا لعدم وضوح عدم مشروعية توليته ثم يعلن بعد ذلك بطلان تعيينه أو انتخابه في هذه الوظيفة .

ويرجع بطلان قرار التعيين الى انطوائه على عيب أو أكثر من عيوب القرار الاداري المعروفة وهي :

— عيب في الاختصاص لصدر قرار التعيين من غير السلطة المختصة باصداره .

— عيب في الشكل لعدم اتباع الشكليات والاجراءات التي يتطلبها القانون لصحة التعيين .

— عيب في المحل لمخالفة قرار التعيين للقانون بالمعنى الضيق ، كما في حالة عدم توافر شروط التعيين في الشخص المعين .

— عيب في سبب القرار كما في حالة عدم خلو الوظيفة المراد شغلها .

— عيب في الغاية أو انحراف في السلطة ، لان قرار التعيين لم يستهدف تحقيق المصلحة العامة ، وانما مجرد تحقيق خدمة لاحد الاقارب أو الاصدقاء .

اما بطلان انتخاب الموظفين الذين يتولون وظائفهم عن طريق الانتخاب — كأعضاء المجالس البلدية في كثير من البلاد — فانه قد يرجع الى عدم توافر شروط انترشيح ، أو عدم احترام اجراءات الانتخاب ، أو تخلف النزاهة في حساب الاصوات الانتخابية .

وتعتبر حالة بطلان تولية الموظف في وظيفته أهم حالات نظرية الموظف الظاهر وأكثرها قبولا وحدوثا في العمل . ولا يتردد القضاء أو يتشدد في تطبيق النظرية عليها .

ثالثا : حالة الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة :

قد يمارس الشخص أعمال الوظيفة بعد زوال صفته القانونية في ممارستها سواء أكان معينا أو منتخبا ، وذلك كأن يصدر بعض القرارات المتصلة بها بعد إحالته الى التقاعد أو المعاش (٣٧) ، أو بعد انتهاء مدة ولايته الوظيفية المحددة في أداة التعيين أو في نظام الانتخاب ، أو بعد قبول استقالة الموظف صراحة أو ضمنا ، أو بعد وقفه عن العمل سواء أكان الوقف بقوة القانون أو كإجراء احتياطي أو كجزاء تأديبي (٣٨) .

ففي مثل هذه الحالات قد يحدث لبس أو عدم علم دقيق بشأن ميعاد انتهاء الخدمة أو زوال الصفة في ممارسة الاختصاص ، فيعتقد الأفراد أنهم أمام موظف رسمي يمارس اختصاصه القانوني . ويمكن أن تضرب لذلك أمثلة متعددة منها :

— أن يتقدم الموظف باستقالته وتمضي مدة شهرين من تاريخ تقديمها دون رد من جانب الإدارة ، مما يعني قبولها ضمنا وانتهاء العلاقة الوظيفية . ومع ذلك يجهل الأفراد هذا الأمر ، وتعتقد الإدارة نفسها أنها لا تزال تبحث أمر قبول الاستقالة ، ويواصل الموظف عمله الوظيفي ظنا منه أن الاستقالة لم تقبل وانتظارا لصدور قرار صريح من الإدارة بشأنها .

— أن يثور الخلاف حول تاريخ الميلاد الذي يعتد به لتحديد موعد الإحالة الى التقاعد ، وذلك نظرا لظهور شهادة ميلاد يختلف تاريخ ميلاد الموظف فيها عن التاريخ المحدد بشهادة انتسنيين (تقدير السن أو العمر) التي على أساسها التحقق بالخدمة لاختفاء شهادة الميلاد في ذلك الوقت .

— أن يصدر قرار بحبس الموظف احتياطيا اعتبارا من تاريخ معين ، مما يستتبع وقفه عن العمل بقوة القانون ، ولكن يتأخر تنفيذ هذا القرار ولو لبضع

(٣٧) أكتت محكمة القضاء الإداري في مصر حكما الصادر في ٩ نوفمبر عام ١٩٥٩ (س ١٤ ص ١٣٣) بأن الموظف الذي يستمر في العمل بعد بلوغ سن التقاعد ، دون أن تمد خدمته بالطريقة القانونية « يعتبر خلال الفترة اللاحقة موظفا واقفيا ... » .

(٣٨) راجع في القانون السويسري :

A. Grisel, Droit administratif suisse, 1970, P. 206.

ساعات يتوجه الموظف خلالها الى مقر عمله ويمارس بعض اختصاصات وظيفته .

— أن تطلب الادارة نفسها من شاغل الوظيفة الاستمرار في ممارسة اختصاصاتها ، حتى لا تترك الوظيفة شاغرة ، الى حين تدبير أمر من يخلفه فيها . وذلك دون اتخاذ الاجراءات القانونية لمدة الخدمة .

رابعا : حالة الاختصاص الظاهر لموظف قانوني :

إذا كانت الحالات السابقة للموظف الظاهر تتصل بشخص ليس موظفا قانونيا ، يشغل في ظروف معينة احدى الوظائف العامة ويمارس اختصاصاتها فعلا ، ففي الحالة الرابعة التي نحن بصددنا الآن يتعلق الامر بموظف رسمي لا شك في اجراءات توليته أو تمتعه بصفة الموظف العام ، يتجاوز اختصاصات وظيفته بالقيام ببعض التصرفات التي تخرج عن اطارها ، مما كان يقتضي بطلانها لعدم الاختصاص . ومع ذلك رأى القضاء لمصالح قدراهميتها اعتبار هذه التصرفات صحيحة في بعض الحالات ، مطبقا بشأنها نظرية الموظف الظاهر ، نظرا لان التصرفات المذكورة تدخل في الاختصاص الظاهر للموظف ، اى تبدو كما لو كانت ضمن سلطاته أو صلاحياته القانونية ، فلا يثور انشك في نفوس المتعاملين في هذا الشأن .

الموظف الظاهر والموظف غير المختص :

يختلف الموظف الظاهر عن الموظف غير المختص بصفة عامة . فالموظف الظاهر هو فرد لم يول تولية قانونية صحيحة لا تزال سارية المفعول في الوظيفة التي مارس اختصاصاتها ، في ظروف لا توحى للأفراد بالشك في مركزه من الوظيفة ، ولا تسمح لهم عملا بإمكانية التحقق من صحة أو عدم صحة تقلد الوظيفة أو بقاءه فيها . أما الموظف غير المختص فهو موظف قانوني تقلد الوظيفة طبقا للقانون ولا يزال بالخدمة ، قام بتصرف خارج اطار سلطاته التي حددها القانون ، سواء دخل هذا التصرف في اختصاص سلطة أخرى — وهذا هو الغالب — أم لم يدخل (٣٩) . اى أن الموظف غير المختص لا تثار بالنسبة

(٣٩) ويلاحظ أنه إذا كان التصرف المتخذ يخرج بحكم الدستور أو القانون عن اختصاص تامة السلطات العامة في الدولة كما هو الشأن في تحريم ابعاد المواطنين عن وطنهم وتحريم المصادرة العامة للأموال ، فإن الامر يتعلق بمصيب مخالفة القانون بالمعنى الضيق أكثر من «

له مشكلة توليته الوظيفية ، وانما يتعلق الامر باطار اختصاصاته او سلطاته .

غير أن الامر يحتاج الى شيء من التفصيل والتدقيق . اذ أن لتعبير «عدم الاختصاص» معنيين (٤٠) أحدهما ضيق والآخر واسع :

— فعدم الاختصاص بالمعنى الضيق يظهر عندما لا يكون عيب الاختصاص جسيما . ويطلق عليه في الغالب عيب الاختصاص البسيط (٤١) .

— أما عدم الاختصاص بالمعنى الواسع فيشمل — بالإضافة الى عيب الاختصاص البسيط — اغتصاب السلطة الذي يتحقق عندما يكون عيب الاختصاص جسيما .

وقد اختلف الفقهاء وتضاربت احكام القضاء في كل من فرنسا ومصر حول تحديد معيار التفرقة بين اغتصاب السلطة وعيب الاختصاص البسيط . ونرى انه يتمثل في شبهة وجود الاختصاص السليم . فنكون امام اغتصاب السلطة اذا انعدمت هذه الشبهة ، كما اذا صدر القرار من غير موظف ، أو من موظف ليست له اية صفة في اصدار القرارات الادارية كالساعي أو الكاتب

« تعلقه بعيب الاختصاص . راجع في ذلك :

الدكتور عثمان خليل : مجلس الدولة — ١٩٥٦ — ص ٢٥٢ .

الدكتور طعمية الجرف : رقابة القضاء لعمال الادارة العامة — ١٩٧٠ — ص ٢٨ .

(٤٠) راجع : دكتور ماجد الحلو : القضاء الإداري — ١٩٧٧ — ص ٣٠٩ وما بعدها .

(٤١) وهذه هي التسمية الشائعة بين غالبية الفقهاء في مصر . راجع في ذلك :

الدكتور سليمان الطماوي : الوجيز في القانون الإداري — ١٩٧٤ — ص ٢٠٤ .

الدكتور فؤاد المطار : القضاء الإداري — ١٩٦٨ — ص ٥٦٨ .

الدكتور طعمية الجرف : رقابة القضاء لعمال الادارة — ١٩٧٠ — ص ٢٨

أما الدكتور كامل ليلة فيطلق عليه عدم الاختصاص المادي . انظر الرقابة على أعمال الإدارة — ١٩٧٠ — ١١٥٢

ويسميه الدكتور محسن خليل عدم الاختصاص (فحسب) — انظر : القضاء الإداري ورقابته لعمال الإدارة — ١٩٦٨ — ص ٤٦٩ .

مثلا، أو تعلق الامر بها يخرج عن اختصاص السلطة الادارية بصفة عامة (٤٢).
اما اذا وجدت هذه الشبهة وثار الشك حول صحة الاختصاص ، فان
الامر يتصل بعيب الاختصاص البسيط (٤٣) .

ويترتب على تكييف حالة عدم الاختصاص وادخالها تحت اى من
الصورتين نتائج قانونية تختلف في الصورة الاولى عنها في الثانية . اذ يكون
القرار الصادر في حالة اغتصاب السلطة « معدوما ، وكأن لم يكن ، ولا تلحقه
اية حصانة ، ولا يزيل انعدامه فوات ميعاد الطعن فيه ، لانه عدم ، والعدم
لا يقوم ، وساقط والساقط لا يعود » (٤٤) . وتدخل اجراءات تنفيذه ضمن
اعمال التعدي التي اخرجها القضاء الاداري الفرنسي من دائرة اختصاصه .
اما عيب الاختصاص البسيط فان القرار الذي يصاب به يتحصن بفوات ميعاد
الطعن فيه دون طعن قضائي أو سحب اداري ، ويأخذ حكم القرار الاداري
السليم . ويختص بنظر المنازعات المتعلقة به القضاء الاداري .

ولا شك في وجود علاقة اكيدة بين عدم الاختصاص ونظرية الموظف
الفعلي بصفة عامة . فهذه النظرية تعتبر استثناء ادخله القضاء على النتائج
القانونية العادية المترتبة على قواعد الاختصاص (٤٥) . كما أن الموظف الفعلي
يعتبر شخصا غير مختص بالمعنى الواسع لاصطلاح عدم الاختصاص . بل وقد
طبق القضاء نظرية الموظف الفعلي على بعض حالات عدم الاختصاص البسيط
كحالة التفويض الباطل التي من أبرز امثلتها قضايا زواج مون روج Montrouge

(٤٢) ويضيف بعض الفقهاء الى ذلك اعتداء سلطة ادارية على اختصاص سلطة ادارية اخرى
لا علاقة لها بها كان يصدر وزير المالية قرارا بتعيين موظف في وزارة التربية . راجع :
دكتور سليمان محمد الطباوي : النظرية العامة لنقرارات الادارية - ١٩٦٦ - ص ٢١٤ .
بينما يقصر بعض الفقهاء حالات الانعدام على اثنتين هما قيام فرد عادي باتخاذ قرار ،
واعتماد السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية او القضائية . راجع :
دكتور مصطفى ابو زيد فهمي : القضاء الاداري ومجلس الدولة - ١٩٦٢ - ص ٢٧٩ .

(٤٣) يرى بعض الفقهاء أن الامر يتعلق باغتصاب السلطة عندما لا يستطيع شاغل الوظيفة
الاستناد في ممارسته لاختصاصاتها لاي سنة ولو مخالف للقانون .

راجع : Pierre Wigny, Droit administratif, 1962, P. 69.

(٤٤) حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الصادر في ٢٧ يونية عام ١٩٥٩ .

(٤٥) راجع A. De Laubadère, Traité de droit administratif, I, 1973, P. 287.

الشهرة كما سيأتي البيان، ويمكن تطبيق النظرية أيضا على حالات أخرى من حالات عدم الاختصاص من ذلك أن يمارس أحد الموظفين اختصاصات الوظيفة بعد صدور قرار بنقله منها أو ترقيته إلى وظيفة أخرى تتبع سلطة أخرى (٤٦).

مخالفة قواعد التفويض والحلول :

يتعذر على الأفراد أحيانا معرفة توافر الصفة القانونية في الموظف الذي يمارس اختصاصات وظيفة معينة . من ذلك أن يمارس أحد الموظفين بعض الاختصاصات بناء على تفويض مخالف للقانون أو خارج إطار الحالات التي يجوز التفويض فيها . ومنها أن يحل موظف محل رئيسه الغائب في القيام بأعباء وظيفته دون أن يكون هو الذي حدده القانون لذلك الحلول (٤٧) .

والاصل أن يعتبر القرار الإداري مشوبا بعيب عدم الاختصاص البسيط إذا صدر بناء على تفويض باطل أو حلول مخالف للقانون ، لذلك يمكن سحبه أو ابطاله .

غير انه ليس من العدل في بعض الحالات أن يقع المتعاملون مع الإدارة ضحايا لمثل هذه المواقف التي يجهلون حقيقتها وليس من اليسر عليهم معرفتها، ولا ذنب لهم فيها . لذلك عمل القضاء الإداري الفرنسي على تقديم الحماية للغير حسن النية كلما رأى مقتضى لذلك ، فتضى بتعويض المقاتل الذي تصرف بناء على أوامر صدرت اليه من سلطة يمكن أن يكون لها هذا الحق من حيث الظاهر (٤٨) . وتضى بتعويض المقاتل الذي قام بانجاز أعمال اضافية تنفيذا لطلب المدير الذي تجاوز حدود الائتمان المرصود ولم يكن مصرحا له بذلك (٤٩)

(٤٦) راجع الدكتور فؤاد المطار : القضاء الإداري - ١٩٦٦ - ١٩٦٧ - ص ٦٥٤ .

(٤٧) التفويض هو أن يعهد الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته بصفة مؤقتة إلى أحد رؤسائه في الأحوال بالشروط التي يحددها القانون .

أما الحلول في الاختصاص فهو قيام أحد أعضاء السلطة الإدارية بممارسة كافة اختصاصات مضمو آخر من أعضائها - هو عادة رئيسه - قام به مانع حال دون ممارسته لاختصاصاته، وذلك بحكم القانون .

(٤٨) راجع : C.E. 12 mars 1950, Delle Muller

(٤٩) راجع : C.E. 31 janvier 1930, commune de cons-la-Granville

وبالنسبة للتفويض ، الاصل أن القرار الذي يتخذ في حالة غياب التفويض أو بطلانه يعتبر صحيحا الى أن يقضى ببطلانه قضائيا أو سحبه اداريا لعدم الاختصاص . فاذا لم يطعن فيه أو تسحبه الادارة خلال مدة جواز الطعن فيه تحصن واستقر وأخذ حكم القرار الصحيح .

ولكن القضاء الفرنسي في تطبيقه لنظرية الموظف الظاهر يفرق عادة بين حالة غياب التفويض كلية وبين حالة بطلانه (٥٠) :

فالقرار الذي يتخذه الرئيس في اطار اختصاصات رئيسه رغم عدم صدور تفويض له في ذلك يبطل اذا طعن فيه لصدوره من سلطة غير مختصة . وهكذا اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار الاستيلاء الصادر من السكرتير العام للمحافظة باطلا لانه لم يفوض في ذلك (٥١) . وهنا لا تطبق نظرية الموظف الفعلي لان من وقع في الغلط بالنسبة لصفة مصدر القرار — في تقدير مجلس الدولة الفرنسي — ليس معذورا في غلظه . ويختلف موقف القضاء الاداري البلجيكي عن ذلك ، اذ دفعه الحرص على حماية حقوق الافراد واستقرار المعاملات الى افتراض وجود تفويض صحيح يخلو الرئيس انذي تعدى على اختصاصات رئيسه سلطة اتخاذ ما اتخذ من تصرفات (٥٢) .

أما التصرف الذي يتخذ بناء على تفويض باطل فان القضاء الفرنسي يطبق بصدده أحيانا نظرية الموظف الظاهر ، فيقضي بالفائه الا (٥٣) اذا تعلقت

(٥٠) راجع :

E. Jouve, Recherches sur la notion d'apparence, R.D.P., 1968, P. 322.

(٥١) راجع: C.E. 13 mai 1949 Couvrat

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بصحة بعض التصرفات رغم صدورها من موظف غير مفوض بإصدارها ، وذلك استنادا الى فكرة الضرورة أو الظروف الاستثنائية ونيس على اساس فكرة الظاهر . راجع على سبيل المثال : C.E. 10 décembre 1954, Andréani .

(٥٢) راجع في ذلك : فيني — المرجع السابق — ص ٤٠٤ . ويشير الى حكم مجلس الدولة البلجيكي الصادر في ٢٤ نوفمبر عام ١٩٥٠ في قضية هوتوت Hautot .

(٥٣) وهو يقضي ببطلان التصرف المتخذ بناء على تفويض باطل ، على خلاف التصرف المتخذ بناء على تعيين باطل . ولعل ذلك يرجع الى أن اكتشاف بطلان التفويض اسهل من معرفة بطلان التعيين فضلا عن انه في حالة بطلان التفويض يوجد موظف مختص هو المفوض اما في «

بالموضوع مصالح هامة تستحق الرعاية ، وهو ما حدث في قضية زواج مون روج الشهيرة *Les mariages de Montrouge* وتتخلص وقائع هذه القضية في أن مستشار البلدية قام بشهر عدد من الزيجات بناء على تفويض باطل يتعلق بممارسة الاختصاصات المتصلة بالاحوال المدنية . ومع ذلك اعترفت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٧ أغسطس سنة ١٨٨٣ بصحة هذه الزيجات التي كانت محكمة السين قد قضت ببطالانها في ٢٣ فبراير من نفس العام . وذلك لانه لم يكن من السهل على الافراد معرفة بطلان التفويض ، كما ان هؤلاء وحدهم هم الذين يستفيدون من الاعتراف بصحة هذه انتصافات رغم قيامها على اساس تفويض باطل (٥٤) وتطبيق نظرية الظاهر في هذه الحالة هو الذي يؤدي الى تفادي النتائج الخطيرة التي تترتب على بطلان الزيجات المشهورة فيما يتعلق بشئون الاسرة ونسب الاولاد في حالة التمسك بقاعدة بطلان ما يقوم على الباطل .

ويختلف موقف محكمة القضاء الاداري المصرية عن ذلك ، حيث جعلت التفويض الباطل من أسباب انعدام القرار الاداري فقضت بأن « المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٣١ أعطى اختصاصات معينة لمدير عام مصلحة السكة الحديد بالنسبة لطائفة من موظفيها ولا يجوز قانونا التفويض في هذا الاختصاص ، بل يتعين ان يباشر الاختصاص من عينه القانون بالذات . ومن ثم فيكون القرار المطعون فيه الصادر من سكرتير عام مصلحة السكة الحديد بفصل المدعي ينطوي على نوع من اغتصاب السلطة ، فهو قرار معدوم لا اثر له » (٥٥) . وهذا المسلك في رأينا منتقد لوجود شبهة صحة الاختصاص . لان

حالة بطلان التعمين فان الموظف الذي يشغل الوظيفة بناء على تعين باطل يكون هو الوحيد الذي يستطيع اتخاذ القرارات الداخلة في اختصاصاتها لذلك فانها تبقى صحيحة اذا ابطال التعمين او الانتقاب فيما بعد .

راجع في ذلك : ادمون جوف - المرجع السابق - ص ٢٢٢ .

(٥٤) وعندما تكون التصرفات المتنازع عليها او المشكوك في صحتها كثيرة ، فغالبا ما يتدخل المشرع فيسن قانونا ينظم مصلحتها لكي يضع حدا لكل منازعة بشأنها ، وهو ما حدث فعلا بمناسبة زواج مون روج .

راجع فينبى - المرجع السابق - ص ٧٠ .

(٥٥) حكم محكمة القضاء الاداري الصادر في ٥ يناير ١٩٥٤ .

المفوض اليه يكون عادة من كبار الموظفين التاليين للمفوض في الدرجة والذين يتصلون بسلطة اصدار القرارات . ويصعب على ذوي الشأن معرفة عدم صحة التفويض .

الفصل الثالث

أركان نظرية الموظف الظاهر

لتطبيق نظرية الموظف الفعلي القائمة على فكرة الظاهر لا بد من توافر ركنين اثنين : احدهما مادي أو ملموس ، والاخر معنوي أو نفسي .

اولا : الركن المادي :

اما الركن المادي أو الملموس فيقصد به ظهور أحد الافراد — على خلاف الحقيقة القانونية — بمظهر الموظف الرسمي المختص الذي يشغل وظيفة لها وجودها القانوني ، ويمارس اختصاصاتها المقررة في القوانين واللوائح بصورة علنية ، مستخدما كافة متعلقات هذه الوظيفة من أماكن وسجلات وأختام على الوجه المعتاد ، مرتديا الزي الخاص بالوظيفة اذا وجد لها زي خاص بها ، (٥٦) بحيث يخدع الافراد بهذه الظروف وينظرون اليه كموظف رسمي . كما يجب أن تعتبره السلطة العامة ايضا موظفا نظاميا ، نظرا لعدم وضوح عدم مشروعية مركزه الوظيفي ، أو على الاقل يجب الا تمنعه من ممارسة اختصاصات الوظيفة . فيجب أن يتعلق الامر بتولية معقولة (٥٧) أو مقبولة في

(٥٦) ويمتدح القانون جنائيا على ذلك . فتقضي المادة ١٥٦ من قانون العقوبات المصري بأن « كل من لبس علانية كسوة رسمية بغير أن يكون حائزا للرتبة التي تخوله ذلك ، أو حمل علانية العلامة المميزة لعمل أو لوظيفة من غير حق يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيبها » . ونصت المادة ١٢٧ من قانون الجزاء الكويتي على أن « كل من اتخذ لنفسه زيا أو علامة تتميز بها طائفة من الموظفين ، قاصدا بذلك الحصول على مزايا لا حق له فيها أو الاضرار بأحد الافراد ، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تتجاوز الفروبية أو بأحدى هاتين العقوبتين ، فإذا لم يكن هذا القصد متواترا لديه كانت العقوبة غرامة لا تتجاوز ثلثمائة روبية » .

(٥٧) الدكتور سليمان محمد الطماوي : مبادئ القانون الاداري — الكتاب الثاني — ١٩٧٢ ص ١٩٠ .

أعين الناس ، أو على حد تعبير الفقيه جير investiture plausible (٥٨) يعذر الجمهور إذا لم يدرك سبب البطلان فيها .

ويتضمن الركن المادي لنظرية الموظف الفعلي على هذا النحو عنصرين هما :

١ — الوجود القانوني للوظيفة :

فيجب أن يتعلق الأمر بوظيفة لها وجودها القانوني ، وذلك لان نظرية الموظف الفعلي قد نشأت لمعالجة شغل الوظيفة وليس وجودها اتقانوني . وإذا لم يكن للوظيفة وجود قانوني ، فمعنى ذلك أن الشخص يدعي شغل وظيفة لا وجود لها ، وهذا في حد ذاته ليس من شأنه أن يخلق المظهر الخادع الذي يستتر وراءه مدعي الوظيفة . غير انه يكفي أن يكون للوظيفة مظهر خارجي من المشروعية ، حتى اذا اعلن بطلانها فيها بعد ، كما اذا كانت قد أنشئت بقانون غير دستوري أو بقرار مخالف للقانون ، وذلك بشرط الا يكون عدم مشروعية الوظيفة مفضوحا .

٢ — ممارسة اختصاصات الوظيفة :

يجب أن يمارس الشخص الذي يظهر بمظهر الموظف اختصاصات الوظيفة التي يشغلها ، وان تأخذ هذه الممارسة نفس الشكل أو المظهر الطبيعي لممارسة انوظيفة في اطار المشروعية ، بحيث يسود الاعتقاد لدى الجمهور بأن هذا الشخص يتولى الوظيفة طبقا للقانون . فاذا وجد عيب واضح يتصل بشغل الوظيفة أو بتولية صاحبها من شأنه استبعاد هذا الاعتقاد فلا تطبق نظرية الموظف الظاهر (٥٩) .

ثانيا : الركن المعنوي :

اما الركن المعنوي أو النفسي في نظرية الموظف الظاهر فهو حسن النية المقبول ، الذي يحيط بهركز شاغل الوظيفة ، أو حسن النية القائم على اسس موضوعية اى المرتبط بغلط معتول شائع ، وهذا الركن بدوره ينطوي على

(٥٨) انظر ، G. Jèze, les principes généraux du droit administratif, 1930, t. II, P. 298.

(٥٩) راجع : E.S. Laso, Traité de droit administratif, 1964, t.I.P. 302.

عنصرين احدهما شخصي وهو حسن النية والاخر موضوعي وهو الغلط المعتول .

١ — حسن النية :

ويقصد بحسن النية في هذا المجال الجهل ، أو عدم المعرفة بالمركز الحقيقي للموظف الظاهر والاعتقاد بأنه موظف رسمي يمارس سلطات وظيفته . ويثور التساؤل حول استنزاح هذا العنصر بالنسبة لكل من الجمهور المتعامل والموظف الظاهر :

١ — حسن نية الجمهور المتعامل :

يجب أن يجهل الجمهور عدم مشروعية مركز شاغل الوظيفة الذي يتعامل معه . والاصل هو افتراض حسن نية الافراد المتعاملين مع الموظف الظاهر ، وعلى من يدعي العكس يقع عبء الاثبات رغم صعوبة تعلقه بمسألة نفسية . ولا يستفيد الفرد من نظرية الموظف الظاهر اذا اتضح سوء نيته بأن ثبت علمه — بطريقة أو بأخرى — بعدم مشروعية مركز شاغل انوظيفة ومع ذلك تعامل معه على أساس من الغش لتحقيق مصلحة شخصية (٦٠) . اذ القاعدة أن « الغش يفسد كل شيء » كما أن القضاء لم ينشئ نظرية الموظف الظاهر الا لحماية الجمهور حسن النية الذي استند الى انظاها في الاعتقاد بأنه يتعامل مع موظف قانوني .

ب — حسن نية شاغل الوظيفة :

اما بالنسبة لحسن أو سوء نية ممارس الوظيفة الذي لم يولها التولية الصحيحة ، فانه لا يؤثر في تطبيق النظرية ، (٦١) لانها اقيمت اصلا لحماية

(٦٠) وبذلك نلاحظ أن سوء النية هو الآخر يتكون من عنصرين احدهما واقعي وهو العلم بانعدام صفة صاحب الظاهر ، والثاني ادبي — يترجم من النفسية الائمة لصاحبها — وهو العزم على عدم التقيد بالقانون ، ويظهر في صورة اقدام على التعامل مع صاحب الوضع الظاهر رغم العلم بانعدام صفته . راجع في ذلك الدكتور نعمان جمعة — المرجع السابق — ص ١٥١ .

(٦١) راجع في ذلك : جيز : المرجع السابق — ص ٢٩٩ ، الدكتور سليمان الطباوي — المرجع السابق — ص ١٩٠ وانظر من احكام مجلس الدولة الفرنسي :

C. E. 21 juillet 1876, Ducastel.

الجمهور المعذور فيما وقع فيه من غلط ، ورفع الظلم الذي يصيبه في حالة الاعتراف ببطلان التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي تطبيقا لقواعد المشروعية . ولا ذنب للجمهور المتعامل مع الموظف الفعلي حتى اذا كان هذا الاخير سيئ النية بعلم بعدم مشروعية مركزه في الوظيفة التي يمارس اختصاصاتها ، وحتى اذا كان مغتصبا للسلطة (٦٢) .

غير أن حسن أو سوء نية الموظف الفعلي يؤثر في مركزه في نظر القضاء وما يعترف به له أو عليه من حقوق والتزامات ، على ما سوف نرى بعد قليل .

٢ — الفلظ المعقول :

يجب أن يكون حسن نية الجمهور المتعامل مع الموظف الظاهر مستندا الى غلط معقول . وبعبارة أخرى يجب أن يكون الجمهور معذورا في جهله (٦٣) بعدم مشروعية مركز شاغل الوظيفة ، بأن يكون قد خدع — رغم وعيه وحسن ادراكه — بالمظاهر التي احاطت بممارسة الوظيفة ، ووقع في غلط له ما يبرره عقلا ، واعتقد اعتقادا مشروعا — يرجع اثنى صعوبة معرفة وجه عدم مشروعية الصفة القانونية لشاغل الوظيفة — انه يتعامل مع موظف رسمي تقلد وظيفته بطريقة صحيحة . وهذا الفلظ يجب أن يكون بالاضافة الى معقوليته شائعا لا يقتصر على فرد واحد . فالفلظ المعقول الشائع وحده هو

(٦٢) ومع ذلك يتطلب بعض الفقهاء لتطبيق النظرية القضائية حسن نية الموظف الفعلي في تدخله في شئون الإدارة ، والا تعلق الامر بمجرد مغتصب للسلطة . ويرى ان فكرة الظاهر على هذا النحو ليست غريبة عن فكرة الاخلاق .

انظر : ادمون جوف — المرجع السابق — ص ٢٩٨ .

(٦٣) وثم فارق بين الفلظ والجهل رغم اتفاقهما في انتقاد الحقيقة . فالفلظ هو اعتقاد مخالف للحقيقة ، وهو يختلف عن الجهل وهو مجرد عدم المعرفة ، في انه يفترض الى جانب غياب الحقيقة حلول فكرة أخرى خاطئة محلها . راجع في ذلك : الدكتور نعمان جمعة — المرجع السابق — ص ١٢٠ . وهذه حقيقة مؤكدة ، فلا شك ان الجهل بكيفية الصلاة عند المسلمين مثلا يختلف عن الفلظ بشأنها بالاعتقاد بانها كصلاة النصارى . غير ان هذه التفرقة بين الجهل والفلظ قد تتوارى في بعض الحالات . فهي لا تظهر في حالة الموظف الظاهر ، لان جهل الافراد بعدم مشروعية مركزه وهو ما يمثل عنصر حسن النية — يعني في نفس الوقت اعتقادهم في مشروعيته ، وهي الاصل المفترض بالنسبة لشاغلي الوظائف العامة على وجه العموم .

الذي يبرر حماية اصحابه رغم مخالفته للحقيقة القانونية . لانه من الظلم ان يتحمل المتعاملون الذين يجهلون — بعذر — عدم مشروعية التعيين او الانتخاب في الوظيفة التي تعاملوا مع شاكلها نتيجة بطلان التولية وهم لا يعملون به ولاذنب لهم فيه (٦٤) . والغلط يكون مبررا شائعا اذا استند الى ظاهر قوي مقنع اما الغلط الاحق او غير المبرر الذي لا يستند الى ظاهر معقول مستقر والذي قد يتوعد في ذهن بعض المهملين او الغافلين رغم عيب التولية الفاحش الواضح ، او عدم كفاية او معقولية مظاهر ممارسة اختصاصات الوظيفة ، فلا يستحق حماية النظرية القضائية . والغلط ليس مفترضا كحسن النية وانما يقع على من يدعيه عبء اثباته .

الفصل الرابع

آثار نظرية الموظف الظاهر

ان الظاهر المخالف للقانون لا يمكن في حد ذاته ان يرتب اثرا قانونيا . ولكن القاضي — او المشرع من باب اولي — هو الذي يستطيع تشبيه الوضع الظاهر في حدود معينة بالمركز القانوني الذي يصوره او يمثله من حيث ترتيب الآثار القانونية ، سواء تلك المتصلة بالتصرفات الصادرة عن شاغل الوضع الظاهر ، ام هذه المتعلقة بمركز هذا الاخر بما يتضمن من حقوق وواجبات . ويحدث ذلك تجاوبا مع المصلحة العامة واعتبارا للخطأ الشائع وحسن النية المتصل بالمركز الظاهر . ويشترط انقضاء لترتيب هذه الآثار بصفة عامة الا يكون من شأن الاعتراف بالوضع الظاهر وترتيب بعض الآثار عليه الاضرار بمصالح الافراد الذين لم يرتكبوا خطأ غير مغفّر .

ونتحدث فيما يلي عن آثار نظرية الموظف الظاهر بالنسبة للتصرفات الصادرة عنه ، ثم بالنسبة لمركزه بما يتضمن من حقوق وواجبات .

(٦٠) راجع : A. De laubadère, Traité de droit administratif, t, I, 1973, P. 288.

أولا : آثار النظرية بالنسبة لتصرفات الموظف الظاهر

الأصل أن التصرفات الصادرة عن غير صاحب السلطة في إصدارها تعتبر باطلة طبقا للقانون . ولكن القضاء افترض صحتها مراعاة لاعتبارات قدر أهميتها وسلف الحديث عنها . وذلك بشرط توافقتها مع قواعد الشكل والمضمون التي كان يجب على السلطة النظامية مراعاتها في إصدارها . غير أن انقرار الظاهر لا يستتبع دائما نفس نتائج القرار الصحيح الذي يمثل، ولكن القاضي يعطي له اثره حسب تقديره لمصالح الغير المتصلة به .

ولما كانت نظرية الموظف الظاهر قد اقيمت اساسا لرعاية مصالح الافراد الذين وقعوا في غلط معقول حول مركز شاغل الوظيفة ، فانه ليس للإدارة — كتعاودة عامة — أن تحتج في مواجهة الغير بصحة التصرفات المتخذة استنادا الى الوضع الظاهر للموظف . فضلا عن أن الإدارة هي المسئولة عن مراعاة احكام القانون في شغل وظائفها وما قد يترتب على مخالفتها من نتائج ، وهي التي يجب أن تتخذ من الوسائل ما من شأنه أن يزيل في مواجهة الجمهور ذلك الوضع الظاهر الخادع لشاغل الوظيفة (٦٥) .

ولما كان تطبيق نظرية الموظف الظاهر مشروط بعدم الاضرار بمصالح الافراد الذين وقعوا في الغلط المعقول، فان من حقهم — اذا كان لهم على خلاف المتوقع مصلحة في ذلك — التنازل عن حماية النظرية القضائية التي اقيمت لرعاية مصالحهم ، والتمسك بالوضع القانوني الأصلي وهو بطلان تصرفات الموظف الظاهر (٦٦) .

(٦٥) غير أن ذلك لا يعني بالضرورة أنه لا بد من وجود خطأ ينسب الى الإدارة في كل حالات الموظف الظاهر ، أو أن خطأ الإدارة يعتبر من أسس أو شروط تطبيق النظرية . فمن الحالات ما يصعب فيها نسبة أي خطأ للإدارة . من ذلك أن يخفى سبب بطلان التعمين على الإدارة دون تقصير منها ، كما إذا رجع الى غش متقن ، اقترفه الموظف الفعلي وأثبت عن طريقه — على خلاف الحقيقة — توافر شروط التعمين فيه .

(٦٦) ويرى بعض الفقهاء أن الموقف الظاهر يمكن أن يحتج به في مواجهة الأفراد إذا لم تكن الإدارة قد ارتكبت خطأ اوامهلا أدى الى نشأة الوضع الظاهر . راجع في ذلك : J. M. Auby, L'inexistence des actes administratifs, Paris, 1951.

إشارة ابيمون جوف — المرجع السابق — ص ٢٢٠ .

غير أن الاعتراف بصحة قرارات الموظف الفعلي ليس من شأنه تخليص هذه القرارات من كافة العيوب التي قد تلحق بها ، وانما يقتصر على مجرد تطهيرها من العيب المتصل بصفة مصدر القرار فحسب وهو تخلف الولاية القانونية . وقد تكون بعض هذه القرارات رغم ذلك قابلة للإبطال لعيوب أخرى تلحقها كعيب الشكل الذي يتمثل في عدم مراعاة الشكليات والاجراءات القانونية ، وعيب المحل وهو مخالفة القانون بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح ، وعيب السبب المتصل بالحالة الواقعية او القانونية التي دفعت الى اصدار القرار ، وعيب الغاية وهو ما يسمى بانحراف السلطة .

ونوضح فيما يلي آثار نظرية الموظف الفعلي بالنسبة لتصرفات الموظف الظاهر في حالاته المختلفة .

١ — حالة عدم التولية :

الاصل أن التصرفات الصادرة من شخص لم يول الوظيفة المتصلة بها تعتبر باطلة بطلاناً يعدم من النظام العام . ولا يحتاج ذلك الى تبرير أو تعليل ، اذ من الطبيعي الا تمارس اختصاصات اى وظيفة الا بواسطة من يولها تولية قانونية . غير ان القضاء الاداري قد لطف من حدة هذه القاعدة لاعتبارات عملية ومصالح هامة ، فاعترف بصحتها في بعض الاحوال وبشروط معينة . من ذلك الاعتراف بصحة التصرفات الصادرة عن المعاون المتطوع collaborateur benévole وهو ذلك الشخص الذي يتقدم مختاراً وبدون استدعاء لمساعدة الادارة في انجاز عمل من الاعمال المتصلة بالمصلحة العامة ، وذلك كالمشاركة في اطفاء حريق . وقد سبق ان اشرنا الى امثلة أخرى عند بيلغنا لحالات الموظف الظاهر .

٢ — حالة بطلان التولية :

والاصل ايضا أن الأفراد الذي يتولون وظائفهم على خلاف احكام القانون تعتبر تصرفاتهم في ممارسة اختصاصات هذه الوظائف باطلة لعدم صدورهم عن اصحابها القانونيين . ولكن رغبة القضاء في حماية حسن النية من الأفراد جعلته يحكم بصحة التصرفات الصادرة عن اشخاص شغلوا وظائفهم على خلاف مقتضى القانون . غير أن الامر يقتضي التفرقة بين التصرفات الصادرة قبل اعلان بطلان التولية الوظيفية ، وتلك الصادرة بعده :

فبالنسبة للتصرفات الصادرة قبل انقضاء التولية أو اعلان بطلانها ، فرغم

ان للالغاء القضائي أو البطلان اثرا رجعيا ، فان رعاية مصلحة الافراد اقتضت اعتبار هذه التصرفات صحيحة كما لو كانت صادرة من موظفين رسميين ، ما دامت صحة التولية كانت محتملة ، وذلك سواء تعنى الامر بتعيين (٦٧) أو بانتخاب (٦٨) .

اما بالنسبة للتصرفات الصادرة بعد الغاء التولية أو اعلان بطلانها ، فانها تعتبر باطلة من حيث المبدأ . غير ان هذه التصرفات تعتبر مع ذلك صحيحة خلال الفترة التي يظل الافراد فيها معذورين في الوقوع في الغلط حول صفة مصدرها الذين استمروا — لسبب أو لآخر ، بتقصير من الإدارة — في ممارسة سلطتهم الفعلية بعد اعلان بطلان توليتهم فيها (٦٩) .

٣ — حالة الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة :

والاصل كذلك ان تصرفات الموظف بعد انتهاء صفته الوظيفية تعتبر باطلة عديمة الاثر . ومع ذلك فقد اعتبر القضاء تصرفات الموظفين السابقين الذين يستمرون — دون سند قانوني — في ممارسة أعمال انوظائف التي كانوا يشغلونها رسميا صحيحة في مواجهة الغير حسن النية الذي لا يعلم — بعذر — بزوان الصفة الوظيفية عنهم .

٤ — حالة الاختصاص الظاهر لموظف قانوني :

والاصل ان القرارات الصادرة عن موظف قانوني بالمخالفة لقواعد الاختصاص تعتبر باطلة لعيب في الاختصاص . فاذا كان عيب الاختصاص جسيما يصل الى حد اغتصاب السلطة الذي يؤدي الى انعدام القرار الاداري

(٦٧) راجع : C.E. 21 Juillet 1876, Ducastel

C.E. 2 novembre 1923, Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes.

C.E. 21 novembre 1934, Nicod.

A. plantey, Traité pratique de le fonction publique 1971, t. I, 292. وانظر

(٦٨) راجع : C.E. 27 octobre 1961, Commune de Moule

(٦٩) راجع : انمون جوف — المرجع السابق — ص ٢١٨ .

على النحو الذي أوضحناه ، فان كثيرا من تطبيقات نظرية الظاهر يتعلق بحالات يكون فيها مصدر القرار ليس موظفا عاما على الاطلاق ، ومع ذلك تعتبر تصرفاته في منطق النظرية صحيحة ، رعاية لمصالح الافراد وضمائنا للامان القانوني في التعامل مع الادارة . اما اذا كان عيب الاختصاص بسيطسا لا يصل الى حد اغتصاب السلطة الذي يؤدي الى انعدام القرار الاداري ، فان القرار المعيب يبطل بالالغاء القضائي او السحب الاداري خلال مدة جواز الطعن فيه ، وهي في العادة شهران ما لم تمتد لسبب من اسباب امتدادها المعروفة . فاذا مضت هذه المدة دون اعلان بطلان هذه القرارات او سحبها فانها تتحصن وتستقر وتأخذ حكم القرارات الصحيحة . ولكن تطبيق نظرية الموظف الظاهر على القرارات المعيبة بعيب الاختصاص البسيط في بعض الحالات من شأنه الاعتراف بصحة هذه القرارات وبالحقوق المكتسبة (٧٠) الناشئة عنها وعدم الغائها قضائيا — في حالة الطعن فيها — رعاية لحقوق اصحابها المعذورين في غلطهم . ومن اهم اسباب حالة الاختصاص الظاهر من الناحية العملية افتقار التفويض الصحيح وبطلان ابعاد السلف .

١ — افتقار التفويض الصحيح :

يعد افتقار التفويض الصحيح من اهم الاسباب العملية لحالات الاختصاص الظاهر . وقد سبق ان بينا ان القرار الصادر ممن لم يفوض تفويضا صحيحا باصداره يكون معيبا بعيب الاختصاص البسيط ، ويعتبر صحيحا الى ان يقضي ببطلانه او يسحب اداريا خلال مدة جواز انطعن . اما اذا طعن في مثل هذا القرار فان القضاء الاداري الفرنسي يحكم بالبطلان ولا يطبق نظرية الموظف الظاهر في حالة عدم وجود تفويض على الاطلاق . اما في حالة التفويض الباطل فانه اما ان يحكم بالبطلان واما ان يعتبر التصرف صحيحا تطبيقا لنظرية الموظف الظاهر ، اذا تعلق موضوع التصرف بمصالح هامة يعتبرها اولى بالرعاية كما حدث في قضيته زواج مون روج سالفه الذكر .

وموقف القضاء الفرنسي في ذلك يختلف عن موقف كل من القضاء البلجيكي والقضاء المصري . ففي بلجيكا وصل القضاء الاداري في حمايته للافراد واستقرار المعاملات الى حد افتراض التفويض في حالة عدم وجوده .

وفي مصر بلغ القضاء الإداري في تمسكه بقواعد المشروعية — في بعض الحالات — إلى درجة اعتبار القرار منعدها إذا صدر بناء على تفويض مخالف للقانون .

ب — بطلان أبعاد السلف :

ومن حالات الاختصاص الظاهر التي تستحق الذكر أيضا حالة بطلان أبعاد السلف . فقد يعلن بطلان عزل الموظف أو وقفه عن العمل بعد فترة من الزمن ، يكون خلالها الشخص الذي خلفه في الوظيفة قد مارس اختصاصاتها وأصدر بعض التصرفات بشأنها . ورغم أن هذا الأخير يعتبر كأن لم يشغل قط بصفة قانونية هذه الوظيفة نتيجة لبطلان قرار العزل أو الوقف مما يستتبع بطلان قرار شغله للوظيفة ، لأن ما يقوم على الباطل فهو باطل ، فإن تصرفاته المتصلة بها تعتبر صحيحة منتجة لآثارها تطبيقا لنظرية الموظف الظاهر ، لأن الأفراد لم يكن باستطاعتهم الشك في صحة هذه التصرفات .

ويعترف القضاء بصحة التصرفات الصادرة قبل الإلغاء القضائي لقرار العزل أو الوقف . أما التصرفات الصادرة بعد هذا الإلغاء ، فإن الاعتراف بصحتها يرتبط بما قد ترتبته الإدارة من خطأ يجعل الظاهر قويا بحيث يعتبر من يقع في الغلط معذورا . وليس للإدارة التي خلقت هذا الظاهر أن تتمسك ببطلان هذه التصرفات .

ثانيا : آثار النظرية بالنسبة لمركز الموظف الظاهر

يضع القضاء الإداري الموظف الظاهر — أو الفعلي بصفة عامة — في مركز قانوني وسط بين مركز الموظف الرسمي ومركز مقتصب السلطة الذي لا تتوافر بشأنه شروط الموظف الظاهر كما وضعتها النظرية القضائية . فهو لا يتمتع بكل حقوق الموظف القانوني ولا يخضع لكل التزاماته ، وإنما يقتصر أمره على جانب من كل منها :

١ — من حيث الحقوق :

فمن حيث الحقوق لا يتمتع الموظف الفعلي بكل حقوق الوظيفة العامة أو مزاياها . وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية أن الموظفين الفعليين لا يحق لهم الانفاذ من مزايا الوظيفة العامة « لأنهم لم يخضعوا

لاحكامها ولم يعينوا وفقا لاصول التعيين فيها « (٧١) . ولا غرابة في ذلك لعدم تعلق الامر بالهدف الاساسي من النظرية وهو رعاية مصالح الغير والحفاظ على استمرار تشغيل المرافق العامة وتأمين الثقة المشروعة في تصرفات الادارة .

ومن حيث المبدأ يرفض القضاء الاداري الاعتراف للموظف الظاهر بالحق في مرتب الوظيفة التي شغلها الا خلال الفترة السابقة على اعلان بطلان التعيين أو الانتخاب ، أما بعد ثبوت عدم مشروعية التولية فانه يلزم برد المبالغ التي قبضها الا اذا كانت الادارة قد تركته يمارس الوظيفة (٧٢) أو أثبتت الصفة المعيشية أو الغذائية لهذه المبالغ (٧٣) . فاذا لم يكن الموظف الفعلي قد تسلم راتبه عن فترة شغل الوظيفة فانه يستحق مكافأة أو تعويضا على أساس خطأ المرفق (٧٤) . فلا مكافأة أو تعويض اذا لم يكن ثم اهمال أو خطأ يمكن أن

(٧١) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٢٩ نوفمبر عام ١٩٦٤ — س ١٠ ص ٩٩ .

(٧٢) فاذا ابلغت الادارة المتعاقد معها رسميا بتاريخ انتهاء عقده والاستغناء عن خدماته ، ومع ذلك استمر في العمل بعد هذا التاريخ ، فانه لا يستحق اجرا عن المدة اللاحقة حتى ولو نظر اليه خلال هذه الفترة كموظف أو قبل زملاؤه ورؤساؤه تعاونه في العمل .
راجع في ذلك : C.E., 21 décembre 1955, Ezac.

(٧٣) راجع : C.E., 24 février 1912, Vignerte.

(٧٤) يقيم بعض الفقهاء حق الموظف الفعلي في المطالبة بالتعويض على أساس الفضالة أو الإثراء على حساب الغير . راجع في ذلك :

M. Hauriou, Précis de droit administratif, 10 éd., P 344

G. Jèze, Les principes généraux du droit administratif 1930, P. 306.

A. Grisel, Droit administratif suisse, 1970, P. 237.

ويعلق البعض الآخر حق المطالبة بالتعويض على التفرقة بين حسن أو سوء نية الموظف الظاهر ، أو التمييز بين موظف فعلي لا سند له في التولية وآخر له سند معيب أبطل فيما بعد . انظر في ذلك :

— th. Rousseau, Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait, 1914, P. 139.

— Vitta, Il funzionario di fatto, in Rivista di diritto pubblico, 1923, P. 546.

اشارة Laso — المرجع السابق — ص ٢٠٥ .

ينسب الى الادارة (٧٥) ، او ضرر مما يعوض عنه ، تحمله الموظف الفعلي .
وغالبا ما ينسب الى الادارة خطأ ترك الموظف الظاهر يمارس اختصاصات
الوظيفة التي يشغلها ، وهذا الخطأ قد يكون مصحوبا بخطأ من جانب الموظف
الفعلي نفسه (٧٦) مما يقلل من مقدار المكافأة . وعملا يحصل الموظف الفعلي
الذي أدى أعمال الوظيفة ولم يرتكب خطأ على مرتب هذه الوظيفة او ما
يعادله سواء سمي مكافأة او تعويضا (٧٧) .

وقد اعترف القضاء الاداري الفرنسي للمتطوعين لمعاونة الادارة بالحق
في التعويض عن الخسائر التي يتحملونها بمناسبة مساعدتهم للادارة — كما
حمل الادارة مسئولية تعويض الخسائر التي يسببونها للغير اثناء مساعدتهم
لها ، اذا كانوا ينفذون اوامر السلطة المختصة كما لو كان هناك نوع من العقد
« الفعلي » بينهم وبينها .

ونظرا لان عدم مشروعية التعيين بالنسبة لموظفي البلديات يكون في
العادة محاطا بحسن النية الكامل ويعزى غالبا الى نقض الاجراءات او الجهل
بالشكليات الادارية ، فان القضاء الاداري الفرنسي يكون اكثر ميلا للاعتراف
لهؤلاء الموظفين الفعليين اكثر من غيرهم ببعض مزايا الموظفين الرسميين (٧٨) .

(٧٥) انظر : C.E. 28 juillet 1926, Mattéi

(٧٦) انظر : C.E. 16 mars 1956, Seret.

وفي هذا الحكم شغل السيد سيري احدى الوظائف لمدة ستة شهور دون ان يحصل خلالها
على راتب . ورفضت الادارة منحه راتبا بحجة انه لم يعين في هذه الوظيفة . فرفض
مجلس الدولة بان الادارة بقبولها لخدماته خلال هذه المدة دون ان تضعه في مركزه القانوني
الصحيح قد ارتكبت خطأ مرفقيا يرتب مسئوليتها تجاهه . وقرر المجلس استحقاقه تعويضا
يعادل نصف قيمة راتبه لو كان موظفا رسميا ، لان الموظف هو الاخر كان قد ارتكب خطأ
لانه لم يتخذ كافة الوسائل ليصبح وضعه قانونيا .

(٧٧) انظر : P. Wigny, Droit administratif, 1962, P. 212.

وتؤكد محكمة القضاء الاداري في مصر في حكمها الصادر في ٩ نوفمبر عام ١٩٥٩ (س ١٤) —
ص ١٣٣) بالنسبة للموظف الذي يستمر في العمل بعد بلوغ سن التقاعد دون ان تمد
خدمته بالطريقة القانونية ، ان الاجر الذي يستحقه نظير العمل الذي يقوم به بعد انتهاء
مدة الخدمة يعتبر مكافأة وليس مرتبا .

(٧٨) انظر : C.E. 3 Février 1937, Crellety.

٢ - من حيث الالتزامات :

أما من حيث التزامات الموظف الفعلي فأنها أقل من التزامات الموظف الرسمي . فإذا كان الموظف الفعلي يجب أن يراعي القواعد التي تحكم الوظيفة التي يشغلها ، فإنه في حالة أخلاله بها لا يخضع للجزاءات التأديبية التي يمكن أن توقع على الموظف الرسمي . كما أن مسؤوليته المدنية تجاه الغير بسبب شغله للوظيفة لا تخضع لقواعد القانون الإداري . وإنما تحكمها القواعد العامة للمسئولية في القانون المدني . وذلك مع ملاحظة مسؤولية الإدارة في مواجهة الأفراد عن الأخطاء المرفقية المنسوبة اليه في حدود الاعتراف بصحة تصرفاته بالنسبة لهم .

أما من ناحية المسؤولية الجنائية للموظف الفعلي فإنه يخضع في العادة لجرائم الموظفين ، حيث توسع النصوص المتصلة بها من مفهوم الموظف العام في تطبيق أحكامها ، ولا تستلزم أن تكون تولية الموظف قد تمت في إطار قواعد المشروعية .

خاتمة

لا شك في أهمية الظاهر الخادع المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة ، والناشيء عن ممارسة شخص لسلطات مركز لا صفة له في شغله . فالوضع الظاهر أو الواقعي قد يتخذ صورة الوضع القانوني الصحيح رغم أنه فسي الحقيقة ليس كذلك ، ويستتبع غلطا بشأنه من جانب ذوي المصلحة أو الصلة بهذا الوضع ، الذين يخدمهم الموقف الظاهر فيعتقدون — معذورين — أنه مطابق للقانون ، ولا يساورهم في ذلك شك .

والفرد العادي لا يبحث في صحة الأوضاع الظاهرة من الناحية القانونية إلا إذا شك فيها ، فوجد دائما لتكريس ما يكفي من الوقت والجهد للقيام بذلك . ومع تعقد وسائل الحياة الحديثة ، وكثرة ما تنطوي عليه من علاقات ومعاملات ، أصبح الأفراد بصفة عامة غير قادرين على مراقبة كافة المراكز والأوضاع الظاهرة التي يحتكون بها ، خاصة إذا بدت أمامهم صحيحة لا تثير الشك . وفي الزامهم ببحث مشروعية كل هذه المراكز والأوضاع قبل التعامل بشأنها تكليف بما يفوق الطاقة ، وهو أمر لا يتفق مع العدالة ، والله سبحانه يقول « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » ، ولا يحق المصلحة ، إذ من

شأنه عرقلة مصالح الأفراد من ناحية ، والمساس بالمصلحة العامة من ناحية أخرى عن طريق عرقلة المعاملات ، والتشكيك في تصرفات السلطة العامة رغم ما يجب تتمتع به من طاعة واحترام .

ولما كانت الاحكام القانونية يجب ان تتواءم مع الواقع الاجتماعي ، ومستلزمات الحياة الفعلية وتسمى الى تحقيق مصلحة المجتمع ولو على حساب التضحية الجزئية بالتمسك الجامد بمبادئ المشروعية المجردة ، فان الاعتراف بصحة الاوضاع الظاهرة القوية ، مع احاطتها بالضوابط والقيود اللازمة لمنع الانحراف فيها ، ويعتبر امرا سائفا منطقيا يتفق مع الطبيعة البشرية وتحقيق مصالح اناس ورفع العنت عنهم . وبعبارة أخرى فان تحقيق المصلحة والعدالة في المجتمع يقتضي اعتبار نظرية الظاهر استثناء مقبولا من قاعدة المشروعية المجردة .

وقد اخذت فكرة الظاهر — بالفعل — طابع النظرية العامة في مجال القانون الخاص في فرنسا ، حتى قيل ان القاضي هنا يسمح للغير بالاستفادة من نظرية الظاهر كلما كان كشف الحقيقة مستحيلا او صعبا يحتاج الى وقت وجهد . وايدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه اخيرا وعبرت عنه تعبيراً دقيقاً حين قالت في حكم حديث لها انه « يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة الى الغير حسن النية ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها ان تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة » (٧٩) .

ورغم ان القضاء العادي كان اكثر جراءة من القضاء الاداري في وضع نظرية الظاهر في قالب قاعدة عامة شاملة ، يجادل البعض فيها في مجال القانون الاداري ، فمن الغريب ان محكمة النقض المصرية في وضعها لهذه القاعدة انها استندت الى القياس على نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية ، اي نظرية الموظف الظاهر ، التي هي من صنع القضاء الاداري . وجاء في حكمها المذكور انه « وان كان لا خلاف في ان الوجود القانوني لنقابة مستخدمى قناة السويس قد زال بصور القانون الخاص بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس ، الا ان الوجود الفعلي للظاهر لهذه النقابة قد ظل قائما حتى

(٧٩) الطعن رقم ٥٢ لسنة ٣٧ القضائية — جلسة ٢٠ نوفمبر عام ١٩٧١ .

صدر القرار الوزاري رقم ٢١ لسنة ١٩٥٩ ، وأن هذا الوجود الفعلي ثابت من تسليم مكتب العمل بوجودها تسليما مستفادا من حضور مندوبه اجتماعاتها كما انه ثابت من اعتراف هيئة قناة السويس بعد التأميم بوجودها واعتبارها جهة ذات شأن في ابداء الرأي في لائحة موظفي الهيئة . واذا كان من المقرر أن الظاهر المسلم للوجود الفعلي يترتب عليه ما يترتب على الوجود القانوني من حيث صحة التصرف ، وعلى أساس هذا النظر أقام الفقه الإداري نظرية الموظف الفعلي ، ورتب عليها صحة التصرف الصادر من الموظف انذني اعتبر تعيينه باطلا ، خلال المدة التي كان قائما فيها بأعباء الوظيفة فعلا ، وكان لا فارق بين الوجود الفعلي للموظف وبين الكيان الواقعي للنقابة بعد صدور قانون التأميم ، فان الحكم المطعون فيه ، اذ استبعد اعمال هذا القياس ، وانتهى الى بطلان قرار النقابة لانعدام وجودها القانوني ، يكون مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب .

واذا كان هذا هو موقف القضاء في اطار القانون الخاص ، فان فكرة الظاهر يجب أن تأخذ طابع النظرية العامة أيضا ومن باب أولي في مجال القانون الإداري . ونقول من باب أولي لان القضاء الإداري — بحكم ظروف نشأته وقلة التشريعات في مجال عمله — هو قضاء انشائي خلاق أكثر من أي قضاء آخر ، واليه يرجع الفضل في وضع قواعد القانون الإداري ، وأحكامه ، بما رآه موافقا بين مصلحة الإدارة وحقوق الأفراد . ونقول من باب أولي أيضا لان ضعف الأفراد في مواجهة الإدارة التي تتمتع بامتيازات السلطة ووسائل الجبر وتفرض احترام تصرفاتها على الأفراد ، يقتضي أن تأخذ تصرفاتها الظاهرة حكم التصرفات المشروعة الصحيحة ، ما دامت الشواهد المحيطة بها تولد الاعتقاد العام بمطابقتها للقانون .

وبخصوص حكم محكمة النقض المشار اليه ، كان من الممكن أن يتعلق الأمر بنقابة مهنية وطنية . فيختص بنظر المنازعة المتصلة بها القضاء الإداري باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام يدير مرفقا مهنيا أونقابيا . ونعتقد أن حكمه من الناحية المنطقية لم يكن ليختلف عما قضت به محكمة النقض المصرية تطبيقا لنظرية الظاهر ، على أساس أن الظاهر الناشئ عن الوجود الفعلي يترتب عليه ما يترتب على الوجود القانوني ، وباعتبار أن مركز الشخص المعنوي — عاما كان أم خاصا — لا يختلف في ذلك عن مركز الموظف الظاهر . ولا شك أن أهم تطبيقات نظرية الظاهر في القانون الإداري يتعلق بفكرة

الموظف الظاهر . وفيها اتخذ القضاء من الوضع الظاهر اساسا لنظرية الموظف الظاهر — كما اسلفنا — هو ذلك الفرد الذي يتدخل خلافا للقانون في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة قائمة ، متخذا مظهر الموظف القانوني المختص ، فاعتبر القضاء تصرفاته بشأنها صحيحة رغم عدم صدورها عن صاحب الولاية القانونية فيها . وذلك حماية للجمهور حسن النية الذي لم تسمح له الظروف المحيطة بالتشكك في مركز مصدرها ، وضمانا للثقة المشروعة في التصرفات المنسوبة الى الادارة .

غير ان لنظرية الظاهر تطبيقات أخرى اقل شهرة او متداخلة مع افكار أخرى في مجال القانون الاداري . من ذلك تحصن القرار الاداري المعيب واعتباره صحيحا بانتهاء مدة جواز الطعن فيه دون ابطال قضائي أو سحب اداري . اذ ان بقاء القرار الاداري المعيب ساري المفعول طوال هذه المدة دون المساس به أو الطعن فيه يخلق من المظاهر ما يوحي بصحته ويبرر الثقة فيه . ومعنى ذلك أن القرار المعيب الذي يظهر بمظهر القرار الصحيح الى ان تنتضي مدة جواز الطعن فيه يأخذ حكمه ، ايا كان وجه عدم المهروعية الذي لحق به ما لم يكن على درجة من الجسامة تصل به الى حد الانعدام . واذا كان الهدف من فكرة تحصن القرار المعيب هو العمل على استقرار المعاملات والحفاظ على الثقة المعقولة بقرارات الادارة حماية لحقوق الامراد ، فان هذا الهدف هو نفس ما ترمي الى تحقيقه نظرية الاوضاع الظاهرة . ومن تطبيقات نظرية الظاهر أيضا عدم جواز سحب اللوائح الادارية الباطلة ، واعتبارها صحيحة في الفترة من تاريخ صدورها الى وقت اعلان بطلانها . ففي ذلك — بالاضافة الى تطبيق قاعدة عدم رجعية القواعد القانونية — تطبيق لنظرية الظاهر ، لان الافراد قد نظموا سلوكهم خلال هذه الفترة على اساس قواعد التي بدت امامهم صحيحة ولم يظهر لهم ما يشكك فيها .

وفي النهاية نستطيع أن نقول ان فكرة الظاهر تمثل الان نظرية عامة في القانون الاداري أيضا ، وأن مضمون هذه النظرية يمكن أن يصاغ على النحو التالي :

يترتب على الاوضاع الظاهرة المخالفة للقانون ما يترتب على الاوضاع القانونية الصحيحة من حيث آثارها في مواجهة الغير حسن النية ، متى كانت الشواهد المحيطة بالاوضاع الظاهرة من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقتها للقانون .

