مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: العرف الإداري
اسم الكاتب: م.م. علي مخلف حماد
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/615
تاريخ الاسترداد: 2026/07/09 23:17 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

العرف الإداري

م.م. علي مخلف حماد

جامعة الانبار

كلية القانون والعلوم السياسية

Abstract

This study examines that the administrative custom is considered as a one source of administrative law, especially where the rules arising from the custom find its origin in habits have exercised before the administrative organs with regular and frequent practice for a long time. Exercising these habits by this way leads to believe that these habits have become binding rules whose breach give rise to punishment.

In order to gain a deeper understanding of the concept of the administrative custom, it is important to paint a clear picture of its general framework by defining administrative custom, stating its elements and indicating the basis of its binding effect. Then, this study will indicate the role of administrative custom as a source of administrative law by stating the necessity of its existence beside the legislations. Finally, this paper will determine its value within the legal order, and identify its types.

ملخص

تدور فكرة البحث حول العرف الإداري بوصفه مصدراً من مصادر القانون الإداري ، حيث تجد القواعد الناشئة عن هذا العرف مصدرها فيما تواضع عليه سلوك الإدارة العامة من العمل بالعادات الإدارية المستقرة حتى يرسخ الاعتقاد لديها بأن هذه العادات اصبحت ملزمة وأن مخالفتها تستوجب العقاب.

وبهدف التعرف على مفهوم العرف الإداري حاولت بداية رسم الإطار العام له من خلال تعريفه وبيان عناصره وأساس قوته الملزمة ، ومن ثم استظهار دوره كمصدر من مصادر للقانون الإداري ، وذلك ببيان ضرورة وجوده إلى جانب التشريع وتحديد منزلته في التنظيم القانوني والتعرف على أنواعه.

مقدمة

كان للعرف قديماً أهمية كبرى، فقد كان المصدر الوحيد للقانون في المجتمعات القديمة قبل نشوء الدولة بشكلها الحديث، حيث اضطر الأفراد تحت ضغط الحاجات والظروف إلى إيجاد قواعد يخضع لها الكافة، كضوابط لتنظيم الروابط الاجتماعية، وهو الأمر الذي جعل العرف أول المصادر على الإطلاق، كما جعله الحجر الأساس في بناء القانون.

وقد كان يعهد تطبيق الأعراف الى محكمين يختارهم الخصوم، ثم أخذ السلطان أو الحاكم ينشئ محاكم تطبق العرف، وانتهى الأمر بأن أصبح هو ينشئ قواعد قانونية من خلال ما يصدره من أوامر تلزم الرعية، ومن هنا وجد التشريع إلى جانب العرف، مما جعل وجود هذين المصدرين يطرد في جميع الشرائع، على الرغم من أن التشريع قد استقرت له الغلبة واحتل مكان الصدارة إلا أن العرف استمر إلى جانبه سداً لنقصه وذلك لمرونة العرف وخصوبته.

ولما كانت الشرائع القديمة الرومانية والإسلامية، والتي تعد أصلاً لجميع القوانين الوضعية الحديثة، تسلم بمكانة العرف، إذ ارتكزت الشريعة الرومانية على القواعد العرفية التي دونت في الألواح الاثني عشر المعروفة، وجاءت الشريعة الإسلامية مقرة للعرف كمصدر من المصادر الشرعية، مما يجعل العادات الملزمة واجبه الإتباع كأنها قواعد مسنونة.

وللعرف دوراً ظاهراً في جميع فروع القانون الخاص منها والعام، باستثناء القانون الجزائي الذي يخضع لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، بيد إن دور العرف في القانون الخاص أجلُ شأناً، إذ يعد العرف مصدراً رسميا في الغالب الأعم من القوانين المدنية شأنه في ذلك شأن التشريع، وإن كانت منزلته تلي التشريع، كما أن

للعرف دوراً في فروع القانون العام، وإن كان شأنه فيها لم يبلغ ما بلغه في القانون الخاص، ذلك إن قواعد القانون العام بوجه عام لم تبلغ من النضج الشأو الذي بلغته قواعد القانون المدني، فالقانون الدولي العام يعتمد على العرف اعتماداً كبيراً إذ تستمد معظم قواعده من الأعراف الدولية، بسبب عدم وجود سلطة عليا تختص بالتشريع الملزم للمجتمع الدولي، كذلك كان العرف المصدر الوحيد للقانون الدستوري قبل ظهور الدساتير المدونة، وإن كانت هذه الدساتير تحتل مكان الصدارة في الدول المعاصرة، فإن العرف لم يزل مصدراً لبعض المسائل الدستورية، ولما كانت التطورات الدستورية هي سمة القرن التاسع عشر، فإن تطور القانون الإداري كان سمة من سمات القرن العشرين، وذلك لمواكبة التطورات السريعة في كافة مجالات الحياة الاجتماعية، لذا كان للعرف دوراً غير منكور في نطاق القانون الإداري، فمن البديهي أنه بقدر زيادة نشاط الدولة وبمقدار تدخلها في اوجه النشاط المتباينة، يكون ازدياد المشاكل الإدارية، وتتضاعف أهمية الإدارة بهيئاتها المختلفة وبعلاقاتها المتجددة والمتطورة، وفي حالة قصور التشريع عن الاستجابة لهذا التطور يكون العرف خير معين لسد قصور نصوص التشريع في نطاق القانون الإداري الذي لم يزل غير مقنن لمواكبة هذه التطورات، حيث تقوم الإدارة في كثير من الأحيان بالسير على نحو معين في مواجهة بعض الحالات سيراً مصحوباً بالاعتقاد بوجوب الإلتزام به، وهذا ما يؤدي الى إيجاد أعراف إدارية ملزمة، وهذه الأعراف جعلناها موضوعاً لبحثنا.

ولموضوع البحث أهمية كبيرة، إذ إن نظرية العرف وإن كانت قد بُحثت باهتمام واسع في فروع القانون الخاص والعام، فإن العرف الإداري لم يلقى ما يستحقه من الدراسة والبحث، إذ يُكتفي بما جاء في الدراسات المتعلقة بفكرة العرف بوجه عام، فالعرف الإداري وإن كان يشترك بمفهومه العام مع الأعراف المتعلقة بسائر فروع القانون، إلا أن له مفهوماً خاصاً وهذا ما يستوجب إلقاء الضوء على هذا المفهوم الخاص، بالإضافة إلى أن العرف الإداري يعد عنصراً من عناصر المشروعية، فضلاً عن كونه مصدراً من مصادر القانون الإداري، ولا يخفى ما لمبدأ المشروعية من أهمية كونه يتعلق بسيادة القانون وهو الأمر الذي يُلزم الإدارة باحترام حكم الأعراف الإدارية التي تضعها بنفسها .

ويقتضي بحث موضوع العرف الإداري دراسة الإطار العام للعرف الإداري من حيث تعريفه وبيان عناصره، وأهميه وأساس قوته الملزمة، ومن ثم بيان دور العرف باعتباره مصدراً للقانون الإداري، من حيث أساس قوته الملزمة وتحديد منزلته وبيان أنواعه.

لذلك تم دراسة الموضوع من خلال مبحثين يتناول أولهما الإطار العام للعرف ، أما المبحث الثاني فيعالج دور العرف كمصدر أساسي للقانون الإداري.

المبحث الأول

الإطار العام للعرف الإداري

أحاول في هذا المبحث رسم الإطار العام للعرف الإداري، لذا سأعمد على تحديد مفهوم العرف الإداري، وبيان عناصره ، ومدى أهميته، وذلك في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول

مفهوم العرف الإداري

للتعرف على مفهوم كلمة العرف سأتناول وبإيجاز تحديد مفهوم العرف بشكل عام ، ثم في نطاق القانون الإداري، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

مفهوم العرف بشكل عام

بهدف التعرف على مفهوم العرف بشكل عام، سأعمد إلى بيان تعريفه في اللغة، وعند الفقه الاسلامي، ثم في القانون المدني:

أولا: العرف في اللغة

العُرْف لغة يدور حول أمرين، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، ومنه عرف الفرس وسمي بذلك لتتابع الشعر فيه، والآخر على السكون والطمأنينة، ومنه المعرفة والعِرفان، تقول: هذا أمر معروف لسكونه إليه، لأن من أنكر شيئا توحش منه، وسمي المعروف بذلك؛ لأن النفوس تطمئن إليه[1].

والعُرْفُ ضد النكر، وهو كل ما تَعْرِفه النفس من الخير وتَبْسَأُ به –أي تأنس به– وتطمئن إليه[2] ، والعرف المعروف من الإحسان[3]، وهذا معنى العرف في قوله تعالى: {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ}[4].

وكلمة العرف في اللغة تنبئ عن الظهور والوضوح، ويغلب استعمالها فيما ارتفع من الاشياء، وقد ذكر القرآن الكريم والسنة النبوية كلمة العرف وما اشتق منها في مواضع كثيرة، مع استعمالها لمعنى جامع لكل ما هو معروف بين الناس لا ينكرونه ولا يستقبحونه، ولكل ما هو مستحسن من الأفعال والأقوال في نظر الشريعة الاسلامية[5].

ثانيا: العرف عند فقهاء الشريعة الاسلامية

عرف القدماء من فقهاء الشريعة الاسلامية العرف بقولهم: (ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول)[٦]، وبيان التعريف يعني، هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قرارتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة[٧]، أما عند المحدثين فالعرف هو: (ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك ويسمى العادة)[٨]، وعرفه الاستاذ الزرقا بأنه: (عادة جمهور قوم في قول أو عمل)[٩] ، وقد عرف مجمع الفقه الاسلامي الدولي العرف بأنه: (ما اعتاده الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، وقد يكون معتبر شرعاً أو غير معتبر)[١٠] .

ثالثا: العرف في نطاق القانون المدني

أما عند فقهاء القانون المدني، فالعرف هو (اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها)[١١]، وقيل هو: (اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة كقاعدة قانونية)[١٢] ، أو هو: (مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل، والتي لها جزاء قانوني كالقانون المسنون سواء بسواء)[١٣]، كما قيل بأنه: (العادة التي تتأصل إلى حد الإلزام بسبب اطراد الأفراد على حكم معين مع شعورهم بأنه ملزم قانوني، على أن تكون لهذه العادة صفة العموم، والقدم، والثبات)[١٤]، ويصطلح على العرف في القانون بالعرف القانوني ويراد به مجموعة القواعد والاحكام المنظمة للسلوك الإنساني على نحو ملزم، وان مخالفتها تعد مخالفة لواجب محدد[١٥].

ويلاحظ على التعريفات التي سقناها للعرف عند فقهاء القانون أنها عامة تشمل العرف في مجالات التعامل كافة، سواء أكانت في إطار القانون العام أو القانون الخاص، ويتبين منها أن مصطلح العرف عند فقهاء القانون ينصرف إلى معنيين، الأول: يدل على القاعدة القانونية ذاتها غير المكتوبة التي تنشأ عن إطراد الناس على سلوك معين في مسألة معينة على وجه محدد، لذا يقال يقضي العرف بكذا، أي تقضي القاعدة التي اعتاد الناس على التعامل بها على وجه الإلزام، أما الثاني: فيدل على مصدر هذه القاعدة القانونية غير المكتوبة، أي يطلق على الاعتياد الملزم نفسه، فيقال جرى العرف على كذا، بمعنى أن الناس قد درجوا عليه وتعاملوا به، والمعنى الثاني هو المقصود عند الحديث عن العرف دون تخصيص.

الفرع الثاني

مفهوم العرف في القانون الإداري

أما في مجال القانون الإداري فإن العرف الإداري هو: (اعتياد الإدارة على اتباع مسلك معين بصدد حالة ما بصورة دائمة ومنتظمة ومستمرة بحيث يتولد لديها الشعور بإلزامية اتباع هذا المسلك بصدد الحالات المماثلة)[١٦]، وقيل بانه: (سلوك الإدارة المطرد في مسألة معينة على نحو معين فترة من الزمن بحيث تصبح الإدارة والمتعاملون معها ملزمين باحترام القاعدة المتولدة عن ذلك قانوناً)[١٧].

في حين عرفه الدكتور بكر القباني بأنه: (القواعد المكتوبة التي تتكون من جراء العادات التي تلتزمها الإدارات العامة في مجال الشؤون الإدارية المختلفة، وذلك فيما بينها أو فيما بينها وبين الأفراد، مع توافر الشعور بإلزامية هذه القواعد المتولدة عن ذلك قانوناً)[١٨]، كما عرف بأنه: (القاعدة غير المكتوبة التي جرى عليها عمل السلطة لمباشرة اختصاصاتها الإدارية)[١٩]، وقيل أيضاً بأنه: (ما جرت السلطة الإدارية على اتباعه من قواعد في مباشرة وظيفتها، بصدد حالة معينة بالذات، دون أن يكون لهذه القواعد سند أو أساس من النصوص التشريعية)[٢٠].

أما القضاء الإداري فقد أورد عدة تعريفات للعرف الإداري في أحكامه، إذ عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه: (القواعد التي تجري الإدارة على اتباعها في ممارسة مهامها بالنسبة لحالة معينة، مع عدم استناد هذه القواعد إلى أساس من التشريع)[٢١]، في حين عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه: (تعبير اصطلح اطلاقه على الاوضاع التي درجت الجهات الإدارية اتباعها في مزاولة نشاط معين، وينشأ من استمرار الإدارة التزامها لهذه الاوضاع والسير على سنتها في مباشرة هذا النشاط أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية واجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة)[٢٢]، أما محكمة العدل العليا في الاردن فقد عرفت العرف الإداري بقولها: (هو أن تسير الإدارة على نحو معين في مواجهة حالة معينة بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب، ما دام أن الإدارة سارت على سنن معينة بإطراد المدة الكافية والتزمت به دائما وطبقته في جميع الحالات الفردية وكان هذا العرف غير مخالف لأي نص من نصوص التشريع)[٢٣].

ومما سبق نخلص إلى أن العرف الإداري هو اعتياد الإدارة العامة في مجتمع ما أسلوباً معيناً في العمل الإداري أو في التعامل مع الأفراد بصفة مطردة ومتواترة، حتى يتولد لدى المتعاملين بهذا السلوك الاعتقاد بقوته الملزمة، شأنه في ذلك شأن القواعد القانونية المكتوبة، وكان هذا السلوك غير مخالف لأي نص من نصوص التشريع، فقد تقوم الإدارة العامة في الدولة باتباع سلوك معين في تصرفها إزاء مسألة إدارية، ويطرد العمل في

استخدام ذلك السلوك دون اعتراض من جانب الافراد الذين يعنيهم، مما يكسبه صفة الالزام القانوني، ويؤدي إلى نشأة عرف مقرر لقاعدة قانونية من قواعد القانون الإداري.

المطلب الثاني

عناصر العرف الإداري

يقوم العرف الإداري شأنه في ذلك شأن سائر الأعراف بصفة عامة على عنصرين أساسين، هما العنصر المادي والعنصر المعنوي[٢٤]، وقد عرض القضاء الإداري لتحديد عنصري العرف أذ قضى بأن: (يقوم العرف بتوافر ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي ... وهو يتوافر إذا كانت هناك سنة عامة مطردة تقادم عليها العهد واستقر عليها العمل، ثم شعور الجماعة بضرورة احترام القاعدة العرفية وبعدم جواز الخروج عليها ...)[٢٥].

وسنتناول هذين العنصرين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

العنصر المادي

ينصرف مفهوم العنصر المادي اللازم لقيام العرف الإداري إلى العادة، ويراد بها اطرد الإدارة على اتباع سلوك معين، وغالبا ما تكون العادة ايجابية تتمثل في ممارسة الإدارة لتصرف معين، وقد تكون سلبية تتمثل في الترك، وذلك في حال امتناع الإدارة عن القيام بإجراء العمل[٢٦]، وهو الأمر الذي يترتب عليه في الحالتين نشوء عادة إدارية من جراء تكرار هذه التصرفات أو تلك[٢٧].

وتقتضي العادة بداهة تكرار التصرف الايجابي او السلبي مرات عديدة، أي القيام بذات التصرف بصدد جميع الحالات المتماثلة، ذلك أن تكرار ذات التصرف ضروري كيما يوصف بأنه مكون للاعتياد الإداري، بيد أن تحديد عدد مرات التكرار مسألة نسبية تختلف تبعاً لاختلاف العادات الإدارية، وهو الأمر الذي يتعذر معه إخضاعه لحدود دقيقة وموحدة، لذا ينبغي تركه لتقدير القاضي[٢٨]، يقدره في كل حالة على حدة حسب الظروف الواقعية المحيطة بالمسلك الإداري[٢٩] .

ويشترط للعادة الإدارية حتى تستكمل وجودها عنصراً مادياً في العرف الإداري شروط عدة، يقتضي الحال بيانها، فضلا عن تحديد جهة صدور العادة، وهذا ما سنتناوله تباعاً في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول

شروط العادة الإدارية

يشترط لقيام العنصر المادي المتمثل بالعادة الإدارية أربعة شروط، هي العمومية، والقدم، والثبات، والمشروعية:

أولا: عمومية العادة

بما أن العادة العرفية تمثل العنصر المادي لقاعدة قانونية، لذا يجب أن تتصف بما تتصف به القاعدة القانونية من عمومية وتجريد، فلا ينصرف حكمها إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات، فلكي تكون العادة بوصفها العنصر المادي للعرف الإداري مشروعة وصحيحة فإنه يجب أن تكون عامة، أي ان تتبع الإدارة ذات المسلك الإداري (الإيجابي أو السلبي) بصدد جميع الحالات المتماثلة والمتشابهة، بمعنى أن لا يكون أتباع الإدارة هذه العادة في حالات من دون حالات أخرى مماثلة، وهو الأمر الذي يفترض تجدد العمل بحكم الحالة السابقة كلما توافرت الشروط الخاصة بانطباقه[٣٠]، وذلك تحقيقاً لعمومية تطبيق العادة.

بيد أن اشتراط عمومية العادات الإدارية لا تعني اتباع جميع الإداريات الحكومية ذات المسلك المتبع من إحداها[٣١]، فقد يكون هذا الاتباع عاماً حين يتم اتباع السلوك من جانب الإدارة المركزية وجميع فروعها في الوحدات الإدارية، ومع ذلك فإن من الجائز صدور المسلك الإداري عن إدارة لامركزية معينة (إقليمية أو مرفقية)، وتظل لهذه العادة مع ذلك صفة العمومية، طالما أن العمل بهذا المسلك الإداري يتم في الحالات المتماثلة، وهو الأمر الذي يؤدِ عملياً إلى تعدد العادات الإدارية تبعا لتعدد الإدارة اللامركزية[٣٢].

ثانيا: قدم العادة

يشترط في السلوك الاداري حتى يُكَّون عادة تمثل العنصر المادي للعرف الإداري، ان يكون قد تقادم عليه العهد، بأن تكون قد مضى على اتباع الإدارة لهذه العادة مدة من الزمن تتناسب مع طبيعة الوضع[٣٣]، والعلة في استلزام هذا الشرط هي التدليل على أن قيام الإدارة باتباع هذه العادة لم يكن نتيجة نزعة عابرة لمدة قصيرة، وإنما كان نزولاً على نزعة دائمة مضى عليها زمن طويل، ووليد تفكير طويل وعميق ومتأن، غير أنه يصعب تحديد عدد السنوات اللازمة لتحقيق شرط القدم، إذ إن التحديد المسبق يتسم بطابع تَحَكُمي لا يستند على أساس منطقي وواقعي، فالمسألة نسبية يتولى القضاء الإداري أمر تحديدها وفقاً لكل حالة على حدة[٣٤] ، لا سيما

وأنه ليس من السهل في أغلب الأحيان تحديد موعد بداية العادة، لذا فأنه لا يجوز في هذا الشأن الأخذ بالرأي القديم الذي كان يحدد للقدم فترات زمنية معينة، كما كان الحال في القانون الكنسي وبعض القوانين القديمة[٣٥].

ثالثا: اطراد العادة وثباتها

يقصد بالاطراد اتباع العادة بصورة متواترة ومنتظمة، أي تكرار تطبيقها على نسق واحد بحيث يتوافر لها عندئذ معنى الاستقرار[٣٦]، أما الثبات فهو أن يطرد الأمر على إتباع الإدارة المسلك ذاته بلا انقطاع في جميع الحالات حيث تتوافر شروط انطباقه، فالعادة الإدارية يلزم أن تكون متبعة بصفة دائمة وبطريقة منتظمة غير متغيرة او متقطعة[٣٧]، فإذا أتبعت الإدارة هذه العادة تارة وتركتها تارة أخرى وأخذت بمسلك جديد فإنها تكون قد عدلت عن مسلكها السابق، وبذلك لا يمكن القول بأن السير على هذا المسلك قد صار عادة من جانب الإدارة[٣٨]، وأن كان إهمال العمل بالمسلك المذكور مرة واحدة أو عدول الإدارة عن إتباع المسلك مرة واحدة لا يعد عدولاً عن المسلك القديم وبدء مسلك جديد، ولا سيما إذا عادت الإدارة إتباع المسلك ذاته في معظم الحالات المتماثلة أو المتشابهة[٣٩].

وحري بالإلماع إليه أن عمومية العادة وقدمها وثباتها واطرادها تعد من المسائل الموضوعية التي يترك تقديرها للقضاء الإداري الذي يتثبت في كل حالة من أن القاعدة العرفية قد مضى علي إطراد العمل بها وقت كافٍ يؤكد تحقق الأمور الثلاث أنفاً، إذ لا توجد في هذا الشأن حدود معينة لمعنى العمومية والقدم والثبات، سواء تعلق الأمر بالعادات الإدارية أو غيرها من العادات[٤٠]، ولذا يتولى القاضي بالنسبة لكل عادة التحقق من مدى توافر أو عدم توافر هذه الشروط كلها أو بعضها.

رابعا: مشروعية العادة

يقصد بمشروعية العادة عدم مخالفة مسلك الإدارة أي قاعدة قانونية بطريق مباشر أو غير مباشر، إذ لا يمكن للعادة الإدارية أن تُكَوِنُ العنصر المادي اللازم لقيام العرف الإداري إذا كانت مخالفة لقاعدة قانونية ويستوي في ذلك ان تكون القاعدة دستورية أو قاعدة واردة في قانون عادي أو في أنظمة وتعليمات[٤١]، أي يجب ألا يخالف أية قاعدة تشريعية، ذلك أن العرف لا ينشأ إلا عن عادة مشروعة، ومخالفة العادة للنصوص الآمرة يسلب من العادة مشروعيتها ويحول دون قيام العرف[٤٢].

وقد أكد القضاء الإداري في مصر هذا الشرط، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا بان: (... ويشترط لاعتبار العرف أن يتوافر شرطان ... ٢- ألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم ...)[٤٣]، كما قضت في حكم آخر بقولها: (أن المسلّم به أن العرف ... لا يجوز ان يخالف نصاً آمراً، والنصوص الإدارية جميعاً قواعد آمرة لا

يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها ...)[٤٤]، كذلك أقر القضاء الإداري بأن العرف لا يجوز له ان يخالف قاعدة تنظيمية إدارية مكتوبة[٤٥]، أي أنظمة وتعليمات، كما أقر هذا الشرط القضاء الأردني الذي قضى بأن العرف الذي يُعتد به هو الذي يكون غير مخالف لأي نص من نصوص التشريع[٤٦]، وقد عرض القضاء الإداري السعودي لهذا الشرط وأقر بانه يشترط للأخذ بالعرف أن لا يوجد أي نظام[٤٧] أو تعليمات إدارية تقضي بخلاف هذا العرف[٤٨].

ولما كانت العادة الإدارية هي عمل إداري ومشروعيتها مرتبطة بمشروعية العمل الإداري فإنها لا يكفي لتحقق مشروعية هذه العادة عدم التعارض مع القوانين، وإنما لابد من التوافق مع نص القانون[٤٩]، وتجدر الإشارة إلى أن من الفقهاء من يشترط لقيام العادة المكونة للعرف ألّا تكون مخالفة للنظام العام أو المبادئ العليا التي يرتكز عليها النظام السياسي والاجتماعي في الدولة، وإلا انعدمت قيمة هذه العادة[٥٠].

والذي تجدر الإشارة إليه أن التعارض بين القاعدة العرفية والنصوص التشريعية إنما يتم في نطاق تطبيق القاعدة العرفية وليس في مجال آخر، وهذا ما أقره القضاء الإداري إذ قضى بانه: (إذا يمكن أن تطبق قاعدة عرفية في شخص إداري عام ما دامت لا تتعارض مع أحكام هذا النظام، وإن تعارضت مع قواعد تشريعية أخرى مطبقة لدى شخص آخر، وبالتالي فلا مجال لإثارة التعارض بين القاعدة العرفية والنصوص إلا في الحدود التي تطبق فيها القاعدة، وليس مع انظمة مطبقة في مجال آخر، كذلك فلا مجال لإثارة تعارض العرف الإداري السائد في أشخاص عامة أخرى أو في قسم إداري آخر في ذات الشخص المعنوي)[٥١].

ونرى من جانبنا أن العادة الإدارية لكي تُكوِّن العنصر المادي للقاعدة العرفية الإدارية، فإنها يجب أن لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن هذه العادة متى ما توافر لها العنصر المعنوي ستنشأ قاعدة قانونية عرفية، وهذه القاعدة يجب ان لا تتعارض مع ثوابت أحكام الاسلام وفقا لنص الفقرة (أ–أولا) من المادة (٢) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥، التي تنص على: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)، فهذا النص يجعل ثوابت أحكام الإسلام من مصادر مبدأ المشروعية، لذا يتوجب على الإدارة أن تكون جميع أعمالها القانونية منها والمادية متفقه مع ثوابت أحكام الإسلام، بما في ذلك المسالك التي تتبعها والتي تكون محلاً للعادات الإدارية، لكون هذه العادات متى اقترنت بالاعتقاد الملزم انقلبت قاعدة قانونية عرفية، وهذه القاعدة –وفقاً للنص آنفاً– يجب أن لا تخالف ثوابت أحكام الإسلام.

المقصد الثاني

جهة صدور العادة الإدارية

تتميز العادة الإدارية عن غيرها بصدورها عن إحدى الهيئات الإدارية العامة سواء كانت مركزية أم لامركزية[٥٢]، كالوزارات و الدوائر الحكومية، وكذلك الاشخاص المعنوية الإقليمية والمرفقية.

فإذا كانت العادة في نطاق القانون المدني تتأصل بسبب إطراد الأفراد على حكم معين فهي بهذا تصدر عن جهة الأفراد[٥٣]، وكانت تنشأ في نطاق القانون الدولي من تكرار التزام الدولة في تصرفاتها مع غيرها حالات معينة فهي تصدر عن الدول المتحضرة[٥٤]، وكانت العادة الدستورية تنشأ عن جريان سير الهيئات الحاكمة على نحو معين في موضوع من مواضيع القانون الدستوري[٥٥]، فإن العادة الإدارية وليدة نشاط الهيئات الإدارية ومن غير المتصور وجودها خارج أروقة الإدارة[٥٦].

وينبغي صدور العادة الإدارية عن جهة إدارية ذات اختصاص بمباشرة التصرف –إيجابياً كان أم سلبياً– الذي يكون محلاً للاعتياد الإداري[٥٧]، وان يصدر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة تستعمل أساليب ووسائل القانون العام، لا بوصفها فرداً عاديا عندما تزاول نشاطها باستخدام وسائل القانون الخاص التي تجعلها على قدم المساواة مع الإفراد، إذ لا يتصور بحال أن يكون لأحد من الإفراد خلق أعرافاً إدارية، فالعادة الإدارية لكي تصلح ان تكون العنصر المادي الذي تقوم به القاعدة العرفية لابد أن تتكون بسلوك متكرر يصدر عن الإدارة وحدها، دون مشاركة من الإفراد المتعاملين معها[٥٨].

ولما كانت العادة الإدارية تصدر عن جهة إدارية في مواجهة جهة أخرى أو في مواجهة الإفراد (كالموظفين العموميين أو المنتفعين بخدماتهم او المتعاملين معها)، فإن هذه العادة ينبغي ان تحظى بالقبول في الغالب الأعم من جانب الجهات أو الهيئات الإدارية الأخرى أو الإفراد الذين يوجه إليهم حكم هذه العادة أو يمسها بشكل من الأشكال، على أن تتم الموافقة بحرية[٥٩]، وان لا تكون العادة الإدارية قد قوبلت دائما بالاحتجاج الجدي من جانب ذوي الشأن[٦٠].

الفرع الثاني

العنصر المعنوي

سنأتي هنا إلى بيان ماهية العنصر المعنوي ، وتمييزه عن مما يشتبه به، وذلك من خلال المقصدين الآتيين:

المقصد الأول

ماهية العنصر المعنوي

المقصود بالعنصر المعنوي توافر الاعتقاد لدى جهة الإدارة بإلزامية القاعدة التي درجت على اتباعها كلما تجددت الحالة التي اتبعت فيها من قبل، أي توافر عقيدة الإلزام أو ما يسمى بالشعور القانوني أو الاعتقاد القانوني من جانب الهيئة الإدارية التي قامت بالعمل المعتاد الذي كان محلاً للعنصر المادي[٦١]، بمعنى أن إتباع الإدارة لقاعدة معينة ولد لديها شعوراً بان هذه القاعدة أصبحت واجبة الاحترام ولا يجوز مخالفتها وإلّا تعرض من يخالفها للجزاء، وهذا ما أقره القضاء الإداري إذ قضى بان: (النظام الذي تقرره جهات الإدارة في حدود أمر معين وتسير على سنته، هو بمثابة القانون أو اللائحة من حيث وجوب احترامه والعمل به، إلى أن يحصل تغييره بإجراء عام، فعدم اتباعه في الوقت الذي يكون سارياً فيه يكون من جانب الإدارة مخالفة للقانون)[٦٢].

وتجدر الإشارة إلى أن درجة العرف في القوة وبصورة خاصة العرف الإداري، يمكن استخلاصها من العنصر المعنوي أي من الاعتقاد القانوني، إذ إن هذا الاعتقاد هو الذي يصير العادة الإدارية إلى قاعدة قانونية، وهو الذي يحدد قيمة هذه القاعدة في التدرج الهرمي للنظام القانوني في مجموعه[٦٣]، وتقدير توافر عنصر الاعتقاد بإلزامية العادة الإدارية لتصبح قاعدة قانونية عرفية ملزمة لا يتيسر بسهولة، لذا يترك أمر تحديد مدى توافره لتقدير القاضي[٦٤].

ويشار إلى أن توافر الاعتقاد القانوني بإلزامية الأعراف الإدارية، يترتب عليها آثار عدة، منها أن القرارات الإدارية المخالفة للعرف الإداري تعد غير مشروعة وتصبح عرضة للإلغاء إذا ما طعن مشروعيتها أمام القضاء الإداري[٦٥]، ومنها أيضا وجوب التزام الإفراد باحترام الأعراف الإدارية، مما يخول الهيئة الإدارية المختصة الحق في إكراه المخاطبين بأحكام الأعراف الإدارية الملزمة على أتباع هذه الأحكام[٦٦].

غير أن التزام الهيئات الإدارية باحترام القواعد العرفية التي تسير عليها لا يمنعها من تعديل هذه القواعد أو العدول عنها متى استلزم ذلك تغير الظروف أو تحقيق مصلحة العمل، ويقع هذا العدول إذا خالفت الإدارة عرفاً قائماً بقصد العدول عنه وإنشاء عادة إدارية جديدة ثبتت أفضليتها، وتصلح أن تكون محلاً للعنصر المادي لقاعدة عرفية جديدة إذا ما اقترنت بالعنصر المعنوي، أما إذا ثبت أن الإدارة خالفت العرف القائم في حالة فردية معينة بالذات مع احتفاظها بهذا العرف واستمرارها في تطبيقه على غير تلك الحالة، فإن القاعدة العرفية القديمة تبقى[٦٧]، وأن عمل الإدارة الفردي يقع باطلاً لمخالفته قاعدة عرفية ملزمة[٦٨].

المقصد الثاني

تمييز العنصر المعنوي مما يشتبه به

قد يشتبه العنصر المعنوي المتمثل بالإلزام القانوني مع التسامح والترخيص الإداريين، لذا أحاول هنا التمييز بين العنصر المعنوي وكل من التسامح الإداري والترخيص الإداري تباعاً:

أولا: العنصر المعنوي والتسامح الإداري

أن قيام عقيدة الالتزام التي تمثل العنصر المعنوي للعرف، لا تتوافر للهيئة الإدارية إذا صدر عنها تصرفات معينة من قبيل التسامح أو التساهل في مسألة محددة لمدة معينة[٦٩]، فالتسامح الذي يصدر من جانب الهيئة الإدارية في حالة معينة لا يرقى إلى مرتبة العرف الإداري، فإذا كان التصرف الذي تتخذه الهيئة الإدارية مبنياً على التسامح من قبلها، فإن تكرار استعمالها لهذا التسامح ليس من شأنه أن يخلق قاعدة عرفية تلتزم بتطبيقها في الحالات المماثلة، وهذا ما أقره القضاء الإداري، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن قيام وزير الاقتصاد بقصر الترخيص بمزاولة عمليات النقد الأجنبي على البنوك ومؤسسات معينة بالاسم، مع سماح الإدارة لصيارفة البحر في بور سعيد بمزاولة هذه العمليات لظروفهم الخاصة، لا يكسبهم حقاً بالاستمرار في عملهم المخالف للقانون، إذ تقول: (ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون نشاط صيارفة البحر والمدينة مجافياً للقانون ويعد الترخيص به مخالفة لأحكام قانون النقد، فإذا كانت الإدارة قد تسامحت في تنفيذ القانون فسمحت لهؤلاء الصيارفة بالعمل رحمة بهم ورغبة في عدم تشريدهم مستهدفة بذلك التيسير على أهالي بورسعيد ... وليس في شأن هذا التسامح أن يكسب هؤلاء الصيارفة حقاً في الاستمرار في مزاولة أعمالهم، لما في ذلك من تعطيل لقانون النقد ومخالفة أحكامه)[٧٠].

ويفرق العرف الإداري عن التسامح الإداري، من حيث أن العرف ملزم ولا تستطيع الإدارة الخروج على احكامه أو إغفال تطبيقه، أما التسامح الإداري فلا يعد ملزماً ولا يؤدي إلى فقدان أو اكتساب أي حق، وتستطيع الإدارة دائماً الخروج عليه لأنه لا يعد مصدراً من مصادر القانون الإداري[٧١]، وهذا ما أكده القضاء الإداري ، إذ قضى بأن: (تسامح الإدارة على نحو معين مخالف للقانون لا يمكن ان يولد لهؤلاء الإفراد حقاً مكتسباً سنده هو هذه القاعدة التنظيمية العرفية، حيث لا ينشأ عرف ملزم على خلاف القانون مهما تكررت الحوادث المتماثلة أو تكررت الحلول المتماثلة لهذه الحوادث)[٧٢].

ثالثا: العنصر المعنوي والترخيص الإداري

إن الاعتقاد الملزم لا يتوافر لدى الهيئة الإدارية إذا كان التصرف الذي جرت عليه لا يعدو ان يكون مجرد رخصة تترخص بها[٧٣]، إذ إن تكرار استعمال رخصة معينة لا يولد قاعدة عرفية تلتزم بها الهيئة الإدارية في الحالات المشابهة[٧٤].

وهذا ما أقره القضاء الإداري، إذ قضى بأن تكرار استعمال الإدارة لرخصة معينة استعمالاً للسلطة الاستثنائية التي منحت لها بنص القانون، لا يخلق بأي حال من الأحوال قاعدة تنظيمية عامة على الإدارة إتباعها في كل حالة تعرض عليها، وإنما تقدر كل حالة بظروفها وتصدر قرارها بشأنها حسبما تراه[٧٥].

المطلب الثالث

أهمية العرف الإداري

لقد كان العرف هو المصدر الوحيد لتنظيم العلاقات القانونية في المجتمع القديم، إلا أن تطور المجتمعات البشرية واتساع نطاق الروابط القانونية، أظهر عدم كفاية الأعراف لتنظيم هذه الروابط، ولذلك وجد التشريع في المجتمعات الحديثة كمصدر أساسي للقانون وتزايدت اهميته إلى حد كبير، وذلك بتأثير أسباب عدة، منها أنتشار فكرة الديمقراطية التي استلزمت الفصل بين السلطات مما أظهر الحاجة إلى أن يكون التشريع من اختصاص سلطة مستقلة قائمة بذاتها، ومنها أيضاً تدخل الدول المعاصرة عن طريق التشريع لتنظم كثير من الروابط في المجالات الاجتماعية والاقتصادية، فضلا عن ظهور مزايا التشريع المتمثلة بالسهولة في سنه وتعديله والغائه عند اللزوم، وفيما يتعلق بالرجوع إليه، إضافة إلى وضوح التشريع نظراً لإفراغ ألفاظه ومعانيه في عبارات مكتوبة وصياغات محددة، وذلك بخلاف العرف الذي يفتقر إلى ما يثبت وجوده ومضمونه وما يحدد بداية قيامه وسريانه[٧٦].

بينما ذهب أنصار العرف إلى اتهام المشرع بالتحكم وعدم الإبصار، لكونه يضع قواعد عامة موحدة لحكم حالات مختلفة مع تجاهل تفصيلاتها المتعددة، وكذلك إتهام التشريع بالنقص واحتمال الخطأ فيما يصدر عنه من توقعات، فضلا عن عجز المشرع عن مسايرة التطورات الاجتماعية، على عكس العرف الذي يتطور تطوراً مضموناً وأن كان بطيئاً مع مجيئه مطابقاً لمقتضيات الحاجات الجماعية[٧٧].

ومهما يكن أمر الجدال بين أنصار العرف ومناوئيه، فإن العرف لا يزال يعد مصدراً رسميا للقانون، وقد تحقق هذا الدور للعرف بسبب قصور التشريع، وهذا ما حدى بالفقيه جننجز (Jennigs) أن يصف العرف بانه يقدم اللحم الذي يكسو عظام القانون المجردة[٧٨]، أما الفقيه الانكليزي (Booysen) فيقول: (لا يوجد شيء في قانونا يتصادم مع الفكرة القائلة ان العرف الاداري أحد مصادر القانون الاداري، في الواقع انها تتطابق مع طبيعة وروح دستورنا، ظاهرة ان العرف الإداري كأحد مصادر القانون الاداري ليست غريبة على الفقه في العالم الانكلوسكسوني)[٧٩].

بيد أن من الفقهاء من يميل إلى التقليل من شأن الحاجة إلى العرف كمصدر للقانون الإداري[٨٠]، على الرغم من حتمية قيام القواعد العرفية ولاسيما في المسائل الإدارية[٨١] ، ويمكن إرجاع حتمية قيام العرف الإداري إلى سببين هما عدم كفاية التشريعات الإدارية، وعدم تقنين القانون الإداري، وهذا ما سأبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

عدم كفاية التشريعات الإدارية

ينصرف مفهوم التشريع الإداري إلى القواعد القانونية المسنونة التي تدخل في نطاق القانون الإداري، سواء وردت في نصوص الدستور أم في التشريع العادي، أم وردت في التشريع الفرعي (الأنظمة والتعليمات)، ولا يخفى تزايد عدد التشريعات الإدارية منذ منتصف القرن المنصرم، ويستبين ذلك من كثرة التشريعات التي تعالج مواضيع تتعلق بتكوين الهيئات الإدارية وتنظيمها وتحديد مهامها، وبيان الاختصاصات المقررة لها، وكذا القيود المفروضة عليها، فضلاً عن القوانين التي تنظم العلاقات التي تنشأ فيما بين الهيئات الإدارية مع بعضها أو بينها وبين الأفراد[٨٢].

وتجدر الإشارة إلى أن تزايد التشريعات كان بهدف مسايرة التطور المستمر في مجالات الوظيفة الإدارية وما يرافق ذلك من قيام علاقات جديدة لم تكن موجودة تتطلب باستمرار إيجاد قواعد قانونية لتنظيمها وحكمها،

ويمكن إرجاع اتساع مجالات الوظيفة الإدارية إلى جملة أسباب، منها ظروف الحرب العالميتين وتطور وظيفة الدولة واتساع تدخلها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والتقدم العلمي، فضلا عن تزايد عدد السكان[٨٣].

وعلى الرغم من ذلك فإنه لا يمكن القول بكفاية التشريعات الإدارية لمواجهة الدور الجديد للدولة، وذلك لتعقد الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتطورها المطرد وقابليتها السريعة للتغيير، مما أدى إلى نشوء روابط إدارية جديدة ولدت مشكلات لم تكن في الحياة وليس بمقدور المشرع التنبؤ بها[٨٤]، فضلا عن أن التشريعات الإدارية تكتفي عادة بوضع الحلول الجزئية لبعض المسائل التفصيلية وقلما تقرر مبدأ من المبادئ العامة للقانون الإداري[٨٥].

وما من شك أن عدم كفاية التشريعات الإدارية وعدم قدرة المشرع على التنبؤ بما يستجد من مشكلات إدارية، يوجب على الإدارة أن تتصدى لهذه المشكلات وتضع لها الحلول المناسبة، تحقيقاً لمهمتها وامتثالاً للواجب الملقى على عاتقها، ولا مستجيب لهذه الأوضاع إلا أن تدرج الجهة الإدارية على اتباع سلوك في مزاولة نشاط معين لها، وتستمر على هذا السلوك والسير على سنتها في مباشرة هذا النشاط حتى يصبح بمثابة قاعدة قانونية واجبة الاتباع[٨٦]، وعليه يمكننا القول بضرورة وجود العرف إلى جانب التشريع، بهدف تقديم ما يسد قصور التشريع، على ضوء ما يستجد من روابط إدارية أو ما يحتاجه التطبيق الإداري من تفصيلات لم ترد في مجمل النصوص[٨٧].

الفرع الثاني

عدم تقنين القانون الإداري

يستند الفقه الذي ينكر على العرف الإداري دوره كمصدر للقانون الإداري، إلى وجود التقنينات[٨٨] التي تغني عن قيام الأعراف في نطاق القانون الخاص بدعوى أن هذه التقنينات تحوي كل شيء[٨٩]، مع أن الواقع أثبت عدم اكتمال أي تقنين ولا سيما مع مرور الزمن وحصول التطور، وكذلك عدم كفاية استعمال طرق التفسير لسد ما يشوب التقنين من قصور، فضلا عن عدم كفاية ما يتم إدخاله على التقنين من مراجعة أو تنقيح[٩٠].

وأياً كان الأمر فإنه لا محل لإثارة الحجة القائمة على وجود التقنين للتدليل على عدم الحاجة إلى الأعراف الإدارية، وذلك لعدم امتداد حركة التقنين إلى قواعد القانون الإداري[٩١]، وكان ذلك بسبب حداثة قواعده ومبادئه ولكون التقنين يتطلب ثباتاً نسبياً في المواضيع المراد تقنينها، ويتطلب من القائمين به أن ينظروا إلى المواضيع المراد تقنينها نظرة شاملة، وذلك ما لا يمكن تحققه لتشعب المواد الإدارية وتطورها المستمر وسرعة تغيرها[٩٢]، وهذا ما يفسح مجالاً واسعاً للعرف في ظل القانون الإداري[٩٣].

ولذلك يسلم فقهاء القانون الإداري بوجود الأعراف الإدارية بوصفها مصدراً رسمياً من مصادر القانون الإداري[٩٤].

المبحث الثاني

العرف مصدر للقانون الاداري

للتعرف على دور العرف بصفته مصدراً للقانون الإداري ، ينبغي ان نتعرف عن أساس إلزام العرف الإداري، ومنزلة هذا العرف، واخيراً بيان أنواع العرف الإداري، وسأتناول ذلك من خلال المطالب الثلاث الآتية :

المطلب الأول

أساس القوة الملزمة العرف الإداري

متى اقترنت العادة الإدارية (العنصر المادي) بالاعتقاد القانوني بإلزاميتها (العنصر المعنوي) فإنها تصبح قاعدة قانونية عرفية ذات قوة إلزامية تدخل في نطاق قواعد القانون الإداري[٩٥]، وهذا ما أقره التشريع إذ جعل العرف من المصادر الرسمية غير المكتوبة للقانون[٩٦]، كما أقر ذلك القضاء الإداري إذ قضا بأن قواعد العرف الإداري تتمتع بالإلزام الذي تتمتع بهِ القواعد المسنونة[٩٧]، وهذا ما يدعو للتساؤل عن مصدر هذه القوة الملزمة وأساسها، وتجدر الإشارة هنا إلى ضرورة التفريق بين عقيدة الإلزام كعنصر معنوي للعرف الإداري، وبين المقصود بأساس إلزام هذا العرف باعتباره مصدر رسمي للقانون الإداري.

ولما كان فقه القانون المدني قد عني بهذا الموضوع محاولاً تحديد المصدر الذي يستمد منه العرف قوته الملزمة، حيث برزت عدة نظريات تباينت في تحديد مصدر إلزام العرف، ولعدم وجود مثل تلكم النظريات في فقه القانون الإداري، فإن الأمر يدعونا إلى استعراضها للوقوف على مدى صلاحيتها للإعمال في مجال الأعراف الإدارية، وفقا للآتي:

أولا: نظرية إرادة الشعب

أسس بعض الفقهاء القوة الملزمة للعرف على إرادة الشعب، ويرون بأن أساس إلزام العرف هو رضاء الشعب أو رضاء الجماعة، فالقاعدة العرفية تلزم الأفراد استناداً إلى رضاء الجميع رضاءً ضمنياً، يدلُ عليه اتباعهم لها

على نسق متواتر مدة طويلة[٩٨]، لذلك يكون بإمكان الشعب وهو صاحب الحق الأصلي في التشريع أن يضع بنفسه ما يشاء من القواعد القانونية عن طريق ما يتعارف عليه الناس، تعبيراً عن الضمير الجماعي[٩٩].

ولا يمكن إعمال هذه النظرية لتأسيس القوة الملزمة للعرف في نطاق القانون الإداري، لكونها تقوم على افتراض أساسي هو صدور العرف عن الشعب او ضميره الجماعي، وهو افتراض لا محل له بالنسبة للعرف الإداري، لكونه يصدر عن الهيئة الإدارية لا الهيئة الاجتماعية[١٠٠].

ثانيا: نظرية إرادة المشرع

تقوم هذه النظرية على أساس النظرة الشكلية للقانون بوصفه تعبيراً عن إرادة الدولة، ويرى أصحابها أن القانون وليد إرادة سلطان سياسي، صريحة في صورة تشريع، أو ضمنية في صورة عرف أو غيره من مصادر القانون، فالمشرع يُنشئ قواعد التشريع بإرادته الصريحة، و يقر العرف بسكوته حيال قيام العرف المعبر عن إرادة الشعب، ذلك أن الشعب لا يملك مهمة التشريع بنفسه عن طريق العرف رغم اختصاصه بالتشريع أصلاً، بدعوى ان الشعب فوّض المشرع حق وضع القانون وتنازل له بهذا التفويض عن حقه في إنشائه، وهذا ما يجعل قواعد العرف غير ملزمة إلا إذا ارتضاها المشرع صراحة أو ضمنا[١٠١].

ويلاحظ على هذه النظرية أنها تعجز عن تفسير إلزامية العرف قبل ظهور مرحلة التشريع، لكون العرف سابق في وجوده على المشرع والتشريع، وأن العرف ما زال مصدراً رسمياً للقانون لأن العهود بالتشريع إلى ممثلي الشعب لا يعني نضوب معين العرف، ولا يعني كمال التشريع وعدم حاجته إلى تكميل عن طريق العرف ، فضلا عن أن العهود بالتشريع إلى ممثلي الشعب لا يستلزم القول بحرمان الشعب من حق التشريع، وذلك على أساس أن للأصيل وهو الشعب الحق في ممارسة ما عهد به إلى النائب وهو الهيئة التشريعية[١٠٢] .

ولا يمكن إعمال هذه النظرية في مجال العرف الإداري كونها تقوم على افتراض صدور العرف عن الشعب، متمثلا في اعتياد الناس على مسائل معينة بطريقة ملزمة، وهذا الافتراض مُنتقد في مجال الأعراف الإدارية نظراً لصدور هذه الأعراف عن جهة الإدارة لا عن جهة الشعب[١٠٣]، فضلا عن المآخذ التي قيلت بحق هذه النظرية في فقه القانون الخاص والتي أشرنا إليها آنفاً.

ثالثا: نظرية أحكام القضاء

يؤسس أصحاب هذه النظرية القوة الملزمة على أحكام القضاء، ويرون أن إلزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه، وان ما يجري به العرف يظل مجرد عادة حتى يتدخل القضاء فيقره ويطبقه فيما يعرض عليه من

منازعات ويسبغ عليه بذلك القوة الملزمة، ويدعون ان تدخل القضاء لا يقتصر على اسباغ صفة الإلزام عليه وإنما يجاوز ذلك إلى تكوينه وتحديد مضمونه، فتدخل القضاء هو الذي يحول العادات من وضع واقعي إلى وضع قانوني ملزم، مما يجعل أحكام المحاكم قوة منشئة للزومية العرف[١٠٤].

وهذا الرأي منتقد في نطاق القانون الخاص، كونه لا يستند إلى منطق سليم، إذ أن استقراء التاريخ يشير إلى أن كثير من الأعراف نشأت خارج نطاق القضاء ودون تدخله، بل واستقر بعضها دون رغم رفض المحاكم الأخذ بالعادات التي كانت أساساً لها، ومن جهة أخرى فإن الزعم بأن العرف ينشأ عن أحكام القضاء يتعارض مع وظيفة القضاء التي هي تطبيق القانون، ويقتضي ذلك ان ينشأ القانون بمعزل عن القضاء وقبل تدخله، لأن وظيفة القاضي الاصلية تتمثل في تطبيق القانون أياً كان مصدره ، وهو لا يطبق العرف إلا إذا استكمل أركانه وشروطه كقاعدة قانونية، كما أن القول بان القضاء هو الذي ينشأ العرف يفنده ما تنص بعض التشريعات ومنها القانون المدني العراقي من وجوب رجوع القضاء إلى العرف لحسم القضايا المنظورة أمامه عند افتقاد النص[١٠٥].

وفي مجال العرف الإداري لا يمكن التسليم بهذه النظرية أيضاً، ذلك لآنه وأن كان من المسلم به أن القضاء الإداري هو قضاء إنشائي، إلا أن قيامه بهذا الدور لا يكون إلا في حالة عدم وجود نص أو عرف قائم، فإذا وجد عرف تعين على القاضي الإداري إعماله طالما قد أستوفى أركانه وشروطه ، كما أنه لا يعد دوراً إنشائياً للقاضي مجرد قيامه بالاستيثاق من استيفاء هذه الشروط وتلك الأركان اللازم توافرها في العرف، وقصارى القول أن القاضي الإداري لا ينشأ العرف، وإنما هو يكشف عن قيامه كقاعدة قانونية ملزمة[١٠٦].

بيد أن ما قررناه سالفاً لا ينقص أهمية الدور التقريري الذي يؤديه القضاء الإداري فيما يتعلق بالعرف الإداري، إذ يعنى هذا القضاء قبل الحكم بمقتضى العرف الإداري بضبط معناه وتحديده، من خلال قيامه بالتحقق من توافر الأركان والشروط اللازمة لقيام القاعدة العرفية، فضلا عن أن إطراد الأحكام القضائية التي تتعلق بالأعراف الإدارية تساعد على تهذيب هذه الأعراف وتدعيم قوتها الملزمة[١٠٧].

رابعاً : نظرية القوة الذاتية للعرف

ان النظريات التي سقناها آنفاً غير كافية لتفسير أساس القوة الملزمة للعرف، فهي وليدة التصور البحت ولا سند لها من ظروف الحياة، فالواقع أن القوة الملزمة للعرف تنبع من الضرورات الاجتماعية، فحاجة الناس إلى قاعدة تحكم علاقاتهم اقتضت نشوء العادة، واطرادهم على اتباعها أفضى إلى استقرارها، وشعورهم بضرورة الالتزام بها أدى إلى انقلابها علافاً، ويرسخ هذا الشعور من بتأثير عدة اعتبارات، منها أن العرف يتولد عن حاجة اجتماعية محسوسة ويرضي المصالح المتعارضة على نحو قد يعجز التشريع عن تحقيقها، ومنها أن العرف

متجاوب والغريزة البشرية التي تطمئن إلى التقليد وتأمن إلى ما استقر من مظاهره، ومنها أن الثبات اللازم للعلاقات الاجتماعية يدفع الناس إلى التقيد بما اطرد اتباعه من القواعد لتنظيمها، وعليه فإن للعرف قوة ملزمة ذاتية يستمدها من الضرورة الاجتماعية التي فرضت وجوده للاستجابة لحاجات المجتمع ولتنظيمه تنظيما يحقق العدل والخير العام[١٠٨]، ذلك أن العرف هو المصدر الخصب الخلاق الذي يغزو الآفاق التي لم تمتد إليها التشريعات، مما يساعد على تكميل القانون وتطويره، مع تحقيق الاتصال بينه وبين متطلبات الحياة، بدون أي تصارع مع القوانين التشريعية[١٠٩].

ونرى أن هذه النظرية هي التي يمكن إعمالها في مجال العرف الإداري لذات الاسباب التي قيلت في نيما يتعلق بالعرف في مجال القانون الخاص والتي اشرنا إليها، ذلك ان عمل الإدارة العامة متجدد ومتطور ليواكب تطور الحياة العامة، وهي تحتاج دائما إلى قواعد جديدة سواء لتنظيم هيئاتها أو نشاطها أو ما يتعلق بعلاقاتها مع الأفراد، وهذا ما سنحاول اثباته في المبحث الثاني.

المطلب الثاني

منزلة العرف الإداري

توصلنا فيما سلف إلى ضرورة قيام العرف إلى جانب التشريع كمصدرين رسميين للقانون الإداري، ولتحديد منزلة العرف الإداري في التنظيم القانوني، يتعين الرجوع الى القانون المدني، نظراً لعدم تعرض القوانين التي تدخل في نطاق القانون الإداري لبيان هذه المنزلة، والذي يبرر ذلك أن من المبادئ المستقرة في نطاق القانون العام أنه يمكن إعمال بعض القواعد الواردة في القانون المدني في نطاق القانون الإداري لسد الفراغ التشريعي المتمثل في عدم تقنين القانون الإداري[١١٠]، فضلا عن أن القانون المدني يمثل الأصل في للنظام القانوني، وما من شك في أن هذا الوضع يقتضي من القانون المدني العناية بتنظيم مسائل عامة، بعضها يتعلق بصياغة القواعد القانوني بوجه عام[١١١].

وقد جاء القانون المدني العراقي مقرراً في أول مواده أن: (١– تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. ٢– فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. ٣– وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.)[١١٢]، وبهذا فإن

القانون المدني العراقي قد جمع في أول مواده مصادر القانون، وهو لم يقصد مجرد تعداد هذه المصادر وإنما أراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق، ومن هنا تبدو مكانة العرف وأهميته كمصدر أساسي يلي التشريع في المنزلة[١١٣]، لذلك يتعين على القاضي أن يلتمس الحكم الذي يطبق على النزاع في نصوص التشريع أولاً، ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه فعليه أن يمضيه، فإن لم يجد عليه اللجوء إلى العرف.

ومما يجدر الإشارة إليه أن ما تولى المشرع العراقي تحديده، أسماً وترتيباً في الفقرة الثانية من المادة الأولى هي المصادر الرسمية للقانون المدني، أما بالنسبة إلى سواه من القوانين، فإن أهمية بعضها تتضاءل أو تتلاشى، فإذا كان التشريع يحتل منزلة سامية بين المصادر الرسمية في مختلف فروع القانون، فإن العرف كذلك هو مصدر عام لجميع القوانين باستثناء القانون الجنائي وقانون الأحوال الشخصية[١١٤].

ونخلصُ مما سلف أن العرف الإداري يحتل المنزلة الثانية بعد التشريع مباشرة، نزولا على القاعدة التي أوردها القانون المدني العراقي[١١٥]، وهذا الأمر مسلم به فقها[١١٦]، وقضاءً[١١٧] وأنه لا يجوز للقاضي اللجوء إلى العرف الإداري إلا إذا أستحال عليه الوصول إلى الحكم من النص التشريعي، أي لا يجوز اللجوء إلى عرف أو غيره إلا بعد إعمال النص، وغني عن البيان أن مما يترتب على علو منزلة التشريع بالنسبة للعرف الإداري أنه يمكن للتشريع إلغاء العرف أو مخالفته[١١٨].

وحري بنا الإشارة إليه أن القواعد ذات المصدر الإداري تأخذ مراتب مختلفة[١١٩]، ولما كان تدرج القواعد القانونية يقوم على حقائق شكلية وموضوعية ، فإن تدرج الأعراف الإدارية لا يمكن أن يقوم على أساس موضوعي، وإنما يقوم على درجة العضو الإداري وعلى الإجراءات المتخذة في إصدار العمل الإداري[١٢٠]، وعلى ذلك فان الأساس المعتمد لتدرج القواعد الإدارية هو المعيار العضوي، ومن ثم فان منزلة الأعراف الإدارية يحكمها تدرج الهيئات المنشأة لهذه الأعراف، فالقاعدة تحتل في سلم القواعد القانونية المنزلة التي تحتلها الهيئة الإدارية التي جرت عليها، وعليه فالقاعدة العرفية تلغى بقاعدة عرفية مخالفه لها وتمثلها في المنزلة أو تعلو عليها، كما انها تلغى بنص مكتوب صادر من جهة الإدارة المنشئة للعرف أو من جه إدارية أعلى منها أو من السلطة التشريعية، فضلاً عن أن القاعدة العرفية لا تستطيع الخروج على قاعدة عرفية أو مكتوبة تصدر من السلطة الأعلى[١٢١].

المطلب الثالث

أنواع العرف الإداري

يتخذ العرف الإداري صوراً متعددة، فقد يكون مفسراً للقاعدة القانونية الإدارية المكتوبة، أو مكملاً لها ومنه ما يكون مخالفاً أو مسقطاً للقاعدة القانونية، وتفصيل ذلك وفقاً للآتي:

أولاً: العرف المفسر

العرف المفسر هو الذي ينظم تفصيلات ما سنه الشارع مجملاً ويوضح ما صاغه غامضاً، أي إن أثره يقتصر على تفسير نص من النصوص، دون أن يتعدى ذلك إلى إنشاء قاعدة قانونية جديدة، ومن ثم يعد العرف المفسر جزءاً من النص المكتوب الذي يقوم بتفسيره، فيكون له المرتبة القانونية ذاتها التي يتمتع بها النص[١٢٢]، فقد تواجه الإدارة العامة نصوصاً يشوبها الإبهام أو الغموض، فتعمد إلى تفسيرها لكي تتمكن من تطبيقها، وبهذا تقوم الإدارة بتطبيق النص التشريعي المبهم بصورة معينة، مع الجري على اتباعه مما ينشئ لدى الإدارة اعتياداً قد يقترن بعنصر الإلزام القانوني فينشئ عرفاً إداريا مفسراً، فشعور الإدارة بإلزامية اتباع ذات الاعتياد وبذات التفسير يعد مكوناً للعرف المفسر[١٢٣] .

ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب اليه البعض من أنه لا مجال للقول بوجود عرف إداري مفسر، لكون الإدارة مطالبة بتطبيق القاعدة القانونية وفقاً للتفسير الصحيح لها، فالتفسير ليس سوى اجتهاد لتطبيق النص حسب مضمونه الصحيح[١٢٤]، كما أن العرف المفسر لا يترتب عليه بذاته نتائج أو آثاراً قانونية، إذ هو ليس سوى مسلك للإدارة العامة في ما يتعلق بتفسير وكيفية تطبيق النص الغامض، في حين يشترط في العمل القانوني أن يكون له نتائج قانونية[١٢٥] ، فضلا عن أن قيام الإدارة بتفسير النص المكتوب يعد تجاوزاً لوظيفتها وافتئاتاً على اختصاص السلطة المختصة بتفسير التشريع، وعلى ذلك يمكننا القول بأن العرف الإداري المفسر لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقاعدة المشرعة التي شابها الإبهام .

ثانياً: العرف المكمل

هو العرف الذي يسد نقصاً في النصوص القانونية التي تحكم النشاط الإداري، فالعرف المكمل يقوم حيث لا يوجد نص تشريعي، ويظهر أثره فيما أهمل الشارع تنظيمه من علاقات[١٢٦]، وهو أمر كثير الحدوث في المجال الإداري، نظراً لتعدد مجالات النشاط الإداري وتطورها السريع من ناحية، ولعدم تقنين القانون الإداري من ناحية أخرى –كما أسلفنا–، ففي حالة عدم كفاية النصوص التشريعية لتنظيم موضوع معين تلجأ الإدارة إلى اتباع مسلك معين بصفة دائمة وبصورة منتظمة بحيث يتولد لديها الشعور بإلزامية اتباع هذا المسلك في الحالات المماثلة[١٢٧]، وبذلك تقوم قاعدة عرفيه إدارية لتوافر عنصريها المادي والمعنوي.

ويمكن للعرف الإداري المكمل أن يأتي بناءً على إحالة من المشرع، ومن ذلك ما نص عليه المشرع العراقي في قانون الخدمة الجامعية إذ نص على أن:(يلتزم موظف الخدمة الجامعية بالقوانين والأنظمة والتعليمات المقررة وبما تقتضيه الأعراف والتقاليد الجامعية ...)[١٢٨].

كما انه قد يأتي من غير طريق الإحالة مما يجعله عرفاً قائماً بذاته وهذا هو الأغلب، ومن ذلك ما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري في مصر والذي قضت فيه:(أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العرف الإداري قد جرى منذ عهد بعيد على تخويل وكيل المديرية حق مباشرة اختصاصات المدير أثناء غيابه ما لم ينص صراحة على منعه من مباشرتها، ولما كانت لائحة الترع والجسور قد خلت من أي نص يحرم وكيل المديرية من مباشرة اختصاص المدير في رياسة لجان مخالفة الري، فإن حلوله محله في رياسة هذه اللجان جائز ولا مخالفه فيه لأحكام القانون)[١٢٩]، وكذلك ما ورد في حكم لهيئة التأديب في المملكة العربية السعودية الذي نص على (... ومن حيث انه ولما تقدم فإن المجلس _ مجلس التأديب _ يرى أن ما جرى عليه العمل واستقر يعتبر عرفاً يأخذ حكم النظام[١٣٠] عند عدمه من حيث تحديد المسؤولية أو عدمها[١٣١] .

و نخلص مما سبق الى أن العرف الإداري المكمل هو عرف منشئ لقاعدة قانونية ليس لها أساس من التشريع[١٣٢]، وهو يقوم على عدم مخالفة التشريع، وهذا ما يجعله عرفاً معتبراً لاستيفائه كافة عناصر وشروط العرف، مع تحقيق الغاية التي شرع من أجلها وهي ضرورة سد قصور التشريع، وهو قصور لا يمكن للتشريع تلافيه مهما أفرط المشرع في الحرص ومهما بذل من الجهد، وذلك لتعذر أن يتنبأ المشرع سلفاً بكل المسائل التي يمكن أن تطرأ في المستقبل لإفراغها في النصوص، وهذا ما يحتم أن يترك للعادات الإدارية الملزمة مهمة سد ما قد يشوب التشريع من قصور[١٣٣] .

وعليه فإن العرف الإداري المكمل هو عرف مشروع وملزم، ويجب التقيد به طالما توافرت عناصر وشروط قيامه، سواء تمت الإحالة إليه صراحة، أو كان قد نشأ للحاجة إليه لسد النقص في النصوص القائمة .

ثالثا: العرف المخالف

العرف المخالف هو العرف الذي يأتي بحكم يناقض حكما ثابتاً في نص تشريعي، وهو يقوم عندما يطرد اعتياد الإدارة في مباشرة نشاط معين لها على ما يخالف قاعده قانونيه، سواء كانت قاعدة دستورية أم قاعدة عادية أم في التشريع الفرعي، بمعنى آخر كل قاعدة عرفية مخالفة لقاعدة قانونية مكتوبة[١٣٤].

ومن المسلم به أنه لا يمكن أن ينشأ عرف إداري مخالف لنص تشريعي، لأن شرط قيام العرف –كما أسلفنا– مشروعية العادة الإدارية المكونة لركنه المادي، وذلك بأن لا تكون مخالفة لنص قائم، وبذلك تُنشئ

العادة الإدارية المخالفة للقانون مسلكا إدارياً معيباً وغير مشروع ينبغي العدول عنه[١٣٥]، فضلاً عن أن العرف أدنى منزلة من النصوص المشرعة، وهو ما يوجب عدم جواز خروج ما يقضي به العرف على هذه النصوص وهي الأعلى مرتبه[١٣٦].

ويستدل على ذلك في نطاق التشريع بما أورده المشرع المصري في القانون المدني بأنه:(لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعد ذلك التشريع)[١٣٧].

وإذا كان المشرع العراقي لم يأتي بمثل هذا النص في القانون المدني، فإنه يمكن لنا أن نستدل على عدم جواز مخالفة النص التشريعي في نطاق القانون الإداري في العراق، بما أقره المشرع العراقي في الفقرة (٣) من المادة (١) إذ يقول: (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)، ذلك بأن القضاء الإداري في مصر –التي تعد القوانين العراقية أقرب ما تكون إلى قوانينها[١٣٨]– قضى بأن قواعد القانون الإداري جميعها قواعد آمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها، فقد جاء في حكم له بأن: (إطراد العمل على مخالفة القانون – بفرض حدوثه– لا يسبغ الشرعية على هذه المخالفة، بل تظل برغم ذلك انحرافاً ينبغي تقويمه، كما أن من المسلم به ان العرف –وإن جاز أن يعدل أو يغير من القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين_ فإنه لا يجوز أن يخالف نصاً آمراً ... والنصوص الإدارية جميعها قواعد آمره لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها، والقول بغير ذلك يجعل إطراد الإهمال في مجال الوظيفة العامة عرفاً يحول دون مجازاة من ارتكبوه، وهذه نتيجة ظاهرة الفساد)[١٣٩]، فضلاٍ عن أن الفقه قد أكد ذلك كما أسلفنا.

وتجدر الإشارة إلى أنه لما كانت الكتب الدورية والمنشورات الداخلية التي تصدر عن الإدارة العامة لا تعد من التشريعات، فإنه يمكن القول تأسيساً على ذلك بجواز مجيء العرف الإداري مخالفاً لما تقضي به هذه الكتب والمنشورات[١٤٠].

كما أن العرف الناشئ عن الخطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه[١٤١]، ذلك أن الخطأ في فهم القانون لا يمكن أن ينشئ قاعدة قانونية واجبة تطبق، وإن القاعدة القانونية تطبق وفقاً للفهم الصحيح لمضمونها[١٤٢] .

رابعا: العرف المسقط

يقع العرف المسقط عندما تعترض قاعدة عرفية سلبية محضة، تطبيق نص تشريعي دون أن تأتي بحكم أخر، وهذه هي حاله سقوط القانون، وذلك عندما يطرد عمل الإدارة العامة على عدم إعمال حكم نص من

نصوص التشريع مده طويله رغم توافر ظروف انطباقه، وهذا ما يؤدي الى وجود ما يصطلح عليه العرف الإداري السلبي او العرف الملغي[١٤٣].

ولئن كان قد أثار خلاف في فقه القانون الخاص حول مشروعية العرف المسقط او السلبي، بين من يرى مشروعية العرف السلبي، ومن يرى عدم مشروعيته[١٤٤]، فان الأمر مختلف في مجال القانون الإداري، إذ لا يمكن القول بمشروعيته العرف الإداري المسقط لأن ذلك مؤداه أن يكون للجهات الإدارية سلطة إلغاء نصوص التشريع افتياتاً على السلطة التشريعية[١٤٥]، كما أنه من المتفق عليه أن عدم تطبيق نص تشريعي معين طال الزمن أم قصر لا يسقطه ولا يزيل مفعوله وأثره القانوني، بل إن هذا النص يبقى قائماً من الناحية القانونية واحتمال تطبيقه وارد في أي وقت[١٤٦] .

هذا وقد أقرت المادة (٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ بأنه:(لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق)، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة:(أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق)[١٤٧]، كما أكد القضاء الإداري هذا المبدأ بتقريره صراحةً عدم جواز أن يعدل العرف أو يغير من القواعد الآمرة، ولا يخفى أن النصوص الإدارية جميعها قواعد آمره لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها[١٤٨].

والقاعدة لدى جمهور الفقهاء أن التشريع يظل سارياً لحين إلغائه صراحة أو ضمنا بتشريع آخر، فلا يلغيه العرف ولا عدم الاستعمال، وبالنسبة إلى الشريعة الإسلامية، يقول الدكتور عبدالله مصطفى بأن نظرية النسخ وفكرة النسيان إسلاميتان وضع أساسهما في المصدر الأول من مصادر القانون الإسلام، فقد نص على أساس النظرية وأصلها في الآية الكريمة " ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ..." (سورة البقرة ، ١٠٦) أما نسيان الناس الأحكام التشريعية دهراً فلا ينهض ناسخا عند الأصوليين المسلمين، فإن النسيان لا يتصور حصوله إلا في حالين: الأول مضي زمان دون أن تحدث الوقائع القانونية التي وضعت الأحكام المنسية بإزائها ، والثانية إهمال السلطة العامة تنفيذ الأحكام مدة من الزمن، وليس في أي من الحالين ما يستدعي أو يبرر نسخ الأحكام التشريعية ، ذلك أن إهمال سلطة عامة تنفيذ بعض الأحكام إنما هو في واقع الأمر مخالفة لأحكام التشريع إرتكبها من يتولى السلطة العامة فرادى أو مجتمعين، و إن مخالفة القانون لا توجب النسخ للأحكام التشريعية بل هي سبب معاقبة من ارتكبوها[١٤٩].

وأياً كان الأمر فأنه لا يمكن الاعتداد بالعرف القائم على عدم استعمال نص تشريعي يدخل في نطاق القانون الإداري، إذ أن الإدارة العامة هي المختصة بتنفيذ التشريعات ولا يجوز بحال السماح لها بعدم إجراء هذا التنفيذ، وإلا أصبح للجهات الإدارية سلطة إلغاء التشريع .

وحري بالإلماع إليه أن ما هو مسلم به قانوناً أن الأنظمة والتعليمات كالقانون وذلك فيما يتعلق بضرورة استمرار العمل بها ما دامت لم تلغ صراحة أو ضمناً[١٥٠]، و من ثم لا يجوز للإدارة أن تهمل العمل بها وهي تتغيا من ذلك إنشاء عرفاً مسقطاً لها.

الخاتمة

لقد شاع أن العرف فقد أي دور قانوني له، وذلك بعد حركة التشريع التي دونت بموجبها مختلف الأنشطة، وخضعت لقواعد تشريعية واضحة ومحدده، غير أنه تبين لنا من خلال دراسة العرف الإداري أن له أهمية ودوراً لا يمكن للحركة التشريعية أن تسقطه، وما المثاقفة التي تفرق بها الفقه إلى فريق ينكر على العرف دوره بوصفه مصدراً للقاعدة الإدارية وآخر يقر به له ويعده وجهاً من وجوه القانون غير المكتوب للقاعدة القانونية الإدارية الوضعية، إلا علامة من علامات تلك الأهمية التي لما تزل تحيط اليوم بموضوع العرف الإداري، وهذا ما حاولنا بيانه من خلال البحث و توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية :

اولاً: النتائج

١- أن العرف لا يزال يحتفظ بمكانته كمصدر من مصادر قواعد القانون الإداري، حيث يلي التشريع في المنزلة، وأن الذي ينشأ العرف الإداري هو الإدارة العامة، فالجهات الإدارية المختلفة هي التي يمكن لها إنشاء الأعراف الإدارية، بينما لا يكون للأفراد إنشاء العرف الإداري .

٢- المقصود بالعنصر المادي للعرف الإداري هو العادة الإدارية التي تتكون من درج الجهات الإدارية على اتباع سلوك في مزاولة نشاط معين لها، وتلتزم باتباع هذا السلوك في الحالات المماثلة والسير على سنتها في مباشرة هذا النشاط، ولا تتحقق هذه العادة إلا بتوافر أربعة شروط هي: العمومية والقدم والثبات والمشروعية .

٣- أن مشروعية العادة المكونة للعنصر المادي للعرف الإداري تقتضي إلا يخالف مسلك الإدارة أي قاعدة قانونية بطريق مباشر أو غير مباشر، ويستوي في ذلك ان تكون القاعدة دستورية أو واردة في قانون عادي أو في أنظمة وتعليمات، فضلا عن أن لا تكون مخالفة للنظام العام أو المبادئ العليا التي يرتكز عليها النظام السياسي والاجتماعي في الدولة، ونرى من جانبنا أن العادة الإدارية لكي تُكوِّن العنصر المادي للقاعدة العرفية الإدارية،

فإنها يجب أن لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن هذه العادة متى ما توفر لها العنصر المعنوي ستنشأ قاعده قانونيه عرفيه، وهذه القاعدة يجب ان لا تتعارض مع ثوابت أحكام الاسلام وفقا لنص الفقرة (أ–أولا) من المادة (٢) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥، التي تنص على: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)، فهذا النص يجعل ثوابت أحكام الإسلام من مصادر مبدأ المشروعية، التي يجب على الإدارة العامة احترامها في كل ما يصدر عنها من.

٤– المقصود بالركن المعنوي للعرف الإداري هو الاعتقاد بإلزامية العادة المتبعة، من قبل الإدارة والمخاطبين بهذه القاعدة، وأن درجة العرف الإداري في القوة يمكن استخلاصها من العنصر المعنوي، ويترتب على توافر الاعتقاد بإلزامية الأعراف الإدارية، أن القرارات الإدارية المخالفة للعرف الإداري تعد غير مشروعة وتصبح عرضة للإلغاء إذا ما طعن بعدم مشروعيتها أمام القضاء الإداري، كما يترتب عليها وجوب التزام الإفراد باحترام الأعراف الإدارية، مما يخول الهيئة الإدارية الحق في إكراه المخاطبين بأحكام الأعراف الإدارية الملزمة على أتباع هذه الأحكام.

٥– أن للعرف الإداري من الأهمية ما يجعل من الضروري وجوده إلى جانب التشريع، بهدف تقديم ما يسد قصور التشريع، على ضوء ما يستجد من روابط إدارية أو ما يحتاجه التطبيق الإداري من تفصيلات لم ترد في مجمل النصوص، وأن العرف الإداري يحتل المنزلة الثانية بعد التشريع مباشرة، نزولا على القاعدة التي أوردتها المادة الأولى من القانون المدني العراقي، وهذا الأمر مسلم به فقها وقضاءً، وعليه لا يجوز للقاضي اللجوء إلى العرف الإداري إلا إذا أستحال عليه الوصول إلى الحكم من النص التشريعي.

٦– أن العرف الإداري المكمل هو عرف منشئ لقاعدة قانونية ليس لها أساس من التشريع، وهو يقوم على عدم مخالفة التشريع، وهذا ما يجعله عرفاً معتبراً لاستيفائه كافة عناصر وشروط العرف، مع تحقيق الغاية التي أنشيء من أجلها وهي ضرورة سد قصور التشريع.

٧– لا مجال للقول بوجود عرف إداري مفسر، لكون الإدارة مطالبة بتطبيق القاعدة القانونية وفقاً للتفسير الصحيح لها، فالتفسير ليس سوى اجتهاد لتطبيق النص حسب مضمونه الصحيح، و أن العرف الإداري المفسر لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقاعدة المشرعة التي شابها الإبهام، كما لا يمكن القول بمشروعيته العرف الإداري المسقط لأن ذلك مؤداه أن يكون للجهات الإدارية سلطة إلغاء نصوص التشريع افتياتاً على السلطة التشريعية.

٨- إذا كان من المسلم به أنه لا يمكن أن ينشأ عرف إداري مخالف لنص تشريعي، لأن شرط قيام العرف مشروعية العادة الإدارية المكونة لركنه المادي، وإذا كان المشرع العراقي لم ينص صراحة في القانون المدني على عدم جواز مخالفة التشريع، فإنه يمكن لنا أن نستدل على ذلك، بما أقره المشرع العراقي في الفقرة (٣) من المادة (١) إذ يقول: (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)، ذلك بأن القضاء الإداري والفقه في مصر -التي تعد القوانين العراقية أقرب ما تكون إلى قوانينها- قررا بأن قواعد القانون الإداري جميعها قواعد آمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها، فضلا عن أن الكتب الدورية والمنشورات الداخلية التي تصدر عن الإدارة العامة والتي لا تعد من التشريعات، فإنه يمكننا القول بجواز مجيء العرف الإداري مخالفاً لما تقضي به هذه الكتب والمنشورات.

ثانيا: التوصيات

١- على القضاء الإداري في العراق، ولا سيما بعد صدور التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة، أن يقضي بعدم مشروعية القرارات الإدارية المخالفة للعرف الإداري، إذا ما طعن أمامه بشرعيتها من قبل المخاطبين بها، لكون القواعد العرفية الإدارية لها من الإلزام ما للقاعدة المسنونة.

٢- على الإدارة العامة والتزاماً منها بمبدأ المشروعية، أن تكون جميع أعمالها القانونية منها والمادية متفقه مع ثوابت أحكام الشريعة الإسلامية، بما في ذلك المسالك التي تتبعها والتي تكون محلاً للعادات الإدارية، لكون هذه العادات متى اقترنت بالاعتقاد الملزم انقلبت قاعدة قانونية عرفية، وهذه القاعدة يجب أن لا تتعارض مع ثوابت أحكام الاسلام وفقا لنص الفقرة (أ-أولا) من المادة (٢) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥، التي تنص على: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)، فهذا النص يجعل ثوابت أحكام الإسلام من مصادر مبدأ المشروعية.

٣- على المشرع العراقي أن يقدم الشريعة الاسلامية على العرف، حين عدد مصادر القانون في المادة (١) من القانون المدني، فهو لم يقصد مجرد تعداد هذه المصادر وإنما أراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق، وحبذا لو أخذ بالتدرج الذي جاء به المشرع المدني الأردني الذي نص في المادة الأولى من القانون المدني على ما يلي: (... ٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية. ٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ...).

الهوامش

(١) ابو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر – بيروت، ١٩٧٩، ج٤، ص٢٨١.

(٢) جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور، لسان العرب، دار صادر – بيروت، ١٤١٤هـ ، المجلد التاسع ، ص٢٣٩ ، ومحمد بن أحمد بن الأزهري، تهذيب اللغة ، تحقيق: محمد بن عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط١ ، ٢٠٠١ ، ج٢ ، ص٢٠٨.

(٣) الراغب الأصفهاني ، المفردات في غريب القرآن ، تحقيق: صفوان عدنان الداودي ، دار القلم و الدار الشامية – دمشق بيروت ، ١٤١٢هـ ، ج١ ، ص٥٦١ .

(٤) سورة الأعراف : الآية ١٩٩.

(٥) ينظر: الشيخ عمر عبدالله، العرف في الفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة ، ك٢–آذار١٩٥١ ، العدد ١ و ٢ ، ص٩٧.

(٦) محمد أمين بن عابدين، نشر العرف في بناء الأحكام على العرف، مجموع رسائل أبن عابدين، دار احياء التراث العربي – بيروت، ج٢ ، ص١١٢، وهو التعريف الوارد عن عبدالله بن أحمد النسفي الفقيه الحنفي في كتابه المستصفى.

(٧) أحمد فهمي أبوسنه ، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر ، ١٩٤٧ ، ص٨.

(٨) عبدالوهاب خلاف، علم أصول الفقه ، مكتبة الدعوة – مصر ، ط٨ ، ص٨٩.

(٩) مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم – دمشق ، ط١ ، ١٩٩٨ ، ج١ ، ص١٤١، وقد أورد التعريف في ص٨٧٢ من الكتاب بأنه: (عادة جمهور قوم في قول أو فعل).

(١٠) مجلة مجمع الفقه الاسلامي الدولي ، تصدر عن منظمة التعاون الاسلامي بجدة – المملكة العربية السعودية ، العدد الخامس ، الصادر عن الدورة الخامسة للمجمع المنعقدة في الكويت للفترة من ١٠ إلى ١٥ ك١ ١٩٨٨، ج٥ ، ص٢٨٤٧ بترقيم المكتبة الشاملة.

(١١) عبدالباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ، الجزء الأول ، مطبعة الآداب – النجف الأشرف ، ١٩٧٢ ، ص٣٨٠–٣٨١ .

(١٢) د. حسن كيرة ، أصول القانون ، منشأة المعارف – الاسكندرية ، ١٩٥٨، ص٣٥١.

(١٣) د. عبدالرزاق احمد السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر – القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص٨٧.

(١٤) د. سمير عبدالسيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف – الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص٢٣٥.

(١٥) ينظر: د. رياض القيسي ، علم اصول القانون ، بيت الحكمة — بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص١٣٥–١٣٦.

(١٦) د. على خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري ، الجزء الأول ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع — عمان – الأردن ، ٢٠٠٢، ص٤٧.

(١٧) د. محمد كامل ليله، مبادئ القانون الإداري ، الكتاب الأول ، مقدمة القانون الإداري، دار النهضة العربية – بيروت ، ط١ ، ١٩٦٨– ١٩٦٩ ، ص٤٢٧.

(١٨) د. بكر القباني، العرف كمصدر للقانون الإداري، دار النهضة العربية — القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص١٨.

(١٩) د. أنور أحمد رسلان ، القانون الإداري السعودي ، منشورات معهد الإدارة العامة — السعودية ، ١٤٠٨ هـ (١٩٨٨م)، ص١١٠.

(٢٠) د. محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري (دراسة مقارنة) ، القاهرة ،دون دار نشر ، ط٣ ، ١٩٦٦، ص٣٦.

(٢١) محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٠/٥/٤ ، مجموعة أحكام المحكمة السنة الرابعة ، ص٦٩٧ .

(٢٢) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٢/٢/٢٤ ، مجموعة المبادئ التي اقرتها المحكمة في عشر سنوات ١٩٥٥ — ١٩٦٥ ، ص١٠٣٨ .

(٢٣) محكمة العدل العليا الاردنية ، حكمها رقم ٨٠٨١ بتاريخ ١٩٨١/٦/١٣ ، منشور في مجلة نقابة المحامين الاردنيين ، ١٩٨١ ، ص١٢٦٥.

(٢٤) د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص١٥١، و د. محمد رفعت عبدالوهاب ، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة — الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص٦٨ .

(٢٥) محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٢ ، المجموعة ، السنة الحادية عشر ، حكم رقم ٣١٦ ، ص٤٩٦.

(٢٦) ينظر: د. علي خطار شطناوي ، القانون الإداري الأردني ، ط١ ، دار وائل للنشر والتوزيع – عمان — الأردن ، ٢٠٠٩ ، ص٥٥ ، و د. هاني علي الطهراوي ، القانون الإداري ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع — عمان — الأردن ، ٢٠٠٩ ، ص٧٩ .

(٢٧) ينظر: د. محمد قدري حسن ، القانون الإداري ، ط١ ، مكتبة الجامعة — الشارقة و دار إثراء للنشر والتوزيع — الأردن ، ٢٠٠٩ ، ص٣٧ .

(٢٨) د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٢٠ .

(٢٩) ينظر: د. علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني ، مصدر سابق ، ص٥٥ .

(٣٠) ينظر: حكم محكمة القضاء الإداري في مصر ، بتاريخ ١٩٥٠/٢/٩ ، المجموعة ، السنة الرابعة ، حكم رقم ٩٧ ، ص٣٥٠ .

(٣١) د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص٤٨.

(٣٢) ينظر: د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٢١-٢٢ .

(٣٣) د. هاني علي الطهراوي ، مصدر سابق ، ص٨٠ .

(٣٤) محكمة العدل العليا الأردنية ، حكمها بتاريخ ١٩٨١/٦/١٣، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٨١، ص١٢٦٥.

(٣٥) ينظر: د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية – القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص٥٥ ، د. طعيمه الجرف ، القانون الإداري ، مكتبة القاهرة الحديثة — القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص٩٩ .

(٣٦) عبدالباقي البكري ، مصدر سابق ، ص٣٨٣ .

(٣٧) ينظر: د. أنور أحمد رسلان ، مصدر سابق ، ص١١٢ .

(٣٨) ينظر: محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها بتاريخ ١٩٥٣/٢/١١ ، المجموعة ، السنة السابعة ، حكم رقم ٢٩٥ ، ص٤٩٥ ، إذ تقول: (لا وجه لما يتحدى به المدعي من بطلان إجراءات التعيين، بمقولة أن الجامعة أطرحت ما جرى عليه عرفها من الإعلان عن خلو الكرسي والمفاضلة بين المتقدمين. ذلك لأن القانون لم يستوجب مثل هذا الإجراء ، كما أنه من جهة لم يثبت أن العمل جرى أو أطرد على ذلك، بحيث اصبح عرفاً إدارياً مستقراً يقوم مقام القاعدة التنظيمية العامة الواجبة الاتباع، بل غاية الأمر أن الجامعة كانت تلجأ إلى ذلك من حين إلى آخر، وتلك من الملائمات التي تقدرها في كل حالة على حدتها بحسب ظرفها) .

(٣٩) د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص٤٩ .

(٤٠) د. عبدالحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مكتبة وزارة العدل – الكويت ، ١٩٧٢ ، ص٤٤٩.

(٤١) د. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القضاء الإداري ، دون دار نشر ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص٤٩٨ ، و د. وحيد فكري رأفت ، مصدر سابق ، ص٢٢٦ و د. طعيمه الجرف ، مصدر سابق ، ص٩٩.

(٤٢) عبدالباقي البكري ، مصدر سابق ، ٣٨٤ .

(٤٣) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، حكمها بتاريخ ١٩٦٢/٢/٢٤ ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات ١٩٥٥ — ١٩٦٥ ، ص١٠٣٨ .

(٤٤) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، حكمها بتاريخ ٨/٥/ ١٩٦٥ ، مجموعة أبو شادي ، بند٢٤٨م ، ص٢٤٦ .

(٤٥) ينظر: محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها بتاريخ ١٩٥٧/١/١٧ ، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة الحادية عشرة ، بند ١٠٦ ، ص١٥١ .

(٤٦) ينظر: محكمة العدل العليا الأردنية ، حكمها بتاريخ ١٩٨١/٦/١٣ ، رقم ٨٠/٨١ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٨١ ، ص١٢٦٥ .

(٤٧) عندما يطلق مصطلح النظام في التشريع او القضاء او الفقه في السعودية، فيراد به القانون .

(٤٨) ينظر: هيئة التأديب بالمملكة العربية السعودية ، حكمها بـتاريخ ١٣٩٦/٦/٨هـ (١٩٧٦/٦/٦م) ، القضية رقم (٣٨) لسنة ١٣٩٦هـ ، مجموعة أحكام هيئة التأديب ، المجموعة الثانية ، الأحكام الصادرة حتى نهاية ١٣٩٧هـ ، ص٣٣٠ وما بعدها .

(٤٩) د. عبد الوهاب عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة الفضائية، دار النهضة العربية _ القاهرة، ص ١٤٠.

(٥٠) ينظر: د. عثمان خليل عثمان ، القانون الإداري، ط٤ ، دون دار نشر ، القاهرة ، ١٩٥٩ – ١٩٦٠ ، ص٥٥ ، و د. أحمد حشمت أبو ستيت ، أبحاث في أصول القانون (العرف كمصدر من مصادر القانون) ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – مصر ، السنة الخامسة ، ص٦٣٧ .

(٥١) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٢/٢ ، القضية رقم ٦١ ، السنة الثالثة القضائية ، مجموعة المحكمة الإدارية العليا ، السنة الثالثة ، ص١٦٩١ .

(٥٢) د. حسن محمد قدوري حسن، القانون الاداري، مصدر سابق، ص٣٧

(٥٣) ينظر: د. سمير عبدالسيد تناغو، مصدر سابق ، ص٢٣٥.

(٥٤) ينظر: د. حامد سلطان ، القانون الدولي العام في وقت السلم ، ط٤ ، دار النهضة العربية – القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص٤٧ .

(٥٥) ينظر: د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي – القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص٢٧ .

(٥٦) ينظر: د. شمس مرغني علي فراج ، العرف كمصدر للإعمال الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون – جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد الأول ، آيار ١٩٨٧ ، ص٣٠٩ .

(٥٧) ينظر: د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٢٨ .

(٥٨) ينظر: د. محمد رفعت عبدالوهاب ، مصدر سابق ، ص٦٨ .

(59) Lebrun: La coutume, ses sources, son autorité en droit prive. These. Caen 1932. P. 250 .

(٦٠) وهناك من يرى أن الفعل أو التصرف الإداري يجب أن يكون مقبولا لدى كافة الجهات أو الهيئات الإدارية الأخرى التي يمسها هذا التصرف، بحيث إذا اعترضت أو احتجت عليه إحدى هذه الجهات أو الهيئات فإنه لا يرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية الملزمة.

د. محمد قدري حسن ، مصدر سابق ، ص٣٧ ، و د. سعيد السيد علي ، أسس وقواعد القانون الإداري ، دار الكتب الحديث – مصر ، دون سنة نشر ، ص٣٩ .

(٦١) د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٢٩ .

(٦٢) محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها بتاريخ ١٩٤٨/٢/١٧ ، مجموعة الأحكام التي أقرتها المحكمة ، السنة الثانية ، حكم رقم ٦٢ ، ص٣٥٦ .

(٦٣) د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الأول ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – الأردن ، ٢٠٠٨ ، ص٦٠.

(64) Gény (f), Méthodes d'Interprétation et Sources en Droit Prive Positif. 2ed, T (1) Paris, 1954, N. 119, P. 364 .

(٦٥) د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص٥٠ .

(٦٦) ينظر: د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٢٩ .

(٦٧) ينظر: د. محمد كامل ليلة ، مصدر سابق ، ص٤٢٧ ، و د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص٥٥ ، ود. هاني علي الطهراوي ، مصدر سابق ، ص٨٠ .

(٦٨) ينظر: السيد خليل هيكل ، الوجيز في القانون الإداري ، دار النهضة العربية – القاهرة ، دون سنة نشر ، ص٨٥.

(٦٩) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص٤٩٩ ، و د. فؤاد العطار ، مصدر سابق ، ص٥٧ .

(٧٠) المحكمة الإدارية العليا في مصر ، حكمها بتاريخ ١٩٦٤/١/٢٥ ، مجموعة احكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة التاسعة ، مبدأ رقم ٤٥ ، ص٥٢٢ .

(٧١) د. أنور أحمد رسلان ، مصدر سابق ، ص١١١ .

(٧٢) محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها بتاريخ ١٩٤٧/١١/٤ ، مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الثانية ، ص٢٩ .

(٧٣) د. نواف كنعان ، مصدر سابق ، ص٦٠ .

(٧٤) د. فؤاد العطار ، مصدر سابق ، ص٥٦ .

(٧٥) محكمة القضاء الإداري في مصر ، حكمها بتاريخ ١٩٥٥/١٢/١٥ ، مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة ، السنة العاشرة ، حكم رقم ١٠٩ ، ص٩٢ .

(٧٦) ينظر: د. عبدالمنعم البدراوي ، مبادئ القانون ، مكتبة سيد عبدالله وهبة – القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص٢١٨ .

(77) Lebrun: La coutume, Op. Cit, P. 506 .

(٧٨) د. شمس مرغني على فراج ، مصدر سابق ، ص٣٠٤ .

(79) Booysen, H. "ADMINISTRATIVE CUSTOM AND THE ULTRA VIRES DOCTRINE", *South African Law Journal,* 1975, vol. 92, pp. 291. ت

(٨٠) ينظر: د. محمد رفعت عبدالوهاب ، مصدر سابق ، ص٧١ ، و د. طعيمه الجرف ، القضاء مصدر انشائي للقانون الإداري ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة السادسة ، العدد الرابع ، تشرين الأول – كانون الأول ١٩٦٢ ، ص١٩ .

(٨١) ينظر: د. احمد كمال ابو المجد ، الدور الانشائي للقضاء الاداري ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة٣٢ ، العدد الثالث ، ايلول ١٩٦٢ ، ص٤٣٩ .

(٨٢) د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

(٨٣) ينظر: د. علي محمد بدير ود. عصام عبدالوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مكتبة السنهوري – بغداد ، ٢٠١٥، ٣٦-٤١ .

(٨٤) ينظر: شمس مرغني علي فراج ، مصدر سابق ، ص٢٩٨ .

(٨٥) ينظر: د. محمد كامل ليلية ، مصدر سابق ، ١١١ ، و د. طعيمه الجرف ، القضاء مصدر إنشائي للقانون الإداري ، مصدر سابق ، ص٢٠ .

(٨٦) د. شمس مرغني علي فراج ، مصدر سابق ، ص٢٩٨ .

(٨٧) ينظر: د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٤٩ .

(٨٨) المقصود بالتقنين: (جمع القواعد القانونية الرئيسية والمبادئ العامة الخاصة بفرع من فروع القانون في وثيقة رسمية أو مجموعة واحدة تصدر من الجهة المختصة بالتشريع)، د. علي بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص٣٣ .

(٨٩) ينظر: د. عبدالمنعم البدراوي ، مصدر سابق ، ص٢١٨ .

(90) Lebrun: La coutume, Op. Cit, P. 5-7 .

(٩١) د. محمد كامل ليلة ، مصدر سابق ، ص١٢١ وما بعدها ، ود. علي بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص٣٤ .

(٩٢) د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الإداري ، دار ابن الأثير – جامعة الموصل ، ٢٠٠٩ ، ص٣٩–٤٠ .

(٩٣) عبر عن ذلك د. عبدالحي حجازي بقوله: (أنه بسبب عدم وجود تقنين متناسق في القانون العام كان لابد أن يقوم العرف بدور هام في ذلك القانون، إذ نجده في القانون الدستوري ... وفي القانون الإداري حيث لا توجد قواعد عامة في هذا المجال)، مصدر سابق ، ص٤٧٠ .

(٩٤) د. علي بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص٤٩ ، و د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف – الاسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص٦٩ ، ود. عبدالغني بسيوني عبدالله ، موسوعة القضاء الإداري ، ط٣ ، منشأة المعارف – الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص٢٨ ، ود. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص٤٧ .

(٩٥) ينظر: في فقه القانون المدني، عبدالباقي البكري ، مصدر سابق ، ص٣٨١ و د. محمد كامل ليلة ، مصدر سابق ، ٤٢٦ ، و د. محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ، دار ومطابع الشعب – مصر ، ١٩٦٤، ص١٢٠، و Lebrun: La coutume, op. Cit, P. 221, 507.

وفي فقه القانون الإداري: د. علي محمد بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص٤٨ ، و د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص٧١، و د. محمد كامل ليلة، مصدر سابق، ص٤٢٦.

(٩٦) الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، والفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، والفقرة (٣) من المادة (١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ .

(٩٧) ينظر: محكمة التمييز في العراق فقد ذهبت إلى أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف الجاري، القرار رقم ١٧٦٦ ح – ١٩٥٤، بتاريخ ١٩٥٥/١/١١، عبدالرحمن العلام، المبادئ القضائية ، القسم المدني، مطبعة العاني – بغداد، ١٩٥٧، ص٢٥٦، وكذلك أقرت بأن للعرف قوة القانون إذا لم يوجد نص تشريعي، القرار رقم ٢٣٣٢ – ص – ١٩٥٦، بتاريخ ١٩٥٧/٢/٣، مجلة القضاء – بغداد، العدد الثالث، مايس–جزيران، ١٩٥٧، ص٤٠٦–٤٠٧. و المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد قضت بما نصه: (أن عيب مخالفة القانون، ليس مقصوراً على مخالفة نص في قانون أو لائحة بل هو يصدق على مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة واتخذتها شرعة لها ومنهاجا)، حكمها بتاريخ ١٩٦٠/٣/٢٦ ، مجموعة الأحكام التي أقرتها المحكمة ، السنة الخامسة ، ص٥٧٠ ، ومحكمة القضاء الإداري في مصر إذ تقول: (النظام الذي تقرره جهات الإدارة في صدد أمر معين وتسير على سنته، هو بمثابة القانون أو اللائحة من حيث وجوب احترامه والعمل به، إلى ان يحصل تغييره بإجراء عام، فعدم اتباعه في الوقت الذي يكون سارياً فيه يكون من جانب الإدارة مخالفة للقانون) حكمها بتاريخ ١٩٤٨/٢/١٧، المجموعة، السنة الثانية، حكم رقم ٦٢،

ص٣٥٦، كما أقرت ذلك محكمة العدل في الأردن بقولها: (من المبادئ الفقهية المسلم بها فيما يتعلق بالعرف الإداري الذي جرت الإدارة على اتباعه سواءً أكان مسطوراً أو غير مسطور يعتبر بحكم القاعدة القانونية، ويتحتم على الإدارة اتباعه في إجراءاتها، كما يباح لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا العرف تمسكه بالقانون ...) قرارها بتاريخ ١٩٧٣/٦/١٩ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٧٣، ص٩٢٩، وايضاً محكمة الاستئناف العليا في الكويت إذ تقول: (من المقرر قانوناً أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر القانون الإداري ...) حكمها بتاريخ ١٩٦٧/١٢/١٠، الاستئناف رقم ١٩٦٧/٤٣٢ (تجاري) ، أشار إليه د. عبدالفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية – بيروت، ١٩٦٩، ص٢٧.

(٩٨) د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص١١٩.

(99) Duguit: Traité de droit constitutionnel 2éme éd. Paris, 1921, Tome 1, P. 72-84. ت

(١٠٠) د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٣٨.

(١٠١) ينظر: عبدالباقي البكري ، مصدر سابق ، ص٤٠٥ ، د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص٣٤٨ .

(١٠٢) ينظر: عبدالباقي البكري ، مصدر سابق ، ص٤٠٥-٤٠٦ ، ود. عبدالفتاح عبدالباقي ، نظرية القانون ، مطابع دار الكتاب العربي – القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص١٤٨ .

(١٠٣) ينظر: د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٣٦ .

(104) Lambert: La Fonction De Droit Civil Comparé Tome 1. Paris 1903, P. 135-143.

(١٠٥) ينظر: عبدالباقي البكري ، مصدر سابق ، ص٤٠٧-٤٠٨ ، و د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص٣٥١-٣٥٣.

(١٠٦) ينظر: د. بكر القباني ، مصدر سابق ، ص٧٨.

(١٠٧) ينظر: د. عبدالفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص١٥٣ ، و د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص١١٧-١١٨ ، و د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص٣٥٣ .

(١٠٨) ينظر: عبدالباقي البكري ، مصدر سابق ، ٤٠٩ ، و د. محمد كامل ليله ، مصدر سابق، ص٤٢٦. و د. حسن كيره، مصدر سابق، ص٣٥٤ ، و د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص١٢٠.

(109) Lebrun: La coutume, Op. Cit, P. 4, 221, 507 .

(١١٠) ينظر: د. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق ، ص٥١-٥٢ ، و قد أقر ذلك القضاء الإداري ، فقد قضت المحكمة العليا في مصر بأنه يمكن إعمال بعض القواعد الواردة في القوانين المدنية في مجال القانون الإداري، إذا كانت هذه القواعد أصولية تقوم على المنطق القانوني المجرد وما دامت لا تتعارض مع ما تتطلبه المصلحة العامة من مراعاة لاحتياجات الروابط الإدارية، وما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة، حكمها بتاريخ ١٩٥٩/١٢/١٢ ، المجموعة ، السنة الخامسة ، مبدأ رقم ١٥ ، ص١٠٦ .

(١١١) مجموعة الإعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الأول ، الباب التمهيدي ، وزارة العدل المصرية ، ص١٩٦ ، أشار أليه د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص١٢٣ .

(١١٢) وقد سار عدد من القوانين المدنية العربية على هذا النحو ، إذ قرر القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، ما ذهب إليه المشرع العراقي، فعد العرف المصدر الثاني بعد التشريع، وهذا ما أوضحته المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني المصري، فقد جاء فيها أن: (العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة، ومن الواجب أن يلجأ إليه القاضي إذا أفتقد النص ... وقد ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميلياً خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء) ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مصدر سابق ص١٨٧–١٨٨) .

(١١٣) وقد أنتقد الدكتور عبدالرزاق السنهوري على هذا التدرج لمصادر القانون المدني العراقي، إذ أشار مخاطباً أعضاء لجنة مراجعة القانون المدني العراقي بقوله: (لا حظت أنكم أخرتم مكان الشريعة الاسلامية بين مصادر القانون إلى المرتبة الثالثة تمشياً مع القانون المصري، والقانون العراقي يستمد من الشريعة الاسلامية بنصيب أوفر ، فلم يكن غريباً أن يجعل الشريعة الاسلامية في المرتبة الثانية)، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، إعداد ضياء شيت خطاب وآخرون ، مطبعة الزمان – بغداد ، ١٩٩٨ ، ص١٣ .

(١١٤) ينظر: عبدالباقي البكري ، مصدر سابق ، ص٢٢٧–٢٢٨ .

(١١٥) في حين خالف هذا عدد من القوانين المدنية العربية ما ذهب اليه المشرع العراقي والمشرع المصري، إذ جعلت منزلة العرف بعد التشريع ومبادئ الشريعة الاسلامية، ومنها القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، إذ نصت المدادة (١) منه على: (١– تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص ٢– فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية. ٣– فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف ...) ، والقانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩، إذ نص في الفقرة (٢) من المادة (١) على: (المادة (١) ١ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢ـ فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)

(١١٦) ينظر: د. علي بدير وآخرون ، مصدر سابق ، ص٤٢ ، ود. ماهر صالح علاوي ، مصدر سابق ، ص٤٥ .

(١١٧) المحكمة الإدارية العليا في مصر، حيث تقول: (... وقد نص الشارع على العرف كمصدر للقانون، غير أنه من حيث تدرج القواعد القانونية يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع ...)، حكمها بتاريخ ١٩٦٢/٢/٢٤، المجموعة، السنة السابعة، مبدأ رقم ٤٢ ، ص٣٥٥ .

(١١٨) د. عبدالحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٤٦٧ ، و د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص٣٥٦ .

(١١٩) ينظر: المحكمة الإدارية العليا في مصر ، المجموعة ،السنة السابعة ، حكم رقم ٤٣ ، ص٣٥٥ .

(١٢٠) ينظر: د. عبدالحميد كمال حشيش ، مبادئ القضاء الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية _القاهرة ،١٩٧٥، ص٧٣.

(١٢١) ينظر: د. عبدالفتاح حسن ، مصدر سابق ، ص٢٧ .

(١٢٢) ينظر: د. احسان حميد المفرجي و د. كطران زغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، المكتبة القانونية– بغداد، ١٩٩٠، ص٢٠٤.

(١٢٣) ينظر: د. علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، مصدر سابق، ص٥٨ .

(١٢٤) ينظر: د. انور احمد رسلان، مصدر سابق، ص١١٦ .

(١٢٥) ينظر: د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص٧٠ .

(١٢٦) ينظر: د. محمود جمال زكي، مصدر سابق، ص١٢١ .

(١٢٧) ينظر: د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص٥٠ .

(١٢٨) المادة (١٣) من قانون الخدمة الجامعية رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٨ النافذ.

(١٢٩) محكمة القضاء الإداري في مصر، حكمها بتاريخ ١٩٥٣/٢/٢٦ ، المجموعة ، السنة السادسة ، حكم رقم ١٨٨ ، ص٥٥٤.

(١٣٠) يراد بالنظام هنا القانون، حيث يطلق على القوانين في المملكة العربية السعودية مصطلح الأنظمة .

(١٣١)هيئة التأديب في المملكة العربية السعودية، حكمها في القضية رقم (٢٨) لسنة ١٣٩٦ هـ ، جلسة ١٣٩٦/٦/٨ هـ (١٩٧٦/٦/٦) مجموعة أحكام هيئة التأديب، المجموعة الثانية، الأحكام الصادرة حتى نهاية ١٣٩٧ هـ ، ص٣٣٠ وما بعدها .

(١٣٢) ينظر: د. علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، مصدر سابق، ص٥٧ .

(١٣٣) ينظر: د. بكر القباني، مصدر سابق، ص٥٩ .

(١٣٤) ينظر: د. أنور احمد رسلان، مصدر سابق، ص١١٤.

(١٣٥) ينظر: د. علي خطار شطناوي ، القانون الإداري الاردني، مصدر سابق، ص٥٨

(١٣٦) ينظر: د. محمود محمد حافظ، مصدر سابق ، ص٣٨.

(١٣٧) المادة (٢) من القانون المدني المصري، رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، وكذلك أورد المشرع الأردني هذا النص في المادة (٥) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، والمشرع السوري في المادة (٢) من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ .

(١٣٨) هذا ما أشار إليه الدكتور عبدالرزاق السنهوري إذ يقول: (لا حظت بوجه عام أن كثيراً من التعديلات التي أدخلتموها على اللائحة من شأنها أن تقرب كثيراً ما بين مشروع القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري ...)، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص١٣ .

(١٣٩) المحكمة الإدارية العليا في مصر، حكمها بتاريخ ١٩٦٥/٥/٨، المجموعة السنة العاشرة، مبدأ رقم١١٦، ص١٢١٩– ١٢٢٠.

(١٤٠) ينظر: د. بكر القباني، مصدر سابق، ص٦٣.

(١٤١) المحكمة الإدارية العليا في مصر، حكمها بتاريخ ١٩٦٢/٢/٢٤، المجموعة ، السنه السابعة ، مبدأ رقم (٤٢)، ص٣٥٥ .

(١٤٢) ينظر: د. انور احمد رسلان، مصدر سابق، ص١١٥

(١٤٣) ينظر: د. احسان حميد المفرجي وآخرون، مصدر سابق، ص٢٠٥ .

(١٤٤) ينظر: د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص١٧٤ وما بعدها، ود. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٢١٢ وما بعدها.

(١٤٥) ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص١٢٥ .

(١٤٦) ينظر: د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص١٢٥ .

(١٤٧) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص١٩٦.

(١٤٨) المحكمة الإدارية العليا في مصر، حكمها بتاريخ ١٩٦٥/٥/٨، سبقت الإشارة إليه.

(١٤٩) د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص٣٠٩.

(١٥٠) محكمة القضاء الإداري في مصر، حكمها بتاريخ ١٩٤٧/٥/٢٨، حكم رقم ٢٨، ص.