مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية

ISSN

٢٠٧٠٩٨٣٨ (مطبوع) ٣٠٠٦٧٦٧٧ (إلكتروني)

العدد الاول/ المجلد السابع عشر

تاريخ النشر

٢٠ / ٩ / ٢٠٢٥

المواجهة الإدارية للفراغ التشريعي بوساطة العرف الإداري (دراســـــة مقارنـــــة)

Administrative confrontation of the legislative vacuum through administrative custom (a comparative study)

الباحثة أنفال عصام علي

جامعة بغداد- كلية القانون

anfal.isam1102a@colaw.uobaghdad.edu.iq

أستاذ دكتور وليد مرزة حمزة المخزومي

جامعة بغداد– كلية القانون

dr.waleed@colaw.uobaghdad.edu.iq

فراغ تشريعي ، مصادر المشروعية ، قانون عرفي ، ممارسة إدارية .

.Legislative Vacuum, Legality Sources, Customary Law, Administrative Practice

Abstract

Originally, the written administrative law sets the rules that govern the public administration's function performance regularly and steadily. Thus, it is very rare for the administration to find itself unable to perform those tasks due to the legislative vacuum that may be revealed by the application of those rules. Sometimes, the administration may not suspend its function until the legislator intervenes through the enactment of a new law or the amendment of an existing law that keeps pace with the changing and evolving reality of administrative work, since it is an actual disruption of the administration activity and obstruction of its public facilities' workflow, on one hand, and prejudice to the individuals' rights and freedoms, on the other hand. Within this context, the practical role of the administrative custom raises up as an unwritten legal source. So, the administrative customary rule transforms from an organizational tool, which the administration used to follow to organize its administrative affairs, to a temporary means to face the legislative vacuum in the written legal texts, which faces when carrying out its duties. Nonetheless, the administrative custom's applicability in facing the legislative vacuum varies according to its type, whether its emergence is adjacent to the legal text or independent from it. In the end, the practical applications of the administrative custom reveal its importance in facing the legislative vacuum in the rules of the administrative law.

الملخص

الأصل أن القانون الإداري المكتوب يضع القواعد التي تحكم أداء الإدارة العامة لوظيفتها بانتظام واطراد ، ومن الصعوبة بمكان أن تجد الإدارة نفسها عاجزة عن أداء تلك المهام بسبب الفراغ التشريعي الذي يمكن أن يكشفه تطبيق تلك القواعد ، فالإدارة أحياناً لا يمكن أن تعلق وظيفتها لحين تدخل المشرع عبر سن قانون جديد أو تعديل قانون قائم يواكب الواقع المتغير والمتطور للعمل الإداري ، لأنه بمثابة تعطيل فعلي لنشاط الإدارة وعرقلة لسير عمل مرافقها العامة من جهة ومساسا بحقوق وحريات الأفراد من جهة ثانية ، وفي هذا الإطار يبرز الدور العملي للعرف الإداري كمصدر قانوني غير مكتوب ، فتتحول القاعدة العرفية الإدارية من أداة تنظيمية اعتادت الإدارة على استعمالها لتنظيم أمورها الإدارية -إلى وسيلة مؤقتة تواجه بها الفراغ التشريعي في النصوص القانونية المكتوبة والذي يظهر أمامها بمناسبة القيام بواجباتها، وتختلف قابلية العرف الإداري في مواجهة الفراغ التشريعي بحسب نوعه فيما إذا كان ظهوره

مجاوراً للنص القانوني أم مستقلاً عنه ، وتكشف التطبيقات العملية للعرف الإداري أهميته في مواجهة الفراغ التشريعي في قواعد القانون الإداري .

المقدمة

إن القانون (بمفهومه الواسع) لا يقتصر على التشريع المكتوب فحسب إذ إن العرف يعد قانونا كذلك ، فالسلوك الاجتماعي المطرد هو سلوك يقع في الزمان والمكان ولا يحمل معنى سنياً بذاته لأنه مجرد سلوك مطرد ، إلا انه يمكن أن يتحول إلى عرف ملزم بافتراض المعنى السنني فيه عند توفر أركانه[١] ، فيصبح آنذاك مصدرا رسميا للقانون واجب التطبيق[٢]. ويعد العرف " Gewohnheitsrecht" من مصادر القانون غير المكتوبة ، و يحتل مكانة في النظرية العامة للمصادر القانونية " "der allgemeinen Rechtsquellenlehre"[٣] ، لأنه يضم قواعد عامة ومجردة تنتمي إلى أشكال القانون الموضوعي (المادي) ، و يفترض أن تكون لها شرعية موضوعية لتكون ملزمًا تمامًا كالقانون ، وإذ إن القول بوجود القانون العرفي سواء في نطاق القانون الإداري (أو أي فرع قانوني آخر) يقتضي تحديد الأركان التي يقوم عليها ، ليكون بالفعل قواعد عرفية إدارية ملزمة تحتل مكانة مهمة ضمن مصادر المشروعية[٤]، فالعمل الإداري الذي ينشئ العرف قد يكون عملا قانونياً او مادياً[٥] ، وبالنسبة للأشخاص المخاطبين بالقاعدة العرفية فقد يكون هؤلاء أفراداً عاديين أو جهة إدارية ، فإذا كان العرف في نطاق القانون الخاص يتناول تنظيم المسائل المتعلقة بالمعاملات المادية بين الأفراد ، فأن الأمر على خلافه بالنسبة للقانون الإداري لأنه قد يتصل بمسائل تتعلق بحريات الأفراد وحقوقهم إلى جانب مسائل إدارية وتنظيمية أخرى،[٦]وقد تلجأ الإدارة للعرف في مواجهة الفراغ التشريعي بدلا من استعمال سلطتها في التشريع الفرعي ، نظرا لما يتسم به العرف من مرونة وسرعة في تلبية متطلبات العمل الوظيفي التي من المتعذر على القانون المكتوب الإلمام بها ، وان تفصيلاته الكثيرة المتجددة ربما قد تصعب عليها التوجه نحو إصدار التعليمات والأنظمة واللوائح لكل منها على النحو الذي يتلاءم مع حاجتها لملئ الفراغ التشريعي بالسرعة الممكنة لتلافي تعطيل مهامها الإدارية وسير المرفق العام بانتظام ، فالحاجة الملحة التي يفرضها الواقع العملي لاتخاذ قرار إداري أو تنظيم سلوك وظيفي في ظل غياب النص القانوني المكتوب ربما سيجعل من العرف الإداري إذا ما توافرت أركانه- خيارا مناسبا للإدارة في بعض الأحيان - لحين ملء الفراغ التشريعي بقواعد قانونية مكتوبة.

أهمية البحث :- تكمن أهمية البحث في كونه يسلط الضوء على العرف الإداري كمصدر قانوني غير مدون يمكن للإدارة أن تستعين به لمواجهة الفراغ التشريعي في قواعد القانون المكتوب و بصورة مؤقتة لحين تدخل المشرع ، مما له الأثر في الحفاظ على استمرارية العمل الإداري وتمكين الإدارة من أداء وظائفها دون تجاوز أو انتهاك من جانبها لمبدأ المشروعية .

مشكلة البحث :- تتجلى مشكلة البحث في محاولة الإجابة على الأسئلة الآتية :-

١.ما المقصود بالعرف الإداري كوسيلة من وسائل المواجهة الإدارية للفراغ التشريعي ؟

٢. ما هي الأركان التي يقوم عليها العرف الإداري لجعله قاعدة قانونية ملزمة تحتكم إليها الإدارة في مواجهة الفراغ التشريعي ؟

٣. ما هي أنواع العرف الإداري ، و ما حدود الدور الذي يؤديه كل منها في مواجهة الفراغ التشريعي ؟
٤. ما هي التطبيقات العملية للعرف الإداري ؟ وهل أسهمت تلك التطبيقات في مواجهة الفراغ التشريعي بصورة فعلية ؟

فرضية البحث :- يفترض البحث أن (العرف الإداري ليس مجرد سلوك إداري متكرر دأبت الإدارة على ممارسته لتسيير شؤونها مع اعتقادها بالزاميته ، إنما قد يعتد به كوسيلة تنظيمية مؤقتة تلجأ إليها الإدارة لمواجهة الفراغ التشريعي في النصوص القانونية المكتوبة ، طالما التزمت بحدود القانون وتقيدت بمقاصده) .

منهجية البحث :- وفقاً لطبيعة البحث فأننا سنتبع المنهج الوصفي التحليلي في تناول الإطار ألمفاهيمي للعرف الإداري من حيث التعريف به وبيان أركانه وأنواعه بحسب علاقته بالنصوص القانونية، فضلا عن استعراض التطبيقات العملية للعرف الإداري لبيان مكانته الواقعية في مواجهة الفراغ التشريعي في العراق ، وسنلتزم المنهج المقارن على مدار البحث بهدف الاطلاع على تجارب النظم المقارنة من حيث توظيف العرف الإداري لمواجهة الفراغ التشريعي ، وتتمثل هذه النظم بكل من ألمانيا الاتحادية وفرنسا ومصر .

خطة البحث :- سنقسم البحث الى مطلبين ، المطلب الأول سنخصصه لمفهوم العرف الإداري وأركانه وذلك في فرعين مستقلين ، أما المطلب الثاني سنتناول فيه أنواع العرف الإداري وتطبيقاته العملية في العراق والنظم المقارنة وضمن فرعين مستقلين وكما يأتي تباعا.

المطلب الأول/ مفهوم العرف الإداري وأركانه

إن دراسة العرف الإداري كوسيلة لمواجهة الفراغ التشريعي يستلزم منا بيان مفهومه ومن ثم أركانه التي يتكون منها ليكون قاعدة قانونية ملزمة بالمعنى القانوني سواء بالنسبة للإدارة أو المتعاملين معها ، وهذا ما سنتناوله ضمن المحورين الآتيين تباعا.

الفرع الأول / مفهوم العرف الإداري

يقصد بالعرف -بوجه عام - ما تعارف عليه فئة من الناس او كلهم و ألفوه في البلاد كلها أو في جزء منها ، فهو " عادة جمهور قوم في قول او فعل "[٧] ، والعرف " قاعدة قانونية une règle de droit تتكوَّن ببطء وبشكل تلقائي من الوقائع والممارسات المتّبعة عادةً في وسط اجتماعي معيّن، وتصبح مُلزِمة بشكل مستقل عن أي تدخّل صريح أو موافقة ضمنية من المشرّع"[٨].

والعرف الإداري هو قاعدة غير مدونة تتمثل بالعادات المتبعة في كل مرفق فيما يتعلق بتصريف شؤونه[٩] ، وتنبعث قواعده من واقع الحياة ، و تبرز عن طريق الممارسة الإدارية و تفاعلها في ظروف الواقع ، و تكتسب بتكرار التعامل بها و المداومة على تطبيقها بمضي المدة منزلة في ضمير رجال الإدارة و اعتقادهم ، و في ذهن القائمين علي مسار العمل الإداري فترتفع إلى منزلة القواعد القانونية على نحو يستوجب الالتزام بها كقاعدة قانونية[١٠]. ويعرف الفقه الإداري العرف بأنه " سير الإدارة على منوال أو هو سلوك الإدارة في مسألة معينة " ، او هو " ما جرت السلطة الإدارية على

إتباعه من قواعد في مباشرة وظيفتها بصدد حالة معينة بالذات ، دون أن يكون لهذه القواعد سند أو أساس من النصوص التشريعية "[١١]، وقيل في تعريفه أيضا بأنه " سلوك معين درجت الإدارة على إتباعه في مباشرة وظيفتها في مجال معين من نشاطها لفترة من الزمن وبصيغة مستمرة ومنتظمة بحيث أصبح كالقاعدة القانونية الواجبة الإتباع مما يترتب على ذلك إن مخالفة الإدارة للعرف الإداري في تصرفاتها يؤدي إلى عدم مشروعية تلك التصرفات"[١٢]. في فرنسا، النظام القانوني هو نظام مكتوب و تنبع القواعد القانونية بشكل أساسي من السلطات العامة التي تُصدر القوانين بمفهومها الواسع"lato sensu"، ويجد القانون الفرنسي مصدرا ثانوياً معترفا به من الفقه والقضاء يتمثل في الممارسات المعتادة أي العُرف[١٣]"les coutumes" ، مع إن المشرع الفرنسي لم يعتد بالعرف كمصدر رسمي للقانون عبر ذكره في نص قانوني صريح ، ويرى جانبا من الفقه الفرنسي صعوبة تعريف العرف الإداري وتحديده رغم أهميته بالنسبة للإدارة ووجوده الفاعل في ممارستها لأنشطتها اليومية المعتادة حتى انه " إلى حد ما يمكن أن تفسر أهمية القواعد العرفية السائدة والزمن الإداري " temps administrative" الصعوبات التي تواجه الإصلاح الإداري في مؤسسات الدولة"[١٤]، أي بمعنى ان تمسك الإدارة الصارم أحياناً في عاداتها الإداري ة التي هي جزء من روتينها الإداري ولفترة طويلة من الزمن - وان لم تك فاعلة أو منصوص عليها في القوانين - ربما سيجعل من الصعوبة بمكان إجراء أية إصلاحات إدارية في المستقبل، مما يؤكد وجوده الفعلي داخل المرفق الإداري ، ويرى البعض أن الصعوبة في تحديد العرف بشكل دقيق تكمن في كون العرف خفي غير مرئي لأنه غير مدون ، وهو غالبا ما يكون خارج النص القانوني مما يجعله يبدو تعسفياً في بعض الأحيان ومع ذلك فهو يتخلل الحياة الإدارية اليومية ، فالعرف ينتقل من جيل الى جيل مع بعض التعديلات الطفيفة أحياناً ، والمؤسسات الإدارية غالبا ما تقوم على مجموعة من الأعراف غير المكتوبة فهي تؤطر السلوك والأفعال اليومية للإدارة.[١٥] من هذا المنظور، أشار جيرار تيبول (Gérard Teboul) عام في أطروحته " Usages et coutume dans la jurisprudence administrative" إلى إن القضاء الإداري في فرنسا قد فسح المجال لنظرية العرف الإداري في اجتهاداته ، فالقاضي الإداري يرجع إلى أعراف إدارية كثيرة ذات طبيعة متنوعة منها : ممارسات إدارية، أعراف مهنية، أو أعراف محلية، لكنها ليست بالضرورة ملزمة قانوناً إلا إذا اعتُرف بها ضمناً أو صراحة، بعض هذه الأعراف يضفي عليها القاضي طابعاً معيارياً أي يعترف بها كقواعد قانونية فيكون لها حجية ملزمة ، ويقوم بفحص أركان العرف ويقبل أن يتم إثباته بكافة الوسائل، علاوة على ذلك فهو يقبل أن يُكمل العرف نصوص القانون المكتوب لكنه يرفض أن يُخالفه، وفي بعض الحالات قد يُشير القاضي إلى أعراف يُحيل إليها القانون بشكل صريح أو يقوم بتبنّيها الامر الذي يُفضي إلى اندماجها ضمن القانون المكتوب "l'incorporation des usages dans la loi."[١٦]. وفي ألمانيا الاتحادية لم ينص المشرع الألماني على العرف كمصدر رسمي للقانون ، ومع ذلك فهو معترف به من الفقه القضاء كمصدر غير مدون للقانون ، ويمثل العرف الإداري تلك القواعد القانونية التي تتكون عن طريق تكرار الممارسة المعتادة للإدارة ، وإذ إن التطبيق الفعلي لقواعد القانون العرفي في ألمانيا يكون

محدود جدا عندما يتعلق الأمر بالتحديد الدقيق للمبادئ القانونية في القوانين واللوائح ، بمعنى انه لا يبقى مجال لتطبيق العرف عندما تكون المبادئ القانونية منصوصا عليها بشكل واضح وصريحة في نصوص مكتوبة،[١٧] وكان أوتو ماير (Otto Mayer -مؤسس القانون الإداري الألماني- له ملاحظاته بشأن الإقرار بوجود العرف الإداري كقانون ملزم ، فهو يصفه بأنه قانون غير مكتوب نشأ بين أطراف في مراكز متساوية يُعزى ظهوره إلى الممارسة الفعلية المتكررة، ومن وجهة نظر (ماير) فهو يعتبر ان العرف لا ينسجم مع النظام الإداري الذي لا يقر بوجود قاعدة قانونية دون ان تستند الى سلطة عامة وهو اذ يعبر عن ذلك بالقول بأن "الحاجة الى القواعد القانونية لا يعد من طبيعة الإدارة ذاتها"[١٨] ، ويؤكد ماير في هذا الشأن: بأن الدولة القانونية هي التي منحت الإدارة قواعد قانونية ، أي أنشأت لها إطاراً قانونياً يحكم تصرفاتها ويضبطها ، ولكن فقط بالقدر الذي يتوافق مع طبيعة ومهام الإدارة ، وانتقد (ماير) ما اعتبره معظم الفقهاء (juristen) بشأن اعتبار العرف أمراً بديهياً في النظام القانوني للدولة لأنه يعد دليلاً على "السيطرة والسطوة الكبيرة للعادات الراسخة" بحسب تعبيره ، ولذلك استبعد (ماير) آنذاك إمكانية اعتبار العرف مصدرا من مصادر القانون الإداري ، وامتد موقفه إلى حد رفض القانون العرفي الذي تطوره المحاكم أو عبر الاجتهاد القضائي ، وقد أشار إلى المقارنة مع النظام القانوني الفرنسي ليؤكد أن الاجتهاد القضائي الثابت يمكن أن يحل محل القانون العرفي المرفوض بنظره ، وكان رأي ماير يتماشى مع الرأي الغالب - وإن كان مثار جدل ونقاش - حتى قيام جمهورية فايمار، فقد كانت الدولة الدستورية الحديثة هي دولة القانون المُقنّن (المكتوب)، رغم ما يعتري هذا القانون من ثغرات تستوجب اللجوء إلى العرف لملئها ، وفي هذا السياق ميّز الفقيه فيرتنز فلاينر (Fleiner) بين القانون العرفي القديم والجديد[١٩]، فقد اعتبر أن "القانون العرفي القديم" مجرّد وسيلة لملء الفراغ والثغرات التشريعية ، وكان يقصد بـ"القانون العرفي القديم" ذلك القانون المستند إلى مفاهيم القانون الطبيعي ونظرية المالية العامة للدولة(Fiskustheorie) ، أما نشوء "قانون عرفي جديد" في ظل وجود دستور مكتوب فقد رفضه (فلاينر) رفضًا قاطعًا، وفي ميدان القانون العام يرى (فلاينر) أنه لا يمكن للعرف أن يُعدّل نصاً قانونياً قائماً إذا كان يتعارض معه، وينطبق هذا حسب رأيه حتى على الحالات التي يمنح فيها المشرّع الإدارة سلطة تقديرية، وكان يرى أن الهدف من هذا التفويض هو فقط تمكين الإدارة من التكيّف مع تغير الاحتياجات لا أن تُنشئ "قانونًا عرفيًا جديدًا"، وبرأيه يفتقر القانون العرفي إلى "القوة الإلغائية " derogatorische Kraft " التي يتمتع بها القانون المكتوب، ومن ثم وعلى عكس موقف (أوتو ماير) الرافض للقانون العرفي بشكل عام كان (فلاينر) يرفض فقط "القانون العرفي الجديد" في المقابل كانت المحاكم الإدارية العليا تعترف بوجود القانون العرفي حتى في مجال القانون الإداري ، ولاسيما في ميدان قانون المرور(Wegerecht) والممارسات الإدارية الثابتة (Observanz) بل وامتد ذلك الى مجالات أخرى مثل القانون الشرطيPolizeirecht -الذي ينظم صلاحيات جهاز الشرطة- فضلا عن القانون المالي ، وكانت القناعة المجتمعية القانونية - أي قبول المجتمع لهذه القواعد على أنها ملزمة -ذات أثر قانوني إلى جانب إرادة المشرّع ومن ثم لم يُشكّل حتى القانون العام عائقًا لا يمكن تجاوزه، ولهذا

السبب لم ينجح ماير في فرض موقفه الرافض للاعتراف بالقوة الإلزامية للعرف في القانون الإداري[٢٠].

وفي ضوء ما تقدم نعتقد ان العرف الإداري هو مجموعة قواعد تنظيمية لا تنشأ من تصرف إداري عرضي للتعامل مع موقف او حالة او ظرف استثنائي معين ، إنما هي قواعد تظهر للوجود كنتاج لسلوك إداري متكرر على نحو منتظم ومستمر داخل المرفق الإداري ، مقترن بشعور ضمني بأنه ملزم من اجل ضبط العمل الإداري واستقراره مما يجعله أداة تنظيمية داخلية مشروعة طالما أنها لا تتعارض مع نص قانوني مكتوب او مع النظام العام ، وعندما تواجه الإدارة منطقة فراغ تشريعي فإنها تلجأ الى هذه الأداة لمواجهة الفراغ ، فتتحول بمرور الوقت من مجرد ممارسات إدارية يومية لتنظيم وقائع متكررة الى قواعد عرفية غير مكتوبة لكنها واجبة الإتباع ، فيصبح العرف الإداري آنذاك مصدراً من مصادر المشروعية مما يتسنى للإدارة مواجهة الفراغ التشريعي بوساطته ولو بصورة مؤقتة لحين تدخل المشرع بملء ذلك الفراغ عبر سن قاعدة قانونية جديدة او تعديل قاعدة قانونية نافذة ، أو تبنيه تلك الأعراف الإدارية وتسطيرها ضمن نصوص القوانين المكتوبة .

الفرع الثاني/ أركان العرف الإداري : في سياق القانون الإداري ، يمكن أن يتحول العرف من مجرد سلوك تنظيمي نمطي معتاد تمارسه الإدارة إلى قاعدة ملزمة ، وذلك بتوافر ركنين رئيسيين : هما الركن المادي والركن المعنوي.

ويتمثل الركن المادي بعنصر الاعتياد ، اي اعتياد الإدارة على ممارسة معينة بشكل متكرر منتظم سواء بصورة ايجابية أم سلبية [٢١]، ويكون تكرار التطبيق بشكل منتظم على جميع الحالات المماثلة شريطة عدم مخالفته لنص قانوني مكتوب أو للنظام العام لتصبح عندئذ قاعدة عامة مستقرة لدى الإدارة على نحو ملزم ، وهذا ما استقر عليه معظم فقهاء القانون الإداري[٢٢]. ونرى إن تكرار السلوك أو التصرف الإداري وحده لا ينتج القاعدة العرفية الإدارية الملزمة، فلا يمكن أن نختزل وجود الركن المادي بفكرة التكرار الآلي من الناحية العددية فيقترب من التصرف الروتيني أو العشوائي دون إدراك لأثره أو معناه ، لكن ينبغي أن يكون التكرار متصل بالسياق الإداري الوظيفي فلا يكون الفعل ظرفياً أو عرضياً بل تراكمياً ، أي تتراكم فيه الممارسة آو السلوك الإداري ليتحول إلى نمط ثابت مستقر داخل المرفق الإداري يمكن الاحتكام إليه ويكون محلا للتوقع والثقة المشروعة به، وان المدة الزمنية التي تتراكم فيها تلك الممارسة الإدارية لا يقصد بها التراكم الكمي دائماً والذي يقاس بالزمن (مرور مدة زمنية طويلة) بقدر ما تعني التراكم الكيفي أيضاً ، أي الكيفية التي تتكرر بها تلك الممارسة من حيث وضوحها و رغبة الإدارة في انتظامها في نسق واحد على نحو يؤكد قيمة ودلالة تلك الممارسة الإدارية كقاعدة تنظيمية مستقلة داخل المرفق لتبتعد عن وصفها بأنها مجرد إجراء روتيني يسير عليه العمل الإداري .

أما بالنسبة للركن المعنوي للعرف الإداري فيعبر عنه بعنصر الإلزام ، أي الاعتقاد القانوني من جانب الإدارة بوجوب الامتثال للقاعد العرفية لأنها ملزمة ، فهذا الاعتقاد هو الذي يجعل الممارسة الإدارية قاعدة قانونية ، وهو الذي يحدد قيمة هذه القاعدة في التدرج الهرمي للنظام القانوني في مجموعه،[٢٣] يذكر أن هناك من يصور الإدارة بأنها ملزمة بالقاعدة العرفية متى ما توافرت أركانها، بينما هناك من يرى

ان الإدارة قد تلتزم بالقاعدة الإدارية على سبيل الاختيار،[٢٤] ومعنى ذلك أن الإدارة إنما قد تختار تقييد نفسها بالعرف لإدراكها ضمنياً بأنه يحقق لها الاستقرار والتنظيم الإداريين ، أكثر من كونه خضوع إلزامي لقاعدة غير مكتوبة ، وباجتماع الركنين المادي والمعنوي يمكن أن نقول أن هذا السلوك المتكرر من جانب الإدارة واعتقادها بأنه ملزم لها سينتج عنه العرف بالمعنى القانوني مما يجعله قابلا للتعامل معه كقاعدة قانونية . ولكن يبقى السؤال محل البحث :- كيف سيكون هذا العرف وسيلة لمواجهة الفراغ التشريعي ؟ كيف للإدارة أن تستدعي القاعدة العرفية لمواجهة الفراغ ، هل ستتصرف بشكل فردي لمجرد المواجهة ثم تعتبر هذا التصرف عرفا تسير على منواله في الحالات المماثلة مستقبلا ؟ بطبيعة الحال نعتقد بأنه لا يمكن للإدارة أن تنتج قاعدة عرفية فورية عبر إتباع سلوك معين ثم تستدعيه لملئ الفراغ في الحالات المماثلة مستقبلا فهذا السلوك من جانبها لا يعدو ان يكون إجراء تنظيمي لكنه يمكن أن يكون البذرة أو النواة الأولى لنشوء القاعدة العرفية ، ونبرر ذلك بالقول بأنه لما كان ظهور الفراغ هو من يولد الحاجة لدى الإدارة لملئه ، ولما كانت هذه الحاجة هي من تدفع بالإدارة نحو سلوك أو ممارسة معينة ، وان استمرار وجود الفراغ سيضطرها إلى تكرار تلك الممارسة بشكل منتظم ، ومن ثم فان هذا التكرار سيؤدي به تدريجياً نحو الاعتياد والاستقرار والاعتقاد التام بأنه ملزم ، عندئذ يتحول السلوك الإداري من مجرد (سلوك أو ممارسة اعتادت الإدارة على فعلها) إلى (سلوك أو ممارسة يجب على الإدارة فعلها)، آنذاك ستتولد لدينا قاعدة عرفية بالمعنى القانوني تمثل وسيلة في متناول الإدارة لمواجهة الفراغ التشريعي في قواعد القانون الإداري . في ألمانيا الاتحادية ، يؤكد الفقه القانوني الإداري بأن العرف بوجه عام يثبت نشوئه استنادًا إلى عناصر ثلاث هي : العنصر الموضوعي ، والعنصر الذاتي ، والعنصر الشكلي . و يتمثل العنصر الموضوعي "Objektives Element" بممارسة طويلة الأمد وعامة "longa consuetudo " ورغم كثرة النقاشات حول مدة وأهمية الممارسة كعنصر موضوعي ضروري لنشوء العرف القانوني ، لم ينكر أن الممارسة شرط أساسي لا غنى عنه لنشوء هذا النوع من القواعد القانونية، وينبغي أن تدعم تلك الممارسة بقناعة لدى الفئة المعنية بكون هذه الممارسة مشروعة من الناحية القانونية أي قبولهم بان هذه القواعد ملزمة وهذا هو العنصر الذاتي للعرف " Subjektives Elemen" المتمثل بـ (القناعة القانونية opinio iuris)، فينبغي أن تُثبت "قناعة الفئة المعنية من الأشخاص بأن عليهم-من وجهة نظر قانونية- إتباع تلك الممارسة ، أو أنهم مُلزَمون قانونًا بالامتثال لها، فالعنصر الذاتي يُعد عنصرًا تأسيسيًا لا غنى عنه لنشوء العرف القانوني، و يمكن وصف الفئة المعنية بأنها الأطراف أو الأشخاص (المحتمل) تأثرهم ، أي أولئك الذين تمنحهم الممارسة حقًا أو تفرض عليهم التزامًا[٢٥]، وليس كل ما اعتُبر صائبًا منذ زمن بعيد يُعدّ عرفًا بالمعنى القانوني بل يجب أيضًا أن يكون قد "مورس عمليًا كقانون نافذ" وقابل للإثبات، مثال ذلك قاعدة عرفية اعتُقد بوجودها لأكثر من (١٠٠) عام لكنها لم تُطبق عمليًا أبدًا ولذلك لم تستطع أن ترتقي إلى عرف إداري مع ان العديد الفقهاء القانونيين الألمان وعلى مدى عقود طويلة كانوا يؤكدون وجود هذه القاعدة العرفية ، وهي الافتراض بأن "ما يُعرف بالأشياء العامة" لا يمكن إخراجها من وظيفتها العامة عن طريق

الاستحواذ عليها بالملكية الخاصة بموجب القانون المدني " فقد تبيّن عدم وجود مثل هذه القاعدة العرفية وهذا ما أقرته محكمة مونستر الإدارية العليا(OVG Münster) في شمال الراين - وستفاليا في ما يُعرف بقضية "ختم مدينة هامبورغ(Hamburger Stadtsiegel-Fall) " ، إذ أكدت في قرارها الصادر في (٢٥ فبراير ١٩٩٣) على انه " لا يمكن إثبات وجود قاعدة عرفية تُلزم من اكتسب بحسن نية ملكية شيء خُصّص كمال عام للاستخدام الإداري أو المؤسساتي بتسليمه إلى الجهة المالكة العامة، إذ لا القضاء ولا الفقه يمكن لهما استنتاج أن مثل هذا الالتزام يستند إلى ممارسة فعلية طويلة الأمد و دائمة و منتظمة و عامة، ثم الاعتراف بها من الأطراف المعنية باعتبارها قاعدة قانونية ملزمة"[٢٦]. أما العنصر الثالث للعرف فهو العنصر الشكلي "Inhaltliche Bestimmbarkeit "ويتمثل بـ "قابلية صياغة العرف كقاعدة قانونية"، ومع ذلك فإن هذه الشرط ليس محل اتفاق ، فبعض الآراء الفقهية ترى أن قابلية الصياغة هي أمر جوهري في القانون العرفي وليس إشكالية بطبيعتها ، لأن المواقف الحياتية المحددة والسلوكيات تشكل أساس القانون العرفي، في المقابل يزعم آخرون أن قابلية الصياغة كقاعدة قانونية هي مطلب دلالي (لغوي) لمفهوم القاعدة القانونية ومن ثم فهي لا تُعد سمة خاصة بالعرف القانوني — إذ لا يمكن لشيء أن يكون قاعدة قانونية ما لم يكن قابلاً للصياغة، إذا ما فُهمت قابلية الصياغة القانونية بهذا المعنى كجزء من مفهوم القاعدة القانونية بحد ذاته، فإن العنصر الشكلي في تعريف العرف القانوني يصبح غير ضروري، فقابلية الصياغة كقاعدة قانونية تُعد تعبيرًا عن مطلب الوضوح القانوني؛ إذ لا يُعترف بأي قاعدة عرفية كمصدر للقانون إلا إذا كان لها مضمون مصاغ بوضوح كافٍ (يمكن على الأقل تحديده عبر التفسير) ما يجعل تطبيقها والامتثال لها ممكنًا، ويمثل هذا الشرط- أن تكون جميع القواعد قابلة للصياغة كقواعد قانونية — الحدّ الفاصل بين القانون والتصورات ما قبل القانونية (مثل التصورات عن العدالة) التي تؤدي إلى نشوء القانون، فلا ينشأ العرف القانوني بالصياغة لكنه لا يُعترف بوجوده إلا عندما تكون الممارسة قابلة لأن تُصاغ في قاعدة قانونية، فإذا أُريد اعتبار العرف قانونًا فعليًا ينبغي أن يستوفي شرط القابلية للصياغة".[٢٧] وفي فرنسا ، يتجه الفقه القانوني إلى طرح فكرة مفادها أن القواعد التي تُفرزها الممارسة الإدارية قد تكون تعبيرًا عن قانون عرفي في طور التكوين أي عرف جديد (néo-coutume) ، فتشير الممارسة الإدارية إلى أحد عنصري العرف وهو :العنصر المادي ، والذي يُعرّف تقليديًا على أنه استعمال قديم ومتكرر وعام ، وبهذا المعنى يمكن تحليل القواعد الواردة في المنشورات الإدارية "circulaires administrative " والردود الوزارية réponses ministérielles والآراء الإداريةavis" administratifs "، على أنها ممارسات تهدف إلى التكرار ما دامت تُكرّس طريقة في التصرف يُفترض أن يعاد إنتاجها وتستمر بمرور الزمن ، ومن هنا فإن الممارسة الإدارية تستمدّ سلطتها الخلّاقة تحديدًا من وظيفتها كوسيط بين القانون والمخاطبين به ، أي بين الصيغة المجردة والعامة للقاعدة وبين تطبيقها العملي الملموس، بالرغم من ذلك فإن هذا التحليل هناك من يراه بأنه غير مقنع تمامًا، على اعتبار إن طرائق تكوين هذين المصدرين من مصادر القانون وان كانت قابلة للمقارنة لكنها ليست متطابقة ، إذ إن العُرف في معناه التقليدي ذو أصل شعبي ويولد عفويًا من إرادة جماعية

مبعثرة ، بخلاف الممارسة الإدارية التي تتطور داخل أجهزة الدولة المنظمة،علاوة على ذلك فإن الطابع الأزلي وغموض نشأة العُرف لا يتوافقان مع الظهور الحديث نسبيًا للمصادر الإدارية والتي يمكن تحديدها بسهولة، وأخيرًا فإن الطابع الإلزامي للممارسة الإدارية لا ينبع من عادة قديمة متكررة وعامة بقدر ما ينبع من مكانة وسلطة من يصدرها وهي الإدارة ، والتي تمتلك جهة أخرى سلطة وضع قواعد عامة وإلزامية ، لذا إذا ما تم قبول وجود قانون عرفي بتكوين جديد، فلا يكون ذلك إلا على حساب تشويه أو تغيير معناه التقليدي، ولكن إذا ما حاولنا تسمية ظواهر قانونية متباينة ومختلفة بالتعبير ذاته فإننا نصل في النهاية إلى الشك في وجوده، ومن الأفضل بدلًا من تفكيك المفهوم وإخراجه من مضمونه، أن نحدد له إطارًا دقيقًا، ومن ثم البحث في مكان آخر عن الأساس القانوني للقواعد القانونية التي تُنتج عن الممارسة الإدارية".[٢٨]

المطلب الثاني / أنواع العرف الإداري وتطبيقاته العملية في مواجهة الفراغ التشريعي : للعرف الإداري أنواع متعددة بحسب تفاوت علاقته بالنصوص القانونية المكتوبة ، مما ينعكس على تفاوت دوره الذي يؤديه في مواجهة الفراغ التشريعي في تلك النصوص بصورة كلية أو جزئية، فضلا عن إن التطبيقات العملية للقواعد العرفية الإدارية من شأنها أن تبين مدى اعتماد الإدارة في كثير من الأحيان على ممارسات إدارية استقرت عليها من شأنها أن تبرز الدور الذي يلعبه العرف في مواجهة الفراغ التشريعي، وهذا ما سنتعرف عليه ضمن الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول / أنواع العرف الإداري : ازدادت أهمية العرف بشكل تدريجي في فرنسا في القرن العشرين ، واعترف بأهميته كمصدر ثانوي من مصادر القانون بوجه عام ضمن ضوابط محددة ، فكان هناك شيء من الجدل بشأن التمييز بين نوعين مختلفين من العرف هما العرف المكمل للتشريع " custom praeter legem "والعرف المخالف للتشريع "custom contra legem" ومسألة اعتبار أي من هذين النوعين يصلح لان يكون مصدراً للقانون ، واستقر الحال على إن العرف المكمل فقط يمكن أن يكون مصدرا ثانويا للقانون وليس مصدرا مستقلا عنه ويطبق فعليا عند عدم وجود نص قانوني صريح ينظم المسألة أو عندما يكون هناك فراغ تشريعي .[٢٩] في الوقت الحاضر، تعتمد المكانة المعطاة للعرف في القانون الفرنسي على الدور الذي تحدده المحاكم له ، في أغلب الأحوال يكون هناك تفاعلاً بين العرف و القانون " L'interaction de la coutume avec l'ordre juridique " [٣٠]، وهناك من يميز بين عدة أشكال من التفاعل بين العرف والقانون : الأول ويسمى "secundum legem " ويعني العرف الذي ينشأ وفقاً لنص القانون أو بما يتماشى معه كما في مسألة تفسير العقود، إذ يقوم فيها القاضي بتفسير العقد على أساس ما هو متعارف عليه في بلد ما ، بعد ذلك قد يأتي العرف ليكمل القانون وفي هذه الحالة يطلق عليه العرف الذي يسبق القانون " coutume praeer legem " وهو يشير إلى العرف المستخدم لملئ الفراغ القانوني او عند الحاجة لتوجيه الحكم في المسائل التي لا تكفل النصوص القانونية الموجود بتغطيتها ، ونعني بذلك إن القاعدة العرفية تكون اسبق من الحكم القانوني الذي يمكن أن يصدره المشرع في وقت لاحق ، مما يجعل القاعدة العرفية هي القاعدة التي ستطبق في غياب نص قانوني رسمي ينظم

المسألة، وأخيرًا قد تجعل القوانين العرف غير قابل للتطبيق وفي هذه الحالة لن يُسمح بممارسته وهو ما يطلق عليه العرف المخالف للنص[٣١] . وقياسا على ما سبق ، يمكن ان نقسم العرف الإداري وبحسب علاقته بالنصوص القانونية إلى: عرف إداري بجانب أو بجوار النص القانوني ، أو عرفا إدارياً مستقلا وهو ما يعرف بالعرف خارج النص القانوني .

أولاً / العرف بجوار النص القانوني إما أن يكون عرفاً مفسراً أو مكملاً ، فالعرف المفسر هو ذلك العرف الذي يقتصر أثره على تفسير نص قانوني غامض أو مبهم من جانب الإدارة دون أن يتعداه إلى إنشاء قاعدة قانونية جديدة ، إذ إن القاعدة العرفية هنا هي جزء من النص القانوني المكتوب الذي تقوم بتفسيره الإدارة لأنها مقتصرة على تفسير النص ليتسنى لها تطبيقه، فهي تجري على إتباع هذا التفسير مع الشعور بإلزامية الأخذ به [٣٢] ، وهناك من يرى أن هذا التفسير لا يعدو أن يكون اجتهاد في تطبيق النص من جانب الإدارة بحسب مضمونه وليس عرفا بالمعنى القانوني ، فهو مسلك تتبعه الإدارة في تطبيق النصوص القانونية الغامضة[٣٣] ، لكننا نعتقد أن هذا الرأي قد يصح أحياناً إذا كان التفسير عارض غير مستقر ، لكنه أحياناً أخرى فأن هذا التفسير قد يتجاوز مهمته التفسيرية إلى إحداث اثر تنظيمي إلزامي[٣٤] ، لان النص القانوني وان كان موجوداً بمتناول الإدارة لكنه يتعذر عليها تطبيقه بسبب غموضه مما يجعلها أمام فراغ تشريعي ، فتعتاد على تفسيره تفسيراً معيناً وتستقر على إتباعه وتصدر على أساسه العديد من القرارات الإدارية فيتحول بمرور الزمن من كونه مجرد تفسير إداري مستقر إلى عرف إداري ملزم لها متى ما توافرت أركانه شريطة أن لا ينشئ قاعدة جديدة خارج النص القانوني ، ونحسب أن هذا النوع من العرف لا يمكنه أن يملئ فراغاً تشريعياً كلياً بالمعنى الحقيقي لان النص القانوني موجود لكنه غامض فحسب. أما بالنسبة للعرف المكمل ، فهو كما العرف المفسر يكون بجانب النص القانوني أيضاً ، لكنه يكمل النقص أو القصور أو العجز الذي يرد في نص قانوني قائم وموجود بالفعل[٣٥] ، ونرى إن جوهر العرف المكمل يتجلى في فكرة تكملة نص تشريعي دون الخروج عن إطاره ، لان الإدارة تسعى عبره نحو إكمال فروض القاعدة القانونية التي تستجد في الواقع والتي لم يتناولها النص ومن دون أن تستقل عنه أو تخرج عن الإطار العام الذي رسمه النص ، لذلك فهو يبقى دائما بجوار النص، وهو بهذه الصورة نراه وسيلة من وسائل مواجهة الفراغ التشريعي بشكل جزئي بالنسبة للإدارة. ثانياً/ وثمة شكل أخر للقاعدة العرفية الإدارية ، فهي إذ قد تتكون بصورة مستقلة أو خارجة عن النص القانوني " extra legem" وتعرف بأنها "قاعدة قانونية تتبلور ببطء انطلاقًا من الوقائع والممارسات المتبعة ، فتتكون بشكل تلقائي وتصبح مُلزِمة دون أن تنال تكريسًا صريحًا من السلطات القائمة، إنها موجودة قانونيًا خارج إرادة المشرّع؛ وطابعها القانوني يقع خارج القانون المكتوب، وهي تُفرض دون أن تنال موافقة المشرّع"[٣٦]، في مثل هذا النوع من العرف تنشأ لدينا قاعدة قانونية جديدة في مسألة لم يتناولها المشرع من الأساس ، ففي ظل ظهور حاجة عملية حقيقية للتصرف من قبل الإدارة بما يضمن لها الاستمرارية في انجاز مهامها الإدارية وحسن سيرها تجد الإدارة نفسها مضطرة لمواجهة هذا الفراغ التشريعي بصورة مؤقتة لحين تدخل المشرع ، و اذا ما أردنا أن نبرر هذا السلوك الإداري تبريراً قانونياً

سنجد أساسه نابعاً من طبيعة وظيفة الإدارة كسلطة عامة يقع على عاتقها الالتزام بأداء واجباتها في المرافق العامة على وجه الديمومة والانتظام وبما يخدم المصلحة العامة ومن دون مخالفة القواعد القانونية الآمرة ، في ظل انتظار تدخل المشرع لمعالجة هذا الفراغ التشريعي .

الفرع الثاني/التطبيقات العملية للعرف الإداري : بالرغم من إن المشرع العراقي لم ينظم العرف الإداري كمصدر رسمي من مصادر القانون الإداري و يحدد مرتبته كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني[٣٧] ، الا انه طبقا للقواعد العامة فأن القضاء الإداري يعتد في بعض قراراته بالأخذ بالقاعدة العرفية الإدارية متى ما توافرت أركانها ، ففي قرار للمحكمة الإدارية العليا أكدت فيه " إن المميز المدعي ادعى في دعواه بأنه كان موظفاً في دار النهرين التابعة للبنك المركزي العراقي وان البنك امتنع عن صرف مكافأة نهاية الخدمة التي تحتسبها للمتقاعدين من منتسبيه عن فترة خدمته التي قضاها خارج البنك المركزي .....وجدت المحكمة إن مكافأة نهاية الخدمة التي تصرف للمتقاعدين في البنك المركزي لا يستند صرفها على قانون أو نظام إنما يستند على قرار مجلس إدارة البنك حسب كتابه المرقم ١٢٥ في ٢٠١٠/١/٤ وعلى وفق الضوابط المقررة منه ، وحيث إن البنك لا يحتسب المكافأة المذكورة إلا على أساس مدة الخدمة المؤداة فيه ولا يعتد بالخدمة التي كان الموظف قد أداها في دائرة أخرى ، وقد طبق هذا الضابط على المكافأة المحتسبة للمدعي فأحتسبها على أساس خدمة المدعي المؤداة في البنك وأهمل خدماته التي قضاها في دوائر أخرى رغم إنها مضمومة إلى الخدمة المحتسبة ، وان وضع هذا الضابط في قواعد الاحتساب هو من الأمور التي يستقل البنك في تقديرها ....."[٣٨] إن بعض القوانين الإدارية أحالت بشكل صريح على العرف كمصدر قانوني للالتزام بالواجبات الوظيفية نذكر منها قانون الخدمة الجامعية رقم (٢٣ لسنة ٢٠٠٨)المعدل والذي نص على انه:(يلتزم موظف الخدمة الجامعية بالقوانين والأنظمة والتعليمات المقررة وبما تقتضيه الأعراف والتقاليد الجامعية .....)[٣٩] ، ومع ذلك نجد أن صياغة النص جاءت فضفاضة الى حد كبير، اذ دمج بين الالتزامات الوظيفية التي تفرضها القوانين المكتوبة وبين الالتزامات التي تتضمنها القواعد العرفية من دون اي معيار للتحديد ، وان هذا الدمج من شأنه ان ينشأ فراغ تشريعي سببه التعارض في النصوص ، من جهة أخرى لم يبين النص ما هو المقصود بمصطلحي الأعراف والتقاليد الجامعية مما سيفسح المجال واسعاً أمام الإدارة للتفسير الواسع ومن ثم صعوبة في تحديد واجبات موظف الخدمة الجامعية ، فضلا عن ان النص لم يبين فيما إذا كانت الأعراف والتقاليد الجامعية ذات الأساس الدولي يمكن أن تكون مصدر التزام أيضاً ، لان النص لم يختص بشكل صريح " الأعراف الجامعية المستقر عليها في الجامعات والمؤسسات الأكاديمية العراقية " الأمر الذي من شأنه أن يؤثر على فهم فكرة الالتزام واختلافها داخل النظام الوظيفي بين الجامعات والمؤسسات. ولو نظرنا بإمعان إلى تطبيقات الأعراف الإدارية السائدة في المرافق الإدارية لوجدنا هناك الكثير من الممارسات الإدارية ، تتناول مسائل إجرائية وموضوعية معينة استقرت الإدارة على إتباعها وأصبحت قواعد ملزمة لها وللمتعاملين معها ، ولعل أحكام القضاء الإداري جاءت مؤيدة لبعض منها من حيث المضمون[٤٠] ، وربما تذهب الإدارة نحو توثيق تلك الأعراف بشكل تعاميم او منشورات داخلية لتكون على درجة من الوضوح والاستقرار من حيث كونها موجود ومعلن

عنها مما يمنحه حجية تجاه الكافة رغم عدم وجود نص قانوني مكتوب بشأنها ، وهنا لا نقصد بتاتاً أن هذا التعميم او المنشور الداخلي هو من سينشأ العرف وإنما سيتولى توثيقه فحسب، وبين التطبيقات العملية للأعراف الإدارية في العراق نذكر العرف السائد بتشكيل اللجان التدقيقية لتقصي الحقائق في حالات معينة ، مع أن هذا لا يعني إن الإدارة دائما ستلتزم بتشكيل لجنة تدقيقية تسبق اللجنة التحقيقية في كل مخالفة انضباطية ، لكن على الأقل يعني إن تطبيقها لهذا العرف الإداري في الحالات المماثلة سيكون مقبولاً ولا يواجه بالرفض أو الطعن بعدم المشروعية، ونذكر أيضاً من الأعراف الإدارية مسألة تنظيم سرية البريد والمراسلات والمخاطبات الإدارية عبر اعتماد ختم خاص بالبريد السري (سري او سري للغاية) بالرغم من كون بعض المخاطبات لا تحتوي على أية معلومات حساسة بطبيعتها بل هي معلومات إدارية روتينية لا تستدعي مثل هذا التصنيف السري نحو مخاطبات تتعلق بتقييم أداء موظف أو توفير درجات وظيفية أو إيقاف تعيينات أو نحو ذلك ، وإذ انه لا يوجد نص في القانون العراقي يحدد الشروط والمعايير اللازمة لتصنيف وثيقة ما من حيث كونها سرية من عدمه[٤١] ، مما دعا إلى مواجهة هذا الفراغ التشريعي عبر أعراف إدارية استقرت عليها الإدارة كنوع من التحفظ من جانبها أو لأسباب تدخل ضمن اختصاصها التقديري ، فتكون غايتها من وسم الوثائق بالسرية أحياناً هو تضييق نطاق الشفافية والتعسف في استخدام السلطة لتحقيق غايات معينة قد تمس حق أو حرية أو تفوت فرصة فرض الرقابة الإدارية عليها بدلا من توفير حماية قانونية للمعلومات والبيانات السرية وتجنب الآثار المترتبة على إفشائها ، مما يجعل ترك تنظيم هذه المسألة للعرف الإداري بشكل مطلق ودائم محل للنظر. وفي ضل الفراغ التشريعي الذي يشوب النظام الانضباطي في الوظيفة العامة ، نجد أن للعرف الإداري دوراً في مواجهة هذا الفراغ لاسيما في مجال التحقيق الإداري ، نذكر من ذلك العرف الإداري الناشئ بشأن الإجراءات المتبعة باستدعاء الموظف المحال إلى اللجنة التحقيقية ، إذ جرت العادة على تبليغ الموظف عن طريق ورقة تبليغ موقع عليها من اللجنة التحقيقية أو رئيسها تلزمه بوجوب الحضور في الموعد الذي تحدده اللجنة والمثول أمامها وذلك إذا كان الموظف ضمن موقع عمل اللجنة التحقيقية ، أو يجري تبليغه بكتاب رسمي إلى الدائرة التي يعمل فيها الموظف يبلغ بمقتضاها بوجوب الحضور لغرض التحقيق ، فضلا عن انه للعرف دور في مسألة تنظيم محاضر اللجان التحقيقية والتوقيع عليه وإعدادها بالشكلية المتعارف عليها ، ولا نغفل عن ذكر الدور السلبي لبعض الممارسات الإدارية المعمول بها والتي دعت بالقضاء الإداري إلى عدم الا عدم الاعتداد بها في العديد من قراراته لمخالفتها للقانون ، منها ما درجت عليه اللجان التحقيقية في التوصية بفرض (التنبيه) على الموظف رغم انه لم ضمن أحكام المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤ لسنة ١٩٩١) ، ورغم إنها لا ترتب أثراً قانونيا مادياً على الموظف ، إلا إن لها اثراً معنوياً يمكن ان يؤدي الى تراجع الثقة به والحد من فرص توليه مسؤوليات إدارية دون وجه حق أحياناً وليس له الطعن به أمام القضاء الإداري لأنه لا يمثل عقوبة انضباطية . ونذكر ايضا من الأعراف الإدارية المخالفة للقانون هو التوصية بالنقل كعقوبة مقنعة للموظف[٤٢] ، هذه الأعراف وغيرها لا يمكن ان يعتد بها لمواجهة الفراغ التشريعي لأنها غير مشروعة. ومع ان تطور العرف يعد بطيئا نسبياً إلا انه حتما ليس

جامداً ، فهو يتأثر ويتطور مع وجود المتغيرات الاجتماعية والثقافية و التقنية ، ونذكر على سبيل المثال إن التقدم التكنولوجي ممكن ان يجعل الإدارة تعيد النظر في أعراف إدارية قديمة لا تنسجم مع الظروف الراهنة ، ولعل من الأعراف الإدارية المعاصرة التي برزت اثر ذلك هو استعمال تطبيقات التواصل الاجتماعي لإنشاء مجموعات رسمية تضم موظفي الدائرة أو الأفراد كوسيلة للمراسلات الرسمية والتبليغ بالتوجيهات الإدارية ، فلم يعد مكان العمل الوظيفي يختزل في التواجد المكاني او المادي بل توسع ليشمل الأداء الوظيفي عن بعد ، وقد اصبح هذا الأمر سياق عمل في معظم وزارات الدولة والتشكيلات التابعة لها بمجرد انتماء الموظف إليها، بالرغم من عدم وجود نص قانوني يلزمه بالانضمام إلى تلك المجموعات أو مسائلته عن التبليغات الواردة إليه ، ومع أن هذا العرف ظهر نتيجة الحاجة لسرعة التواصل وتسهيل انجاز العمل الإداري والمرونة في العمل في ظل وجود منطقة فراغ تشريعي تحكم هذه المسألة، لكنه بحاجة الى تقنين وتدخل من جانب المشرع توضح حدوده القانونية ، لان بقاءها دون تنظيم سيؤدي إلى إثارة العديد من الإشكاليات القانونية ولان الاستعانة بالعرف الإداري كوسيلة لمواجهة الفراغ التشريعي ينبغي أن يكون مؤقتاً وطريقاً استثنائياً تسلكه الإدارة لا بديلا عن التشريع. في فرنسا ، بشكل عام يُؤخذ بالعرف في المجالين الإداري والمالي، ففي المجال الإداري يُستند إلى العرف فيما يتعلق بالمسارات المهنية لمختلف فئات موظفي الخدمة المدنية (من حيث التوظيف، وتطور المسار المهني، والحقوق والواجبات الوظيفية)، فضلا عن مسائل التنظيم الإداري بالمعنى الواسع نحو إدارة المرافق العامة (صيانة الطرق، واستخدام المياه ..) وغيرها[٤٣]، وللعرف الإداري حضور فاعل لاسيما الأعراف الإدارية المحلية ، والتي كانت أبان ظهورها تتولى تنظيم الشؤون العامة على مستوى المجتمعات المحلية بعيداً عن تدخل الحكومة المركزية ، فالإدارات المحلية في جنوب فرنسا مثلا كانت تعتمد على الممارسة المتكررة والمستقرة في اتخاذ قرارات معينة دون وجود نصوص مكتوبة مما شكل ما يعرف بالعرف الإداري المحلي وأصبحت تطبق كقواعد قانونية محلية في حالة وجود فراغ تشريعي في النصوص المكتوبة [٤٤]. وفي ألمانيا الاتحادية ممكن أن يكون للعرف الإداري طابع اتحادي (فيدرالي)، أو طابع خاص بالولاية ، أو طابع محلي (بلدي) ويُعرف حينها بـ "العرف المحلي (Observanzen)" ، وان العرف الساري في ألمانيا يتعلق غالبًا بمسائل خاصة ومحددة ضمن نطاق القانون الإداري الخاص، نذكر من ذلك الأعراف الإدارية المتعلقة بدفن الموتى" frühere Regelung der Bestattungspflicht" في ولايات (سارلاند وساكسونيا السفلى) والتي اعتادت الإدارة فيها على إتباعها لسنوات طويلة لم تكن فيها نصوص قانونية مكتوبة تنظم الأحكام التفصيلية لهذه المسألة، وكان مضمون تلك الأعراف يتناول إجراءات الدفن الإجباري الذي تلتزم به البلدية تلقائياً بموجب العرف عند عدم تقدم أي شخص من أقارب المتوفي لدفنه ، فتتولى هي إجراءات الدفن لمقتضيات النظام العام والصحة العامة، فكانت تلك الأعراف تمثل مصدر مستقل للقانون الإداري المحلي في بعض الولايات إلى أن تم تقنينها لاحقا ضمن التشريعات المتعلقة بتلك الولايات وأصبحت نصوص قانونية مكتوبة[٤٥]، إلى جانب وجود تطبيقات للعديد من الأعراف الإدارية نذكر منها العرف المتعلق بالاستخدام العام للشواطئ البحرية " Recht zum Gemeingebrauch am

"Meeresstran ، اذ جرى عرف إداري مستقر لدى البلديات والسلطات المحلية في بعض الولايات الساحلية مثل ساكسونيا و هولشتاين مضمونه أن الشواطئ البحرية تعتبر متاحة للاستعمال الحر دون مقابل حتى تنظيم هذه المسألة لاحقاً عبر نصوص قانونية صريحة ، ونذكر أيضا العرف الإداري المتعلق بإدراج الألقاب الأكاديمية في السجلات الرسمية، إذ كان هناك عرف إداري سائد اعترفت بموجبه كل من السلطات المحلية والبلديات على إمكانية تسجيل اللقب الأكاديمي (دكتور – أستاذ او ما شابه) في الوثائق وقواعد البيانات التي تعود للسلطات العامة مثل سجل الأحوال المدنية والجوازات والسجل التجاري ونحو ذلك رغم عدم وجود نص قانوني مكتوب يجيز هذه المسالة[٤٦] ، و سادت في ألمانيا أعراف إدارية محلية "Lokale Observanzen" تتعلق بحقوق استعمال سكان البلدية للبنى التحتية والمرافق البلدية، وكانت هذه الأعراف تؤسس لحقوق استعمال غالبًا ما يتم اعتبارها كتخصيص ضمني " konkludente Widmung" للمنشأة المعنية[٤٧]، وكان للقضاء الإداري الألماني تطبيقات كثيرة ورد فيها الإشارة إلى الأعراف القانونية كمصدر للقانون عند غياب النص التشريعي ، ففي قرار حديث للمحكمة الإدارية الاتحادية بتاريخ (١٦ فبراير ٢٠٢٤) ذكرت فيه مبدأ قانوني (Leitsatz) مفاده ان " الالتزامات المتعلقة ببناء الكنائس التي تأسست بناءً على القانون العرفي، ثم تم تثبيتها لاحقًا بشكل مكتوب من قبل ممثلي البلدية والكنيسة ضمن ما يُسمى بـ "تنظيم البناء(Bauregulativ) "، وتم تأكيدها لاحقًا قضائيًا (قبل تأسيس جمهورية ألمانيا الديمقراطية)، لم تنتقل إلى البلديات التي أُنشئت حديثًا عام (١٩٩٠) كهيئات إقليمية مستقلة بموجب الدستور البلدي لجمهورية ألمانيا الديمقراطية، بل انقضت كقاعدة عامة مع انضمام جمهورية ألمانيا الديمقراطية إلى جمهورية ألمانيا الاتحادية.."[٤٨] ، وإذ نستخلص من هذا القرار ان القانون العرفي الإداري الذي كان يلزم البلديات في ألمانيا الشرقية -قبل توحيد ألمانيا- بتمويل أو بناء الكنائس وصيانتها وان تم تبنيه لاحقا ضمن نصوص مكتوبة او حتى بالأحكام القضائية ، بيد انه أصبح غير ملزم للبلديات الجديدة ، وهي ستنقضي وتلغى بانضمام ألمانيا الشرقية إلى جمهورية ألمانيا الاتحادية عام (١٩٩٠) وفي ذلك إشارة من المحكمة بأن العرف الإداري خارج النص القانوني وان كان ملزماً في وقت ما لكنه سيزول طالما كان هناك تغييراً في النظام القانوني أو الدستوري للدولة وليس بمجرد صدور نص تشريعي فحسب. وفي مصر، يحتل العرف مكانة مهمة لمواجهة الفراغ التشريعي ، وكان القضاء الإداري المصري قد كرس تطبيقات العرف الإداري في العديد من قراراته ، إذ أكدت المحكمة الإدارية العليا في قرار لها عام(٢٠١١) بأن " ... نشوء عرف ملزم في الجامعات المصرية بالأخذ بقواعد الرأفة ، لا يجوز معه للجامعة أن تقرر إلغاءها بعد تطبيقها – تقرير جهة الإدارة قواعد الرأفة و رفع الدرجات للطلاب ثم إلغاؤها ثم العود لتطبيقها من دون أن تبدي سبباً لهذا التردد ، مما يستتبع أحقية من لم يستفد من هذه القواعد في فترة إلغائها في تطبيقها عليه"[٤٩]. ومما تقدم يجدر بنا الإشارة إلى إن الدول عادة ما تذهب نحو تقنين القواعد العرفية الإدارية إذا ما أثبتت فاعليتها في مواجهة الفراغ التشريعي وهذا ما لاحظناه في ألمانيا الاتحادية ، مما يدعم وجهة نظرنا بشأن إن العرف إنما هو وسيلة مؤقتة لمواجهة الفراغ التشريعي ، لان الإقرار بهذه النتيجة سيعكس مدى احترام الإدارة لمبدأ المشروعية وجعل الأولوية

دائما للنص التشريعي المكتوب ، مما يجعل الفترة الزمنية التي يطبق فيها العرف الإداري ليست سوى مرحلة انتقالية تنتظر تدخل السلطة التشريعية لملئ منطقة الفراغ عبر نص قانوني مكتوب.

- الخاتمة-

في ختام هذه الدراسة ، تبين لنا بأن العرف الإداري في العراق لا يستمد تطبيقاته العملية من اعتراف صريح من المشرع بأنه مصدر رسمي من مصادر القانون الإداري ، ومع ذلك أسهمت بعض قواعده في مواجهة الفراغ التشريعي في القوانين المكتوبة ، بيد انه لا يمارس هذا المهمة بحسبان انه موازياً للنص المكتوب فيحل محله عند وجود الفراغ التشريعي ، لأنهما من الأساس في مرتبتين مختلفتين ضمن التسلسل الهرمي لترتيب مصادر القاعدة القانونية، لكن البيئة الإدارية المتغيرة التي تعمل فيها الإدارة تتطلب منها السرعة والمرونة في اتخذا القرارات وتفترض عدم التوقف عن العمل ومواكبة المتغيرات مهما كانت الظروف والأسباب بما ذلك وجود فراغ تشريعي في النصوص القانونية الحاكمة لها ، فتستمر في عملها لتوخي الإضرار بالمصلحة العامة او المساس بالحقوق والحريات الفردية.

وثبت لنا أن الإدارة لا تخلق قواعد عرفية بالمعنى القانوني بشكل فوري ، لكن الممارسة الإدارية العرضية يمكن ان تتراكم شيئا فشيئا تراكما كميا وكيفيا على نحو مستقر في ظل استمرار وجود الفراغ التشريعي ، آنذاك تستدعي الإدارة تلك القواعد العرفية وتطبقها على جميع الحالات المماثلة لتواجه بها ذلك الفراغ بصورة مؤقتة من دون الخروج عن حدود مبدأ المشروعية ، ولعل التطبيقات العملية للأعراف الإدارية تبرز الكيفية التي يعمل بها العرف الإداري في مواجهة الفراغ التشريعي ، سواء أكان بصورة كلية بالنسبة للأعراف الناشئة خارج النصوص المكتوبة ، أو بصورة جزئية في الأعراف الناشئة وفقا للنصوص القانونية وبجوارها .

ونعتقد إن استناد الإدارة على العرف الإداري لمواجهة الفراغ التشريعي في قواعد القانون دون نص قانوني يعترف به كمصدر رسمي للقانون ، سيثير إشكاليات من الناحية قانونية وان كان له ما يبرره من الناحية الواقعية ، اذ سيكون اعتماده من جهة الإدارة موقوفاً على مرونة الواقع الإداري لا على الحصانة والحماية التي يمنحها القانون المكتوب له ، الأمر الذي سيؤثر حتماً على إثبات وجوده ومدى استقراره والتزام الإدارة به ، ولما كان القضاء الإداري في العراق هو قضاء تطبيقي لا إنشائي الأمر الذي سيؤثر قطعاً في استقرار حجية العرف أمامه طالما انه غير ثابت بنص قانوني مكتوب ، لذلك نأمل من المشرع العراقي أن يتجه نحو تنظيم مصادر القانون الإداري أسوة بالقانون المدني عبر تبنيه نظرية متكاملة ، وبما لا يجعل مصادر المشروعية قابلة للتأويل فتكون لكل من الإدارة والقضاء معاً مرجعية قانونية واضحة لمواجهة الفراغ التشريعي ، على نحو يعزز من قابلية النظام القانوني الإداري في الاستجابة للتطورات والمستحدثات من الأمور التي يشهدها الواقع الإداري المتغير عبر إيجاد إطار قانوني واضح .

المصادر

أولاً / المصادر باللغة العربية

أ.الكتب :-

١. د. أنور احمد رسلان ، القانون الإداري السعودي ، منشورات معهد الإدارة العامة ، المملكة العربية السعودية ،١٩٨٨ ، ص١١٦.
٢. د.احمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة في رأي الفقهاء –عرض نظرية في التشريع الإسلامي، مطبعة الأزهر ، ١٩٤٧ .
٣. د.برهان خليل زريق ، نحو نظرية عامة في العرف الإداري ، رسالة دكتوراه في القانون العام ، بلا مكان طبع ، ١٩٨٦ .
٤. د.بكر القباني ، العرف كمصدر للقانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
٥. د.خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، الكتاب الأول ، ط١ ، دار المسيرة ، عمان ، ١٩٩٨ .
٦. د.شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون ، ط١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،١٩٦٥ .
٧. د.عبد العزيز الخياط ، نظرية العرف ، مكتبة الأقصى ، عمان ، ١٩٧٧ .
٨. د.علي خطار شطناوي ، القانون الإداري الأردني ، ط١ ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ،٢٠٠٩ .
٩. د.علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، ج١،ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٢.
١٠. د.علي محمد بدير –د.مهدي ياسين ألسلامي – د.عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مبادئ وإحكام القانون الإداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ .
١١. د.محمد فؤاد مهنا ، الوجيز في القانون الإداري (السلطة الإدارية) ، مؤسسة المطبوعات الحديثة ، القاهرة ، ١٩٦٠.
١٢. د.محمود خلف الجبوري ، القضاء الإداري في العراق وفق احدث التطورات التشريعية والقضائية ، ط٢ ، دار المرتضى ، بغداد ، ٢٠١٤ .
د.محمود سامي جمال الدين ، المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار القلم للنشر والتوزيع ، دمشق ، ١٩٩٠ ، ص٣٢.
١٣. د.محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، ط٣، القاهرة ، بلا دار نشر ، ١٩٧٦ .
١٤. د.نواف كنعان ، القانون الإداري –الكتاب الاول ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، ٢٠٠٨ .

ب.البحوث العلمية :-

١. الربيعي, احمد. (٢٠٢٤).*العرف الإداري في نطاق الوظيفة العامة -دراسة مقارنة* .-الرافدين للحقوق, ٢٦(٨٧), ٢٨١-٣٠٢. https://doi.org/10.33899/arlj.2024.147468.1317 .

٢. محمد مهدي محمد عبد السيد – احمد عبد الأمير عبد الرب ، دور العرف الإداري في التحقيق الإداري ، بحث منشور في مجلة أهل البيت ، جامعة أهل البيت ، المجلد ٢٠ ، العدد٢٠٢٥.١،٢. https://iasj.rdd.edu.iq/journals/uploads/2025/03/17/4ee366bc21d264ce0ef69659ed8bb226.pdf

٣. عبد الله عمر الخولي. ٢٠٢٤. "أثر الفلسفة التحليلية المبكرة في النظرية المحضة في القانون للفقيه هانس كلسن." *مجلة العلوم القانونية*.107-54 :(1) 39 . ص٦٦-٦٧ https://doi.org/10.35246/0h395b20

٤. علي مخلف حماد ، العرف الاداري ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية،العدد ١،شباط٢٠١٦. https://iasj.rdd.edu.iq/journals/uploads/2024/12/11/211f6c10d70201598430138de47e61cc.pdf

٥. طارق عبد الرزاق شهيد ، دور العرف في سد الفراغ التشريعي (بحث مقارن بالشريعة الإسلامية) ، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون- جامعة بابل ، العدد ٢ ، السنة ٩ ، ٢٠١٧ .

٦. د. ميسون علي عبد الهادي ، القاعدة العرفية الإدارية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة ، العدد ٢٩، ٢٠١٧ .

٧. د. ماهر فيصل صالح الدليمي-د. وليد مرزة المخزومي، المسؤولية القانونية للموظف عن إفشائه الأسرار الوظيفية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ١ ، ٢٠١٠.
https://aujfps.uoanbar.edu.iq/article_15711_ffc29430cc3c7c5b427efb588504d9b8.pdf

٨. فراس عبد المنعم عبد الله. ٢٠٢٠. النظام القانوني : مقاربة فلسفية .*مجلة رسالة الحقوق*،مج. ١٢، ع. ١، ص ص. ١٢٥-١٤٣.

٩. حسين محمد طه. ٢٠١٩. "ماهية مبدأي الشرعيّة والمشروعيّة ومصادرهما ."*مجلة العلوم القانونية*.https://doi.org/10.35246/jols.v34i1.123 .107-48 :(1) 34 .

ج. التشريعات والأحكام والقرارات القضائية

١.قانون الخدمة الجامعية رقم (٢٣) لسنة (٢٠٠٨) المعدل.

٢.قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة (١٩٩١) المعدل.

٣.قانون الحفاظ على الوثائق رقم (٧٠ لسنة ١٩٨٣).

٤.القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

٥.حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم (٣٨٢ لسنة ٣٢ ق عليا ، جلسة ١٩٩١/٣/٣٠) ، مكتب فني(٢/٣٦ ، رقم المبدأ ١٠٠ ، رقم الصفحة ٩٦٦).

٦.حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم ١١٦٣ لسنة ٣٨ ق عليا ، جلسة ١٩٩٥/١/٧ ، مكتب فني ١/٤٠ ، رقم المبدأ ٨٨ ، رقم الصفحة ٨٤٧).
٧..قرار المحكمة الإدارية العليا ، رقم الإعلام (٤٢٦) رقم الاضبارة (٩١/انضباط/ تمييز / ٢٠١٣)، غير منشور.
٨.قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (٣٠١/انضباط/تمييز/٢٠١٣).
٩.حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٦٨١٨ لسنة ٥٠ ق عليا ، جلسة (٢٦/١٠/٢٠١١)، مكتب فني(١/٥٧ ، رقم المبدأ ١٣/ب، رقم الصفحة ١١٥).
https://www.elmodawanaeg.com/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81%D8/%A7%D9%84%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D9%8A

ثانيا / المصادر باللغة الأجنبية

أ.باللغة الفرنسية /

1. *A. de Laubadère,* Traité de droit administratif, *Paris, LGDJ, 7e éd., 1976, t. I, p. 351. Il a cite: La coutume, source formelle de droit en droit administrative Teboul, Gérard. Droits; Paris Vol. 0, Iss. 3, (Jan 1, 1986): 97.p4.*
2. *.Rép. Civ. Dalloz,* V° « Coutume », par A. Lebrun, n° 1. - Comp. *Vocabulaire juridique Cornu,* PUF, 2002, V° « Coutume » ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* LGDJ, 2e éd., 1993, V° « Coutume ».. *Ce livre est cité par: Près, X. (2004). Chapitre II. L'usage hors délégation de la loi. In Les sources complémentaires du droit d'auteur français (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille.* https://doi.org/10.4000/books.puam.575
3. Doc du Juriste, Le droit administratif et ses sources : la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine, fiche publiée le 17 novembre 2009, consultée le], disponible sur :https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/fiche/sources-droit-741500.html [14- 4-2025]
4. La coutume administrative / François Monnier. n° 387 2012, mai-juin p. 268-275 .https://documentation.insp.gouv.fr/insp/doc/SYRACUSE/196847/la-coutume-administrative-francois-monnier-n-387-2012-mai-juin#
5. Bourgoing, J. (2008). Pour une théorie de la coutume administrative. *La Revue Administrative*, *61*(364), 364–367. http://www.jstor.org/stable/43573915.p364.

6. Teboul, Gérard. *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*. Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1987. Publiée chez LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 132. https://theses.fr/1987PA020080
7. Près, X. (2004). Chapitre II. Valeur juridique. In *Les sources complémentaires du droit d'auteur français* (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille. https://doi.org/10.4000/books.puam.565 .Près, X. (2004). *Les sources complémentaires du droit d'auteur français* (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille. https://doi.org/10.4000/books.puam.549
8. Yvon Loussouarn, *The Relative Importance of Legislation, Custom, Doctrine, and Precedent in French Law*, 18 La. L. Rev. (1958).p251 Available at: https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol18/iss2/2.
9. La coutume est-elle une source première de droit ? - Dissertation juridique L1, 30 Nov. 2021. https://www.doc-du-juriste.com/blog/conseils-juridiques/coutume-est-elle-une-source-premiere-droit-dissertation-juridique-30-11-2021.html
10. Rolland Frédéric. L'historicité du droit administratif français à l'épreuve de la pratique juridique. In: *Revue juridique de l'Ouest*, 2007-2. pp. 113-156. DOI *: https://doi.org/10.3406/juro.2007.2913. www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2007_num_20_2_2913*
11. Près, X. (2004). Chapitre II. L'usage hors délégation de la loi. In *Les sources complémentaires du droit d'auteur français* (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille. https://doi.org/10.4000/books.puam.575. Près, X. (2004). *Les sources complémentaires du droit d'auteur français* (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille. https://doi.org/10.4000/books.puam.549
12. Aude Laquerrière-Lacroix. La coutume dans l'empire romain tardif. La Revue du Centre Michel de l'Hospital [édition électronique], 2013, La Revue. La Coutume, 2, pp.20-28. ffhal-03615500f .https://hal.univ-reims.fr/hal-03615500v1 , Submitted on 25 Mar 2022.

13. Berthe, M. (2001). Les coutumes de la France méridionale. In M. Mousnier & J. Poumarède (éds.), *La coutume au village* (1-). Presses universitaires du Midi. https://doi.org/10.4000/books.pumi.24282

14. Mousnier, M., & Poumarède, J. (éds.). (2001). *La coutume au village* (1-). Presses universitaires du Midi. https://doi.org/10.4000/books.pumi.24197

ب.باللغة الألمانية/

1. Tibor Walter , Die Entstehung des modernen deutschen Verwaltungsrechts - Lebenswerk Otto Mayers - Debreceni Jogi Műhely, 2007. évi (IV. évfolyam) 1. szám (2007. január). S12-13. https://core.ac.uk/download/pdf/323469515.pdf

2. Prof. Dr. Ulrich Stelkens, Einführung in das Verwaltungsrecht § 3 Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen im Verwaltungsrecht, Lehrveranstaltung : zuletzt gehalten im Sommersemester 2022 , Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.https://www.unispeyer.de/fileadmin/Lehrstuehle/Stelkens/Lehrveranstaltungen/Einfuehrung_in_das_Verwaltungsrecht/3_Rechtsquellen_EinVerwR-1.pdf (19-4-2025)

3. Zacharias, D. (2007). Book Review - Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner 1867-1937 (2006) - [Roger Müller, Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner 1867-1937, Verlag Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main (2006), ISBN 3-465-03464-3, VII, pp. 465, EUR 79.00]. *German Law Journal*, *8*(6), 677–680. doi:10.1017/S207183220000585X

4. Georg Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes*, 8. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1895, S.7.https://books.google.ps/books?id=1eAQAAAAYAAJ

5. Gretscher, S. (2004). *Die "allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts" und die deutsche Rechtsquellenlehre: eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*. https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:gbv:27-dbt-001952-3 ,S23-. 26

6. OVG Münster, Urt. v. 25. 2. 1993 – 20 A 12S9/91 https://de.wikisource.org/wiki/Oberverwaltungsgericht_Nordrhein-Westfalen_-_Hamburger_Stadtsiegel_II (19-4-2025)

7. Gretscher, S. (2004). Die "allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts" und die deutsche Rechtsquellenlehre: eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:gbv:27-dbt-001952-3 ,S25-. 26 .

8. Stelkens, U., & Cohrs, B. (2002). Bestattungspflicht und Bestattungskostenpflicht. Ordnungs- und Sozialhilfebehörden im Spannungsverhältnis zwischen „postmortalen Persönlichkeitsrecht" des Verstorbenen und allgemeiner Handlungsfreiheit seiner Hinterbliebenen in Zeiten knapper Kassen. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 21, 917–925.

9. Recht zum Gemeingebrauch am Meeresstrand: OVG Lüneburg, 10 LC 87/14 v. 19.1.2016, Abs. 114 ff. https://datenbank.nwb.de/Dokument/714848/?utm

10. Recht auf Eintragung eines akademischen Grades in Handelsregister (BGH, II ZB 10/16 v. 4.4.2017, Abs. 22 ff.; entsprechendes. Gewohnheitsrecht für Personenstandsregister wurde durch Reform aufgehoben: BGH, XII ZB 526/12 v. 4.9.2013, Abs. 16 ff. = NJW 2014, 387 ff.)

11. -Lokale „Observanzen", insbesondere in Bezug auf Nutzungsrechte der Gemeindeeinwohner an gemeindlichen Infrastrukturen und Einrichtungen Solche nutzungsrechtsbegründende Observanzen werden sie oft als konkludente Widmungen der jeweiligen Einrichtung bezeichnet, vgl. z.B. VGH München, 4 CE 13.2125 v. 10.10.2013 = NVwZ-RR 2014, 110 ff.; LG Saarbrücken, 5 S 200/12 v. 26.7.2013, Abs. 49 f. = NJOZ 2015, 87 f.; U. Stelkens, Die Verwaltung 46 (2013), 493, 534.

12. Pflicht zum Tragen von Hemd und Krawatte unter der Robe für Anwalt (OLG München, 2 WS 679/06 v. 14.7.2006 = NJW 2006, 3079 f.) http://www.saarheim.de/Entscheidungen/OLG%20Muenchen%20-%202%20Ws%20679aus06.htm (26-4-2025)

13. VGH München, 4 CE 13.2125 vom 10.10.2013 = NVwZ-RR 2014, 110 ff. https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=VG%20W%FCrzburg&Datum=08.10.2013&Aktenzeichen=W%204%20E%2013.976

14. LG Saarbrücken, 5 S 200/12 vom 26.7.2013, Absatz 49 ff. = NJOZ 2015, 87 f. https://de.openlegaldata.io/case/lg-saarbrucken-2013-07-26-5-s-20012

15. BVerwG, Beschluss vom 16.02.2024 - 6 B 65.23

[ECLI:DE:BVerwG:2024:160224B6B65.23.0].https://www.bverwg.de/160224B6B65.23.0

الهوامش

[1] ".ان حقائق القانون تشترك في كونها تفترض معنى سنياً مصدره السنة القانونية التي افترضت في الواقعة او التصرف الذي نعتبره حقيقة قانونية.. لذلك يرى (كلسن) ان المعنى السنني يكون ممكنا فقط اذا افترضنا وجود سنة قانونية في الحقائق الحسية ، والتي تتخذ أشكالاً عدة تظهر في سلوك المخاطبين بالقاعدة القانونية او في الأعمال التي يقوم بها من يملك سلطة إصدار الخطاب القانوني ، وكذلك في كل تعبير مكتوب او مسموع يعبر به عن حقيقة قانونية". ينظر :-
عبد الله عمر الخولي. ٢٠٢٤. "أثر الفلسفة التحليلية المبكرة في النظرية المحضة في القانون للفقيه هانس كلسن ".*مجلة العلوم القانونية*.54-107 :(1) 39 . .ص٦٦-٦٧
https://doi.org/10.35246/0h395b20

[2] .يمثل المصدر الرسمي للقانون القالب الذي تفرغ فيه القاعدة وتخرج منه الى الأفراد لتصبح ملزمة.ينظر بهذا الشأن :حسين محمد طه. ٢٠١٩. "ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية ومصادرهما ".*مجلة العلوم القانونية*-107 :(1): 34 48. https://doi.org/10.35246/jols.v34i1.123.

[3] . يذكر ان الفقه الالماني درج على استعمال مصطلح قانون العرف او القانون العرفي (Gewohnheitsrecht) كمصدر من مصادر القانون الإداري وغيره من القوانين لتمييزه عن القانون الذي ينشئه القضاء (Richterrecht) . ينظر بهذا الشأن :-
Tibor Walter , Die Entstehung des modernen deutschen Verwaltungsrechts ـ Lebenswerk Otto Mayers ـ Debreceni Jogi Műhely, 2007. évi (IV. évfolyam) 1. szám (2007. január). S12-13. https://core.ac.uk/download/pdf/323469515.pdf

[4] .وهو ما أكده الفقه الفرنسي ونخص بالذكر الفقيه (André de Laubadère) الذي يعد من مؤسسي القانون الإداري الفرنسي ، فذكر في أطروحته الشهيرة في القانون الإداري" لاشك ان العرف يمكن ان يكون مصدراً حقيقيا للقانون الإداري تماما كما هو في فروع القانون الأخرى "..
A. de Laubadère, Traité de droit administratif, *Paris, LGDJ, 7e éd., 1976, t. I, p. 351. Il a cite: La coutume, source formelle de droit en droit administratif*

Teboul, Gérard. Droits; Paris Vol. 0, Iss. 3, (Jan 1, 1986): 97.p4.

[5] . "فالعرف الإداري قد ينشا من تكرار الوقائع المادية المقترنة بأثر قانوني ، والصورة الحية لهذا العرف تتجلى بقاعدة الحلول ، والتي تنشأ من تكرار الوقائع المادية (غياب الرئيس) المقترنة بحلول المرؤوس ، والأثر القانوني هنا هو نقل الاختصاص" .. ينظر في ذلك : د.برهان خليل زريق ، نحو نظرية عامة في العرف الإداري ، رسالة دكتوراه في القانون العام ، بلا مكان طبع ، ١٩٨٦ ، ص٥٩.

[6] .د.برهان خليل زريق ، المصدر السابق، ،ص٨-ص٢٧.

[7] .د.عبد العزيز الخياط ، نظرية العرف ، مكتبة الأقصى ، عمان ، ١٩٧٧ ،ص٢٤. ويعرف العرف في نطاق الفقه الإسلامي أيضا بأنه "الأمر الذي أطمئنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قراراتها والفته مستندة في ذلك الى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة ، وإنما يحصل استقرار لشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة". ينظر : د.احمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة في رأي الفقهاء –عرض نظرية في التشريع الاسلامي ، مطبعة الازهر ، ١٩٤٧ ، ص٨.

[8] .*Rép. Civ. Dalloz*, V° « Coutume », par A. Lebrun, n° 1. ـ Comp. *Vocabulaire juridique Cornu*, PUF, 2002, V° « Coutume » ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2e éd., 1993, V° « Coutume ».
. *Ce livre est cité par: Près, X. (2004). Chapitre II. L'usage hors délégation de la loi. In Les sources complémentaires du droit d'auteur français (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille.*
https://doi.org/10.4000/books.puam.575

[9] . د.محمد فؤاد مهنا ، الوجيز في القانون الإداري (السلطة الإداري ة) ، مؤسسة المطبوعات الحديثة ، القاهرة، ١٩٦٠، ص٥٦.

[10] . ينظر : حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٣٨٢ لسنة ٣٢ ق عليا ، جلسة ١٩٩١/٣/٣٠ ، مكتب فني ٢/٣٦ ، رقم المبدأ ١٠٠ ، رقم الصفحة ٩٦٦. وعرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه " تعبير اصطلح إطلاقه على الأوضاع التي درجت

الجهات الإدارية على إتباعها في مزاولة نشاط معين، وينشأ عن استمرار الإدارة في التزامها بهذه الأوضاع والسير على سنتها في مباشرة ذلك النشاط الى ان تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإتباع ما لم تعدل بقاعدة اخرى مماثلة او اعلى منها " ينظر : حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الطعن رقم ١١٦٣ لسنة ٣٨ ق عليا ، جلسة ١٩٩٥/١/٧ ، مكتب فني ١/٤٠ ، رقم المبدأ ٨٨ ، رقم الصفحة ٨٤٧).

[١١] .د.محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، ط٣، القاهرة ، ، ١٩٧٦ ، ص١٨. وينظر في تعريف العرف الإداري أيضا : د.علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، ج١،ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٢، ص٤٧.

[١٢] .د.محمود خلف الجبوري ، القضاء الإداري في العراق وفق احدث التطورات التشريعية والقضائية ، ط٢ ، دار المرتضى ، بغداد ، ٢٠١٤ ، ص٤٨.

[13] . Doc du Juriste, Le droit administratif et ses sources : la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine, fiche publiée le 17 novembre 2009, consultée le], disponible sur :https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/fiche/sources-droit-741500.html [14- 4-2025]

[14] . La coutume administrative / François Monnier. n° 387 2012, mai-juin· p. 268-275
https://documentation.insp.gouv.fr/insp/doc/SYRACUSE/196847/la-coutume-administrative-francois-monnier-n-387-2012-mai-juin#

[١٥] . يرى (Jean Bourgoing) في مقاله (من اجل نظرية للعرف للإداري (Pour une théorie de la coutume administrative بأنه " من الصعب للغاية الحديث عن العرف الإداري ، فعندما يكتسب المرء خبرة معينة في الإدارة من توليه مناصب عليا ، سيدرك جيدا أهمية العرف لكنه لا يعرف كيف يعرفه ، فالعرف هو خارج القاعدة القانونية ، قد يكون تعسفي من ناحية ما لكنه يتخلل الحياة اليومية ، ومع ذلك ان علم الإدارة يتجاهل العرف ولا احد يعلم لماذا ، بل لم يجرؤ احد على وصف أعراف هيئة ما بشكل مفصل ... ".

Bourgoing, J. (2008). Pour une théorie de la coutume administrative. *La Revue Administrative*, *61*(364), 364–367. http://www.jstor.org/stable/43573915.p364.

[16] . Teboul, Gérard. *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*. Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1987. Publiée chez LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 132.
https://theses.fr/1987PA020080

[17] . Georg Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes*, 8. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1895, S. 7.https://books.google.ps/books?id=1eAQAAAAYAAJ

[١٨] .نعتقد ان الفكرة الفلسفية التي طرحها(اوتو ماير) بشأن" الحاجة الى القواعد القانونية لا يعد من طبيعة الإدارة ذاتها" يقصد بها أن الإدارة في الدولة القانونية لا تمارس مهامها ووظائفها بصورة تلقائية او ذاتية كما كان قبل ظهور دولة القانون ، بل ان هذه القواعد والقيود القانونية مفروضة عليها من سلطة اخرى (من السلطة التشريعية) ، بمعنى انه سيفرض عليها لزاما الامتثال الى نصوص قانونية مكتوبة تحكم تصرفاتها ، وبعبارة اخرى يمكن القول ان الإدارة بطبيعتها تميل لعدم تقييد نفسها بقواعد مكتوبة ومحددة بل ترغب في جعل تصرفاتها وفقا لما تراه مناسبا وملائما لها ، فهي اذن لا ترغب ان تنتج قانونا بل تنتج سلوكا يظهر عند وجود فراغ تشريعي ، هذا السلوك النمطي الذي تكرره الإدارة سيتحول الى عرف إداري ملزم لها لكنه لا ينشأ من رغبتها بالالتزام وتقييد نفسها بل من حاجتها لوجود قواعد تنظم العمل الإداري عبر الممارسة الإدارية المتكررة بما يحقق قدر من الاستقرار الإداري لها دون الحاجة لتدخل مباشر من السلطة التشريعية.

[١٩] .يعد (Fritz Fleiner) -المولود عام 1867 – فقيهاً بارزاً في القانون العام ومن من ابرز من رسّخوا مكانة القانون الإداري كعلم مستقل ضمن القانون العام في سويسرا وألمانيا متأثرًا بأعمال الفقيه أوتو ماير، لكنه أضاف بُعدًا منهجيًا جديدًا وساهمت أعماله في تطوير الفقه القانوني في سويسرا وألمانيا،واشتهر فلاينر بفضل عدد من المؤلفات التي لم تقتصر فقط على القانون الإداري الألماني بل شملت أيضًا القانون الإداري السويسري والفرنسي وكان من ابرزها مؤلفه الشهير مؤسسات القانون الإداري الألماني(Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts) ، الذي صدر لأول مرة عام ١٩١١..

Zacharias, D. (2007). Book Review – Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner 1867–1937 (2006) – [Roger Müller, Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner 1867–1937, Verlag Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main (2006), ISBN 3-465-03464-3, VII, pp. 465, EUR 79.00]. *German Law Journal*, *8*(6), 677–680. doi:10.1017/S207183220000585X

[20] . Tibor Walter , Die Entstehung des modernen deutschen Verwaltungsrechts ـ Lebenswerk Otto Mayers ـ Debreceni Jogi Műhely, 2007. évi (IV. évfolyam) 1. szám (2007. január). S12-13.
https://core.ac.uk/download/pdf/323469515.pdf

[21] .د.علي محمد بدير –د.مهدي ياسين السلامي – د.عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مبادئ وإحكام القانون الإداري ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٨٣.

[22] .ينظر بهذا الشأن :. د.بكر القباني ، العرف كمصدر للقانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦ ،ص٢٩-٣٠- د. خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، الكتاب الاول ، ط١ ، دار المسيرة ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص٦٨- طارق عبد الرزاق شهيد ، دور العرف في سد الفراغ التشريعي (بحث مقارن بالشريعة الاسلامية) ، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون- جامعة بابل ، العدد ٢ ، السنة ٩ ، ٢٠١٧ ص٧١٦-٧١٧.

[23] .د.بكر القباني ، مصدر سابق ،ص٢٩. وينظر : د.نواف كنعان ، القانون الإداري –الكتاب الأول ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، ٢٠٠٨ ، ص٦٠. د.شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،١٩٦٥ ، ص١٨٤.

[24] .د.برهان خليل زريق ، نحو نظرية عامة في العرف الإداري ، مصدر سابق ،ص٢٦-٢٧.

[25] . Gretscher, S. (2004). *Die "allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts" und die deutsche Rechtsquellenlehre: eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.* https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:gbv:27-dbt-001952-3 ,S23-. 26

[26] . وتتلخص وقائع هذه القضية بـ " مطالبة المدعية (مدينة هامبورغ) من المدعى عليها (صاحبة متجر تحف) بتسليم ختم -يعود إلى القرن الرابع عشر- وحقيبة تستخدم لحفظه كانت موجودة آخر مرة في أرشيف المدينة و الذي تم نقله إلى منجم ملح في نهاية الحرب العالمية الثانية لحمايته ، وعند إعادة الأرشيف في ديسمبر (١٩٤٥) تبين إن الختم والحقيبة مفقودين ، وكانت المدعى عليها (صاحبة متجر التحف) قد اشترت تلك الأشياء في مزاد علني عام(١٩٨٦)، وحاولت المدعية (مدينة هامبورغ) استرجاع الأشياء عبر القضاء المدني لكنها لم تنجح لان المحكمة الفيدرالية في حكمها بتاريخ الصادر عام (١٩٨٩) اعتبرت أن المدعى عليها اكتسبت الملكية بحسن نية عن طريق الشراء من المزاد العلني، فقامت المدعية (مدينة هامبورغ) برفع دعوى أمام القضاء الإداري للمطالبة بالاسترداد استنادًا إلى ما يعرف بقانون الأشياء العامة لأنهما يمثلان جزء من الأرشيف العام، أي إنهما أشياء مخصصة للمنفعة العامة ولا يجوز تملكهما ملكية خاصة ، ورأت مدينة هامبورغ أن الغرض العام كأرشيف قائم على الأشياء المطلوب تسليمها يشكل عبئًا شبيهًا بحق الارتفاق العام، أي إن استخدام الختم والحقيبة يجب ان يضل مخصصا للغرض العام وهذه هي وظيفة الأرشفة ، وأكدت المدينة إن أرشفة الختم ضرورية لمنع إساءة الاستخدام والتزوير والتحقق من أصالة الأختام القديمة، ومع ذلك أكدت المحكمة بأنه لا يمكن لمدينة هامبورغ المطالبة بإعادة هذه الممتلكات استنادًا إلى القانون العام، و أوضحت المحكمة أنه رغم أهمية الأرشفة والمصلحة العامة في الحفاظ على مثل هذه الممتلكات، إلا أنه لا يوجد في القانون نص يحظر بيع أو نقل ملكية الأشياء العامة في مثل هذه الحالات ما لم يكن هناك تشريع خاص أو قاعدة قانونية تمنع ذلك، لذلك رفضت المحكمة الدعوى المقدمة من مدينة هامبورغ وأكدت على أن المدعى عليها (صاحبة متجر التحف) تظل مالكة للختم والحقيبة بناءً على الحكم الصادر من المحكمة الفيدرالية ولا يمكن لمدينة هامبورغ استردادها استنادا الى قاعدة عرفية في القانون العام لان المدعية تملكته بحسن نية .
ينظر قرار المحكمة (OVG Münster, Urt. v. 25. 2. 1993 – 20 A 12S9/91) المنشور على الرابط الاتي :-
https://de.wikisource.org/wiki/Oberverwaltungsgericht_Nordrhein-Westfalen_-_Hamburger_Stadtsiegel_II (19-4-2025)

وينظر :
Prof. Dr. Ulrich Stelkens, Einführung in das Verwaltungsrecht § 3 Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen im Verwaltungsrecht, Lehrveranstaltung : zuletzt gehalten im Sommersemester 2022 , Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.
https://www.unispeyer.de/fileadmin/Lehrstuehle/Stelkens/Lehrveranstaltungen/Einfuehrung_in_das_Verwaltungsrecht/3_Rechtsquellen_EinVerwR-1.pdf (19-4-2025)

[27] .Gretscher, S. (2004). *Die "allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts" und die deutsche Rechtsquellenlehre: eine Untersuchung anhand des Aufopferungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.* https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:gbv:27-dbt-001952-3 ,S25-. 26 .

[28] . "ويشرح الأستاذ غستين (Ghestin) في بضعة أسطر كيف أن " إدارة القانون – "على حد تعبير هوريو (Hauriou) – تفضي إلى نشوء سلطة خَلْقية (إبداعية) في المجال القانوني: فكون الإدارة واقعةً بين المشرِّع والفرد فهي مضطرة يوميًا إلى اتخاذ العديد من القرارات لتواجه عددًا لا يُحصى من الحالات الواقعية التي بتنوعها لا يمكن

للقانون أن ينظمها جميعا وبشكل مباشر، ومن ثم سيكون من الضروري على الإدارة أن تفسر القانون، ومن خلال هذا التفسير تُنتج لنفسها "عقيدة (doctrine) " تسري عليها لاحقًا في الحالات المماثلة، وعندما يمنح القانون الإدارة سلطة تقديرية أوسع أو أضيق، فعليها أن تُقدّر مدى ملائمة اتخاذ القرار، وستقوم بذلك استنادًا إلى معايير ستميل – بشكل طبيعي – إلى إعادة استخدامها كلما طُبّق النص نفسه..... فالممارسة الإدارية تمثّل ممارسة لسلطة قانونية ، أي صلاحية ممنوحة من الدولة،
وكما كتب هوريو (Hauriou) بالفعل من قبل :الممارسة الإدارية ليست سوى الاجتهاد القضائي لسلطةٍ من سلطات الدولة ..... ومن ثم أصبحت الإدارة ملزمة الآن بعقيدتها (doctrine) الخاصة تجاه الإفراد ، طالما أن هذه العقيدة تُضيف شيئًا إلى الوضع القائم للقانون الإيجابي، ويتم التعبير عنها من خلال نص منشور بانتظام ولا يتعارض مع القوانين أو الأنظمة.... يذكر ان الممارسة الإدارية لا تتمتع باستقلالية تامة، فبينما يبقى القاضي خارجيًا بالنسبة للأطراف عند الاجتهاد ، فإن الإدارة ليست غريبة تمامًا عن القواعد القانونية التي تطبقها، الأمر الذي يزيد من خطر خلق قانون استثنائي يخدم مصالحها الذاتية مما يثير قلقًا حقيقيًا ، فضلا عن أن القاعدة الناشئة عن الممارسة الإدارية لا تصدر عن عملية إبداع قانونية تضمن نفس الضمانات التي ترافق نشأة القاعدة القضائية، والتي هي ثمرة اجتهاد قضائي جماعي صادر عن محاكم أدنى خاضعة لرقابة محكمة عليا تنظّم وتوحّد الفقه، ومن ثم يمكن القول إن الممارسة الإدارية – عندما تُعتبر مصدرًا من مصادر القانون – فإنها غالبًا ما تكون كذلك بطريقة تعسفية... ويمكن القول بأنه ما دام هناك قبول لاعتبار القواعد الناتجة عن الممارسة الإدارية قواعد قانونية وليست مجرد قواعد سلوك اجتماعي خالية من أي قوة ملزمة قانونًا، فلا بد من الاعتراف بالممارسة الإدارية كمصدر من مصادر القانون، ويؤكد إدراجها بين هذه المصادر مرة أخرى، لأنه حتى وإن كانت النصوص القانونية هي المصدر الأساسي للقانون، فإنها ليست المصدر الحصري له،
فهناك مصادر أخرى تسهم بدرجات متفاوتة في تنظيم القانون".

Près, X. (2004). Chapitre II. Valeur juridique. In *Les sources complémentaires du droit d'auteur français* (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille. https://doi.org/10.4000/books.puam.565

Près, X. (2004). *Les sources complémentaires du droit d'auteur français* (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille. https://doi.org/10.4000/books.puam.549

[29] . Yvon Loussouarn, *The Relative Importance of Legislation, Custom, Doctrine, and Precedent in French Law*, 18 La. L. Rev. (1958).p251
Available at: https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol18/iss2/2.

[٣٠] . "....ويمكن لنا أن نصف في معادلة يتوسط القانون فيها بين الواقع الاجتماعي والعلاقات الاجتماعية، ولا يكون فيها ناتجا لتفاعلهما بل هو عنصرا في ذلك التفاعل ...فهذه الوسطية التي تحدد مضمون وظيفة القانون وتضبط حدود التفاعل بينه وبين الأنظمة الاجتماعية الأخرى.." . ينظر بهذا الشأن :
بشيت، فراس عبد المنعم عبد الله. ٢٠٢٠. النظام القانوني : مقاربة فلسفية .*مجلة رسالة الحقوق*،مج. ١٢، ع. ١، ص ص. ١٢٥-١٤٣.

[٣١] . La coutume est-elle une source première de droit ? – Dissertation juridique L1, 30 Nov. 2021.
https://www.doc-du-juriste.com/blog/conseils-juridiques/coutume-est-elle-une-source-premiere-droit-dissertation-juridique-30-11-2021.html

وينظر ايضا : علي مخلف حماد ، العرف الاداري ، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ،العدد ١٠، شباط ٢٠١٦ ،ص٤٠٢-٤٠٣.
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/uploads/2024/12/11/211f6c10d70201598430138de47e61cc.pdf

[٣٢]. د. أنور احمد رسلان ،القانون الإداري السعودي ، منشورات معهد الإدارة العامة ، المملكة العربية السعودية ،١٩٨٨ ، ص١١٦. د.محمود سامي جمال الدين ، المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الامارات العربية المتحدة، دار القلم للنشر والتوزيع ، دمشق ، ١٩٩٠ ، ص٣٢.

[٣٣] .د.علي خطار شطناوي ، القانون الإداري الاردني ، ط١ ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ،٢٠٠٩ ، ص٨٥.

[٣٤] . وللبعض رأي أخر بهذا الموضوع لما له من ملاحظات بشان سلطة الإدارة في التفسير وقوة ما ينتج عن هذا التفسير اذ " ...ان التفسير الممارس من قبل الإدارة الفاعلة من خلال أعمال قانونية داخلية ذات طبيعة تعدل بنفسها النظام القانوني ، إنما تشكل ممارسة لصلاحية لم تمنح للإدارة صراحة ، باستثناء الفرضيات المقررة بموجب القانون الوضعي والتي تحدد فيها الحالات التي يمكن للإدارة من خلالها ممارسة التفسير ، فان الإدارة الفاعلة لا يمكن أن تعتبر منشئة للقانون عبر تفسير يتم وفقا لنظامها الداخلي – على الأقل في الوضع الراهن- إذ إن أي اثر إنشائي او نتيجة تنظيمية لهذا التفسير يعد غريب على القانون الوضعي ...."

Rolland Frédéric. L'historicité du droit administratif français à l'épreuve de la pratique juridique. In: *Revue juridique de l'Ouest*, 2007-2. pp. 113-156.
DOI : https://doi.org/10.3406/juro.2007.2913. www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2007_num_20_2_2913

[٣٥] ." اذا كان النص القانوني ليس فيه ما يكفي لمعرفة مدى مخالفة القرار المطعون به للقانون او ما يكفي لحل النقاط في موضوع الخلاف فانه في هذه الحالة يجب الأخذ بقاعدة العرف الإداري باعتباره مصدرا من مصادر الشرعية غير المكتوبة وعلى اعتبار انه يجوز للقضاء في مثل هذه الحالة الالتجاء الى هذه القاعدة اذا استحال عليه الوصول الى الحكم القانوني في نصوص التشريع" ينظر : مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة السابعة ، الصادر في (١٩٧٩/٨/٢٨) ، اشارت اليه : د.ميسون علي عبد الهادي ، القاعدة العرفية الإدارية (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق ، ص١٢٧.

[36] . Près, X. (2004). Chapitre II. L'usage hors délégation de la loi. In *Les sources complémentaires du droit d'auteur français* (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille. https://doi.org/10.4000/books.puam.575. Près, X. (2004). *Les sources complémentaires du droit d'auteur français* (1-). Presses universitaires d'Aix-Marseille. https://doi.org/10.4000/books.puam.549

[٣٧] . " 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 فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة".. تنظر المادة (١/ فقره ٢) من القانون المدني (رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١).

[٣٨] .قرار المحكمة الإدارية العليا ، رقم الإعلام (٤٢٦) رقم الاضبارة (٩١/انضباط/ تمييز / ٢٠١٣)، غير منشور . ذكرته د.ميسون علي عبد الهادي ، القاعدة العرفية الإدارية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة كلية المأمون الجامعة ، العدد ٢٩، ٢٠١٧ ، ص١٣٢.

[٣٩] .المادة (١٣) من قانون الخدمة الجامعية رقم (٢٣) لسنة (٢٠٠٨) المعدل.

[٤٠] . ونذكر في هذا الصدد قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم (١٠٣/انضباط/تمييز/٢٠١٣) والذي جاء فيه (اعتبار القاعدة العرفية الإدارية التي تتبعها بعض الجهات الإدارية عند تشكيل اللجان التحقيقية من رئيس وعضوين وسكرتير بصفته كاتب للتحقيق غير مخالفة للقانون طالما إن السكرتير لا يشكل خللا في تشكيل اللجنة وفقا للقانون أي طالما انه لا يشارك في اتخاذ القرار ، أما في حال كون مسلك الإدارة قد خالف نص القانون بأن يكون للسكرتير في تشكيل اللجان التحقيقية دورا في اتخاذ القرار فهنا يكون نهج الإدارة قد خالف نصاً تشريعياً مما يوجب بطلان التصرف لعدم مشروعيته المتمثلة في مخالفة نص القانون أي بطلان القاعدة العرفية الإدارية لعدم مشروعيتها). أشارت إليه د. ميسون علي عبد الهادي ، مصدر سابق ، ص١٣٤.

[٤١] .رغم إن المادة (٤) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤ لسنة ١٩٩١)المعدل أشارت إلى الوثائق السرية التي يقع على عاتق الموظف واجب كتمان المعلومات الواردة فيها ، إلا إن النص لم يبين ما هي معايير السرية وما يعد من قبيل السر الوظيفي ، اذ لم ينظم المشرع العراقي هذه المسألة ضمن القوانين الوظيفية ولا ضمن قانون الحفاظ على الوثائق رقم (٧٠ لسنة ١٩٨٣) او مشروع قانون حق الحصول على المعلومة لسنة (٢٠٢٣) الذي يسمح بتصنيف أي وثيقة على إنها سرية دون وجود معايير واضحة تبرر هذا التصنيف.
للمزيد ينظر بهذا الشأن : - د. ماهر فيصل صالح الدليمي- د. وليد مرزة المخزومي، المسؤولية القانونية للموظف عن إفشائه الأسرار الوظيفية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ١ ، ٢٠١٠ ،ص 238-209.
https://aujfps.uoanbar.edu.iq/article_15711_ffc29430cc3c7c5b427efb588504d9b8.pdf

[٤٢] . ينظر بهذا الشأن : محمد مهدي محمد عبد السيد – احمد عبد الأمير عبد الرب ، دور العرف الإداري في التحقيق الإداري ، بحث منشور في مجلة اهل البيت ، جامعة اهل البيت ، المجلد ٢٠ ، العدد ١ ، ٢٠٢٥.
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/uploads/2025/03/17/4ee366bc21d264ce0ef69659ed8bb226.pdf
وينظر : الربيعي, احمد. (٢٠٢٤).*العرف الإداري في نطاق الوظيفة العامة -دراسة مقارنة* .-الرافدين للحقوق, ٢٦(٨٧), ٢٨١-٣٠٢ https://doi.org/10.33899/arlj.2024.147468.1317.

[43] . Aude Laquerrière-Lacroix. La coutume dans l'empire romain tardif. La Revue du Centre Michel de l'Hospital [édition électronique], 2013, La Revue. La Coutume, 2, pp.20-28. ffhal-03615500f
https://hal.univ-reims.fr/hal-03615500v1 , Submitted on 25 Mar 2022.

[44] . Berthe, M. (2001). Les coutumes de la France méridionale. In M. Mousnier & J. Poumarède (éds.), *La coutume au village* (1-). Presses universitaires du Midi. https://doi.org/10.4000/books.pumi.24282
Mousnier, M., & Poumarède, J. (éds.). (2001). *La coutume au village* (1-). Presses universitaires du Midi. https://doi.org/10.4000/books.pumi.24197

[45] . Stelkens, U., & Cohrs, B. (2002). Bestattungspflicht und Bestattungskostenpflicht. Ordnungs- und Sozialhilfebehörden im Spannungsverhältnis zwischen „postmortalen Persönlichkeitsrecht“ des Verstorbenen und allgemeiner Handlungsfreiheit seiner Hinterbliebenen in Zeiten knapper Kassen. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 21, 917–925.

[46] . Recht zum Gemeingebrauch am Meeresstrand: OVG Lüneburg, 10 LC 87/14 v. 19.1.2016, Abs. 114 ff. https://datenbank.nwb.de/Dokument/714848/?utm

- Recht auf Eintragung eines akademischen Grades in Handelsregister (BGH, II ZB 10/16 v. 4.4.2017, Abs. 22 ff.; entsprechendes. Gewohnheitsrecht für Personenstandsregister wurde durch Reform aufgehoben: BGH, XII ZB 526/12 v. 4.9.2013, Abs. 16 ff. = NJW 2014, 387 ff.)

-Lokale „Observanzen“, insbesondere in Bezug auf Nutzungsrechte der Gemeindeeinwohner an gemeindlichen Infrastrukturen und Einrichtungen Solche nutzungsrechtsbegründende Observanzen werden sie oft als konkludente Widmungen der jeweiligen Einrichtung bezeichnet, vgl. z.B. VGH München, 4 CE 13.2125 v. 10.10.2013 = NVwZ-RR 2014, 110 ff.; LG Saarbrücken, 5 S 200/12 v. 26.7.2013, Abs. 49 f. = NJOZ 2015, 87 f.; U. Stelkens, Die Verwaltung 46 (2013), 493, 534.

ونذكر من الأعراف الإدارية السائدة في مرافق القضاء (المحاكم) هو إلزام المحامين بارتداء قميص وربطة عنق تحت رداء المحاماة " إن التزام المحامين بارتداء الزي الرسمي في المحكمة لا ينظمه القانون إلا في عدد قليل من الولايات الفيدرالية ، وإذا كان مثل هذا التنظيم مفقودًا كما هو الحال في بافاريا فإن الالتزام ينشأ من قانون عرفي فيدرالي تم تطويره منذ تشريع الرايخ منذ أكثر من (١٠٠) عام .. ويجد القانون العرفي الاتحادي تجسيده الموضوعي في اللوائح القانونية التابعة للدولة القائمة، في بافاريا هذا هو الإعلان على الزي الرسمي للموظفين القضائيين بتاريخ ١٦ أكتوبر ١٩٥٦، كما تم تعديله في ٢٦ أبريل ١٩٦٨، ونظرًا لطبيعته القانونية باعتباره لائحة إدارية ، فإنه ليس له تأثير ملزم مباشر على المحامين ، ولكن له آثار قانونية غير مباشرة من خلال القانون العرفي، وينص على أن الزى الرسمي للمحامين (وكذلك لموظفي القضاء الاخرين) يتكون من رداء أسود وربطة عنق بيضاء. إن حقيقة أن هذا يشمل قميصًا (أبيضًا) لم يتم ذكرها صراحةً في الصياغة، ولكنها واضحة بلا شك من السياق العام للتنظيم".

Pflicht zum Tragen von Hemd und Krawatte unter der Robe für Anwalt (OLG München, 2 WS 679/06 v. 14.7.2006 = NJW 2006, 3079 f.)

http://www.saarheim.de/Entscheidungen/OLG%20Muenchen%20-%202%20Ws%20679aus06.htm (26-4-2025)

[47] . VGH München, 4 CE 13.2125 vom 10.10.2013 = NVwZ-RR 2014, 110 ff.

https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=VG%20W%FCrzburg&Datum=08.10.2013&Aktenzeichen=W%204%20E%2013.976

-LG Saarbrücken, 5 S 200/12 vom 26.7.2013, Absatz 49 ff. = NJOZ 2015, 87 f.

https://de.openlegaldata.io/case/lg-saarbrucken-2013-07-26-5-s-20012

U. Stelkens, Die Verwaltung, 46 (2013), 493, 534. zitiert nach: Prof. Dr. Ulrich Stelkens, Einführung in das Verwaltungsrecht § 3 Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen im Verwaltungsrecht, Lehrveranstaltung : zuletzt gehalten im Sommersemester 2022 , Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

https://www.unispeyer.de/fileadmin/Lehrstuehle/Stelkens/Lehrveranstaltungen/Einfuehrung_in_das_Verwaltungsrecht/3_Rechtsquellen_EinVerwR-1.pdf (19-4-2025)

[48] . BVerwG, Beschluss vom 16.02.2024 - 6 B 65.23 [ECLI:DE:BVerwG:2024:160224B6B65.23.0].https://www.bverwg.de/160224B6B65.23.0

[٤٩] . (حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٦٨١٨ لسنة ٥٠ ق عليا ، جلسة ٢٠١١/١٠/٢٦ ، مكتب فني ١/٥٧ ، رقم المبدأ ١٣/ب، رقم الصفحة ١١٥).

https://www.elmodawanaeg.com/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D9%8A/ (26-4-2025)