

العرف الدستوري والعرف الإداري بين النظرية والتطبيق

Constitutional and Administrative Custom between Theory and Practice

د. حسام عواد

جامعة الاستقلال، (فلسطين)

Awadhusam836@gmail.com

د. أشرف أبو الرب

جامعة الاستقلال، (فلسطين)

dr.ashraf.abualrob@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1516-2502>

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.4.1.2026302>

تاريخ القبول: 2025-09-01

تاريخ المراجعة: 2025-08-31

تاريخ الاستلام: 2025-08-03

المخلص

يشكل العرف عنصرًا حيويًا ومكملاً للأنظمة القانونية؛ حيث يستمر في تأدية دور محوري في توجيه السلوكيات وتنظيم العلاقات الاجتماعية، حتى في ظل وجود التشريعات المكتوبة، لذلك يكتسب فهم طبيعة العرف وقيمه الإلزامية أهمية بالغة في تعميق فهمنا لآليات عمل القواعد القانونية ومصادرها. وتعالج هذه الدراسة إشكالية القوة الإلزامية للعرف كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، وتهدف إلى تحديد منزلته ضمن القانونين الدستوري والإداري، ولتحقيق ذلك اتّبع الباحثان المنهج الوصفي التحليلي؛ حيث استخدموا المنهج الوصفي لتحديد مفهوم العرف الدستوري والإداري وأركانها الأساسية، بينما اعتمدوا المنهج التحليلي لتقييم مدى القوة الملزمة للعرف والعلاقة المتبادلة بينه وبين القوانين المكتوبة. وخلصت الدراسة إلى أن قواعد العرف تشكل مصدرًا أساسيًا للقواعد القانونية الدستورية والإدارية، وتؤدي دورًا لا يستهان به في سد الثغرات التشريعية، كما أكد في نتائجه على أن الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم تعزز مكانة العرف ودوره التكميلي في تفسير النصوص القانونية أو سد النقص فيها. وأوصى الباحثان بضرورة دمج العرف في النظام القانوني بوصفه مكملاً للقوانين المكتوبة، مع التأكيد على دور القضاء في دراسة وتطبيق الأعراف السائدة؛ شريطة توافيقها مع القوانين السارية وعدم تعارضها معها، وضرورة تحقيق التوازن بين المرونة القانونية وثبات القواعد، على الرغم من التحديات المتعلقة بتحديد مدى إلزامية العرف وتوحيد تطبيقه في مختلف الحالات.

الكلمات المفتاحية: العرف الإداري، العرف الدستوري، القوة الملزمة للعرف، المرونة القانونية، النظام القانوني.

Abstract

Custom serves as a vital and complementary element within legal systems, continuing to play a pivotal role in guiding human behaviour and regulating social relations, even in the presence of codified legislation. Therefore, comprehending the nature of custom and its binding force is crucial for a deeper understanding of the mechanisms and sources of legal rules.

This research addresses the issue of custom's binding force as a source of legal rules, aiming to determine its standing within constitutional and administrative law. To achieve this, the researchers adopted a dual methodology: descriptive-analytical. The descriptive approach was used to define the concepts of constitutional and administrative custom and their fundamental pillars, while the analytical approach was employed to assess the binding force of custom and its relationship with codified laws.

The study concluded that customary rules are a fundamental source of constitutional and administrative legal principles, playing a significant role in bridging legislative gaps. Its findings also affirmed that judicial rulings reinforce the status of custom and its complementary function in interpreting legal texts or addressing their deficiencies.

The research recommended the necessity of integrating custom into the legal system as a complement to written laws. It emphasised the judiciary's role in studying and applying prevailing customs, provided they are consistent with existing laws and do not conflict with them. The recommendations also highlighted the need to achieve a balance between legal flexibility and the stability of rules, despite the challenges related to defining custom's scope of binding force and standardising its application across different cases.

Keywords: Administrative custom, constitutional custom, binding force of custom, legal flexibility, legal system.

المقدمة

تطور العرف بمرور الزمن ليصبح نظامًا قانونيًا متكاملًا شمل قواعد تحكم مختلف جوانب الحياة الاجتماعية، وقد شكل هذا النظام ردة فعل طبيعية على الحاجة إلى تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع وتلبية متطلبات الحياة المتغيرة، وبذلك كان العرف مرآة عاكسة للقيم والمعتقدات السائدة في كل مجتمع. وكان العرف أو العادة المتوارثة حجر الأساس للعديد من الأنظمة القانونية القديمة قبل نشوء الدول والقوانين المكتوبة، وهو المعيار الذي يحكم سلوك الأفراد وتفاعلاتهم الاجتماعية. وحتى مع تطور الأنظمة القانونية، ما يزال العرف يؤدي دورًا مهمًا في تفسير وتكميل القوانين المكتوبة، ومن الثابت أن جوهر القانون هو المضمون الاجتماعي؛ كون القانون قد نشأ بقصد تنظيم الحياة الاجتماعية، والعرف والتشريع هما من مصادر القانون في العالم القديم والعالم الحديث، وقد أدّى دورًا كبيرًا في تنظيم الحياة الاجتماعية¹.

فالعرف (Custom) يعد المصدر التاريخي الأول للنظم القانونية المعاصرة كافة أيًا كانت؛ فهو المصدر الأول للقانون الروماني الذي يعد أصل النظام اللاتيني، وهو المصدر الأول للقانون الإنجليزي الذي هو أصل النظام القانوني الأنجلو سكسوني، وما زال العرف يحتل مرتبة كبرى في كلا النظامين². يرجع النظام القانوني اللاتيني إلى القانون الروماني (Roman Law)، وهو القانون الذي انتقل إلى القانون الفرنسي من خلال تقنيات نابليون في العام 1804، والتي بدورها قد جرى اقتباسها في العديد من البلاد العربية والإسلامية مع بزوغ حركة تحديث وتغريب النظم القانونية في هذه البلاد في القرن التاسع عشر³.

ويقصد بالعرف في القانون الروماني أنه: مجموعة القواعد القانونية التي ظهرت وطبقت في المجتمع الروماني منذ نشأة روما حتى صدور مجموعات جستنيان في القرن السادس الميلادي. وتتجلى أهمية القانون الروماني من الناحية القانونية في أنه قد أثر تأثيرًا كبيرًا في نشأة وتكوين الأفكار والنظم

¹ حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 63.

² رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني المدخل إلى القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 102.

³ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 103.

القانونية العالمية. فقد تميز الرومان بالقدرة على التحليل والتصنيف والتنظير واستخلاص المبادئ العامة واستنباطها¹.

وقد أدى التفاعل بين الفلسفة الإغريقية والقانون الروماني إلى تطورات جوهرية في النظام القانوني الروماني؛ فعلى الرغم من تزايد أهمية التشريع بيد أن العرف استمر في تأدية دور محوري في تشكيل القواعد القانونية. فقد كان للعرف القدرة على تعديل القواعد القانونية المكتوبة؛ بل وإنشاء قواعد جديدة، مما يؤكد على مرونة النظام القانوني الروماني، وقدرته على التكيف مع التغيرات الاجتماعية. ويشير هذا أيضًا إلى أن التشريع وحده لا يكفي لتلبية الاحتياجات المتغيرة للمجتمع، وأن العرف يؤدي دورًا حيويًا في سد الثغرات القانونية².

مع تطور المجتمعات وتأسيس الدول، بدأت السلطة المركزية تتدخل في تفعيل العرف وإنشائه؛ حيث أسست محاكم خاصة لتطبيق القواعد العرفية، ثم تطورت هذه العملية إلى مرحلة إصدار السلطة التشريعية لقواعد قانونية مكتوبة، ما أدى إلى تراجع دور العرف تدريجيًا، ويشير التاريخ إلى أن العرف قد حظي بأهمية بالغة كمصدر رئيس للقانون في الحضارات القديمة، فشرائع مثل شريعة حمورابي واللوائح الاثنتي عشرة لم تكن سوى توثيق لقواعد عرفية كانت سائدة في تلك المجتمعات.

وعلى الرغم من تراجع دوره الرسمي إلا أن العرف يظل مصدرًا مهمًا للعديد من القواعد القانونية؛ فهو يشكل الأساس التاريخي والمادي للتشريع؛ حيث يستلهم المشرعون الأعراف السائدة التي تعكس حاجات المجتمع وتطلعاته، فهو ليس مجرد أثر تاريخي؛ بل هو عنصر حيوي في تطور النظام القانوني.

أهمية البحث

وتتجلى أهمية هذا الموضوع على المستويين العلمي (النظري) والعملي (التطبيقي)، من عدة جوانب:

على المستوى العلمي (النظري):

إذ إنها وبوصف العرف أحد مصادر القانون لما يحمله من دلالات تاريخية واجتماعية وقانونية عميقة، فالعرف ليس مجرد ممارسات متوارثة؛ بل هو نظام متكامل من القواعد والقيم التي شكلت هوية المجتمعات عبر العصور، وعليه تتجلى أهمية الموضوع العلمية بكونه يساهم في فهم جذور القانون؛ حيث

¹. أحمد حسن، تاريخ القانون المصري، دار المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 56.

². أحمد حسن، مفهوم القانون الطبيعي الكلاسيكي، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص 212.

تساعدنا دراسة العرف على فهم أصول النظم القانونية المختلفة وتطورها؛ فالعرف هو اللبنة الأولى التي بنيت عليها الأبنية القانونية المعقدة التي نراها اليوم.

وكذلك كشف العلاقة بين القانون والمجتمع؛ حيث يظهر العرف كيف أن القانون ليس مجرد مجموعة من القواعد الجافة؛ بل هو انعكاس حي للثقافة والقيم الاجتماعية للمجتمع، وتسهم الكتابة في الموضوع في تقييم دور العرف في النظام القانوني المعاصر في ظل وجود الأنظمة القانونية المكتوبة، وكيف يتفاعل العرف مع التشريع. وتكتسب الدراسة أهميتها كذلك من أنها تعزز الوعي القانوني؛ حيث تساهم في تعزيز الوعي بأحد مصادر القانون العام التي قد تكون مهمة أو غير مفهومة بالشكل الكافي، مما يثري المعرفة القانونية للباحثين والممارسين على حد سواء.

على المستوى العملي (التطبيقي):

فتسهم دراسة العرف في تطوير النظم القانونية؛ حيث يمكننا من خلال دراسة العرف اقتراح تعديلات وتطويرات على الأنظمة القانونية الحالية؛ لجعلها أكثر ملاءمة للظروف المعاصرة، وكذلك حل النزاعات القانونية، إذ إنه في بعض الحالات قد يكون العرف هو الحاكم في حل النزاعات، خاصة في المسائل التي لم يتطرق إليها التشريع بشكل صريح. أضف إلى ذلك أن الدراسة يمكن أن تقدم رؤى مفيدة للمشرعين والقضاة والإداريين حول كيفية التعامل مع العرف، سواء أكان من حيث الاعتداد به أم تحديده مما يعزز اليقين القانوني.

أهداف البحث

من خلال ما تقدم يمكن القول إن الأهداف الرئيسية للدراسة تتمثل فيما يلي:

1. تهدف الدراسة إلى تعميق فهم أصول النظم القانونية من خلال دراسة العرف بوصفه اللبنة الأولى التي تشكلت منها القواعد القانونية المعاصرة.
2. تسعى الدراسة إلى إظهار حقيقة أن القانون ليس مجرد قواعد جامدة؛ بل هو انعكاس حي للقيم الثقافية والاجتماعية التي تشكل العرف، مما يسهم في فهم التفاعل بينهما.
3. تهدف الدراسة إلى تحليل كيفية تفاعل العرف مع التشريعات المكتوبة، وتقييم دوره في سد الثغرات القانونية وتطوير الأنظمة القائمة.
4. تهدف الدراسة إلى إثراء المعرفة القانونية حول العرف كمصدر من مصادر القانون، وتقديم إرشادات عملية للمشرعين والقضاة والإداريين حول كيفية التعامل معه لحل النزاعات وتعزيز اليقين القانوني.

إشكالية البحث

يعد العرف مصدرًا حيويًا للأنظمة القانونية؛ حيث يستمر في تنظيم السلوكيات والعلاقات الاجتماعية حتى في ظل وجود التشريعات المكتوبة. ونظرًا لأهميته التاريخية ودوره الفعال في سد الثغرات القانونية وتطوير الأنظمة، فإن فهم طبيعته وقوته الإلزامية أمر ضروري لإدراك كيفية تفاعله مع مصادر القانون الأخرى. من هنا، تطرح هذه الدراسة تساؤلًا جوهريًا حول:

ماهية العرف كمصدر من مصادر القواعد القانونية، ومدى إلزاميته في القواعد القانونية الإدارية والدستورية؟

منهجية البحث

اختار الباحثان المنهج الوصفي التحليلي؛ فالمنهج الوصفي لغايات بيان مفهوم العرف الدستوري والإداري، وتحديد الأركان الرئيسية لكل منهما، ثم استخدم الباحثان المنهج التحليلي لهدف الوقوف على مدى القوة الملزمة للعرف كمصدر رئيس من مصادر القاعدة القانونية، وتحديد منزلته في القانونين الدستوري والإداري، والعلاقة بينهما.

حيث يعد العرف مصدرًا غير رسمي للقواعد القانونية؛ ولكنه يبقى مؤثرًا في تطور القانون وتطبيقه، فالعرف يعكس الممارسات الاجتماعية المتعارف عليها والتي قد لا تجد نصًا قانونيًا صريحًا ينظمها. وبالتالي، فإن دراسة العرف تساهم في سد الثغرات القانونية وتطوير القوانين بما يتناسب مع احتياجات المجتمع المتغيرة.

خطة البحث

قُسمت هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: الإطار النظري للعرف الدستوري والإداري، ويُقسم إلى مطلبين

المطلب الأول: مفهوم العرف.

المطلب الثاني: أركان العرف.

المبحث الثاني: أساس القوة الإلزامية للعرف وتطبيقاته العملية، ويُقسم إلى مطلبين

المطلب الأول: منزلة العرف في القانونين الدستوري والإداري.

المطلب الثاني: العلاقة بين القانون الدستوري والقانون الإداري والفروق الجوهرية بينهما.

المبحث الأول

الإطار النظري للعرف الدستوري والعرف الإداري

لم تعرف المجتمعات القديمة القانون؛ حيث إنّ العادات والتقاليد هي التي كانت سائدة في تلك الحُقب، وهو يعد من أقدم مصادر القانون في المجتمعات البدائية الأولى؛ حيث سادت العادات بين الناس واتبعوها في تعاملاتهم لإدارة شؤون حياتهم¹.

ولذلك فإن الاهتمام بموضوع العرف من الأمور التي تدفع إلى رفعة المجتمع، وتزيد من فاعلية الأفراد داخل المجتمعات؛ حيث تحتل القوانين العرفية أهمية خاصة في ذاكرة الشعوب والمجتمعات، فهي التي تحدد هويتهم ونمط عيشهم، وطريقة معاملاتهم وثقافتهم ورؤيتهم للمستقبل وللعالم؛ حيث يشمل قانون العرف الملكية والالتزامات وعقود البيع وغيرها من التعاملات التي ما زال الناس يتبعونها.

وفي ضوء ما سبق بيانه: تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: تناول مفهوم العرف، والمطلب الثاني: تناول بالتفصيل أركان العرف.

المطلب الأول

مفهوم العرف وأنواعه

يعد العرف أحد المصادر التاريخية والقانونية المهمة التي شكلت القواعد القانونية عبر العصور؛ حيث ما يزال يؤدي دورًا محوريًا في توجيه السلوكيات، وتنظيم العلاقات الاجتماعية حتى في ظل وجود التشريعات المكتوبة، ونظرًا لأهميته البالغة في سد الثغرات التشريعية وتطوير الأنظمة القانونية، يصبح من الضروري فهم ماهيته وأنواعه المختلفة، لا سيما في سياق القانونين الدستوري والإداري. لذا، تمّ في هذا المطلب تناول مفهوم العرف (أولاً)، وتحديد أنواعه الرئيسية (ثانيًا).

أولاً- مفهوم العرف:

ينشأ العرف بشكل تدريجي من خلال الاستعمال المتكرر لسلوك أو تصرف معين؛ بحيث يصبح هذا السلوك مقبولا ومتوقعا في المجتمع، على عكس التشريع الذي ينبع من سلطة تشريعية معينة، فإن العرف لا يرتبط بمصدر محدد، ويكتسب العرف قوته من استمراره وتقبله الاجتماعي؛ حيث يعد المجتمع احترامه وتطبيقه أمرا واجبا، وعليه فإن العرف يؤثر بشكل كبير على النظام القانوني وسلوك الأفراد².

¹ محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة- كلية الحقوق، المجلد 41، العدد 3-4، ديسمبر 1971، ص 540.

² صوفي أبو طالب، في أثر الفلسفة الإغريقية في القانوني مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة، القاهرة، 1971 ص 69.

وفي هذا السياق يرى بعض الفقهاء أن العرف والقانون الوضعي (التشريع) يمثلان وجهين لعملة واحدة، فكلاهما يضطلعان بوظيفة تنظيم السلوك الاجتماعي، إلا إنَّ الفارق الجوهرى بينهما يكمن في أصولهما: فالعرف ينبثق من الأعراف والتقاليد المتوارثة التي تتشكل بفعل التفاعلات الاجتماعية المتكررة، بينما يصدر التشريع عن سلطة تشريعية ذات صفة رسمية، ويتم صياغته بشكل نصوص قانونية واضحة. وبعبارة أخرى، فإن العرف هو قانون غير مكتوب ينشأ تلقائياً، بينما التشريع هو قانون مكتوب يفرض إرادياً¹.

ويشكل العرف والقانون الوضعي مصدرين رئيسيين للقانون؛ فالعرف بصفته قاعدة قانونية غير مكتوبة قد يكون له قوة إلزامية مماثلة للقانون المكتوب في بعض الحالات، خاصة في المجتمعات التي تتميز بتقليد قوي. أما التشريع فيتميز بوضوحه وصراحته مما يسهل تطبيقه في الحياة العملية، ومع ذلك فإن تفسير وتطبيق القواعد العرفية قد يتطلب الرجوع إلى عادات وتقاليد المجتمع المعني.

إن التعريف التقليدي للعرف بوصفه "قانوناً غير مكتوب" لا يفي بالغرض في تحديد ماهيته بدقة، فالعرف ليس مجرد مجموعة من العادات والتقاليد؛ بل هو نظام قانوني قائم بذاته يتميز بخصائص محددة، منها: استمراريته، وإلزاميته، وتطوره. وبالتالي، فإن التمييز بين العرف وبقية مصادر القانون يتطلب دراسة معمقة لخصائصه الفريدة وأوجه اختلافه عن تلك المصادر.

لذلك يمكن تعريف العرف بأنه: مجموعة القواعد التي تنشأ من اعتياد الناس على اتباع سلوك أو قاعدة معينة في مسألة محددة فترة من الزمن، مع شعورهم بإلزامها قانوناً.

على الرغم من تصنيف العرف كأحد مصادر القانون إلا إنَّ أهميته ودوره يتباينان بشكل ملحوظ عند الاعتماد عليه في العديد من فروع القانون؛ ففي القانون الدستوري مثلاً نجد تبايناً كبيراً بين النظم القانونية المختلفة، إذ إنه وفي النظم التي تعتمد على الدساتير المكتوبة يتراجع دور العرف مقارنة بنظم أخرى لا تعتمد الدساتير المكتوبة، مثل النظام البريطاني الذي يركز بشكل أساسي على العرف في تكوين قواعده الدستورية. وفي المقابل يكتسب العرف أهمية متزايدة في القانون الإداري؛ حيث يساهم في تكوين القواعد الإدارية ويسد الثغرات التي قد تتركها التشريعات واللوائح، كما أنه يشكل الأساس التاريخي للعديد من المبادئ الإدارية.

فهو قاعدة قانونية غير مكتوبة جرت السلطة الإدارية على اتباعها في مباشرتها لوظيفتها بصدد حالة معينة فترة من الزمن؛ بحيث تصبح الإدارة والمتعاملون معها ملتزمين باحترامها، وتعد قواعد العرف

¹ عمر مصطفى، أصول تاريخ القانون، دار المعارف، الإسكندرية، 1963، ص 83.

الإداري مصدرًا من مصادر مبدأ المشروعية التي لجأ إليها القضاء الإداري الأردني للفصل في المنازعات الإدارية التي عرضت عليه، وعلى حد تعبير محكمة العدل "وحيث إنّه من المبادئ الفقهية المسلم بها فيما يتعلق بالعرف الإداري الذي جرت الإدارة على اتّباعه سواءً أكان مسطوراً أم غير مسطور يعدّ بحكم القاعدة القانونية ويتحتّم على الإدارة اتّباعه في إجراءاتها، كما يباح لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا العرف تمسكه بالقانون"¹.

لذا تعدّ القواعد غير المكتوبة التي تتكون جراء العادات التي تلتزمها الإدارات العامة في مجال الشؤون الإدارية المختلفة مصدرًا من مصادر القانون الإداري².

كما تصدّت محكمة العدل العليا الأردنية لتعريف العرف الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 13/6/1981 عبر التعريف الآتي "سير الإدارة على نحو معين في مواجهة حالة معينة؛ بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب ما دامت الإدارة تسير على سنن معينة باطراد المدة الكافية، والتزمت به دائماً وطبقته في جميع الحالات الفردية، وكان هذا العرف غير مخالف لأي نص من نصوص التشريع"³. وهنا يجب عدم الخلط بين أركان العرف الإداري الذي سنأتي إليه لاحقاً، وبين مشروعية الاعتياد الإداري بوصف الأخير يشكل الركن المادي للأول؛ ومعنى ذلك أنه لا يجوز الأخذ بالاعتياد الإداري إذا ثبتت مخالفته للقانون.

ثانياً - أنواع العرف

يتخذ مسلك الإدارة أشكالاً وصوراً متعددة ومتنوعة، فقد يأخذ الشكل المكمل للنص التشريعي أو المفسر له في الحالات التي يشوبها الغموض، ولهذه الغايات نستعرض في هذا المبحث أنواع العرف التالية⁴:

1. **العرف المخالف:** هو كل قاعدة عرفية تتعارض مع مبدأ الشرعية في التشريع، والذي يقضي بأن يكون كل تصرف إداري مبنياً على سند قانوني صحيح، ولا يمكن وصف أي عرف يتعارض مع نصوص قانونية مكتوبة عرفاً ساري المفعول؛ حتى وإن كان قد استقر على حاله في الممارسة

¹ قرار العدل العليا الأردنية رقم 19/6/1973، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، 1973، ص 929.

² بكر القباني، العرف مصدر للقانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 56.

³ قرار العدل العليا الأردنية بتاريخ 13/6/1981، منشور نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، 1981، ص 1265.

⁴ عبد الناصر أبو سمهدانة، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الشامل للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 73.

الإدارية. وبالتالي، فإن أي اعتياد إداري مخالف للقانون يعد بمثابة تجاوز لصلاحيات الإدارة ويؤدي إلى بطلان القرارات الإدارية المستندة إليه¹.

2. **العرف المفسر:** هو تفسير قانوني مستقر يهدف إلى استكمال النص القانوني لا تعديله، فعندما يكون النص القانوني غير واضح أو يحتوي على ثغرات؛ يأتي العرف لملء هذه الفراغات وتوضيح المعنى المقصود. هذا النوع من العرف يعد جزءاً من النظام القانوني وله قوة إلزامية. وعلى النقيض من ذلك، لا يمكن للإدارة أن تستحدث عرفاً مفسراً لتجاوز النص القانوني الواضح؛ بل يجب عليها الالتزام به.

وتضطر الإدارة - في بعض الأحيان بحكم الضرورة العملية - إلى تفسير النصوص التشريعية التي يشوبها الغموض؛ وذلك لضمان حسن تطبيقها، ويعد هذا التفسير المنهجي عند اقترانه بشعور الإلزام لدى الإدارة بمثابة عرف إداري مفسر؛ حيث يشكل التطبيق المتواتر للنص القانوني الغامض والتفسير المصاحب له ركنًا ماديًا لهذا العرف².

3. **العرف المكمل:** يشكل العرف المكمل آلية تعويضية لسد الثغرات التي قد تظهر في النصوص الدستورية والقانونية المنظمة للنشاط الإداري، ويتميز هذا النوع من العرف بقدرته على التكيف مع التطورات السريعة في المجال الإداري وتعدد مجالاته، وذلك شريطة ألا يتعارض مع أي نص قانوني قائم³.

وبالتالي، فإن العرف المكمل يؤدي دوراً مهماً في استكمال النظام القانوني الإداري وتكييفه مع المتغيرات المستجدة، ويشترط لوجود العرف المكمل ألا يتعارض مع أي نص قانوني صريح. وبهذا المعنى، فإن العرف المكمل لا يخلق حقاً جديداً؛ بل يقوم بتفسير القواعد القانونية القائمة وتطبيقها على ضوء الممارسة المستمرة، ويشكل هذا النوع من العرف آلية مرنة لتكييف النظام القانوني الإداري مع المتغيرات المستجدة.

فالعرف المكمل يعد من أهم مقومات النشاط الإداري في الدولة دون خلل وبالشكل الصحيح؛ ذلك لأنه يعكس طبيعة القانون الإداري المرن والمتطور دائماً بتطور الحياة بشكل عام، ويجب التقيد به؛ وتعد مخالفته خروجاً عن مبدأ المشروعية وسيادة القانون. أما في مجال العرف الدستوري

¹ علي الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 43.

² المرجع السابق، ص 47.

³ بكر القباني، مرجع سابق، ص 59.

فيفترض هذا العرف سكوت الدستور عن تنظيم موضوع معين، وبالتالي لا يستند العرف هنا إلى نص دستوري؛ بل يكون دوره تكملة لما يعتري النصوص من نقص أو غموض، ويكون للعرف المكمل قوة الدستور كالعرف المفسر.

4. **العرف المعدل:** ويهدف العرف المعدل إلى تعديل أحكام الدستور أو قاعدة قانونية مكتوبة؛ وذلك بالإضافة إليها أو الحذف منها.

وفي هذا الصدد نشير إلى ما قضت به محكمة العدل العليا الفلسطينية بخصوص العرف كأحد المصادر غير المكتوبة لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، وذلك حين نظرها فيما قضت به بمناسبة تأصيلها مدى وصف المستشفى الأهلي العربي من مؤسسات النفع العام، وخضوعها للقانون العام من عدمه؛ حيث قررت: "قد جرى العرف في فلسطين على أن للدولة حق الإشراف والقوامة الإدارية على المستشفيات الخاصة ومعاهد التعليم الخاصة، وأن وزارة الشؤون الاجتماعية - مديرية الشؤون الاجتماعية سابقاً- لها حق الإشراف على الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية، ولها حق التدخل في شؤونها إذا انحرفت عن تحقيق النفع العام والصالح العام للمواطنين"¹.

المطلب الثاني

أركان العرف

يعرف العرف الدستوري بأنه عادة دستورية تتصل بنظام الحكم في الدولة، درجت الهيئة الحاكمة على اتباعها والعمل بموجبها. ويتكون العرف الدستوري من ركنين أساسيين: أولهما الركن المادي الذي يتمثل في الاعتياد والمداومة على تكرار قاعدة عامة؛ بحيث يجب أن تكون الأفعال المتكررة صادرة عن الهيئات العامة الحاكمة في الدولة، وتكون ذات صبغة عامة ومتبعة ممن يعينهم الأمر ومنتظمة بلا انقطاع، ومستقرة وقديمة؛ بحيث يمر زمن كافٍ يؤكد استقرارها. وثانيهما الركن المعنوي الذي يعني أن يتولد لدى الهيئات العامة الحاكمة في الدولة اعتقاد بأن هذه القاعدة العامة ملزمة قانوناً².

يعرف العرف الإداري في القضاء الإداري بأنه مجموعة القواعد غير المكتوبة التي تستقر في ممارسة الإدارة العامة نتيجة تكرارها وتطبيقها على نحو منتظم في مجال معين من نشاطها، وبمرور الوقت، تكتسب هذه الممارسات قوة إلزامية مما يجعلها بمثابة مصدر من مصادر القانون الإداري، ويترتب

¹ المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1991\3\30 الطعن رقم 382 لسنة 32ق، مكتب فني ج2، مصر، ص 966.

² عبد الناصر أبو سمهدانة، مرجع سابق، ص 80.

على مخالفتها مسؤولية إدارية¹؛ أي أن تفسير الإدارة على نمط معين في عملها مع تكرار السير على هذه القاعدة بشكل منتظم ومستمر بما يرسخ الاعتقاد لدى الإدارة والأفراد بأنها قد أصبحت ملزمة²، ويمكن القول: إن العرف الإداري ما يجري عليه العمل من جانب الإدارة وهو ما يطلق عليه في بعض الأنظمة أو الدول حالة الاعتقاد أو التكرار.

أولاً- الركن المادي:

لقيام الركن المادي يتعين توافر مجموعة من الشروط، وأهمها: ركن الاعتقاد، أي تكرار التصرف الإيجابي أو السلبي مرات عديدة، أو القيام بالتصرف ذاته بصدد جميع الحالات المماثلة، فتكرار التصرف ضروري وأساسي لوصفه بأنه مكوّن ومشكّل للاعتقاد الإداري، ولكن تحديد عدد المرات المكونة للاعتقاد مسألة نسبية تختلف تبعاً لاختلاف العادات الإدارية؛ وهو أمر يتعذر معه إخضاعه لحدود دقيقة وموحدة؛ لذا ينبغي تركه لتقدير القضاء الإداري حيث يقدره في كل حالة على حدة، حسب الظروف الواقعية المحيطة بالمسلك الإداري مع ضرورة توافر عدد من الشروط³:

الشرط الأول - عمومية الاعتقاد:

فالاعتقاد الإداري يجب أن يكون صحيحاً ومشروعاً، وأن يكون عاماً، فعلى الإدارة اتباع المسلك الإداري الإيجابي أو السلبي ذاته بصدد جميع الحالات المماثلة والمتشابهة، فإذا توافرت الشروط الخاصة يجب على الإدارة اتباع المسلك الإداري ذاته، ولا يقصد بعمومية الاعتقاد اتباع جميع الدوائر الحكومية المسلك ذاته المتبع في إحداها، فتحقق عمومية الاعتقاد حينما تتبع الإدارة المسلك ذاته بصدد الحالات المماثلة⁴.

الشرط الثاني - القَدَم:

يجب أن يكون اعتقاد الإدارة على اتباع المسلك ذاته قديماً نسبياً؛ أي أن يكون قد مضى عليه مدة معينة من الزمن؛ وذلك للتدليل على أن اتباع الإدارة لهذا المسلك لم يكن نتيجة نزعة عابرة لفترة؛ بل كان

¹. المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1995\1\7 الطعن رقم 1163 لسنة 38، مكتب فني 40 ج1، مصر، 1995، ص 847.

². عبد الله بسيوني، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة، مصر، 2007، ص 115.

³. إبراهيم شيجا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، 1999، ص 82.

⁴. علي الشنطاوي، مرجع سابق، ص 59.

نزولاً عند نزعة دائمة منذ زمن طويل، ووليد تفكير طويل وعميق ومتأن¹؛ ولكن يصعب تحديد عدد السنوات اللازمة لتحقيق شرط القَدَم، إذ إنّ التحديد المسبق يتسم بطابع تحكّمي لا يستند إلى أي أساس منطقي وواقعي، فالمسألة نسبية يتولى القضاء الإداري أمر تحديدها حسب كل حالة على حدة.

وفي هذا الصدد قضت محكمة العدل العليا الأردنية "وحيث إنّ مجلس نقابة المحامين النظاميين قد سار بانتظام منذ العام 1967 حتى اليوم على وصف إضراب المحامين في الضفة الغربية واجباً على كل محامٍ من المحامين النظاميين هناك، وكانت تعاقب كل محامٍ يشذ عن الإضراب أو يخرج عليه، والتزمت بتطبيق ذلك في كل الحالات الفردية على أساس أن هذا الواجب تفرضه تقاليد النقابة على المحامين كافة"².

الشرط الثالث - الثبات:

يقصد بالثبات أن تتبع الإدارة المسلك ذاته بصورة دائمة ومنتظمة غير متقطعة، فإذا اتبعت الإدارة تارة وتركته تارة أخرى وأخذت بمسلك جديد؛ تكون قد عدلت عن مسلكها السابق، وبذا لا يمكن القول بثبات المسلك؛ ولكن لا يعد العدول عن اتباع المسلك مرة واحدة أو تركه مرة واحدة عدولاً كلياً عن المسلك القديم وبدء مسلك جديد، خصوصاً إذا عاودت الإدارة اتباع المسلك ذاته في معظم الحالات المشابهة أو المتماثلة³.

وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا الأردنية" بما أن إضراب المحامين في الضفة الغربية قد أصبح تقليداً ملزماً للمحامين الموجودين في فلسطين المحتلة كافة، حسب ما التزمت به نقابة المحامين بانتظام واستمرار؛ لذا فإن خروج المستدعي عن تقاليد النقابة بهذا الخصوص يستوجب معاقبته تأديبياً⁴.

الشرط الرابع - مشروعية الاعتیاد:

يقصد بمشروعية الاعتیاد ألا يخالف مسلك الإدارة قاعدة قانونية، إذ لا يمكن لاعتیاد الإدارة أن يكون الركن المادي اللازم لقيام العرف الإداري إذا كان مخالفاً لقاعدة قانونية؛ سواء أكانت قاعدة دستورية أم قاعدة واردة في قانون عادي⁵.

¹. بكر القباني، مرجع سابق، ص 73.

². عدل عليا أردنية 1981\6\13، منشور في مجلة نقابة المحامين، الأردن، 1981، ص 1265.

³. إبراهيم شيجا، مرجع سابق، ص 86.

⁴. قرار العدل العليا الأردنية بتاريخ 1981\6\13، منشور نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، 1981، ص 1265.

⁵. بكر القباني، مرجع سابق، ص 79.

وفي هذا السياق قضت محكمة العدل العليا الأردنية بالآتي نصه "..... كان الاعتياد مخالفاً للقانون العادي فقضت بعدم مشروعية هذا الاعتياد، وحيث إن القانون 34 لسنة 1976 قد ألغى قانون محاكم العشائر، ومحكمة استئناف العشائر، وقانون الإشراف على البدو، وهي القوانين التي كانت تجيز اتباع الأعراف والعادات العشائرية بخصوص الخلاف الناشئ عن القتل، أو الاعتداء على العرض، أو بعض الخصومات الأخرى؛ الأمر الذي يفيد أن واضع القانون قد أبطل قاعدة حل هذه النزاعات بالطرق العشائرية؛ ويترتب على ذلك أن تحل هذه الخلافات وفق القواعد النافذة المفعول. وبهذه الحالة لا يجوز أن يحتج بالعرف الإداري لتعارض العرف مع النص الصريح في القانون"¹.

وبالإضافة إلى الشروط الأربعة التي تم ذكرها آنفاً هناك من يضيف شرطاً آخر وهو شرط معقولية الاعتياد؛ أي ألا يكون الاعتياد الإداري مخالفاً للمعقول، وهو شرط سلبي، أو أن يكون مطابقاً للمعقول، وهو شرط إيجابي. أو شرط العلانية والذويوع: بمعنى ألا يكون اعتياد الإدارة مستتراً؛ بل يجب أن يكون ظاهراً على نحو يجعله معلوماً لمن ينطبق عليهم. وهذا الشرط يدل على أنه في الأصل موجود ضمناً ضمن شرط المشروعية، أما شرط العلانية فهو شرط مستحيل التحقق؛ حيث يصعب أحياناً على المتعاملين مع إدارة معينة الإلمام بالأعراف الإدارية المتبعة من قبلها.

ثانياً - الركن المعنوي:

يقصد بالركن المعنوي في العرف الإداري أن يتولد لدى القائمين على الإدارة من المسؤولين والموظفين اعتقاد راسخ بأن الممارسة الإدارية المتبعة بشكل مستمر ومنتظم لم تعد مجرد عادة؛ بل قد اكتسبت قوة إلزامية تعادل قوة القاعدة القانونية، هذا الشعور بالإلزام يجعلهم يلتزمون بهذه الممارسة كقاعدة قانونية واجبة التطبيق².

ويجب أن يتوافر للعرف الإداري شرطان، الأول: أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصورة منتظمة، والثاني: ألا يكون العرف مخالفاً لنص قائم؛ لأن العرف يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع، كما أنه يتعين على جهة الإدارة المساواة بين المواطنين وتحقيق العدالة الإدارية؛ وبالتالي تصبح جهة الإدارة ملتزمة بأن تطبق على الموظف أو المواطن القاعدة ذاتها التي طبقها على من هو في مركزه³.

¹ عدل عليا أردنية 1985\1\12، منشور في مجلة نقابة المحامين، الأردن، 1985، ص 386،

² حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 382 لسنة 32 ق عليا، جلسة 1991/3/30، مكتب فني 2/36، رقم المبدأ 100، مصر، ص 966.

³ المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1995\1\7 الطعن رقم 1163 لسنة 38 قضائية، ص 750.

ويجب ملاحظة أنه لا يجوز لجهة الإدارة طبقاً للأعراف الإدارية أن تستفيد من أي أخطاء قد تعتري ما أصدرته من قرارات، ومثال ذلك أن تستند جهة الإدارة في قرارها باستبعاد مرشح للتعيين في وظيفة قيادية إلى خطئها في تشكيل اللجنة الدائمة المكلفة بالاختيار، وفي جميع الأحوال لا يجوز لجهة الإدارة أن تحل إرادتها محل إرادة المشرع، كما لا يجوز لها أن تخفي ما أصدرته من قرارات عن ذوي الشأن.

أما بخصوص القيمة القانونية للتعليمات والمنشورات والأوامر المصلحية فإنها لا تعدو أن تكون من قبيل التيسير على جهات الإدارة وكفالة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، كما أن اطراد العمل على مخالفة القانون - بفرض حدوثه - لا يسبغ الشرعية على هذه المخالفة؛ بل يظل على الرغم من ذلك انحرافاً ينبغي تقيمه¹.

العرف الإداري (أو القانون الإداري غير المكتوب) هو جملة القواعد التنظيمية الإدارية التي تلتزم بها الجهات الإدارية في أداء مسؤولياتها وواجباتها، والتي لا تتعارض مع أية قاعدة قانونية مكتوبة، أو مع النظام العام وتتبع قواعد العرف الإداري من واقع الحياة، وتبرز من خلال الممارسة الإدارية وتفاعلها في ظروف الواقع².

والجدير بالذكر أن الممارسة الإدارية تكتسب صفة العرف الإداري بتكرار التعامل بمقتضاها، ومداومة تطبيقها بمضي المدة منزلة في ضمير رجال الإدارة واعتقادهم، وفي ذهن القائمين على مسار العمل الإداري ترتفع إلى منزلة القواعد القانونية، على نحو يستوجب الالتزام بها كقاعدة قانونية؛ فيجب على القاضي الإداري تطبيق الأعراف الإدارية على المنازعة التي يفصل فيها، وتطبيق القاعدة التي تقرر أنه يجب أن يصدر قرار أية لجنة (أو أي تشكيل مماثل) بأغلبية الآراء حال حضور جلسة الاجتماع، أو بإجماعهم حال موافقتهم بالتمرير، وذلك على أساس أن عدم توقيع أحد الأعضاء يعني اعتراضه، وأن هذا الاعتراض قد يكون من شأنه التأثير في آراء باقي الأعضاء الذين لو تم اجتماعهم وتناقشوا وجها لوجه لربما كانوا قد تبنوا هذا الرأي³.

¹ ملكة الصروخ، القانون الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، السنة 1992، ص 135.

² عبد الله بسيوني، مرجع سابق، ص 122.

³ علي الشنطاوي، مرجع سابق، ص 87.

ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن هذه القاعدة (وجوب الموافقة بالإجماع حال التمرير) تجد لها استثناء حال ثبوت أن أحد أعضاء اللجنة أو التشكيل يستحيل عليه التوقيع لظرف قهري (كسفره للخارج)، مع تحقق حالة الضرورة والاستعجال التي توجب سرعة إصدار القرار¹.

واتساقاً مع هذا المضمون قضت محكمة العدل العليا الأردنية "أن العرف الإداري الذي درجت عليه وزارة الصناعة والتجارة عند تسجيلها للوكالات التجارية التي يطلب الوكلاء الأردنيون تسجيلها لدى المسجل في هذه الوزارة هو أن يراعي المسجل حقوق الوكلاء الآخرين السابقين؛ حيث لا يقع أي اعتداء على حقوقهم المكتسبة، وبما أن الطلب الذي تقدمت به المستدعية إلى مسجل الوكالات التجارية لتكون وكيلة لبيع جميع السيارات الأميركية في أسواق الأردن فيه اعتداء على حقوق الوكلاء السابقين في المملكة، فإن قرار وزير الصناعة والتجارة برفض هذه التسجيل يكون منقلاً والقانون"².

وقبل أن ننتقل في المبحث الموالي لبيان أساس القوة الإلزامية للعرف وتطبيقاته العملية، نتطرق إلى بيان أوجه التشابه والاختلاف والفروق الجوهرية بين نوعي العرف، وتأتي على النحو الآتي:

من حيث أوجه التشابه: كلاهما مصدر غير مكتوب للقانون، وكلاهما يتكون من ركنين: مادي (التكرار) ومعنوي (الاعتقاد بالإلزام)، كلاهما يعمل على سد الفراغات في القوانين المكتوبة.

أما أوجه الاختلاف من حيث النطاق: فالعرف الدستوري يختص بتنظيم العلاقة بين السلطات العليا في الدولة، بينما يختص العرف الإداري بتنظيم عمل الإدارة العامة وعلاقاتها بالأفراد. **ومن حيث الدرجة القانونية والإلزامية:** العرف الدستوري له قوة دستورية، في حين أن العرف الإداري له قوة قانونية إدارية أدنى. **ومن حيث الجهات المعنية:** العرف الدستوري ينشأ ويتطور بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، بينما العرف الإداري ينشأ في محيط الإدارة العامة.

¹ قرار العدل العليا الأردنية بتاريخ 13/6/1981، منشور نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، 1981، ص 1265.

² قرار العدل العليا الأردنية بتاريخ 13/6/1981، منشور نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، 1981، ص 1265.

المبحث الثاني

أساس القوة الإلزامية للعرف وتطبيقاته العملية

إن القوة الإلزامية للعرف والتي تجعله مصدرًا قانونيًا مستقلًا، تستند إلى أساس نظري متين يتمثل في الإرادة الضمنية للمجتمع واحترامه للتقاليد والممارسات الراسخة. هذه القوة ليست وليدة التشريع المكتوب، بل تنبع من الوعي الجماعي بضرورة تنظيم العلاقات الاجتماعية وحمايتها، مما يمنحه شرعية وقبولًا واسعًا.

كما وتتجلى هذه القوة الإلزامية في تطبيقاته العملية خاصة في مجالي القانون الدستوري والإداري؛ ففي القانون الدستوري يسهم العرف في تفسير النصوص الدستورية الغامضة، وتحديد صلاحيات السلطات العامة، بينما في القانون الإداري يعمل على سد الفراغات التشريعية، وتنظيم سير العمل الإداري. هذه المكانة المزدوجة تجعل العرف أداة حيوية لتحقيق الاستقرار القانوني، وتلبية الحاجات المتجددة للمجتمع، مما يؤكد أهميته كرافد أساسي للقانون إلى جانب التشريعات المكتوبة.

وهذا ما تمّ تبياناه من خلال المطلبين الآتيين، الأول: تناول العرف في القانون الدستوري والقانون الإداري، والثاني: تم تخصيصه لبيان علاقة القانون الدستوري مع القانون الإداري، والفرق بينهما.

المطلب الأول

منزلة العرف الدستوري والإداري من الأحكام القضائية

تستمد القوة الملزمة للعرف من كونه تعبيرًا عن الإرادة الضمنية للمشرع، يتسق هذا الرأي مع المذهب الشكلي في تفسير القانون الذي يرى أن القانون ينبع من إرادة الدولة؛ فقبول المشرع للعرف وتطبيقه يكون قد أعطاه قوة قانونية شأنها شأن أي تشريع صريح¹.

هذا يعني أن المشرع وإن لم يصدر نصًا قانونيًا صريحًا بشأن العرف، إلا أنّه قد أبدى رضاه عنه ضمنيًا، مما يجعله ملزمًا بذاته. وتعتمد القوة الملزمة للعرف على تلاقي عاملين: الأول هو الإرادة الضمنية للمشرع، والتي تتجلى في قبوله للعرف وتطبيقه. والعامل الثاني هو دور الدولة في كفالة العرف وتأييده، ويتمشى هذا الرأي مع المذهب الشكلي الذي يرى أن القانون ينبع من إرادة الدولة. ومنه فإن العرف بدعم من الدولة وإرادة المشرع الضمنية، يصبح معيارًا قانونيًا ملزمًا².

¹. محمود السقا، مرجع سابق، ص 553.

². عبد الله بسيوني، مرجع سابق، ص 123.

ومن الجدير بالذكر أن عدم اعتراض المشرع على القاعدة العرفية- بالإضافة إلى أسبقية وجودها التاريخية- يشكلان دليلاً قاطعاً على إقراره الضمني لها، هذا الإقرار يعكس الاعتراف بأهمية العرف كأحد مصادر القانون، ويدل على أن المشرع قد استلهم منه الكثير من أحكامه¹.

يشدد بعض الفقهاء على أن العرف القانوني هو نتاج تفاعل مستمر بين الجماعة والقضاء؛ فالجماعة من خلال عاداتها وتقاليدها تساهم في تشكيل العرف، بينما يقوم القضاء بدور حيوي في إضفاء الصبغة القانونية على هذا العرف وتطبيقه في المنازعات. ويرى أصحاب هذا الرأي أن العرف يعكس إرادة الجماعة الجمعية، وأن القضاء يعمل كأداة لترجمة هذه الإرادة إلى أحكام قانونية ملزمة². هذا الرأي يجد صدى واسعاً في مختلف النظم القانونية، سواء أكانت تلك التي تعتمد على السوابق القضائية أم تلك التي تعتمد على النصوص التشريعية.

وفي السياق ذاته تتنوع الآراء حول كيفية نشوء العرف القانوني وتطوره؛ بحيث يرى بعض الفقهاء أن العرف ينشأ تلقائياً نتيجة تفاعل العوامل الاجتماعية، بينما يرى آخرون أن القضاء يؤدي دوراً حاسماً في تشكيله وتطبيقه بغض النظر عن الاختلاف في الرؤى، فإن هناك اتفاقاً عاماً على أن العرف يعكس قيم المجتمع وتطلعاته، وأن القضاء يساهم في ضمان استمرارية النظام القانوني من خلال تطبيقه للعرف في المنازعات³.

ولعل من أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين تبناوا هذا الرأي "لا مبير"، ويستند إلى فكرة أن القواعد القانونية تتولد بشكل أساسي من خلال قرارات القضاء. ومع ذلك، فإن هذا الرأي يقلل من أهمية القواعد العرفية التي قد تكون ملزمة قانوناً حتى قبل تدخل القضاء، كما هي الحال في قواعد العرف المهني⁴. علاوة على ذلك، فإن عدم وجود سوابق قضائية حول قاعدة عرفية معينة لا يعني بالضرورة عدم وجود هذه القاعدة أو عدم إلزاميتها.

ومن المبادئ الأساسية في أي نظام قانوني هو مبدأ الفصل بين السلطات. ووفقاً لهذا المبدأ، فإن وظيفة القضاء تتمثل في تطبيق القوانين التي تضعها السلطة التشريعية، هذا يعني أن القضاء لا يملك

¹. احمد حسن، مرجع سابق، ص 218.

². عبد الناصر أبو سمهدانة، مرجع سابق، ص 85.

³. علي الشنطاوي، مرجع سابق، ص 66.

⁴. عبد الله بسيوني، مرجع سابق، ص 132.

سلطة سن القوانين التي يحكم بها على المنازعات؛ بل يقتصر دوره على تفسير وتطبيق القوانين القائمة¹. وبالتالي، فإن القاعدة القانونية العرفية التي يستند إليها القاضي في حكمه يجب أن تكون قاعدة قائمة ومستقرة قبل أن يلجأ إليها القاضي، وليس منوطاً بالقاضي إنشاؤها، حيث إنّ دور القاضي في هذا السياق هو الكشف عن القاعدة القانونية العرفية وإعلانها وليس وضعها.

وبالتالي عندما يقوم القاضي بدور محوري في تطبيق القانون بما في ذلك العرف الدستوري، وعند تطبيق العرف فإن القاضي لا يتعدى حدود وظيفته؛ بل يقتصر على تطبيق قاعدة قانونية قائمة. فالعرف الدستوري، كما يحدده الدكتور عبد الفتاح حسن، هو عبارة عن سلوك متكرر اكتسب صفة الإلزام. وبالتالي، فإن دور القاضي يقتصر على التأكد من استيفاء هذا العرف للشروط القانونية اللازمة لتطبيقه². يمثل العلم القانوني وتطبيقه ركناً أساسياً من أركان عمل القاضي، ويتعين عليه بذل الجهد الكافي لفهم القواعد القانونية وتفسيرها وتطبيقها على الوقائع المعروضة أمامه، سواء أكانت هذه القواعد مستمدة من التشريع الواضح أم من العرف القضائي الذي يتطلب جهداً أكبر في الاستنباط والتطبيق³. ومع ذلك، فإن هذا الجهد المبذول في فهم وتطبيق القانون لا يمنح القاضي سلطة تشريعية لتعديل أو خلق قواعد قانونية جديدة؛ بل يقتصر دوره على تفسير وتطبيق القواعد القائمة.

يتضح مما سبق أنه لا يمكن عكس العلاقة السببية بين وجود العرف وتطبيقه القضائي؛ فالعرف لا ينشأ عن تطبيقه من قبل المحاكم؛ بل إن المحاكم تلجأ إلى تطبيقه؛ لأنه يمثل قاعدة قانونية مستقرة وموجودة مسبقاً. أضف إلى ذلك أن قوة إلزام العرف لا تستمد من إرادة المشرع، أو من مجرد توافق الآراء، وإنما تنبع من الضرورة الاجتماعية التي تستدعي وجوده كأحد مصادر القانون. فنظراً للطبيعة المتغيرة للعلاقات الاجتماعية والتنوع في الوقائع القانونية، فإنه من المستحيل أن يشمل التشريع كل التفاصيل؛ مما يستلزم اللجوء إلى العرف لسد الثغرات التشريعية، حتى في المجتمعات المتقدمة.

وبالتالي يستمد العرف قوته الإلزامية من ذاتيته، ومن الضرورة الاجتماعية التي تجعله مصدراً مستقلاً للقانون، فالعرف بوصفه تعبيراً عن إرادة المجتمع الجماعية، يستند إلى الأساس نفسه الذي يستند إليه التشريع الوضعي؛ وبالتالي فإن القوة الملزمة للعرف هي قوة ذاتية واجتماعية في آن واحد.

¹ عمر مصطفى، مرجع سابق، ص 93.

² عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام السياسي في الكويت، دار النهضة، بيروت، السنة 1968، ص 212.

³ المرجع السابق، ص 213.

وللقضاء دور أساسي للبت في مختلف النزاعات التي تقع داخل الدولة؛ بحيث نجد أن القضاء ينظر في المشكلات والقضايا كافة؛ سواء أكانت قضايا تمس المواطنين فيما بينهم، أم بين المواطنين والدولة؛ حيث نجد أن اللجوء إلى القضاء في الكثير من القضايا يكون هو الفيصل في إيجاد الحلول لأية إشكالية من خلال البت بها بشكل قاطع ونهائي؛ بحيث يقوم القضاء بالبت في النزاع المعروض على المحكمة المختصة استناداً إلى القانون، وكذلك من خلال النظر إلى الوقائع والبيانات والأدلة والبراهين المقدمة من طرفي النزاع¹.

والقاضي مدعو دوماً للحكم بموجب النصوص القانونية، وتصدر المحاكم قراراتها استناداً إلى نصوص القانون في حالة وضوح النص وانطباقه على القضية المعروضة، وإذا احتج أحد أطراف القضية بالعرف فإن القاضي ينظر فيه ويقدر ويقرر: هل يعترف به أم لا.

وبالعودة إلى المدرسة الشكلية بزعماء الفقيه الإنجليزي "ديسي Dicey"، والفقيه الفرنسي (كاريه دي مالبرج) CARRE DU MALBERG، لا تعترف بالعرف الدستوري كما تعترف بالمدرسة التاريخية، فالفقيه دي سي لا يعترف بالعرف إلا إذا أقرته المحاكم، والأعراف التي لم تعترف بها المحاكم تبقى مجرد آداب عامة².

في حين أن أنصار المذهب التاريخي يعترفون بالعرف وقوته الملزمة بوصفه من وجهة نظرهم قانوناً ارتضاه ضمير الجماعة؛ حيث نجد أن المحاكم لا تعترف بالأعراف جميعها، كما أنها عادة لا تقيم لها وزناً في حالة مخالفتها للنص المكتوب، والعرف ينبع عادة من إرادة السلطات الحاكمة، وقد توافقها أحياناً إرادة المحكومين، أما أحكام القضاء فهي ناتجة عن القضايا المعروضة أمام المحاكم، وتواترها على نحو معين قد يؤدي إلى الاعتراف بأعراف معينة تصبح أحياناً مبادئ قانونية خاصة؛ إذا دعمها القضاء والفقه مستقبلاً³.

وفي هذا الصدد نجد القضاء الفلسطيني قد استند في بعض أحكامه إلى الدعوى الإدارية أمام محكمة العدل العليا بصفقتها محكمة إدارية، والتي جاء فيها "يعد قرار ترقين القيد قراراً احترازياً، وليس عقوبة جزائية، وهو إجراء أشبه بالتجميد المؤقت جرى العرف على اتّباعه؛ حيث يحرم الشخص من

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 125.

² Dicey (a. v): introduction to the study of the law of the constitution, 9ed 1952, p 443.

³ بكر القباني، مرجع سابق، ص 99.

ممارسة جميع الأعمال والخدمات الوظيفية لمدة معينة مع حرمانه من الاستفادة من مخصصاته لفترة الترقية الخ¹.

كما أن محكمة العدل العليا الأردنية اعترفت بالعرف الدستوري المكمل في إحدى قراراتها؛ حيث لا يوجد في الدستور أي نص يوجب لصحة انعقاد جلسة مجلس الوزراء حضور جميع أعضائه، وأن العرف المتبع في هذا الشأن قد جرى على جواز انعقاد مجلس الوزراء من أكثرية أعضائه، وعليه فإن تغيب أحد الوزراء عن حضور الجلسة التي صدر فيها القرار لا يجعل انعقاد المجلس مخالفاً للدستور وباطلاً وهكذا فإن مجلس الوزراء وكعرف مستقر يعقد جلساته بحضور أعضائه².

ومن خلال ما سبق، نجد أن للعرف وظيفة تنسيق لعمل السلطات العامة والمرافق العامة في الدولة، وأن اتساق عملها يكون ضمن البيئة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعمل خلالها، وأنه مهما كانت النصوص القانونية متطورة فهي لا تفي دوماً بمتطلبات العمل الدستوري والإداري؛ ولا بد من نشوء العرف على هامش الدساتير والقوانين المكتوبة، والأصل يجب ألا تخالف هذه الأعراف النصوص القانونية المكتوبة. ومهما حاولنا الابتعاد عن العرف فإن الواقع العملي يشير دوماً إلى استمرار العمل بها جنباً إلى جنب مع النصوص الدستورية والإدارية ومختلف القوانين الأخرى.

ونضيف أن أهمية العرف تظهر جلياً وبوضوح إذا نص التشريع على تبني عرف دستوري أو إداري معين؛ من خلال تفسير قواعد معينة، أو من خلال حكم قضائي، أو من خلال ممارسة الإدارة لعمل معين، واعترفت بوجوده أو إذا اعترف به الفقه.

المطلب الثاني

علاقة القانون الدستوري بالقانون الإداري

تتصل موضوعات القانون الدستوري وموضوعات القانون الإداري ببعضهما البعض اتصالاً وثيقاً يجعل التفرقة بينهما في كثير من الأحيان دقيقة ومتعذرة، ومع ذلك فلا شك أنه توجد بينهما فروق جوهرية توجب وصف كل منهما قانوناً مستقلاً متميزاً عن الآخر.

بينما يحدد القانون الدستوري الإطار العام لنظام الحكم في الدولة، عبر بيان كيفية تشكيل السلطات العامة وعلاقاتها المتبادلة وحقوق الأفراد وواجباتهم، فإن القانون الإداري يغوص في تفاصيل النشاط الإداري للدولة؛ فهو يتناول تنظيم وإدارة المرافق العامة، مما يجعله يتقاطع مع القانون الدستوري في تناول

¹ الدعوى رقم 184\2013 والدعوى رقم 16\2015 والدعوى رقم 100\2017.

² حكم عدل عليا بتاريخ 18\5\1994، منشور مجلة نقابة المحامين، الأردن، 1995 ص 166.

السلطة التنفيذية. ومع ذلك، فإن كلاً منهما ينظر إلى هذه السلطة من زاوية مختلفة: فالدستور يركز على الأسس النظرية لتكوينها، بينما يركز القانون الإداري على الآليات العملية لعملها وتنظيمها. يمكن تشبيه العلاقة بينهما بعلاقة الخريطة والبوصلة؛ فالدستور يقدم الخريطة التي تحدد الاتجاهات العامة، بينما يقدم القانون الإداري البوصلة التي توجه الإدارة في مسارها اليومي¹.

وفي هذا السياق نجد أن العرف الدستوري في فرنسا قد استقر على عدم استخدام رئيس الجمهورية الفرنسي حقه في حل البرلمان منذ العام 1875، وكذلك العرف الخاص بعدم استخدام رئيس الجمهورية حقه في الاعتراض على القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية².

ونجد أن من العرف في الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة (دستور العام 1958) أن الحكومة تختص برسم السياسة العامة للدولة، إلا إنَّ العرف الدستوري القائم منذ تاريخه ولغاية اليوم هو أن رئيس الجمهورية هو الذي يقوم برسم السياسة العامة، وتعمل الحكومة على تنفيذ هذه السياسة³.

لذلك يعد القانون الدستوري المقدمة الحتمية للقانون الإداري، وكلاهما يكمل الآخر؛ فالقانون الدستوري يضع المبادئ الأساسية في الدولة وعلى هداها تؤدي الإدارة عملها؛ ذلك أنه إذا كان القانون الدستوري يقرر الحقوق والحريات الخاصة للأفراد كحرية الرأي والاجتماع والأديان، وحرية تأسيس الجمعيات الخ؛ فإن القانون الإداري يضع الضوابط التي تبين كيفية مباشرتها، والحدود التي يجب ألا يتعداها الأفراد عند استخدامهم لهذه الحقوق. غير أن هذا الاتصال والتعاون بينهما لا يمنع من وصفهما قانونين مستقلين؛ لأن لكل منهما مجاله الخاص تماماً كما هي الحال في العرف الدستوري، والعرف الإداري اللذين يُعدّان مستقلين عن بعضهما البعض⁴.

يعرف القانون الدستوري بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة، ويتضمن بيان السلطات العامة في الدولة واختصاصاتها والعلاقة بينها، وتحديد الحقوق والحريات العامة، وعلاقة المواطنين في الدولة. في حين يعرف القانون الإداري بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الإدارة تنظيمًا ونشاطًا ورقابة. ويتصل كل من القانون الدستوري والإداري بالسلطة التنفيذية، فالأول يحكم نشاطها

¹ Berthelemy(H) traite elementaire de droit administratif 2 edition.

² عمر حلمي، القانون الدستوري المقارن كلية الحقوق، دار النصر للطباعة الحديثة، القاهرة، السنة 1999، ص 88.

³ محمد كامل، محمد، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 55.

⁴ حلمي عمر، مرجع سابق، ص 90.

بوصفه سلطة حكم؛ أي أنه (قانون الحكم)، والثاني يحكم نشاطها بوصفه سلطة إدارة فيكون (قانون الإدارة)¹.

ويصعب التمييز بشكل قاطع بين الحكومة والإدارة؛ ولكن يمكن القول بأن القانون الدستوري هو الذي يقرر المبادئ الأساسية للقانون العام في الدولة، بينما يضع القانون الإداري هذه المبادئ موضع التنفيذ، فالقانون الدستوري هو الجزء الأعلى من القانون العام الداخلي الذي يتعلق بالوظيفة الحكومية بما تتضمنه من تحديد الاتجاهات العامة لسياسة الدولة، والقانون الإداري هو جزء القانون العام الداخلي الذي يتعلق بالوظيفة الإدارية بما تتضمنه من تطبيق هذه الاتجاهات وتنفيذها في الحياة اليومية بإدارتها للمرافق العامة؛ تحقيقاً للصالح العام في إطار السياسة العامة المحددة.

وبين هذا المطلب طبيعة العلاقة القانونية التي تربط بين القانون الدستوري والقانون الإداري من حيث طبيعة العلاقة الوظيفية والتكميلية في النظام القانوني للدولة؛ حيث إنّ مصادر لقانونين كليهما قد أتت من الأعراف الدستورية والإدارية التي انبثقت عنها، وأصبحت مصدراً قانونياً مكتوباً الهدف منه إدارة دفة الحكم في الدولة وتحديد الشكل والنظام القانوني للدولة، وكيفية إدارة سدة الحكم والفصل في المنازعات داخل الدولة.

¹. محمد كامل، مرجع سابق، ص 59.

الخاتمة

إن الأنظمة القانونية في واقع الأمر تتطور من خلال إحداث توازن بين متطلبين، أولهما: منهجي، وهو المتطلب الذي يشير إلى الرغبة في بناء نظام قانوني متماسك ومتناسق من الناحية المنهجية. والمتطلب الآخر: هو تحقيق العدالة؛ بمعنى الرغبة في البحث عن حلول محققة للعدالة وتتمتع بالمعقولية؛ حتى تكون متفقة مع الواقع الاجتماعي للنظام القانوني.

وفي حال تطبيق ما سبق على العرف محل الدراسة لثبتت صحته، حيث إنَّ العرف بوصفه من مصادر القانون؛ قد نشأ وتطور من أجل تحقيق التناسق المنهجي، ومن أجل تحقيق العدالة في ضوء الواقع الاجتماعي. ويؤكد ما سبق أن العرف قد أسهم في تكوين النظام القانوني الأنجلو سكسوني، كما أسهم في تكوين النظام القانوني الروماني اللاتيني، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فيجب أن نعرف أنه لا يوجد نظام قانوني يخلو من تأثيرات القانون الروماني، إلا النظام القانوني الإسلامي.

من خلال ما سبق ذكره ومن الناحية النظرية والعملية نجد أنه ما يزال العرف مصدراً مباشراً وعاملاً مؤثراً، سواء أكان للقواعد الدستورية أم للقواعد الإدارية؛ كون أن هناك للعرف دوراً منشأً للقواعد الدستورية والإدارية.

وفي الواقع التطبيقي نجد أن إرادة الحكام مدعومة بإرادة المحكومين في الأنظمة الديمقراطية، تجعل من هذه القواعد الأساس الذي ترسم الدولة سياستها القائمة عليه، وتبني عليه، وتعزله بناء على الاحتياجات والتغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة، حيث إنَّ جمود القوانين وإطالة أمدها دون مراجعة قانونية شاملة لكل حقبة زمنية يخلق الكثير من المضلات القانونية التي يتوجب الوقوف عندها ومراجعتها ودراسة المحيط القانوني من حيث القواعد والأعراف السائدة.

وفي ظل التطور النوعي في نهج الحياة واختلافها، فإن هذا الأمر يتطلب منا المزيد من الاجتهاد لمواكبة سير الحياة وضرورة خلق منظومة قانونية لمسايرة النظام المتجدد؛ سواء أكان من حيث القوانين والأعراف- فالعرف وظيفة تنسيقية لعمل السلطات- أم لعمل المرافق العامة في الدولة ما بين القواعد الدستورية والقواعد الإدارية كونهما مكملين لبعضهما البعض مع احتفاظ كل منهما باستقلالية عن الآخر؛ فللقواعد الدستورية دور منشئ، وللقواعد الإدارية دور منظم للعمل.

وقد توصل الباحثان في ختام الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. يعد العرف، سواء أكان الدستوري أم الإداري، مصدرًا أساسيًا للقواعد القانونية التي تسد الثغرات في النصوص المكتوبة وتكملها.
2. يؤدي العرف دورًا منشئًا ومؤثرًا للقواعد الدستورية والإدارية، مما يجعله عاملاً حيويًا في تطور الأنظمة القانونية.
3. الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم تعزز من مكانة العرف ودوره المكمل للقواعد القانونية، خاصة من خلال التفسير.
4. العرف يمنح القوانين المكتوبة مرونة لمواكبة التغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية؛ مما يمنع جمودها ويساهم في تحقيق العدالة.

ثانياً: التوصيات

1. يجب أخذ المكانة القانونية للعرف الدستوري والإداري بعين الاهتمام، كونه مكملًا للقوانين المكتوبة ومصدرًا أساسيًا لنشأتها.
2. على القضاء الإداري - تحديدًا عند النظر في الدعاوى - مراجعة الأعراف الجاري العمل بها في المرافق العامة؛ للتأكد من أنها لا تتعارض مع القواعد القانونية، مع الأخذ بها كمرجع مكمل.
3. على القضاة الإداريين بذل المزيد من الجهود والاجتهاد القضائي لتحقيق العدالة من خلال إصدار أحكام نوعية تستند إلى الأعراف وتفتح آفاقًا جديدة لتكوين سوابق قضائية.
4. يجب أن تكون الممارسات والأعراف الدستورية والإدارية متوافقة، ولا تتعارض مع النصوص القانونية المكتوبة.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب

1. أحمد حسن، مفهوم القانون الطبيعي الكلاسيكي، الدار الجامعية، بيروت، 1995.
2. أحمد حسن، تاريخ القانون المصري، دار المعارف، الإسكندرية، 2004.
3. إبراهيم شيجا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، 1999.
4. بكر القباني، العرف مصدر للقانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
5. حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
6. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني المدخل إلى القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
7. صوفي أبو طالب، في أثر الفلسفة الإغريقية في القانوني مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة، القاهرة، 1971.
8. علي الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
9. عمر حلمي، القانون الدستوري المقارن كلية الحقوق، دار النصر للطباعة الحديثة، القاهرة، السنة 1999.
10. عمر مصطفى، أصول تاريخ القانون، دار المعارف، الإسكندرية، 1963.
11. عبد الله بسيوني، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة، مصر، 2007.
12. عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام السياسي في الكويت، دار النهضة، بيروت، السنة 1968.
13. عبد الناصر أبو سمهدانة، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الشامل للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
14. محمد كامل، محمد، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
15. مليكة الصروخ، القانون الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، السنة 1992.

ثانياً: الدوريات

1. محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة- كلية الحقوق، المجلد 41، العدد 3-4، ديسمبر 1971.

ثالثاً: الأحكام القضائية

• قرارات العدل العليا الأردنية:

1. قرار العدل العليا الأردنية بتاريخ 18\5\1994، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، 1995.
2. قرار العدل العليا الأردنية بتاريخ 12\1\1985، منشور في مجلة نقابة المحامين، الأردن، 1985.
3. قرار العدل العليا الأردنية بتاريخ 13\6\1981، منشور نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، 1981.
4. قرار العدل العليا الأردنية رقم 19\6\1973، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، الأردن، 1973.

• أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية:

1. المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 7\1\1995 الطعن رقم 1163 لسنة 38 ق، مكتب فني 40 ج1، مصر، 1995.
2. المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 30\3\1991 الطعن رقم 382 لسنة 32 ق، مكتب فني ج2، مصر، 1999.

رابعاً: المراجع الأجنبية:

1. Dicey (a. v): introduction to the study of the law of the constitution, 9ed 1952.
2. Berthelemy(H) traite elementaire de droit administratif 2 edition.



This work is licensed under a

[Creative Commons Attribution NonCommercial 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

[International license.](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)