المقدمة

أن التطور التاريخي للدولة يؤكد تكونها ببطء بتأثير عوامل مختلفة اجتماعية سياسية واقتصادية وفلسفية وغيرها وذلك طيلة الاربعة قرون الاخيرة وبل وحتى الان.ومن ثم فأن هيكل ومضمون الاطار القانوني للدولة وتنظيمها ومؤسساتها نشأ وتطور ببطء حتى خلص الى شكل الدولة القومية بنظامها السياسي وكيفية ممارسة نشاطها السياسي فيها وعلاقة الافراد بها والحقوق والحريات العامة. ولا جدال في ان بداية هذه النشأة هي ما استقر عليه الناس في الجماعة السياسية،بل منذ الخلية الاولى للدولة وحتى الان. وما درج عليه الناس واستقر في يقينهم وضميرهم وأوحى لهم بوجوب الطاعة له والالتزام به وهو ما يسمى بالعرف الذي تكون من العادة المتكررة والسوابق التقليدية التي نتجت من واقع الحياة السياسية للجماعة.ويلاحظ ان العرف كان ولازال المصدر الهام الاساسي للقاعدة الدستورية خاصة في مرحلة تطورها قبل ان يصبها المشرع الدستوري ويقننها في الوثيقة الدستورية. بل مازالت بعض الدول التي تسير في دستورها على العرف الدستوري خاصة تلك التي تطبق الدساتير غير المدونة او غير المكتوبة وهو ما اصطلح على تسميتها بالدساتير العرفية واصدق مثال لذلك الوضع في المملكة المتحدة.ومن جهة اخرى، فانه مازال للعرف الدستوري دور هام خاصة فيما يتعلق منه بالمبادئ الدستورية العامة والتي سكنت وتوطنت في ضمير الجماعات الانسانية واستقرت كقاعدة دستورية عامة وهامة قد تعلو على القاعدة المكتوبة المدونة بطريق التشريع الدستوري في الوثائق الدستورية المختلفة في الدول ذات العراقة الدستورية والتي قطعت مراحل طويلة المدى في الديمقراطية كمبدأ اساسي للحياة السياسية وأسلوب حياة. واطردت هذه المجتمعات على التقيد بالقاعدة العامة والهامة غير المدونة لاستقرارها في ضمائرها واعتبارها جزءا اساسيا من القاعدة القانونية الملزمة خاصة في مجال الحقوق والحريات.بل ان هذا العرف هو الذي اوجد بجانبه بعض الوثائق الدستورية والسياسية في حياة بعض الشعوب كالاتفاقات التي تحددت كتابة بين الامراء والنبلاء والافراد والتي عقدت بينهم وفق ما يسجله التاريخ السياسي وكما ظهر في انكلترا مهد العرف الدستوري كالعهد الاعظم سنة ١٢١٥ ووثيقة الانضمام بين

انكلترا وايرلندا سنة ١٨٠٠. ولكل مجتمع ظروفه واوضاعه وان العرف يختلف من جماعة الى اخرى ثم من دولة لاخرى سواء في تطوره وبقائه واستمراره ومدى تأثيره في المدونة او بقائه في الوثائق المدونة كما هو الحال في المملكة المتحدة. وعلينا ان نضع في الذهن ان النصوص الدستورية قد تقصر تحديد او تحديث بعض الاوضاع والانشطة السياسية ومن هنا يجئ العرف وخاصة ما يسمى بالمبادئ الدستورية الهامة والعامة بتحقيق دوره في سد الثغرات التي قصرت او غفلت عنها النصوص الدستورية ولسوف يستمر هذا الدور الهام للعرف الدستوري مواكبا لتطور الدولة ونظامها السياسي المستمر. ويلا ان العرف كمصدر للقاعدة القانونية عامة حظى بعناية من فقهاء القانون الخاص حيث تواتروا على دراسة العرف وبحثوا الكثير من جوانبه وكانوا اسبق في هذه الدراسة من فقهاء القانون العام.وعلى هذا الاساس مهد فقهاء القانون الخاص الطريق لدراسة العرف امام فقهاء القانون العام وبالذات فقهاء القانون الدستوري، وأبانوا لهم طرق واساليب مختلفة استرشد بها فقهاء الدستوري بالرغم من اختلاف طبيعة القانون الدستوري من مغايرة في اسلوب البحث. وسوف نقوم بتقسيم هذا البحث الى مبحثين :

المبحث الاول : التعريف بالعرف الدستوري ولمحة تاريخية عنه واهميته و قسم الى:

المطلب الاول : التعريف بالعرف الدستوري

المطلب الثاني : لمحة تاريخية عن العرف الدستوري

المطلب الثالث : اهمية العرف الدستوري

المبحث الثاني: اركان العرف الدستوري وانواعه وعلاقته بالنص الدستوري ويقسم الى:

المطلب الاول : اركان العرف الدستوري

المطلب الثاني : انواع العرف الدستوري

المطلب الثالث : علاقة العرف بالنص الدستوري

المبحث الاول

التعريف بالعرف الدستوري ولمحة تاريخية عنه واهميته

المطلب الاول

التعريف بالعرف الدستوري

يطلق اسم العرف لغة :على (على ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم)[1].

اصطلاحا: فيطلق على (القواعد التي تدرج الناس على اتباعها في امورهم ومعاملاتهم ، والتي يعتبرون انها ملزمة لهم من الوجهة القانونية)، اوبتعبير اخر هو (عادة يشعر الناس بانها ملزمة لهم من الناحية القانونية)[2].

لم ينل تعريف العرف الدستوري حظاً كبيراً من الفقه، وكانت التعريفات التي ذكرها البعض محلاً للنقد، ونستعرض فيما يلي هذه التعريفات:

يعرف الاستاذ أرمن العرف الدستوري بأنه ((عبارة عن التعبير الضمني والاجماعي عن ارادة الشعب)).وينتقد الدكتور عبد الحميد متولي هذا التعريف بانه يشمل تعريف العرف بوجه عام لاتعريف العرف الدستوري بوجه خاص. اما الاستاذ موريس ديفرجيه فيعرفه بأنه هو ((كل خلق دستور او تعديل له من عضو ليس له من الناحية القانونية سلطة تأسيسة)). وقد انتقد الدكتور متولي ايظاً هذا التعريف بانه قد تعرض للذكر بعض انواع العرف الدستوري دون انواعه الاخرى. اما الدكتور المتولي فقد عرفه بانه عبارة عن ((عادة درجت عليها هيئة حكومية في الشئون المتصلة بنظام الحكم في الدولة . بموافقة (او على الاقل دون معارضة) غيرها من الهيئات الحكومية ذات الشأن ، ولتلك العادة للقواعد الدستورية .

(١) انظر:د. حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري النظرية العامة ، ط١ ، دمشق ، ٢٠٠٩ ، ص١١٦.

(٢) انظر : د. حسن مصطفى البحري ، المصدرنفسه، ص١١٦

كقاعدة عامة . من جزاء قانوني)). ويعرفه الدكتور عثمان خليل بان المقصود به أن ((تتصرف احدى الهيئات الحاكمة في مسألة دستورية على نحو معين ، فينشأ من تكرار هذه التصرفات على مر الزمن قاعدة غير مكتوبة يكون لها الزام القانون)). ويعرفه الاستاذ جويه بأنه ((قاعدة غير مكتوبة استقرت سلطات الدولة في رأيها القانوني على ضرورة اتباعها وتقررت بمقتضى العمل او السنن الدستوري)) ، وقد كان هذا الرأي محل نقد الدكتور سعد عصفور استناداً الى انه يقصر العرف على القواعد التي تطرد السلطات الحاكمة على اتباعها ، بينما تحديده بالنسبة الى السلطات الحاكمة ومجموع الافراد معاً[1] ، ولهذا يعرفه الدكتور عصفور بأنه ((قاعدة مطردة او عادة يقصد بها تنظيم العلاقات فيما بين السلطات الحاكمة بعضها ببعض او فيما بينها وبين الافراد ، ويكون لها صفة الالزام في الرأي القانوني للجماعة))[2] ،ويعرفه الدكتور محمد ابراهيم درويش بأنه ((العادة التي تأصلت في قاعدة اطردت السلطات السياسية في الدولة على تطبيقها فيما يتعلق في تنظيم علاقتها بعضها ببعض اوبينها وبين الافراد وتوافر الاعتقاد اليقيني بوجوب الطاعة لها لصفة الالزام فيها لدى الجماعة)). وفي ختام هذا فأن التعريف بالعرف الدستوري هو مايحدد دوره في القانون الدستوري[3].

المطلب الثاني

لمحة تاريخية عن العرف الدستوري

ان الصورة الاولى للتنظيمات السياسية حتى القرن الثامن عشر انما اعتمدت وقامت على العرف الخاص لكل بلد ، ففكرة الدولة لم تنشأ فجأة ، وانما تكونت تدريجيا تحت تأثير عوامل عديدة روحية وتاريخية ، وحين استقر الدولة ، تلاشت الصفة الشخصية للحكم التي لازمت اشكال الحكم القديم ولم تعد النظم المطبقة متعلقة باشخاص الحكم

(١)انظر: الدكتور عبد الفتاح ساير ، القانون الدستوري ، ط ٢ ، مصر ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٤٨ ، ٢٤٩

(٢)انظر: د. حميد حنون خالد ، القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، بيروت ، دار السنهوري للنشر ، ٢٠١٥ ، ص١٢٩

(٣)انظر: د. محمد ابراهيم درويش ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية للنشر ،٢٠٠٩، ص ١١٢ ، ١١٣

وذواتهم[1]، نتيجة المطالبات الشعوب او بعبارة (ادق مطالبات من يتكلم باسمها) بتقييد سلطة الحكام لم تعد تتلائم مع وجود الدساتير العرفية. فوجود القواعد العرفية الدستورية قد يشوبه الشك ، لان القاعدة العرفية متغيرة بطبيعتها وبالتالي يصعب بالضبط معرفة القواعد الدستورية التي تحدد كما يعتقد حقوق المواطنين وواجبات الحكام . فمن الصعب في الحقيقة معرفة ما اذا كان تصرف ما يكون قاعدة عرفية جديدة او خرق لقاعدة عرفية دستورية سابقة الوجود فالقواعد العرفية الدستورية لايمكن والامر كذلك ان تلعب دور المقيد لسلطة الحكام والمثبتة والضامنة من جهة اخرى لحقوق وحريات المواطنين . اذ نشأت في القرنين السابع والثامن عشر قي اوربا حركة التدوين الدستوري التي تدعو الى تدوين او كتابة الدساتير . فهذة الحركة التي تهدف الى تقييد سلطان الحكام المطلق (والتي اعتبرت الدستور خير وسيلة لتحقيق ذلك) ترى الدستور ان يكون واضحا ، ولا يكون الدستور واضحا الا اذا كان مكتوبا ، ولا تكفي الكتابة بل يجب ان يعلو هذا الدستور المكتوب على من يمارس السلطة وان تضمن له ، اخيرا، الاستمرارية بحيث يكون في منأى من التعديلات المستمرة التي يمكن ان يتعرض لها اي ان يكون دستورا جامدا. وعليه فأن هذه المطاليب الثلاثة : الكتابة ، العلوية ، الجمود ، هي التي كانت وراء حركة التدوين في الازمنة الحديثة التي تهدف الى تقييد سلطة الحكام وبالتالي الى ضمان حقوق وحريات الافراد في الوقت نفسه عن طريق وثيقة مكتوبة : الدستور [2].

وبناءً عليه فليس من قبيل الصدفة ان اعتبر فلاسفة القانون الطبيعي في القرنين السابع والثامن عشر ، الدستور بأنه عقد اجتماعي يخلق الدولة ا(او المجتمع السياسي) لانه كالعقد الاجتماعي ، يحدد ما تنازل الافراد عنه من حريات حيث كانوا يعيشون في حالة من الطبيعة ومقدار ما سيحتفظون من هذه الحريات بعد تأسيس الدولة . واذا كان الدستور هو العقد الاجتماعي (او هو تجديد للعقد الاجتماعي) وما لهذا الاخير اهمية بالغة في تكون السلطة ، وفي حفظ حقوق وحريات الافراد ن فأنه لايمكن ان يترك امر تحديد الدستور للعرف ، الذي هو بطبيعته غير محدد ، بل يجب ان يتبلور الدستور في مجموعة نصوص او وثيقة مكتوبة . وعليه فأن اقامة الدستور او التجديد العقد الاجتماعي لا يمكن ان يتم

(١)انظر: محمد علي الياسين ،القانون الدستوري والنظم السياسية ،ط١ ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٦٤ ، ص٣٢

(٢) انظر: د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري نظرية الدستور ، بغداد ، مركز البحوث القانونية للنشر ، ١٩٨١ ، ص٢٤٠ ، ٢٤١

الا بواسطة الكتابة اي يتبلور في مجموعة مكتوبة او مدونة [١]. وأول الدساتير المكتوبة في العالم التي اقامتها المستعمرات الانكليزية في امريكا الشمالية بعد استقلالها اعتبار من عام ١٧٧٦م لم تكن غريبة عن هذه الفكرة اي اعتبار الدستور عقدا اجتماعيا يخلق الدولة (يقيم السلطة) ويضمن حقوق وحريات الافراد . ولعلنا نجد هذا بوضوح في ديباجة مشروع دستور ماسوجوسيتس (١٧٨٠) الذي يعتبر نموذجا لكثير من دساتير الدول الامريكية وحتى لدستور الدولة الفدرالية الامريكية الصادر عام ١٧٨٧.فقد جاء في هذه الديباجة ان (موضوع ...ابقاء وتصرف الحكومة هو ضمان سير المجتمع السياسي وحمايته وضمان الامن وتمتع الافراد الذين يكونونه بحقوقهم الطبيعية باطمئنان ...(و)يتكون المجتمع السياسي من التجمع الاختياري للافراد فهو نتيجة للعقد الاجتماعي الذي بواسطته يتعاقد مجموع الشعب مع كل مواطن وكل مواطن مع المجموع بغية ان يحكموا بواسطة قوانين معينة لأجل الصالح العام ،[٢].ثم ان حماية حقوق الافراد وبالتالي تقييد سلطة الحكام او تحد منها لايمكن ان تحقق بصورة ناجعة الا اذا امن الافراد بهذه الحقوق وتبنوها ، وهم لا يمكن ان يتبنوها الا اذا عرفوها ، ولايمكن ان يعرفوها الا اذا عرضت عليهم بشكل واضح وثابت . وهذا العرض الواضح والثابت لحقوق الافراد يقوم به الدستور المكتوب . ولذا اعتبر كتاب ومفكري القرن الثامن عشر الاوربي ، الدستور وسيلة او اداة تثقيف سياسي للجماهير ، بهذا المعنى يصبح الفرد مواطنا اذا وعى حقوقه وادرك الاسس والمبادئ السياسية التي يقوم عليها مجتمعه ، ولايتحقق هذا الا اذا عرضت هذه المبادئ وهذه الاسس والحقوق بشكل واضح في وثيقة مكتوبة هي: الدستور [٣].

وكان من نتيجة ذلك ان نشأت قواعد ونظم انبثقت من مجموع التقاليد والعادات والمبادئ الاساسية ، وهذه القواعد هي التي كونت قواعد القانون الدستوري العرفي وليس لدينا من مجموع هد القواعد العرفية الا القليل وأهمها الميثاق الاعظم الانجليزي ، فيعتبر الدستور الانجليزي المثال النموذجي للدساتير العرفية في العصر الحديث ، بالرغم من وجود

(١) انظر: د. منذر الشاوي ،المصدر السابق ،ص٢٤١

(٢) انظر: د. منذر الشاوي، المصدر نفسه، ص٢٤٢

(٣) انظر: د. منذر الشاوي، المصدر نفسه ، ص٢٤٢

بعض المواثيق والقوانين الدستورية . من ناحية الموضوع . او بالمعنى الموضوعي ، فأن الجانب الكبير من التنظيم السياسي في انجلترا يقوم على القواعد العرفية وبعبارة اخرى فأن الدستور الانجليزي يستقى قواعده من مصدرين :قواعد مدونة في المواثيق ، وقواعد غير مدونة[1] . ويعتبر العرف الدستوري اقدم مصادر القواعد القانونية، بل وكان في القديم يمثل المصدر الوحيد لها، كان كذلك عند الرومان والاغريق، وغالبية المجتمعات القديمة ، التي كانت العادات المتعارف عليها تمثل القواعد التي يتعين على الجميع احترامها، ونشأ هذا العرف في جميع المعاملات ، الخاصة منها والعامة، وبالنسبة للقواعد الدستورية، فقد قواعد الحكم في المجتمعات القديمة عبارة عن مجموعة من التقاليد والاعراف والعادات القديمة . وظل العرف يلعب الوحيد او الرئيسي، ويحتل المكانة الاولى بين مصادر القانون، حتى بدأت حركة تدوين القواعد القانونية ، واستعمال الكتابة كوسيلة لوضعها . وقد تطور اللجوء الى الكتابة كأداة لسن القواعد القانونية ، فكانت في البداية محاولات قليلة وجزئية، واستقر دورها على تقنين بعض القواعد العرفية الموجودة بالفعل، فظل العرف هو المصدر الاول والرئيسي والغالب للقواعد القانونية حتى القرن الثامن عشر، ثم شيئاً فشيئاً بدأ يزداد استعمال الكتابة في وضع القواعد القانونية سواء القواعد القديمة المعروفة بالفعل او الجديدة بل وامتد الامر على وضع قواعد مخالفة او ملغية لقاعدة عرفية معروفة ومستقرة، حتى انتهى الامر الى تراجع العرف وتخليه عن المكانة الاولى بين مصادر القواعد القانونية، وترك هذه المكانة لتحتلها النصوص المكتوبة، فأصبحت الكتابة تمثل المصدر الاول للقواعد القانونية، والعرف اصبح يمثل المصدر الثاني . وفي مجال القواعد الدستورية، فأن العرف ظل المصدر الاول والوحيد لها، حتى ظهور الدساتير المدونة، بعد استقلال امريكا عن انجلترا، وصدور اعلان فيلادلفيا وقيام الولايات المتحدة الامريكية عام ١٧٧٦م، ثم صدور اول دستور متكامل مكتوب في العالم الحديث، وهو الدستور الاتحادي الصادر عم ١٧٨٧م، ثم توالت الدساتير المكتوبة في دول اخرى مثل فرنسا، بعد قيام الثورة عام ١٧٨٩م، وصدور دستور الثورة عام ١٧٩١م، وفي السويد عام ١٨٠٩م، والنرويج عام ١٨١٤م، وفي بلجيكا عام ١٨٣١م، وفي سويسرا عام ١٨٧٤م، وفي هولندا عام ١٨٨٧م، والعديد من

(١)انظر: محمد علي الياسين ،المصدر السابق ، ص٣٢ ، ٣٣

الدول الاخرى . ولكن ليس المعنى ان العرف قد اختفى تماماً من بين القواعد الدستورية، وانما حتى الان موجوداً ويلعب هاماً من بين مصادر القواعد، ويستوي في ذلك الدول ذات الدساتير العرفية، والدول ذات الدساتير المكتوبة، وكذلك الدول ذات الدساتير المرنة والدول ذات الدساتير الجامدة [١].

المطلب الثالث

اهمية العرف الدستوري

يجب التميز بين العرف الدستوري والدستور العرفي ، فالدستور العرفي هو مجموعة من القواعد التي على العرف والسوابق دون ان يتم تدوينها في وثيقة لتكون اساساً لنظام الحكم في الدولة ، اما العرف الدستوري فهو مجموعة القواعد التي تستقر بالعرف والسوابق ولكن في ظل دستور مكتوب ويعتبر العرف المصدر الرئيسي للدساتير الغير المكتوبة . العرفية على اساس ان القاعدة هنا تنشأ وتلغى بالعرف[٢] .

ولكن ما هو دور العرف الدستوري بالنسبة للدساتير المكتوبة حيث أن هذه الدساتير تتسم بطابع الجمود . في الغالب . بحيث لايمكن تعديلها الا وفقا لاجراءات معينة فهل يمكن أن تنشأ قواعد عرفية دستورية بجانب القواعد المكتوبة او الجامدة.

لا أحد يستطيع أن ينكر دور العرف الهام في النظام القانون العام . الدستوري والاداري خصوصا . ولكن يثور الخلاف حول دور العرف ونطاق عمله من الناحية النظرية والاساس القانوني ، فمن الشراح من يقصر دوره عبى بعض المسائل المحدودة ، ومنهم من يدخله في عامة المسائل الدستورية ويجعل له دورا هاما فيها[٣]. وتظهر اهمية القواعد العرفية جليا في الدول ذات الدساتير العرفية مثل انجلترا ومن حذا حذوها من الملكيات الاخرى ، فما يزال الدستور الانجليزي يتكون من

(١) انظر: د. جورجي شفيق ساري ، اصول واحكام القانون الدستوري ، ط٤ ، القاهرة ، دار النهضة العربية للنشر، ٢٠٠٢/٢٠٠٣،ص٦٧، ٦٨

(٢) انظر: د. محمد محمد عبده امام ،المبادئ الدستورية العامة في ضوء الشريعة الاسلامية ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية للنشر،٢٠١٣ ، ص٤٠.

(٣) انظر: د. محمد محمد عبده امام، المصدر نفسه ، ص٤١

مجموعة من القواعد العرفية التي تقيم التنظيم السياسي الانجليزي ، على الرغم من تدوين بعض قواعده الا أن معظم ما تزال قواعد عرفية غير مكتوبة[١].

ولمزيد من التدليل والتفصيل حول الدساتير العرفية ، سنلقي نظرة سريعة على الدستور الانجليزي ،

– الدستور الانجليزي

يقدم لنا الدستور الانجليزي على انه المثل الكلاسيكي للدساتير العرفية ، الا أن جزء من هذا الدستور مكتوب ، في حين ان جزءه الاغلب غير مكتوب او عرفي ، ولكي ندرك تماما الدستور العرفي الانجليزي ، علينا ان نميز بين :

القواعد العرفية الدستورية وبين الاتفاقات الدستورية. فالقواعد العرفية الدستورية تتمتع وحدها كما يعتقد بالصفة القانونية (لأن المحاكم تعترف بها وبالتالي تطبقها) اي لها قيمة القانون ، ولهذا في جزء مهم من القانون الدستوري . اما الجزء الاخر من القانون الدستوري فتكون قواعد مكتوبة . ومن امثلة (القواعد العرفية الدستورية) القواعد المتعلقة بوجود النظام الملكي ، سلطات الملك ، حق الملك في المصادقة على القوانين ، تقسيم البرلمان الى مجلسين ، مسؤولية الوزراء السياسية امام مجلس العموم دون مجلس اللوردات ٠٠٠ الخ[٢].

ومن امثلة (الاتفاقات الدستورية) ، (التي وجهت النظام السياسي الانجليزي نحو البرلمانية) القواعد التالية : لايجوز للملك الاعتراض على قانون صوت عليه البرلمان ، ولايحق للوزارة ان تعقد اي اتفاقية دون موافقة مجلس العموم ، وجوب استقالة الوزارة التي لا تحوز ثقة مجلس العموم ، حق الوزارة في حل مجلس العموم عندما لا تحوز ثقته او تنسحب ، حق الوزارة في مجلس العموم حتى واذا لم تكن على خلاف معه ، على الوزارة التي تحل مجلس العموم وتكون نتيجة الانتخابات ليست في صالحها ، ان تستقيل ولا يمكنها ان تحل هذا المجلس ثانية ، المسؤولية التضامنية للوزارة امام البرلمان

(١) انظر: د. محمد محمد عبده امام، المصدر السابق، ص٣٩

(٢)انظر: د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري ج٢ ، ط٢ ، المكتبة القانونية للنشر ، ٢٠٠٧ ، ص٢٣٥ ، ٢٣٦ ،٢٣٧

(مجلس العموم) ، اولوية مجلس العموم مجلس اللوردات ، وجوب دعوة البرلمان مرة واحدة في السنة على الاقل . و(الاتفاقات الدستورية) هي التي تكون الدستور العرفي (غير المكتوب) الحقيقي لانجلترا، لانها تنتج عن طريق الممارسة السلطة من قبل القابضين عليها . الا أن القواعد الدستورية كما رأينا لا تتمتع بطبيعة قانونية ، او هي بغير حاجة لان تنسب اليها هذه الصفة . ولذلك فأن انكار العديد الكتاب الانكليز الصفة القانونية على القواعد التي تتضمنها (الاتفاقات الدستورية) اي عدم اعتبارها جزءا من القانون العرفي او المكتوب الذي يقيمه البرلمان لان المحاكم لا تطبقها ، لا يغير شيئا في الامر ، اي أن هذه القواعد هي اولا وقبل كل شيء قواعد دستورية (قواعد غير قانونية) تنظم ممارسة السلطة في الدولة . بناءاً عليه فان الدستور الانكليزي يتكون من عدد من القواعد المكتوبة التي تتمتع بالصفة الدستورية (وهي التي اقامها الحكام القابضون على السلطة) ومن عدد اكبر وان لم يكن اعظم من القواعد التي تنتج عن طريقة او ممارسة الحكام للسلطة وبهذا المعنى فهي عرفية غير مكتوبة . فالدستور الانكليزي هو في الحقيقة خارج القانون ان صح التعبير ، لان القواعد التي يدخلها الكتاب الانكليز ضمن القانون هي معظمها قواعد قانونية اعتيادية وهذا ما رأينا بالنسبة لمعظم المواثيق التي صدرت في انكلترا لانها تحمي وتضمن حريات المواطنين وبهذه الصفة فأن المحاكم الانكليزية تأخذ بها وتطبقها . اما القسم الاخر التي تدخل ضمن القانون العرفي فأن الكثير منها ينظم ممارسة السلطة وبالتالي لا يمكن ادارك تطبيقها من قبل المحاكم . ومثال هذه القواعد ما يتعلق بسلطات الملك والقواعد المتعلقة بتقسيم الى مجلسين ومسؤولية الوزراء السياسية امام مجلس العموم دون مجلس اللوردات. فهذه القواعد هي قواعد دستورية في الحقيقة ولايمكن ادراك كيف ان المحاكم تقوم بتطبيق مثل هذه القواعد[1].ينتج مما تقدم ان الدستور الانكليزي ليس في (القانون الدستوري) كما يعتقد ، وانما هو اولا في الاتفاقات الدستورية ، وثانيا في بعض اجزاء القانون الدستوري ، اما ماعدا ذلك فهو قواعد قانونية اعتيادية .وعبيه وبهذا المعنى يمكن القول ان الدستور الانكليزي هو في معظم اجزائه دستور عرفي او غير

(١) انظر: د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص٢٣٨، ٢٣٩

مكتوب[1]. ويلعب العرف دوراً هاما بين مصادر القواعد القانونية يستوي في ذلك الدول ذات الدساتير العرفية والدول ذات الدساتير المكتوبة . وكذلك الدول ذات الدساتير المرنة والدول ذات الدساتير الجامدة[2].

اولا. في دول الدساتير العرفية ودول الدساتير المكتوبة :

الى جانب ان هناك دولا مازال دستورها دستوراً عرفيا . مثلما ذكرنا انكلترا وكذلك اسرائيل ايظا . يقوم العرف الدستوري بدور لايمكن انكاره او تجاهله او التقليل من اهميته وفائدته كمصدر من مصادر القواعد الدستورية حتى في دول الدساتير المكتوبة .

ففي الدول الدساتير المكتوبة يلعب العرف دورا هاما الى جانب القاعدة المكتوبة ويتخذ هذا الدور عدة مظاهر. فقد يبدو في سد الثغرات التي تنجم عن تطبيق القاعدة المكتوبة في الواقع ، الذي يأتي بحالات لم يستطع واضعو القاعدة المكتوبة توقعها او التنبؤ بها ، وبالتالي فلم يأتوا بالحكم الذي يوجهها ، فأتي العرف ليقوم بهذا الدور ويسد مثل هذه الثغرات ويواجه الحالات المستجدة خاصة في حالة قدم وثيقة الدستور او الاختصار او الغموض في صياغة عباراتها. ومثال ذلك دستور الجمهورية الثالثة في فرنسا الذي لم يتضمن نصا بخصوص منصب رئيس الوزراء ، ولكن العرف المستقر في ظل العمل بهذا الدستور اوجد هذا المنصب رغم عدم النص عليه [3].وايظا بالنسبة للدستور الامريكي الذي مر على وضعه اكثر من قرنين وربع من الزمان ، فقد جرى العرف على ان يختار مندوبو الرئاسة المرشح الذي اتجهت اليه ارادة الناخبين في الدرجة الاولى ، رغم انه لايوجد بالدستور ما يلزم المندوبين باختيار مرشح معين ، بل وفقا لنصوص الدستور تكون لهم حرية الاختيار بين المرشحين . فأنتخاب رئيس الولايات المتحدة يتم على درجتين ، يتم في الدرجة الاولى انتخاب مندوبين بواسطة الشعب لاختيار الرئيس نيابة عن الشعب، وفي الدرجة الثانية يقوم هولاء المندوبون

(١) انظر: د. منذر الشاوي، المصدرالسابق، ص٢٣٩

(٢) انظر: د.جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق، ص٦٨

(٣) انظر: د. جورجي شفيق ساري، المصدر نفسه، ص ٦٨ ، ٦٩

بانتخاب الرئيس من بين المرشحين [1]. ولم يحدث الخروج عن هذا العرف المستقر منذ الانتخابات الاولى للرئاسة الامريكية وحتى الان الا في ثلاث حالات فقط ، في الانتخابات الرئاسية التي جرت عام ١٩٤٨، والانتخابات الرئاسية التي جرت عام ١٩٥٦، حيث قام احد ناخبي الرئاسة الذي اختير على قائمة مرشح الرئاسة تورمان للتصويت لصالحه ، قام بالتصويت لصالح المرشح الاخر العنصري اي الذي كان من انصار التميز العنصري. والحالة الثالثة جرت عام ١٩٦٠، حيث صوت احد ناخبي الرئاسة الجمهوري لصالح المرشح الديمقراطي العنصري ايظا [2].

ثانيا . في دول الدساتير المرنة ودول الدساتير الجامدة :

ليس هناك خلاف يذكر حول وجود العرف ودوره في دول الدساتير المرنة ، التي يتبع وضعها وتعديلها اجراءات وضع وتعديل القوانين العادية .

اما بالنسبة للدول ذات الدساتير الجامدة فقد اختلف الرأي ، حول اكان وجود العرف كمصدر للقواعد الدستورية فيها ونستطيع ان نميز بين فريقين فريق رافض لهذا الوجود وفيق معترف به .

الفريق المنكر لامكانية وجود عرف دستوري في ظل الدساتير الجامدة :

وتزعم هذا الفريق الفقيه CARRE DE MALBERG. وفقا لهذا الفريق فان العرف لايستطيع ان يخلق قاعدة فانونية ذات قيمة دستورية في ظل دستور جامد لان الاحكام التي ينص عليها مثل هذا الدستور . والتي تتعلق بالمبادئ او المؤسسات او الحقوق . لايمكن تعديلها الا وفقا للاجراءات التأسيسية ، وهي اجراءات تتصف بالطول والتعدد والتعقيد فهو يرى لن هناك تناقض بين مصطلحي دستور وعرف ، فالعرف على نقيض الدستور الجامد لايحتاج

(١) انظر: د. جورجي شفيق ساري، المصدر السابق، ص٦٩

(٢)انظر: د. جورجي شفيق ساري، المصدر نفسه، ص٧٠

في وضعه ولا في تعديله الى اجراءات مراجعة اوتعديل[1]. ويذهب انصار هذا الفريق الى القول بأن الاشارة الى العرف لتبرير حالة جرى عليها الواقع ، يعني في الحقيقة الامر غياب الاساس القانوني لها ، او محاولة لتبرير ممارسات سياسية لاتتفق مع اي تحليل قانوني .فالاعراف الدستورية وهم لاوجود لها .كما انه لايوجد قاضي يستطيع الاقرار بوجود العرف الدستوري والدليل على ذلك ان القاضي الدستوري ام يفصل ولو مرة واحدة في نزاع دستوري مستندا في ذلك على العرف الدستوري . فلا يمكن للعرف ان يخالف الدستور فكيف يمكن ان يعدل الدستور الجامد بعرف لمجرد تكرار مخالفته[2].

الفريق المعترف بامكانية وجود عرف دستوري في ظل الدساتير الجامدة :

وفقا لهم ان وجود دستور جامد لايحول دون وجود عرف دستوري في ظله والى جواره . فاحكام الدستور المكتوب الجامد كثيرا ما تتم في التطبيق العملي عن ثغرات او نقص او قصور. فيأتي العرف ليسد الثغرات التي يكشفها التطبيق العملي ويكمل النقص في النصوص الدستورية ويتلافى القصور ويوضح الغموض الذي يكتنف احكامه. فالعرف الدستوري موجود في ظل الدستور الجامد ولايقتصر دوره على التفسير فقط، وانما يمتد الى استكمال النقص الموجود في نصوصه .ومثال ذلك في ظل الاحتلال الفرنسي للجزائر، فقد جرى العرف على منح رئيس الدولة سلطة التشريع بمراسيم في المسائل المحجوزة للبرلمان في فرنسا ذاتها . فمثل هذا العرف ليس عرفا مفسرا. وان كان انصار هذا الفريق يسلمون بعدم امكانية قيام عرف ينطوي على حذف نص دستوري فمثل هذا الحذف غير جائز لانه يتضمن تعديلا دستورا بغير الطرق التي حددها الدستور ذاته لتعديل احكامه. وان كان العرف يختلف في نشأته عن الدستور المكتوب الجامد فهذا لاينفي وجوده في ظل هذا الدستور ، وانما فقط ان القاعدة القانونية تتمتع بسمو شكلي نظرا لتعدد وطول وتعقد اجراءات وضعها وتعديلها ، والتي يجب احترامها واتباعها والا اتصف الوضع او التعديل بعدم الدستورية، اما القاعدة العرفية فتنشأ

(١) انظر: د. جورجي شفيق ساري، المصدر السابق، ص ٧٣ ، ٧٤

(٢) انظر: د. جورجي شفيق ساري، المصدر نفسه، ص٧٤

بتوافر ركنيها المادي والمعنوي، اي بتكرار اتباعها ثم استقرار الشعور بالالتزام بها. هذا من الناحية الشكلية اما الموضوعية فالقاعدة العرفية تتمتع هي ايظا بالسمو الموضوعي وتشترك او تشبه او تقترب في ذلك من المكتوبة [1].

(١) انظر: د. جورجي شفيق ساري، المصدر نفسه، ص ٧٤، ٧٥، ٧٦

المبحث الثاني

اركان العرف الدستوري وانواعه وعلاقته بالنص الدستوري

المطلب الاول

اركان العرف الدستوري

اولا : الركن المادي ـ هو الممارسة الايجابية او السلبية اي الاستعمال او عدم الاستعمال لامكانية ما .انه التصرف او الغياب وترداد بعض التصرفات او بعض الاحجام بصورة دائمة ، ثابتة وواضحة نسبيا فحتى يمكن اعتباره عرفا يجب ان يترجم الاستعمال سلسلة من التصرفات المتشابهة والمرضية . (ان مرة واحدة ليست عرفا) فتكاثر الاعمال المتشابهة لايستغنى عنه وان حدثاٍ منعزلا لا يكفي وحده ، اذ من الضروري ان تجعل منه الاحداث اللاحقة به سابقة . اضف الى ان على التكاثر الذكور ان يستمر ، بمعنى اخر ان يتوزع الترداد على فترة زمنية طويلة وممتدة نسبيا . فمثلا استغرق استواء النظام البرلماني في بريطانيا حوالي ١٥٠ سنة من عام ١٦٨٩ الى عام ١٨٣٧ اي من تاريخ صدور وثيقة الحقوق الى مجيء الملكة فكتوريا الى العرش [١].

بيد ان المقولة التقليدية للمداومة او تكرار التصرف او الاحجام عنه والثبات به جرى تجاوزها في محيط التعاملات الدستورية في ظل الجمهورية الخامسة في فرنسا من عام ١٩٥٨ فقد اعتبر البعض ان تعاملا فرديا ولكنه يجوز على موافقة الامة ، عادة عن طريق الاستفتاء ، من شأنه ان القاعدة العرفية وبالتالي ان يعدل النص الدستوري . وفي هذا المعنى يقول البروفسور جون جيكل (ان العرف ابتداء من عام ١٩٥٨ يتمظهر بشكل مختلف . انه يستمد سلطته يعني مشروعيته في

(١) د . احمد سرحال ، في القانون الدستوري والنظم السياسية (الاطار . المصادر)، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢ ، ص١٩٠، ١٩١

معظم اثاره من التزام المحكومين به ، وحيث انه في جوهره ' ينتج عن التصرف المتوافق لرئيس الدولة والشعب . ويقترب من هذا المفهوم المستجد للعرف ما يطلق عليه البروفسور رينيه جون ديبوي في محيط القانون الدولي العام ، بالعرف المتوحش او الثوري مقابل العرف الهادئ او الرشيد والرصين . فالعرف المتوحش يتكون بسرعة في فترة زمنية قصيرة اما لتواتر سريع لنفس الممارسات او تصرف يكون منفردا انما مباغت ضاغط واخاذ من شأنه ان يقلب التوجه العام القائم او ان يعتبر كمؤشر كاف لتوجه عام منتظر . وبهذا المعنى يقول تيوديل ديبو ان العرف يبدأ باول تصرف [1].

وبالعودة الى المفهوم التقليدي للعرف فأن وجوب تكرار التصرفات التشابهه يميز القاعدة العرفية عن مايسمى (بالموافقات الدستورية) كون هذه الاخيرة غير معنية بعدد السوابق وطالما انها لاتتشكل بمنزلة القوانين رغم اهميتها الفائقة مثلا في حياة السياسية في بريطانيا . مع ملاحظة بوجود عدد من الموافقات المستندة الى عدة سوابق من مثل اقالة الوزير الاول من قبل رئيس الجمهورية في فرنسا وعملية انتخاب النواب بالوكالة او بالتوفيض ، مقابل قيام مجموعة من الموافقات المنطلقة من سوابق المنفردة مثل مفهوم (المسائل الراهنة) المعمول به ابتداء من عام ١٩٧٤ في الجمعية الوطنية الفرنسية . وعلى اي حال فأن مخالفة حدق واحد لسلسلة التصرفات المتشابهة تزرع الشك حول وجود العرف . ومخالفة عدة احداث تجعل العرف غير قائم . وهكذا فان العادة الى استعمال حق حل الجمعية الوطنية في فرنسا عام ١٩٥٦ من قبل حكومة ادغار فور خال دون استواء عرف بعدم الحل منذ عام ١٨٧٧. وبالطبع فان برهان تتالي الممارسات المتماثلة وثباتها باتجاه واحد او محدد من قبل اكثر من هيئة حكومية واستمرارها لفترة كافية من الزمن مسألة شائكة لا سيما وان الظروف تتغير والهيئات تتبدل والمسلكيات تتطور بسرعة كبيرة في عالم اليوم . وعلى اي حال فان توفر الر كن المادي لا يكفي بمفرده لفرز القاعدة الدستورية العرفية التي تفترض حضور الركن الاخر وقد يكون الاهم الا وهو الركن المعنوي او البسيكولوجي[2] .

(١) انظر: د. احمد سرحال، المصدر السابق، ص ١٩١ ، ١٩٢

(٢) انظر: د. احمد سرحال، المصدر نفسه ، ص ١٩٢ ، ١٩٣

ويشترط لتمام الركن المادي ما يلي :[1]

١ـ العمومية : ويقصد بها ادراج الهيئات الحاكمة على العمل بمسلك معين ، دون احتجاج اي منها على هذا التصرف فمجرد احتجاج اي هيئة على هذا التصرف يؤدي خروجه من دائرة العرف .

٢ـ التكرار : بمعنى ان التصرف حتى يصبح عرفا يعتد به يلزم ان يتكرر عدة مرات ، اذ لايتكون العرف من تصرف واحد ، وقد اختلف الفقهاء في تحديد عدد المرات لاعتبار التصرف عرفا.

٣ـ الثبات والاستقرار : وهو نتيجة لتكرار ، فتكرار العادة والعمل بها يعني ثباتها ورسوخها واستقرارها.

٤ـ القدم : ويقصد به استمرار العمل بالقاعدة مدة طويلة بحيث يظهر ان التصرف اصبح مستقرا في ضمير الجماعة ، وانه لم يكن وليد الصدفة ، او امرا عارضا. وبالتالي فان الشروط التي ينبغي توفرها في الركن المادي تتعلق بالتصرف نفسه كونه عاما ومتكررا ومستقرا وثابتا وقديما رغم تحفظنا على الشرط الاخير وهو القدم ، فالقدم ليس له معنى مع التكرار اذ ان التصرف ربما يتكرر مرتين او ثلاثا او اربعا او اكثر في مدة وجيزة ولا يتكرر الا مرة واحدة في فترة طويلة جدا حينئذ نجد سؤالا يطرح نفسه ايهما اولى بالاتباع القدم ام التكرار ؟ لاشك ان التكرار اولى في الاعتبار من القدم فالقدم لايعبر عن استقرار العادة ورسوخها بقدر مايعبر عن ذلك التكرار .

ثانيا : الركن المعنوي ـ او الاعتقاد في المشروعية الدستورية للعمل ، والمقصود بهذا الركن ان يقوم في ذهن الجماعة وضميرها القانوني ان القاعدة التي نضمها العرف لها صفة الالزام وبالتالي واجبة الاحترام ، وان لها جزاء، وبعبارة اخرى ان العمل الذي تقوم به الهيئات الحاكمة هو تطبيق لقاعدة دستورية ملزمة لها كالقواعد المدونة من جزاء ، وبناء على ذلك فان الهيئات الحاكمة وهي تقوم بالعمل تعتقد في مشروعيته من الناحية الدستورية اي ان تقوم به بحسن نية باعتبار انها تقوم بتطبيق الدستور ، اي انها تعمل على احترام روح الدستور اكثر من احترام حرفية نصوصه ، وبعبارة اخرى يجب ان

(١) د . حمدي العجمي ، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والوزيع ، ٢٠٠٩ ، ص٦٥

يكون لدى الهيئة الحاكمة اعتقاد في ان العمل مشروع من الناحية الدستورية وهذا يستدعي ان النص الدستوري يجب ان لا يكون قاطعا في معناه وال كان العمل يعتبر مخالفة صريحة للدستور بحيث لا يمكن القول بتوفر حسن نية الهيئة الحاكمة التي اصدرت العمل ، ويبرر الاستاذ موريس ديفرجيه العرف الدستوري في هذه الحالة بانه يستند الى مبدأ الخطأ العام ينص قانونا ، ويلعب التكرار دوره في هذا الصدد . ويشترط توافر الاعتقاد في مشروعية العمل من الناحية الدستورية لدى الرأي العام ايظا الى جانب الهيئات الحاكمة التي قامت بالعمل اعلى الاقل يجب ان يتخذ الرأي العام موقفا سلبيا[١] .

ونلخص من ذلك انه لكي ينشأ العرف الدستوري لابد ان يتوفر له ركنان الركن المادي الدال على تحول العمل او التصرف الى عادة ثابتة ومطردة اي ان يصدر من احد الهيئات الحاكمة ، والركن المعنوي اي الاعتقاد بالزام هذه القاعدة العرفية يجب ان يقوم لدى الرأي العام والهيئات الحاكمة على السواء [٢] .

المطلب الثاني

انواع العرف الدستوري

اولا ـ العرف المفسر :

وهو الذي يقتصر اثره على تفسير نص من نصوص الدستور اي انه يتخذ هذا النص اساسا له وسندا لاتباعه . فهو لاينشأ قاعدة جديدة وانما يقف عند بيان الكيفية التي يطبق بها النص الدستوري[٣] .

فيكتفي العرف المفسر بتفسير وايضاح ماتضمنه النص الدستوري من غموض او لبس ومن ثم يلحق العرف المفسر بالنص الدستوري الذي يفسره ويأخذ حكمه ، وتكون بالتالي قوة النص الدستوري وقد االتفق الفقه على مشروعية هذا العرف .

---

(١) انظر : د. عبد الفتاح الساير ، القانون الدستوري النظرية العامة ، ط٢ ، مطابع دار الكتب العربية بمصر ، ٢٠٠٤ ، ص٢٥٠ ، ٢٥١

(٢) انظر : د. عبد الكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١ ،الاصدار٤ ،عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ ، ص٢٩٧

(٣) انظر : د. اسماعيل مرزه ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، ط٣ ، دار الملاك للفنون والاداب والنشر ، ٢٠٠٤ ، ص٦٣

ولا وجه للتفسير الا حيث يكون ثمة غموض في الدستور يدعو اليه . وينبني على ذلك انه اذا كانت نصوص الدستور من الوضوح والجلاء بما لا محل للشبهه ، فلا مجال عندئذ للتفسير . كذلك اذا اتى التفسير بحكم جديد يغاير الحكم الوارد في الدستور ن عد ذلك تعديلا وان سمي بعرف تفسيري . ونتفق مع الدكتور عبد الحميد متولي فيما ذكره ان العرف السابق على صدور الدستور يأخذ به على انه وسيلة من وسائل تغير الدستور، وذلك بداهة ما لم يكن منافيا للمبادئ العامة التي قام على اساسها الدستور الجديد ، ما لم ينص هذا الدستور الجديد صراحة على ما يناقض ذلك العرف السابق .

ومثال العرف المفسر ، ما استقر عليه العمل في فرنسا في ظل دستور سنة ١٨٧٥ من تخويل رئيس الجمهورية من اصدار اللوائح التكميلية ، استنادا الى النص الوارد في ذلك الدستور الذي يقرر (رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين) [١] .

ـ المكانة القانونية للعرف الدستور ي المفسر :

هناك رأي يعطي للعرف الدستوري المفسر مرتبة القانون العادي ، اي مرتبة اقل من الدستور ذاته ، وبالتالي فيجوز ـ وفقا لهذا الرأي ـ الغاء او تعديل هذا العرف المفسر بقانون عادي . ولكننا نرى مع غالبية الفقه ان العرف الدستوري المفسر له ذات القوة والقيمة التي للنص الدستوري محل التفسير ، والقول بامكان تعديل العرف الدستوري بقانون عادي يتعارض مع القاعدة الدستورية العرفية من حيث تكوينها وكيفية تعديلها او الغائها . كما ان مقتضى هذا الرأي والنتيجة الطبيعة له ، هو التساؤل التالي : هل تملك السلطة التشريعية ـ بتشكيلها العادي واجراءات سن القوانين العادية ـ اصدار قوانين تفسيريه لاحكام الدستور ؟ وهذا التساؤل يثير مسألة الاختصاص بتفسير نصوص الدستور وأداة ذلك .

وفي رأينا فأن تفسير نصوص الدستور التي تحتاج الى تفسير تثور بمناسبة تطبيق الاحكام التي تتضمنها في الواقع . والذي لقوم بهذه المهمة هي السلطات المختصة بتطبيق هذه الاحكام . وفي حالة الخلاف حول هذا تفسير فعادة ما يلجأ المتضرر من تطبيق هذا التفسير الى القضاء طاعنٍ في الاجراء او التصرف او القرار او المسلك الذي اتبعته السلطات

(١) انظر : د. فؤاد العطار ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار النهضة العربية للنشر،١٩٨٢، ص٢٤٠ ، ٢٤١

المختصة في مواجهته. ويقوم القضاء هنا بالتفسير . وتختلف الانظمة في هذا الصدد ، فمنها من يعقد الاختصاص للمحاكم المختلفة ، ومنها من يمنح هذا الاختصاص لمحاكم محددة او حتى لمحكمة معينة بذاتها [١] .

ثانيا ـ العرف المكمل :

الحالة هنا تختلف عن محل عمل العرف المفسر. فاذا كان محل العرف المفسر نصا موجودا ولكنه غامض فأن النص بالنسبة للعرف المكمل غير موجود. وبالتاي العرف المكمل ينصرف الى تنظيم موضوعات لم ينظمها المشرع الدستوري اصلا.

وعلى هذا فالعرف المكمل يملأ الفراغات وسكت عنه الدستور في امر من الامور . وينظم المسائل الدستورية التي اغفل المشرع الدستوري تنظيمها. ومن ثم يكون العرف المفسر منشئ لقواعد قانونية جديدة على خلاف العرف المفسر الذي يقتصر على تفسير النصوص الدستورية الموجودة في الدستور المكتوب. ولعل ابرز ما يضرب ممن امثلة حول العرف المكمل ما يتعلق بانتخاب مجلس النواب الفرنسي في ظل ١٨٧٥ حيث نص الدستور على ان الانتخاب عاما غير مقيد بنصاب مالي او بكفاءة علمية خاصة، وأحال الى قوانين الانتخاب في كل ما يتصل بالانتخاب العام. واذا كانت هذه القوانين قد اطردت منذ سنة ١٨٤٨ على الاخذ بالانتخاب المباشر ـ اي على درجة واحدة ـ فأن ذلك يمثل قاعدة دستورية عرفية مكملة . وقد عبرت محكمة العدل العليا في الاردن عن موقفها في هذا المجال اذ قررت بأنه : لا يوجد في الدستور اي نص يوجب لصحة انعقاد جلسة مجلس الوزراء حضور جميع الاعضاء المجلس وان العرف المتبع في هذا الشأن قد جرى جواز انعقاده اذا حضره اكثرية اعضائه. وعليه اذا تغيب لحد الاعضاء عن حضور المجلس لايجعل انعقاد المجلس مخالفا للدستور[٢] .

ـ المكانة القانونية للعرف الدستوري المكمل :

(١) انظر: د. جورجي شفيق ساري ، المرجع السابق ، ص٨٤ ، ٨٥ ، ٨٦

(٢) انظر: د.نعمان احمد الخطيب ، الوسط في النظم السياسية والقانون الدستوري ،ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ ، ص٤٧٠، ٤٧١

اختلف الرأي حول المكانة التي يحتلها العرف الدستوري المكمل في تدرج القيمة القواعد القانونية، اي القيمة القانونية لها.

ونستطيع هنا ان نميز بين ثلاث اراء : رأي يعطي لها نفس مكانة القانون العادي، ورأي يرتفع بها درجة، ويضعها في مرتبة اعلى من القانون العادي، ورأي يرتفع بها درجة اخرى ويضعها في ذات الصف الذي تحتله النصوص الدستورية ذاتها

فقد ذهب البعض الى اعطاء العرف الدستوري المكمل ذات قيمة ومكانة القانون العادي،على اساس ان الذي يقر ويقرر العرف الدستوري، هو في حقيقة الامر المشرع العادي الذي يصدر القوانين العادية، كل ما هنالك انه بالنسبة للقوانين العادية فأن المشرع يصدرها صراحة، اما بالنسبة للعرف الدستوري يصدره ضمنا. وكذلك فوفقا لهذا الرأي فأن القانون العادي يمكن ان يعدل او يلغى عرفا دستوريا مكملا.

وذهب رأي الى ان العرف الدستوري المكمل يحتل مكانة وسط بين القانون العادي والدستوري، بمعنى ان له قيمة تفوق تلك التي للنصوص العادية، ولكنها لاتصل الى قيمة النصوص الدستورية. وينتقد هذا الرأي، الاتجاه السابق الذي يعطي للغرف الدستوري المكمل ذات مكانة القانون العادي، لان ذلك يعني امكان تعديل القاعدة الدستورية بقانون عادي، وهو ما يتعارض مع فكرة القاعدة العرفية من حيث تكوينها وكيفية تعديلها او الغائها، والتي تقتضي توفر ركنيها المادي والمعنوي، الامر الذي يقتضي صدور عدة قوانين متعاقبة ومخالفة للعرف السابق حتى ينتهي الامر بتكوين قاعدة عرفية مضادة، فلا يكفي اذن قانون واحد لذلك. اما غالبية الفقه فيرى ان العرف الدستوري المكمل ذات المكانة والقيمة التي للدستور المكتوب.فالعرف الدستوري المكمل يتضمن قاعدة تتعلق بشأن من شئون الحكم في الدولة، وبالتالي يحتل ذات المكانة التي تحتلها النصوص الدستورية التي تحتوي قواعد تتعلق بذات الشؤون، فمن الطبعي ان يحتل ذات المكانة والقيمة، خاصة ان مثل هذا العرف لا يخالف نصا دستوريا مكتوبا او يلغي حكما تضمنه، وانما يسد ثغرة اغفل سدها الدستور، وكشف عنها التطبيق العمل للنصوص الدستورية، او انه يكمل نقصا انطوت عليه هذه النصوص [1] .

(١) انظر: د. جورجي شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص٨٧ ،٨٨

والعرف الدستوري ـ كما قلنا ـ من تكرار سلوك معين في مسألة دستورية من جانب احدى السلطات الحاكمة، وشعور الجميع الجميع بضرورة مراعاة هذا السلوك والتقيد بالقاعدة التي اتى بها. ولفظ الجميع هنا يعني ـ كما سبق الشرح ـ جميع سلطات الدولة الى جانب الرأي العام. فتكوين هذا العرف يختلف عن وضع القوانين العادية، وان كان الدستور المكتوب الجامد اجراءات وضع وتعديل كثيرة ومتعددة ومعقدة، فأن نشأة العرف الدستوري ايضا سهلة ولا بسيطة. كما ان هذا العرف الدستوري يتعلق بمسألة من مسائل الحكم في الدولة، مما يعني ان له سمو شكلي وموضعي على النصوص التشريعية العادية.

ثالثا ـ العرف المعدل :[1]

يتخذ العرف المعدل للدستور احدى الصورتين من التعديل وسنعرض الصورتين بشيء من الايجاز في السطور التالية :

أ ـ العرف المعدل بالاضافة : العرف المعدل بالاضافة يقتضي وجود احكام جديدة لايتحملها تفسير النص الدستوري الموجود، فقد يجري العرف خلاف ما تنص عليه النصوص الدستورية المكتوبة، كأن يجري البرلمان على تفويض السلطة التنفيذية بسن القوانين عن طريق المراسيم بقوانين كما حدث في فرنسا. وهناك فرق بين العرف المكمل والعرف المعدل بالاضافة، فالاول ينظم موضوعا لم تتناوله الوثيقة الدستورية اصلا بأي تنظيم ويفترض الثاني العرف المعدل ان ثمة تنظيم سابقا في الوثيقة الدستورية لكنه يضيف احكاما من شأنها ان تتضمن تعديلا لذلك التنظيم على نحو او اخر .

وقد انقسم شراح القانون الدستوري المؤيدين لقيام القاعدة العرفية الى جوار الوثيقة الدستورية الى فريقين بالنسبة امكان نشأة عرف معدل بالاضافة في ظل الدساتير الجامدة خصوصا فهناك فريق يعترض على وجود هذا العرف، وفريق اخر يؤيد وجوده الى جوار الدساتير الجامدة . اذ يرى المعارضون ان العرف المعدل بالاضافة ينصرف الى انشاء قواعد تتعارض مع النص الدستوري، فضلا على انه لا يجوز النصوص الدستورية الجامدة الا عن طريق السلطة التي يناط بها تعديل

(٢) انظر: د. محمد محمد عبده امام ، المصدر السابق، ص ٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧، ٤٨

الدستور. بينما يرى المؤيدين للعمل بالعرف المعدل بالاضافة، ان التعديل العرفي للدساتير الجامدة انه امر طبيعي في بلد يقوم نظامه السياسي على اساس مبدأ سيادة الامة، اذ ما دامت الامة هي صاحبة السيادة فأنه يجب ان تعتبر السلطة التأسيسية العليا .ويرى بعض الشراح ان هذا النوع من العرف موجود فعلا ويجري العمل به، ولكن ينبغي عدم اغفال قيد هام يرد على امكان نشوء هذا النوع من العرف، وهو الا يكون النص الدستوري قاطعا في معناه والا عد العرف مخالفا للدستور. وانما يمكن القول بوجود مثل هذا النوع اذا كان النص الدستوري غير قاطع في معناه مما يتحمل اضافة احكام جديدة الى الاحكام التي تضمنها .

ب – العرف المعدل بالحذف: ان هذا النوع من العرف يسقط اختصاصات منصوص عليها في الدستور لاحدى السلطات، كالذي حدث في فرنسا حيث سقط حق رئيس الجمهورية في حل البرلمان النصوص عليه في دستور ١٨٧٥ لعدم استعمال هذا الحق منذ ١٨٧٧ وكما حدث في انكلترا من عدم ممارسة الملك لسلطته في رفض التصديق على القوانين منذ سنة ١٧٠٧ . وهذا النوع من العرف ينشأ غالبا نتيجة الاهمال تطبيق نص دستوري وهو ما يعرف بعدم الاستعمال . وقد حمى الخلاف واشتد بين شراح القانون الدستوري بشان هذا من العرف وانقسموا في شأنه الى فريقين :

الفريق الاول : يرى هذا الفريق ان العرف الدستوري يستطيع ان الدستور المكتوب الجامد، ويأخذ صورة الحذف من احكام الوثيقة الدستورية ويكون ذلك عن طريق اسقاط حق من حقوق او اختصاص من الاختصاصات التي قررتها الوثيقة الدستورية لهيئة من الهيئات، ويتأتى ذلك اذا جرى العمل على عدم استعمال الهيئة لحقها المقرر في الوثيقة الدستورية ويستشهدون بما جاء في الدستور الفرنسي ١٨٧٥ من حق لرئيس الجمهورية في حل مجلس النواب ثم لم يستعمله منذ سنة ١٨٧٧ وحتى قيام حكومة فيشي سنة ١٩٤٠ وان عدم استعمال هذا الحق لمدة طويلة يؤدي الى سحبه وبالتالي الغاء النص الدستوري الذي ينظمه .

الفريق الثاني : وهذ الفريق غالبية الشراح الدساتير والقانون العام لا يقر بوجود هذا العرف المعدل بالحذف، ويرى هذا الفريق ان عدم استعمال الحقوق المنصوص عليها في الدستور لصالح هيئة معينة لا يسقط هذا الحق، لانه لا يجوز حذف

نص من الدساتير الجامدة دون اتباع الاجراءات الخاصة بتعديل الدساتير الجامدة، ويضيف البعض حجة اخرى، وهي ان الحقوق لم تقرر من اجل استخدامها بشكل مستمر اذ لابد من وجود الاعتبارات والشروط التي تبرر الالتجاء الى استعمال بل حتى اذا توافرت الشروط والمبررات اللازمة لاستعمال الحق ولم يستعمله صاحبه فأن ذلك لايعني الغاء ذلك الحق، لأن ملائمة استخدام الحق في ظروف معينة من عدمه هي مسألة تخضع اتقدير صاحب الحق دون غيره .ونحن نؤيد هذا الرأي حيث لا ينبغي ظهور ما يسمى بالعرف المعدل بالحذف، لأن ذلك يؤدي الى اهدار النصوص الدستورية .

المطلب الثالث

علاقة العرف بالنص الدستوري

اولا_ مرتبة العرف بالنسبة للنصوص الدستورية:- فالدساتير تقسم من حيث تدوينها قسمين اساسيين هما: الدساتير المرنة والدساتير الجامدة. فالدستور العرفي يدخل في نطاق الدستور المرن طالما انه يعدل بعرف مخالف او بقانون عادي. وذالك لا تثور صعوبة حول قيمة العرف الدستوري في البلاد التي تسودها الدساتير العرفية. اما في البلاد ذات الدساتير المدونة، فالمسألة اكثر تعقيدا ذلك ان الدساتير قد تضمنها وثيقة رسمية، احتوت على المبادئ الاساسية التي يقوم عليها نظام الحكم، وجعلت لها بالتالي قسطا من الثبات والاستقرار يتمثل في عدم إمكان تعديل احكامها الا بواسطة الهيئة المختصة وفقا للاجراءات المقررة لذلك [1]

ثانيا_الفرق بين العرف والنص الدستوري:- يختلف العرف عن النص الدستوري من حيث صفاته العامة . فالاول شفاهي مبدئيا وشكلا والثاني خطي مكتوب ، في الوقت الذي يلاحظ فيه اليوم وجود اعراف مدونة – اي مكتوبة – تحتفظ بميزتها العرفية . وبمعنى اخر فأن التفريق بين العرف والنص الدستوري ويعود ويستند الى طريقة واتخاذ وتكون

(١) انظر: د. فؤاد العطار، المصدر السابق، ص ٢٣٩، ٢٤٠

القاعدة وصفة اصحابها . فالقانون يوضع من قبل هيئة متخصصة في اصدار القواعد القانونية كالبرلمان او اشتراك اكثر من هيئة من هذا القبيل كرئيس الدولة والحكومة . والزاميته انما تعود الى تلك الهيئة او الهيئات واهليتها الرسمية . في حين ان تضمينه لنص مكتوب ليس سوى طريقة للتعبير عنه. وعلى النقيض فان العرف هو تعامل اعتبر الزاميا من قبل اصحاب العلاقة او الاشخاص موضوع القاعدة العينة بالبحث. فهو ليس عمل هيئة خاصة او متخصصة بل من صنع المنتفعين انفسهم . وباختصار فأن اصحاب العرف هم مجموعة من الافراد والهيئات الحاكمة المكونين للوسط القانوني الذي يلد ويبزغ العرف في محيطه واطاره . وفي ما يخص القانون الدستوري يتأتى العرف عن ممارسات الحكام اولا (البرلمان ، الحكومة ، رئاسة الدولة وغيرها) . ولكن لا يستبعد المحكومين في استوائه وقيامه كما هو الحال في فرنسا مثلا في الاستفتاءات التي جرت في عهد الجنرال ديغول عامي ١٩٦٢ ، ١٩٦٩ والتي استهدفت تدعيم سلطات الرئاسة الفرنسية كما سبقت الاشارة. وعلى هذا المستوى يمكن اختصار الفرق بين القانون والعرف بما اقامه البروفسور جورج فيديل من مقارنة بين الطريق والدرب (القادومية) اذ يقول : ((توجد الطريق لأن فريقا من العمال المسيرين من قبل فريق المهندسين قد بناها . اما الدرب القديمة فتوجد لأن احدهم بدأ بالمرور على خط سير موافق مريح ، ولأن اخرا فعل كما فعل فدرجت العادة عليه . ان الفرق بين انشاء الطريق وقيام الدرب يتطابق مع الفرق بين القانون المكتوب والعرف . ويضاف الى ذلك ما يوصف به العرف من مميزات تطور عفوية مقارنة مع جمود النص في دستور صلب ومعقد في الية التعديل.((فالاعراف هي—حسب – كلمات الرئيس بريلو—في تحول دائم ، وكما لا يستحم هيراقليطس في النهر مرتين، كذلك ايظا فأن القانوني لا يدرس ابدا نفس الدستور—العرفي—مرتين)). ان هذه المطاطية هي التي العرف عن النص الدستوري وتمنح الدستور صفة المرنة مبدئيا اذ ينشا يوما بعد يوم وجزءا بعد جزء مما يجعله يتكيف بسهوله مع الظروف المستجدة والمحسومة وينأى عن المستورد والاصطناع بكونه حصيلة للتجربة المجتمع المعني . بيد انه ليس هناك من تلازم مطلق بين العرف وصفة المرونة الدستورية . فالدستور العرفي يصح احيانا ان يكون جامدا . وهذا ما كان عليه حال

القوانين الاساسية للملكية الفرنسية . فعلى الرغم من كونها قوانين عرفية ، فأن تعديلها عن طريق المشرع العادي – وكان الملك وحده يمتلك السلطة التشريعية –كان ممتنعا ، وكان لابد ان يتم التعديل بالاتفاق بين الملك ومجلس الطبقات[1].

ثانيا_ حجاجية كل من العرف والقانون المكتوب:- ان العلاقة بين العرف والنص الدستوري ليس فيها مشكلة على مستوى الاقرار الفقهي بالاجماع للقانون المكتوب بأمكانية الغاء العرف القائم ، فان مسألة تقدم القاعدة العرفية على النص المكتوب ما زالت على غرار الموقف من دور العرف تثير بعض المعارضة الفقهية وشيئا من الانقسام في اوساط القانونيين . ولكن طالما انه جرى الاعتراف بوجود القاعدة العرفية وصفتها القانونية الملزمة فمن المنطقي تبني القول بتساوي هذه القاعدة مع النص المكتوب . وبعنى اخر فأن للقانون المكتوب ان ينسخ عرفا ، كما ان لهذا الاخير ان ينسخ قانونا مكتوبا . وهذا مايطبق في نظام ديموقراطي . فعلى الرغم من كونه على العموم من صنع الحكام الا ان العرف لا يقوم سوى بالقبول العلني او الضمني للمحكومين كما وسبق وأشرنا . انه تعبير بشكل او اخر عن ارادة البلاد نفسها. وبهذا المعنى فهو لا يولد عن تكرار خرق النص بقدر ما يولد من يقين المحكومين بوجود القاعدة التي يعبر عنها هذا العرف. وهكذا ، فأن العرف ، التعبير الاكثر حداثة عن السلطة التأسيسية الاصلية بصورة او بأخرى، أن يعدل نصا دستوريا اقل حداثة ولو كان من طبيعة صلبه جامدة. فالاحساس والشعور القانوني الاحدث يجب ان يقدم عملا بمدأ الاحق ينسخ السابق. والامثلة كثيرة على التعاملات الدستورية الناسخة والتي اوردنا سابقا بعضا منها[2].

(١) انظر: د. احمد سرحال، المصدر السابق، ص٢٠٦، ٢٠٧

(٢) انظر: د. احمد سرحال، المصدر نفسه ، ص ٢٠٧، ٢٩٨

الخاتمة

وختاما لهذا التحليل والذي كان حول العرف الدستوري وانواعه والذي يعد كمصدر من مصادر القانون الدستوري يمكن القول ان العرف الدستوري له اهمية كبيرة وبالغة في كل الدول وكل الدساتير سواء المدونة والغير المدونة . كما ان علاقته بالتشريع جدا متصلة بما انهما مكملان لبعضمها البعض ويمكن وصف هذه العلاقة بعلاقة الجسم بالروح بما انهما منسجمان . فالعرف الدستوري حينما وجد كان الغرض منه هو سد النقص او الفراغ الدستوري في مسألة معينة لم يتناولها دستور الدولة المكتوب، ومن امثلته ما هو معمول به في لبنان من أن من يقوم بتشكيل الحكومة هو الحزب او الاحزاب السياسية التي تحصل على اغلبية المقاعد في البرلمان اللبناني ، ولكن هل هذه القاعدة كانت معمولا بها ام انها فكرة جميلة كعرف دستوري لا رقابة فيها ولا رقيب؟ لذلك وجد العرف المفسر وكان اول من اخذ به هم الفرنسيون . وعملوا عليه وحتى كرسوه كأمر واقع ولكن شددت الرقابة وكان يهدف الى تفسير وايضاح نص من نصوص الدستور القائم ولا يتدخل بخلق او انشاء قاعدة غير موجودة، ولا مجال للعرف المفسر الا اذا شاب القواعد المكتوبة غموض او ابهام ، ويظل هذا التفسير متبعا حتى يكتسب صفة الالزام ويصبح جزءا من الدستور المعمول به .

فالعرف الدستوري يعد مصدرا للقاعدة الدستورية بانواعه المختلفة طبقا لوجهة نظر فقه القانون الدستوري الذي يرفض جانب منه في نفس الوقت الاعتراف بقيمة قانونية لكل انواع العرف الدستوري.

اما في تاريخ العراق الدستوري الحديث يلاحظ ضعف هذا المصدر في تزويد السياسية والدستورية بقواعد تنظم ممارسة السلطة في ظل الدساتير العراقية التي صدرت ابتداء من عام ١٩٢٥ حيث صدر الدستور العراقي الملكي وانتهاء بدستور ١٩٧٠ المؤقت اذ لم تتكون سوى قاعدة عرفية واحدة في ظل دستور ١٩٢٥ الملكي القاضية باستقالة الوزارة عند تبوء الملك الجديد للعرش وكان الملك الجديد يقبل الاستقالة ويكلف في الوقت نفسه رئيس الوزراء المستقيل مهمة تشكيل وزارة جديدة فهي قاعدة عرفية ليس لها اهمية كبيرة.

اما في ظل الدساتير التي ظهرت في فترة الجمهورية (١٩٥٨-٢٠٠٣) وهي جميعها دساتير مؤقتة فلم تتح الفرصة لظهور قاعدة عرفية الا انه بعد انهيار النظام السياسي عام ٢٠٠٣ نتيجة الغزو الامريكي وصدور قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وهو دستور مؤقت جديد قدر للشعب العراقي وللحياة الدستورية في هذا البلد ان تشهده في سلسلة الدساتير المؤقتة التي حكم العراق بموجبها منذ عام ١٩٥٨ فقد لاحت بوادر امكانية ظهور قاعدة عرفية تستمد قوتها واساسها من الممارسة السياسية التي تقوم بها التيارات والاحزاب والكتل السياسية التي تمارس نشاطها في الساحة العراقية ومضمون هذه القاعدة التي برزت حتى هذه اللحظة من جانب هذه الكتل والاحزاب بمحاولة قمع الاستبداد وتمثيل مكونات الشعب بعدالة – تتمثل بمدأ المحاصصة القومية والطائفية والدينية فهذه المحاصصة هي التي يمكن ان تعبر للخيار الافضل لمستقبل لشعب العراقي ربما طبقا لوجهة نظر هذه الاحزاب والكتل والتيارات السياسية التي اصبحت الحياة السياسية حكرا عليها بعد عام ٢٠٠٣.

ان تركيز مضمون الممارسة التي قدر لها ان تظهر في عراق ما بعد التاسع من نيسان ٢٠٠٣ قد تتحول الى عرف دستوري توزع بموجبه المناصب السياسية على اسس واعتبارات قومية وطائفية في ظل دستور العراق الدائم.

ويبدو ان هناك قناعة لدى الكتل والاحزاب السياسية العاملة في ظل مؤسسات الدولة التي ظهرت بعد نيسان ٢٠٠٣ في عدم امكانية تحقق او عدم وجود طريقة اخرى لتحقيق تمثيل عادل لجميع مكونات الشعب العراقي الا عبر مبدأ المحاصصة القومية والطائفية ومع ذلك سيبقى موضوع المحاصصة وامكانية تطوره الى عرف دستوري يأخذ صيغة معينة من الامور الخاضعة للنقاش في ظل تطبيق دستور ٢٠٠٥ وهو الدستور الاول للدولة العراقية الثانية .

المراجع

(القرءان الكريم)

اولا- الكتب

١-د. احمد سرحال، في القانون الدستوري والنظم السياسي (الاطار-المصادر)، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٢

٢- د. اسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط٣، دار الملاك للفنون والاداب والنشر، ٢٠٠٤

٣- د. جورجي شفيق ساري، اصول واحكام القانون الدستوري، ط٤ ،القاهرة ، دار النهضة العربية للنشر، ٢٠٠٣/٢٠٠٢

٤- د. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، ط١، دمشق، ٢٠٠٩

٥- د. حميد حنون خالد، القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، بيروت، دار السنهوري للنشر، ٢٠١٥

٦- د. حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، ط١/الاصدار١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩

٧- د.عبد الفتاح الساير، القانون الدستوري، ط٢، مصر، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، ٢٠٠٤

٨- د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط١/الاصدار٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢

٩- د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط١، دار النهضة العربية للنشر، ١٩٨٢

١٠- د. محمد ابراهيم درويش، القانون الدستوري، ط٢، دار النهضة العربية للنشر، ٢٠٠٩

١١- د. محمد علي الياسين، القانون الدستوري والنظم السياسية، ط١، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٦٤

١٢- د. محمد محمد عبده امام، المبادئ الدستورية في ضوء الشريعة الاسلامية، ط١، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، ٢٠١٣

١٣- د. منذر الشاوي، القانون الدستوري نظرية الدستور، ط١، بغداد، مركز البحوث القانونية للنشر، ١٩٨١

١٤- د. منذر الشاوي، القانون الدستوري الجزء٢، ط٢، المكتبة القانونية للنشر، ٢٠٠٧

١٥- د. نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط٦، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠