وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

مفهوم العرف الدستوري وأركانه

بحث تقدم به الطالبة

بيداء قصي سلمان العادلي

بأشراف

أ.م.د احمد فاضل حسين

قدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على شهادة البكالوريوس في القانون

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم القانون – علوم سياسية

١٤٣٩هـ

٢٠١٨م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿١٩٩﴾

صدق الله العظيم

سورة الاعراف – ايه ١٩٩

الاهداء

الى الذي تدركه العقول ولا تراه العيون رب العزة الجلالة .. طاعة وامتثال.

الى شمعتي عمري اللتين تنيران دربي بأحتراقهما ،الذان غمراني بعطفهم وحبهم وحنانهم منذ اول لحضات حياتي ..ابي وامي.

الى سندي في هذه الدنيا .. اخوتي واخواتي.

الى الذين علموني نسيج الحروف .. اساتذتي.

الى ينبوع العلم والمعرفة .. كليتي.

الباحثة

الشكر والتقدير

الحمد لله اقراراً بنعمته ولا اله الا الله اخلاصاً لوحدانيته والصلاة والسلام على سيد الخلق نبينا محمد المصطفى الامين وعلى اله الطيبين الطاهرين وبعد..

بعد الانتهاء وبعون من الله سبحانه وتعالى من كتابة بحثي هذا لا يسعني الا ان اسجل شكـــري وتقديـري الـــــــــى **(أ . م .د احمد فاضل حسين)** لمـا شـملني بـه مـن رعايـة وأحاطني به من عون وتوجيه سديدين وما بذله من جهد الى جانب الخلق الاخوي الكريم وفقه الله تعالى في خدمه التعليم الجامعي.

كما اقدم بشكري لجميع اساتذتي في كلية القانون لما بذلوه من جهد حتى وصلت الى هذه المرحلة واشكر جميع صديقاتي وعائلتي وزميلاتي في الدراسة.

وفقهم الله جميعاً.

محتويات البحث

ت	الموضوع	الصفحة
١	الآية القرآنية	أ
٢	الشكر والتقدير	ب
٣	الاهداء	ج
٤	إقرار المشرف	د
٥	محتويات البحث	هـ
٦	المقدمة	١
٧	المبحث الاول: مفهوم العرف الدستوري واركانه	٢ ـ ٣
٨	المطلب الاول: تعريف العرف الدستوري	٤ ـ ٦
٩	المطلب الثاني : اركان العرف الدستوري	٧ ـ ١٠
١٠	المبحث الثاني:تقسيمات العرف الدستوري	١١
١١	المطلب الاول: العرف المفسر	١٢ ـ ١٤
١٢	المطلب الثاني: العرف المكمل	١٥ ـ ١٧
١٣	المطلب الثالث العرف المعدل	١٨ ـ ١٩
١٤	الخاتمة	٢٠
١٥	الاستنتاجات والتوصيات	٢١
١٦	المصادر	٢٢ ـ ٢٣

المقدمة

مصدر القانون: هو الوسيلة التي تتكون بها القواعد القانونية أو الوسيلة التي ينشأ وتولد بها تلك القواعد من حيث مادتها وموضوعها، حتى تظهر في حقائق الحياة في الجماعة ويطلق على ذلك المصدر المادي أو الموضوعي الذي يعد مرحلة سابقة على المصدر الرسمي، ذلك إن مرحلة التكوين تسبق بطبيعة الحال مرحلة الإصدار أو الميلاد.

فتتكون القاعدة القانونية أولاً قبل إن تكتسب صفتها الإلزامية وهنا يجب إلا ننسى إن ازدياد وتطور المؤثرات التي تؤثر في قوانين مجتمع معين والتي تختلف من مجتمع لأخر لها صلة وثيقة ورابطة قوية بمسألة الدين باعتباره مصدراً رسمياً للقانون وبخاصة في المجتمعات الإسلامية ومن بين أهم هذه المصادر هو العرف الدستوري والذي نحن بصدد دراسته.

ثم نتناول تقسيم البحث إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: مفهوم العرف الدستوري وأركانه

المبحث الثاني: تقسيمات العرف الدستوري

المبحث الأول : مفهوم العرف الدستوري وأركانه

المقصود بالعرف في مجال القانون الدستوري :هو اتخاذ هيئة من الهيئات الحاكمة في دولة ما طريقة معينة لمعالجة أحد موضوعات القانون الدستوري بحيث تضحى هذه الطريقة مستقرة في الأذهان مما يفترض احترامها ويضفى عليها صفة الإلزام[١] .

القواعد العرفية قديمة جداً فهي تقوم بدور هام وحيوي بالنسبة للقواعد الدستورية منذ عرفت الدولة في العصر الحديث، والدساتير العرفية كانت وماتزال معروفة على الرغم من ازدياد الحركة تدوين الدساتير في وثائق مكتوبة، إلا أن العرف مازال يقوم بدور هام في إنشاء التنظيم الدستوري في الدوال[٢].

ويمكن تعريف أيضا فهو تعبير اصطلح إطلاقه على الأوضاع التي درجت السلطات العامة على انتهاجها في مزاولة نشاط معين يتصل بمسألة دستورية.

فتنشأ من تكرار هذا السلوك على مر الزمن قاعدة غير مكتوبة يكون لها قوة القانون الدستوري[٣] .

ويمكن تعريفه أيضا هو العرف بصفة عامة هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل يولد شعوراً عاماً عند الجماعة باعتبارهم ملزمين به وإلا تعرضوا للجزء، والقاعدة التي تنشأ من هذا الاعتياد تسمى قاعدة العرفية[٤].

---

(١) محمد محمد عبده إمام-المبادئ الدستورية العامة-الطبعة الأولى – مكتبة الوفاء القانونية – الإسكندرية –سنة ٢٠١٣ – ص٣٨.

(٢) د. محمد السناري – مصدر سابق – ص١١١.

(٣) د. نعمان احمد الخطيب-الوسط في نظم السياسة والقانون الدستوري – للنشر والتوزيع دار الثقافة – الأردن – سنة ٢٠١٠ – ص٤٦٥.

(٤) د. جميل الشرفاي – مبادئ القانون (مصدر سابق) – ص١٠٧.

وبالتالي العرف هو اسبق المصادر التاريخية في الظهور، ثم إن تنشأ العرف تتم تلقائياً بمجرد ظهور الحاجة إلى النظام الذي ينطوي عليه قواعده، وبالتالي فتطوره وان كان بطيئاً إلا انه يأتي استجابة لتغيير في العلاقات الاجتماعية بحكها[١].

أيضا تعريف هو اختلاف الفقهاء في تحديد مركز العرف من التشريع الدستوري سواء من حيث إمكان نشوئه أو من حيث مدى قوته، وغني عن البيان أن تعريف العرف الدستوري لابد وأن يختلف تبعاً لنزعة الكاتب واتجاهه ومواقفه الذي تحدده اعتبارات مختلفة.

ونظراً لضيق الوقت فأننا نترك دراسة تعريف الفقهاء للعرف الدستوري إلى وقت أكثر مناسبة وتكفي بإثبات تعريفنا له **بما يلي:**

هو قاعدة ذات طبيعة دستورية تقرر بمقتضى العمل واستقر رأي الجماعة القانوني على اتبعها [٢].

المطلب الأول-تعريف العرف الدستوري.

المطلب الثاني-أركان العرف الدستوري.

---

(١) د. عبد الحميد متولي – القانون الدستوري والأنظمة الدستورية – الطبعة الثالثة – ١٩٦٤-ص٨٩.

(٢) د. إسماعيل مرزه – مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي – الطبعة الثالثة – دار الملاك – بغداد – ٢٠٠٤ – ص٤٢ – ص٤٣.

المطلب الأول

تعريف العرف الدستوري

العرف الدستوري هو قاعدة مطردة أو عادة يقصد بها تنظيم العلاقات بين السلطات الحاكمة ببعضها بعض أو فيما بينها والأفراد، ويكون لها صفة الالتزام في رأي القانوني للجماعة[١].

وأيضا تعريفه هو تواتر العمل من قبل إحدى السلطات الحاكمة في الموضوع من المواضيع ذات الطبيعة الدستورية، وذلك إثناء ممارستها لاختصاصاتها، واستقر في ضمير الجماعة كقاعدة ملزمة[٢].

ويمكن تعريف العرف بأنه يحتل العرف الدستوري مكانه هامة كمصدر رسمي ومباشر للقواعد الدستورية في الوقت الحاضر، سواء في دول الدساتير عير المدونة حيث يمثل العرف احد المصادر الرسمية للقانون الدستورية.

وأيضا المقصود به هو إن تتصرف بإحدى الهيئات الحاكمة في مسألة الدستورية على نحو معين فتنشأ من تكرار هذه التصرفات على مر الزمن قاعدة غير مكتوبة يكون لها إلزام قانوني(٣).

---

(١) د. حميد حنون خالد-مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي-الطبعة الأولى-دار الكتب والوثائق بغداد١٩٧٩ لسنة ٢٠١١-بيروت ٢٠١٥-ص ١٢٧.

(٢)د. سعد عصفور – المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسة- منشأه المعارف الإسكندرية – ١٩٨٠ – ص٤٦.

(٣)د.عبد الكريم علوان-النظم السياسية والقانون الدستوري-الطبعة الأولى-دار الثقافة النشر والتوزيع-عمان-سنة٢٠٠٩-ص٢٩٤-ص٢٩٥

وتعريفه أيضا بأنه (تكرار العمل في موضوع دستوري معين بحيث يكتسب هذا التكرار صفة الالتزام).

ويقصد به أيضا العرف هو ظاهرة اجتماعية في جميع المجتمعات تقريبا وما دام البحث في منشأ العرف يرتبط ارتباطاً وثيقاً بدراسة تكون الجماعات البشرية وتطور نظم السيطرة الاجتماعية فيها.

وايضا هو الشكل الاساسي الطبيعي على الاقل في صورته الاولى، أي صورته البدائية.

وايضا هو كمصدر من مصادر التشريع، ويضاف الى ذلك هة ينظم الكثير من النواحي الحياة البشرية بهذه الطريقة او تلك، وايضا هو لازال موجوداً ليس كتشريع، وأنما في اطار المجاملات والاتكيتات وبالذات الاساليب الدبلوماسية في كافة انحاء العالم ويكاد يكون دوره غير مرئي وغير ملموس في تنظيم العديد من النواحي الحياة البشرية[١].

وكذلك يعرف العرف في اللغة هو ماتعارف عليه الناس من الخير واطمأنوا أليه.

وفي الإصلاح: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول[٢].

أو ما اعتاد عليه جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد مرة جتى تمكن أثره من نفوسهم وارتضته عقولهم وتلقته طباعهم السليمة بالقبول.

---

(١) د.علي مريدي السوداني-العرف والقانون العرقي-بغداد-٢٠٠٤.

(٢)محمد محمد عبدة امام-مصدر سابق-ص٣٦-ص٣٧.

والعرف يختلف عن الإجماع في شريعة الإسلام، فالإجماع هو الاتفاق المجتهدين من أمة محمد (صلى الله عليه واله وسلم) في عصر من العصور بعد وفاته (صلى الله عليه وسلم) على قول واحد في مسألة من المسائل.

أما العرف فيدخل فيه المجتهدين وغيرهم من العوام، كما أن الحكم الثابت بالإجماع لايجوز تغيره لأنه يكون بمنزلة الحكم الثابت بالنص، بخلاف الحكم المستند إلى العرف فأنه يتغير بتغير العرف.

والعرف قد يكون قولياً أو عملياً وقد يكون عرفا عاما أو خاصا وقد يكون صحيحاً أو فاسداً.

والعرف من الأمور المعتبرة شرعاً قال تعالى لنبيه (صلى الله عليه واله وسلم):

﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿١٩٩﴾﴾[1]

والعرف هو المعرف كما قال البخاري (رحمه الله): وقيل العرف ما اعتاده الناس وجرى تعاملهم به وأمر الله نبيه (صلى الله عليه واله وسلم) به دليل على اعتباره في الشرع[2].

---

(١) سورة الاعرف الايه رقم (١٩٩).

(٢) بن كثير تفسير القرآن العظيم جزء (٢) ص(٢٧٧).

المطلب الثاني

اركان العرف الدستوري

يقضى توفر ركن المادي والركن المعنوي ليصح تكوين العرف الدستوري، كما هو الحال عليه بالنسبة لنشأة العرف في القانون الخاص، وايضا من تعريفنا للعرف الدستوري بأنه عاده درجت عليها الهيئة الحاكمة في الموضوع ذو طبيعة الدستورية، واستقرت في ضمير الجماعة كقاعدة ملزمة، نستنتج بأن للعرف الدستوري ركنين هما: الركن المادي والركن المعنوي.

اولاً: الركن المادي

يقصد به هو الركن أو العنصر المادي للعرف التصرف الإيجابي أو السلبي، لإحدى الهيئات الحاكمة بصورة مطردة وثابتة واضحة، في شأن من الشؤون ذات الطبيعة الدستورية.

وايضا هو أي ان العادة جرت في الاخذ بالقاعدة أو استمرار أو تكرار التطبيق من جانب سلطة أو سلطات وبدون اعتراض على تطبيق هذه القاعدة من قبل السلطات الاخرى فلهذا فيفترض اذن توفر الامور التالية:

ان هذه القواعد المستعملة كعرف تحتوي وتتضمن كما الحال في القاعدة القانونية للقانون الخاص على معنى التنظيم والتجريد والعمومية:

١- فموضوع القاعدة هو التنظيم احد المواضيع المتعلقة بالدستور-تحديد وتنظيم العلاقة بين الحكام والمحكومين.

٢- القاعدة تتعلق بممارسة السلطة وهذه السلطة يمكن ايضا ان تكون تعبير عن ارادة عامة وليس تعبير عن ارادة شخصية، فالعرف لايحكم أو يتضمن حالة فردية وأنما عامة.

٣- ان استعمال هذه القاعدة العرفية قد تحض ى بموافقة كافة الاطراف وبدون اعتراض صريح من قبل جهة من الجهات.

ثانياً: الركن المعنوي

أضافة للركن المادي الذي يكون العادة أو الاعتياد، يجب توفر صفة الالزام لهذه العادة ملزمة وواجبة الاتباع.

فإذا كان الاعتياد بتشكيل من خلال تكرار واطراء احدى الهيئات الحاكمة على تصرف أو اجراء معين، فأن الركن المعنوي بتشكل من خلال اقناع بقية الهيئات الحاكمة والافراد على حد سواء بالزامية هذه القاعدة.

وكذلك يعني وجود عنصر الرضا العام على تطبيق هذه القاعدة العرفية، فاذا كان الاعتقاد قائم من قبل السلطة والمحكومين بسلامة القاعدة العرفية واتفاقها مع الضمير العام فبالتالي فإن العرف يتمتع في سريات النظام الاجتماعي وبكونه جزء تم للدستور.

---

(١) د. حسان محمد شفيق العاني-الانظمة السياسية والدستورية المقارنة-مطبعة جامعة بغداد-١٩٨٦-ص١٩٩.

اولا:الركن المادي

ويقصد به التصرفات والتطبيقات العملية الصادرة من احدى الهيئات الحاكمة وقد يكون هذا التصرف تشريعاً أو عملا إدارياً أو مجرد تصرف مادي يصدر من هيئة حكومية كالبرلمان أو الوزارة أو رئيس الدولة.

ولان علن الغالب أن ينشأ العرف من تصرف إيجابي علي النحو السابق فإنه ينسأ من تصرف سلبي، كالامتناع عن استعمال حق من الحقوق الدستورية.

ثانياً:الركن المعنوي

ويقصد بالركن المعنوي أو النفساني أن يقوم في ذهن الجماعة شعور بوجوب احترام القاعدة العرفية وبعجم جواز الخروج عليها، ومن ثم يكون للقاعدة العرفية جزاء.

فأذا كان العرف الدستوري يقوم على اساس مخالفة القاعدة الدستورية المكتوبة، فيجب أن يقوم لدى الهيئة الحكومية التي تتصرف على خلافها، ولدى الرأي العام كذلك.

انها تتبع التطبيق السليم للقاعدة الدستورية مكتوبة.

---

(١)عبد الكريم علوان-مصدر سابق-ص٢٩٥-ص٢٩٦

اولا:الركن المادي

هو عبارة عن الاعمال والتصرفات الصادرة عن احدى الهيئات الحكومية كالملك بأعتباره سلطة تشريعية أو الوزارة فيما يتعلق بالشؤون السياسة سواء كانت هذه الأعمال ايجابة او سلبية.

وهذا يشترط أغلب الفقه لتوفر الركن المادي مايلي:

١- تكرار التصرف (ايجابياً او سلبياُ) فالتصرف الواحد لا يخلق القاعدة العرفية، لكن التكرار السوابق هو الذي يخلقها[١].

٢- أن يكون صادراً من سلطة عامة ويقصد بذلك السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

٣- أن يكون التصرف عافاً ومتبعاً ممن يعنيهم الامر[٢].

بمعنى أن أطرأ أحد السلطات على عمل معين يجب أن يقترن بعدم الاعتراض للجماعة او السلطة.

ثانياً:الركن المعنوي

ويقصد بالركن المعنوي (عنصر الالزام) أن يولد في ذهن الجماعة (الهيئات الحاكمة والرأي العام) أن السابقة قد أصبحت قاعدة واجبة الاتباع والاحترام لها ما للقاعدة الدستورية من جزء ولذلك يطلق على هذا العنصر ايضاُ اصطلاح العنصر النفساني.

---

(١)د.نعمان أحمد الخطيب-مصدر سابق-ص٤٦٥-ص٤٦٦.

(٢)د.عثمان خليل ودكتور سليمان الطماوي-وجز القانون الدستوري-مصدر سابق-ص٩٨.

(٣)د.طعيمة الجرف-النظرية العامة للقانون الدستوري-مصدر سابق-ص١٠٦.

(٤)د.عبد الحميد متولي-أن الجماعة في النون الخاص معناها الناس.

المبحث الثاني

تقسيمات العرف الدستوري

يقصد به أنواع العرف الدستوري أن بعض الشيء بالنسبة للعرف الدستوري من ناحية وجود واسبابه واركانه وقيمته القانونية، وما جابه من مواقف بالنسبة للمدراس الفكرية شكلية كانت أم موضوعية فجرى بنا أن نستعرض الاثر الذي برتبته العرف وحسب أنواعه على الدستور.

فأثر العرف على الدستور يتوقف فيما أذا كان الدستور اصلاً عرفياً أو أذا كان الدستور حاوياً على القواعد المدونة[٢].

فالدستور أذا كان عرفياً أو بأغلبيته عرفياً كما الحال في انكلترا مثلاً فأن السلطة التشريعية تستطيع أن تغير احكام هذا الدستور بصورة اعتيادية كما هو الحال عند أنشاء أي قانون منظم للسلطة العليا في الدولة أو منظماً للحقوق السياسية والمدنية للمواطنين.

سوف يتم تناول هذا المبحث في ثلاث مطالب هم:

المطلب الاول:العرف المفسر.

المطلب الثاني:العرف المكمل

المطلب الثالث:العرف المعدل

---

(١) د.حسان محمد شفيق العاني-مصدر سابق-ص٢٠٢.

(٢) د.سعد عصفور-القانون الدستوري-ص٧٧.

المطلب الاول

العرف الدستوري المفسر

هو العرف الذي يقتصر اثره في تغير نص من نصوص الدستور وبذلك قدورة مساعد ومحدد أصلاً في نطاق تفسير نص (١١).

لذلك فالعرف هو أداة ولا ينشئ قاعدة جديدة معند أصدار رئيس الجمهورية للمراسيم فالرئيس يستند في اصدارها على الصلاحيات الدستورية المعطاة له من اجل تنفيذ القوانين السارية، فالعرف هنا يعتبر جزء من الدستور وليس خارجاً عنه.

وايضاً يعد الدور المفسر للعرف يكون عندما يكتف أحد نصوص وثيقة الدستور غموض أو ابهام ، فيكون عرضة للأخد والرد، فايأتي لإزالة هذا الغموض أو الإبهام، ويتوقف الاخذ والرد في فهم هذا النص، بحيث يجري العمل على تفسيره على نحو معين وايضاً لايخرج عن دائرة النصوص المكتوبة وأنما يعمل في نطاقها فهو لا ينشئ قاعدة دستورية جديدة بل يقتصر دوره على تفسير قاعدة دستورية مكتوبة ومبهمة في النص الدستوري، أما أذا كان النص واضحاً وبدون ايه سبهة فلا مجال عندئذ للتفسير.

وكذلك لايجوز عن طريق الادعاء التفسير الخروج بالنص عن معناه الاصلي لان ذلك يتعدى حدود التفسير الى صور اخرى.

واما القيمة القانونية للعرف المفسر فهو ذهب معظم الفقهاء على اعطائه نفس القيمة القانونية للنصوص الدستورية، بحيث يصبح جزءً منها سواء كان الدستور مرناً ليتم تعديله بنفس

الاجـــراءات اللزمـــة لتعـــديل التشـــريعات العاديـــة أم جامـــداً يحتـــاج تعديله لإجرات خاصة.

وكـــذلك ان العـــرف المفســـر كمـــا مبـــين اســـمه تمكـــن حـــدود فـــي تفســـير نـــص دســـتوري قـــائم وذلـــك بإيضـــاح مـــا غمـــض فيـــه، أو تحديـــد مـــا ابهـــم فـــي هـــذا الـــنص الدســـتوري، فـــالعرف المفســـر أذن لا ينشـــئ احكامـــاً جديـــدة، وأنمـــا يقـــف دوره عنـــد حـــد الـــتص الدســـتوري القـــائم تفســـيراً لـــه وتوضـــيحا وبيـــان لاحكامـــه او بيـــان لكيفية تطبيقها، ومثال ذلك:

مـــا نـــص عليـــه الدســـتور الفرنســـي الصـــادر عـــام ١٨٧٥ حيـــث قـــرار أن علـــى رئـــيس الجمهوريـــة كفالـــه تنفيـــذ القـــوانين، وقـــد اجـــرى العمـــل علـــى ان كفالـــة تنفيـــذ القـــوانين لاتكـــون الا بإصـــدار لـــوائح لازمـــة لتنفيـــذها وبالتـــالي تقـــرر لـــرئيس الجمهوريـــة ســـلطة اصـــدار لـــوائح تنفيذيـــة[٤] مـــا القيمـــة القانونيـــة للعـــرف المفســـر(لا خلاف بين الفقهاء في قيمة هذا العرف)[٥].

أذ هـــو لا يضـــايق جديـــداً ولا يخـــالف حكمـــاً قائمـــاً وأنمـــا تنحصـــر مهمته في بيان وتحديد أسلوب العمل نص قائم.

---

(١)د.حسان محمد شفيق العاني-مصدر سابق-ص٢٠٢.

(٢)د.احسان المفرجي-مصدر سابق-ص٢٠٥-ص٢٠٦.

(٣)د.حمدي العجمي-مصدر سابق-ص٦٦

(٤)د.محمد ابو زيد-مبادئ القانون الدستوري-مصدر سابق-ص٦٠.

(٥)د.ماجـــد راغـــب الحلـــو-القـــانون لدســـتوري-دار المطبوعـــات الجامعيـــة-الاسكندرية-١٩٩٧-ص١٠.

وكذلك ان العرف المفسر: يفترض في هذه الحال ان هناك نص غامض من نصوص الدستور المدون، فيقتصر هدف العرف هما هلى تفسير هذا النص من الدستور وتحديدمعناه وايضاحه.

فالعرف هنا لا ينشئ قاعدة قانونية جديدة بل يركز على هذا النص الدستوري المدون المفسر وموضح اياه.

والعرف الدستوري المفسر (يعتبر جزءً من الدستور المدون الذي يفسره ويكون له قيمة القانونية التي لهذا الدستور)[1].

ولذلك فما دام دور هذا العرف قاصراً على مجرد تفسير الدستور الذي يعتبر اساسا له فهو اذن مرتبط به وتابع له ويكون له بالتالي ذات القيمة القانونية وقوة الدستور ذاته.

---

(١)د.محسن خليل-النظام الدستوري-٢٠٠٥-ص٣٥.

المطلب الثاني

العرف المكمل

هو العرف الذي ينظم مسألة لم ينظمهاالمشروع الدستوري وهذا يعني ان العرف المكمل يكمل نقصاً في النصوص الدستور أي انه ينشئ قاعدة دستورية جديدة.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد قوة هذا العرف، فهناك من يرى ان لهذا العرف قوة الدستور وسندهم في ذلك.

أن العرف المكمل يمثل العرف المفسر تماماً لانه في واقع الامر يرتكز على تفسير الدستور المدون(١).

أما الفريق الثاني والذي يؤيده يرى أن العرف المكمل لا يرقى الى مرتبة النصوص الدستورية، وأنما يكون مرتبته قواعد القانون العادي.

ويرى أن قوة هذا العرف تتمثل في الارادة المفروضة للمشروع وأن المشروع لايمتلك حتى بأرادته الصريحة أن يجعل التشريعات العادية التي يسنها في ظل الدستور الجامد قوة هذا الدستور.

ومن الامثلة التي تذكر بخصوص هذا العرف ما حدث في فرنسا في ظل الدستور ١٨٧٥، حيث نص هذا الدستور على ان يكون الانتخاب عاماً وسكت عن تحديد وضع الانتخاب، هل هو مباشر او غير مباشر، الا ان جرت العادة في فرنسا على ان يكون الانتخاب مباشراً.

وكذلك العرف الكمل فيفترض وجود قصور أو نقص في الاحكام الواردة في وثيقة الدستور.

---

(١) د.حميد حنون خالد-مصدر سابق-ص١٢٨-ص١٢٩.

فيـــاتي العـــرف الدســـتوري المكمـــل ليكمـــل الـــنقص ويســـد العجـــز ، عـــن طريـــق تنظـــيم الموضـــوع الـــذي أغفـــل المشـــرع الدســـتوري تنظيمـــه . فـــالعرف المكمـــل ، وعلـــى خـــلاف العـــرف المفســـر ، لا ينحصـــر دوره فـــي نطاق النصوص المكتوبه بحيث يعمل على توضيحها .

والقيمـــة القانونيـــة للعـــرف المكمـــل :- هـــو اختلـــف الفقهـــاء بشـــأن القيمـــة القانونيـــة لهـــذا النـــوع مـــن العـــرف ، فـــبعض الفقهـــاء ومـــنهم (ديجـــي ، ودوفرفرجـــي وعبـــد الحميـــد متـــولي) يلحقـــون العـــرف المكمـــل بـــالعرف المفســـر، ويـــرون ان هتـــاك علاقـــة وثيقـــة بـــين العـــرف المفســـر والعـــرف المكمـــل ويخضـــعونهما لـــنفس الاحكـــام مـــن حيـــث الكـــل منهمـــا بقـــوة قانونيـــة معادلـــة للقـــوة القانونيـــة التـــي لنصـــوص الدســـتور المكتـــوب ، وحجـــتهم ان العـــرف المكمـــل لـــيس الا نوعـــا مـــن العـــرف التفســـيري إذ انـــه يفســـر مـــن الواقـــع ســـكوت المشـــرع الدســـتوري عـــن المســـائل التـــي يقـــوم ذلـــك العـــرف بتفســـيرها . ولكـــن بعـــض الفقهـــاء ومـــنهم (لافربيـــر) لا يقـــر لغيـــر العـــرف المفســـر بأيـــة قيمـــة قانونيـــة فـــي دول الدســـاتير الجامـــدة ، فـــلا يعتـــرف بشـــرعية العـــرف المكمـــل بحجـــة انـــه يعتبـــر فـــي الحقيقـــة عرفـــاً معـــدلاً للدســـتور ، وان التعـــديل قـــد يكـــون بالإضـــافة أو بالحـــذف فـــالعرف المكمـــل يعتبـــر عرفـــاً معـــدلا بالإضـــافة ولا يجـــوز تعـــديل الدســـتور الجامـــد إلا بالطريقة والأوضاع التي نص عليها ذلك الدستور .

د. حميد حنون خالد ، مصدر السابق ، ص١٢٨ ــ ص١٢٩

وأيضا العرف المكمل :- هو ان يختلف في دوره عن العرف المفسر ، الذي ينشأ في ضل نص دستوري قائم وهو في الوقت نفسه لا يتعدى حدود تفسير هذا النص وبيانه ، لكن العرف المكمل يتجه متجهاً آخر اذ انه ينشيء قواعد دستورية جديدة لم يتضمنها الدستور القائم بدعوى سد الفراغ الدستوري الناتج عن عدم احاطة الدستور بكل القواعد الدستورية .

القيمة القانونية للعرف المكمل :- لم يتفق الفقهاء على راي موحد بالنسبة لهذا العرف ، فنذهب راي الى مشروعيته ، وانه بمقدورة انشاء قواعد قانونية تكمل الدستور ولها القوة القانونية نفسها التي تتمتع بها النصوص الدستورية .(١) وذهب راي اخر الى ان العرف المكمل وان مشروعا إلا انه لا يرقى الى مستوى النصوص الدستورية وانما هو بمنزلة القانون العادي .(٢) وذهب أخير الأستاذ (لافرييـر) الى ان العرف المكمل ليست له قيمة قانونية مطلقاً فالعرف المكمل ليس الا من قبل العرف المعدل بالإضافة ، ولا يجوز ان يعدل العرف في احكام الدستور. (٣)

١- د.حمدي العجمي ، مصدر السابق ، ص٦٧.

٢- د.ثروت بدري ، مصدر السابق ، ص٦١.

٣- د.محمد أبو زيد ، مصدر السابق ، ص٦١،

٤- د. فتحي بكري ، مصدر السابق ، ص٨٤.

٥- د.ثروت بدوي ، مصدر السابق ،د.فتحي بكري ، مصدر السابق ، ص٨٤.

المطلب الثالث

العرف المعدل :- قد يصل العرف كمصدر من مصادر القواعد الدستورية الى الحد الذي يؤدي الى تعديل بعض الاحكام التي تتضمنها الوثيقة الدستورية المسماة بالدستور ، سواء كان ذلك بإضافة عليها أو بالحذف منها ، فالمقصود بداية بالعرف المعدل ، وهو العرف الذي يخالف أحد نصوص الوثيقة الدستورية ومن ثم يتصرف أثره الى تعديل الاحكام التي أوردها المشرع الدستوري بصدد موضوع معين ، وذلك اما بالإضافة الى تلك الاحكام ام بالحذف منها ، وتعديل النص الدستوري على هذا النحو يأتي على خلاف العرف المكمل الذي ينظم موضوعاً لم يتعرض له المشرع بالتنظيم أملاً وعلى ذلك بأخذ العرف المعدل إحدى صورتين أحدهما :-

١- التعديل بالإضافة :- هو يكون التعديل بالإضافة حين يهدف العرف الى منح هيئة من الهيئات الحاكمة سلطة جديدة لم يقرها لها الدستور ، مما يتضمن إضافة أحكام جديدة لا يحتملها تفسير النص الموجود ، ويعتبر هذا النوع من التعديل من قبيل تعديل الاحكام التي أوردها المشرع الدستوري في شأن الموضوع معين ، ومن أمثلة هذا النوع ما جرى عليه العمل في مصر ، في ضل الدستور عام ١٩٢٣ ن من إعطاء الحكومة حق اصدار لوائح البوليس لتنظيم الشؤون المتعلقة بالامن العام أو الصحة العامة او السكينة العامة ، ذلك لان الأصل في تنظيم تلك المسائل وجوب صدورها بقانون ، لانها تفرض قيوداً على حديات الافراد التي كفلها الدستور ، غير ان العرف قد جرى على حق الحكومة في إصدارها .

التعديل بالحذف :- يكون التعديل بالحذف حينما يهدف العرف الى اسقاط حق من حقوق أو اختصار من الاختصارات التي اقرها الدستور لهيئة من الهيئات الحاكمة ، وتفترض هذه الصورة من صور العرف المعدل ان يجري العمل على عدم استعمال إحدى هذه الهيئات لحق من حقوقها التي كلفها لها الدستور ، ومن الأمثلة التقليدية التي يذكرها الفقه من هذا الصدد ، ما جرى عليه العمل في فرنسا في ضل دستور عام ١٨٧٥ ، من عدم استخدام رئيس الجمهورية لحقه في حل

مجلس النواب ، وفيما يتعلق بالقيمة القانونية للعرف المعدل ، فقد تباينت وجهات نظر الفقه الدستوري بصدده، وتشعبت الى ثلاث اتجاهات .

فقد ذهب الاتجاه الأول الى عدم مشروعية العرف المعدل ، والى عدم الإقرار له بأنه قيمه قانونية ، ويستند أصحاب هذا الاتجاه الى ان العرف لا يستطيع ان يعدل في الدساتير المكتوبة ، وخاصة الجامدة منها والتي تشترط اتباع إجراءات معينة لاحداث هذا التعديل ، وبناء على ذلك فان العرف المعدل يعتبر انتهاكا صريحا لنصوص الدستور.

اما الاتجاه الثاني فعلى النقيض من سابقه ، اذ يرى دعاته الاعتراف بمشروعية العرف الأول ، على أساس انه ليس الا تعبيراً مباشراً عن إدارة الامة صاحبة السيادة ، ولا جدال في حق الامة في تعديل النصوص الدستورية التي كانت قد اقرتها من قبل ، على ان انصار هذا الاتجاه قد انقسموا الى فريقين ، احدهما يرى ان العرف العدل نفس قوة النصوص الدستورية وليس مجرد قوة القوانين العادية ، بينما يرى ثانيهما ان قوة العرف المعدل تتساوى مع القوة القانونية للقوانين العادية .

اما الاتجاه الثالث فيفرق بين العرف المعدل بالإضافة والعرف المعدل بالحذف ، حيث يقر بمشروعية العرف المعدل بالإضافة ، ويمنحه ذات القوة القانونية التي تحوزها نصوص الدستور حتى ينتج اثره في تعديل هذه النصوص ، ولكنه لا يعترف بمشروعية العرف المعدل بالحذف ، ولا يقر بوجوده من الناحية العلمية ، وحتى اذا وجد فلا يمكن له باية قيمة قانونية ، لان عدم استعمال سلطة من السلطات العامة لحق من حقوقها الدستورية لا يسقط هذا الحق بالتقادم ، لان في امكانها استخدام حق المشاورة .(٢)

١- د.محمود عبد الحكم ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة العصرية ، المنصورة ٢٠٠٩.

٢- دكتور ، محمد كامل عبيد ، المرجع السابق ، ص٩٣ ـ ص٩٤ .

الخاتمة

يعد العرف الدستوري مصدراً للقاعدة الدستورية بأنواعه المختلفة طبقاً لوجهة نظر فقه القانون الدستوري الذي يرفض جانب منه في الوقت نفسه الاعتراف بقيمه القانونية لكل أنواع العرف الدستوري وفي تاريخ العراق الدستوري الحديث يلاحظ ضعف هذا المصدر في تزويد الحياة السياسية والدستورية بقواعد تنظم ممارسة السلطة في ضل الدساتير العراقية التي صدرت ابتداءاً من عام ١٩٢٥ حيث صدر الدستور العراقي الملكي وانتهاء بدستور ١٩٧٠ المؤقت اذا لم تتكون سوى قاعدة عرفية واحدة في ظل دستور عام ١٩٢٥ الملكي القاضية باستقالة الوزارة عند تبؤ ملك جديد للعرش وكان الملك الجديد يقبل الاستقالة ويكلف في الوقت نفسه رئيس الوزراء المستقيل مهمة تشكيل وزارة جديدة فهي قاعدة عرفية ليس لها أهمية كبيرة .

الاستنتاجات

١- يعتبر العرف الدستوري من المصادر الرسمية والمباشرة للقواعد الدستورية ، سواء في الدول ذات الدساتير غير المدونة او العرفية ـــ حيث يعتبر العرف اهم مصادرها ـــ وفي دول ذات الدساتير المدونة او المكتوبة .

٢- العرف بأنه عادة درجت عليها هيئة حاكمة في موضوع الجماعة كقاعدة ملزمة ونستنتج بأن للعرف الدستوري ركن مادي ومعنوي .

٣- ان للعرف الدستوري تقسيمات منها العرف المفسر والمكمل والمعدل .

التوصيات

١- يراعي العرف العادات والتقاليد الاجتماعية ولهذا يكون اقرب لحاجات المجتمع .

٢- ان القواعد العرفية مدته تتطور بحسب تطور المجتمع فالناس يشعرون بالزامية القاعدة العرفية لانها تلبي حاجاتهم فاذا شعروا بقصورها تحولوا عنها واتبعوا قاعدة عرفية أخرى.

٣- ان ينشأ العرف وينمو في البيئة الاجتماعية كتعبير مباشر عن أنماط من سلوكيات الافراد .

٤- ان العرف لا يحقق الاستقرار في المعاملات بين الافراد لانه غير مقنن وانما يعني بعد تقنيته وتحويله لتشريع يحقق استقرار المعاملات .

المصادر

١-د.اسماعيل مرزة :." مباديء القانون الدستوري والعلم السياسي " ،ط٣١،دار الملاك ، بغداد ، ٢٠٠٤ .

٢- د.احسان المفرجي :."النظرية العامة بالقانون الدستوري ونظام الدستوري في العراق " ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٩٠.

٣- د. حميد حنون خالد : ." مباديء القانون الدستوري وتطوير النظام السياسي" ، ط١، دار الكتب والوثائق ، بيروت ،٢٠١٥ .

٤-د.حسان محمد شفيق العاني : ."الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة "، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٦.

٥- د. حمدي العجمي : ." مقدمة في القانون الدستوري"،ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩.

٦-د.سعد عصفور : ."المباديء الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية " ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ .

٧-د.عبدالحميد متولي : ." القانون الدستوري والنظم السياسية " ، ط٣ ، بغداد ، ١٩٦٤.

٨-د. عبدالكريم علوان :. " النظم السياسية والقانون الدستوري " ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .

٩-د.علي مردي السوداني : ."العرف والقانون العراقي" ، بغداد ، ٢٠٠٤ .

١٠-د. محمد محمد عبده امام : ."المباديء الدستورية العامة " ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ .

١١-د.ماجد راغب حلو : ."القانون الدستوري " ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ .

١٢-د.محمود عبد الحكيم : ." المدخل الدراسة القانون " ، دار المكتبة العصرية ، المنصورة ، ٢٠٠٩ .

١٣-د.نعمان أحمد الخطيب : ." الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٠ .