الفصل السادس

العرف والبناء الدستوري

من الثابت أنَّ العرف **La Coutume** هو أول وأقدم المصادر القانونية على الإطلاق، فالعرف هو الذي كان يحكم الجماعة البشرية طوال الحقبة السابقة على معرفة الإنسان للكتابة، بل إنَّ القواعد القانونية المكتوبة التي ظهرت فيما بعد لم تكن في الواقع إلا تدويناً لما استقرت عليه العادات والتقاليد المرعية في ذلك الوقت[1].

وبالرغم من أنَّ حركة تدوين القواعد الدستورية قد شملت سائر أرجاء المعمورة ابتداءً من أواخر القرن الثامن عشر، فإنَّ العرف لا يزال يلعب دوراً مهماً في تكوين البناء الدستوري للدولة الحديثة. وسواءً كان للدولة دستور مكتوب أو لم يكن لها دستور مكتوب، فإنَّ جانباً من القواعد المتعلقة بنظامها الدستوري يكون مصدره العرف، ويختلف هذا الجانب في أهميته باختلاف الدول، وحسب ما إذا كان لها دستور مكتوب أو لم يكن لها ذلك.

فلكل دولةٍ دستور، ما دامت هذه الدولة على قدر من التنظيم، وتقوم فيها سلطة سياسية تتولى أمور الحكم وفقاً لقواعد معينة، ومن ثمّ يعدّ العرف مصدراً أساسياً للدستور حيثما لا يوجد قواعد مكتوبة تنظّم أمور الحكم[2].

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر : د.كريم كشاكش & د.سليمان بطارسة؛ العرف الدستوري بين النظرية والتطبيق (المملكة الأردنية الهاشمية، مجلة جرش للبحوث والدراسات، المجلد الثالث . العدد الثاني حزيران ١٩٩٩) .

(٢) انظر : د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، مرجع سابق، ص٥٣، ٥٤ .

ومن الأمور المسلَّمة أنَّ الدول التي لا يكون لها دستور مكتوب أو مدوَّن تعتمد على العادات والأعراف والتقاليد في تحديد القواعد المتعلقة بالتنظيم السياسي للدولة أي القواعد المنظمة للسلطة من حيث تأسيسها وانتقالها وممارستها، وتسمى تبعاً لذلك أمثال هذه الدول " دول الدساتير العرفية "، ومثالها التقليدي بريطانيا العظمى[1]، ومن ثمَّ لا نكون في حاجة إلى بحث دور العرف باعتباره مصدراً للقواعد الدستورية في هذا النوع من الدول، لأن هذا الدور أمرٌ مسلَّم به، ولم ينكره أحدٌ كائناً مَن كان.

أما حيث يكون للدولة دستور مدوَّن، فإن أهمية العرف تتضاءل إذا قورنت بالدور الذي يلعبه العرف في البلاد ذات الدساتير غير المدوَّنة، غير أن ذلك لا يعني بتاتاً غياب دور وأهمية العرف في مثل هذه الدول ذات الدساتير المدوَّنة.

فالدساتير المدوَّنة أو المكتوبة **Les Constitutions écrites** كما هو معروف يصوغها مفكرون وأساتذة متخصصون، وينصرف هَمّ هؤلاء إلى العناية بقوة السبك وتوازن المؤسسات الدستورية، فيبتعدون بذلك عن الواقع. وتُظْهِر الحياة السياسية ما في الدستور الوضعي من مواطن ضعف. وكثيراً ما يسكت الدستور عن بعض الأمور

---

(١) انظر ما سيأتي شرحه بخصوص الدساتير غير المكتوبة ودور العرف فيها ، ص ١٧٦ وما بعدها .

المتصلة بشؤون الحكم، وفي الحالتين يعالج الأمر على نحو ما قد يتكرر على نمط واحد رتيب، فتنشأ بذلك سوابق وعادات[1].

وبتأثير هذه السوابق وتلك العادات تتولّد القناعة لدى الحكام والمحكومين بأنها ملزمة واجبة الإتباع، وفي هذه الحالة نجد أنفسنا أمام عرف دستوري، يكمل نصاً قاصراً أو يفسّر حكماً غامضاً أو ينظّم ما سكت عنه الدستور.

مفهوم العرف الدستوري

لتحديد مفهوم العرف الدستوري ينبغي أولاً تعريفه (في فرع أول)، ثم بيان أركانه الأساسية (في فرع ثان)، وهذا ما سنتحدث عنه من خلال الفرعين الآتيين:

ماهية العرف الدستوري

يطلق اسم العُرْف لغةً على « ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم »[2]، أما اصطلاحاً فيطلق على « القواعد التي درج الناس على إتباعها في أمورهم ومعاملاتهم، والتي يعتبرون أنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية »، أو بتعبير آخر هو « عادة يشعر الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية »[3].

---

(١) انظر في ذلك : د. كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص١١٤ .

(١) انظر : المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص٥٩٥ .

(٢) انظر : د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص ٢١٨.

ويعرِّف فقهاء القانون الدستوري " العرف الدستوري " بأنه عبارة عن: « عادة درجت عليها هيئة حكومية في الشؤون المتصلة بنظام الحكم في الدولة بموافقة (أو على الأقل دون معارضة) غيرها من الهيئات الحكومية ذات الشأن، ولتلك العادة (في نظر تلك الهيئات الحكومية وضميرها القانوني) ما للقواعد الدستورية كقاعدة عامة من جزاء»[1]، أو هو « تواتر العمل وفقاً لمسلكٍ معين في أحد الموضوعات الدستورية، بحيث يكتسب هذا المسلك صفة الإلزام »[2]، أو هو « قاعدة مطَّردة يقصد بها تنظيم العلاقات فيما بين السلطات الحاكمة بعضها وبعض، أو فيما بينها وبين الأفراد، ويكون لها صفة الإلزام في الرأي القانوني للجماعة »[3].

ويستفاد من التعريفات السابقة أن العرف الدستوري هو عبارة عن « عادة تتصل بشأنٍ من الشؤون الدستورية، درجت إحدى الهيئات الحاكمة في الدولة على استعمالها في ظلّ دستورٍ مكتوب، وتواتَرَ العملُ على كونها ملزمةً قانوناً ».

---

(١) انظر : د. عبد الحميد متولي؛ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص٨٩ .

(٢) انظر : د. عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، طبعة ١٩٦٨، مرجع سابق، ص٤٥ .

(٣) انظر : د. سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص٩٧ .

وينبغي أن ننبه بدايةً إلى ضرورة عدم الخلط بين مصطلحَيْ «العرف الدستوري » **La Coutume Constitutionnelle** و«الدستور العرفي » **La Constitution Coutumière**[1]:

فالدستور العرفي هو عبارة عن « مجموعة القواعد الناشئة عن العادات والأعراف والتقاليد والسوابق التي لم تدوَّن بَعْدُ في وثيقةٍ مكتوبة، وهو خاصٌ بالدول التي لا يوجد بها دساتير مكتوبة (كانجلترا مثلاً)، أي ليس لها دساتير بالمعنى الشكلي »[2]؛ أمَّا العرف الدستوري فهو أيضاً « مجموعة من القواعد الناشئة عن العادات والتقاليد والسوابق، ولكن في ظل دستور مكتوب، ويكون لهذه القواعد دوراً مفسِّراً أو مكمِّلاً أو معدِّلاً لأحكام الدستور، فهو إذن يوجد في بلاد الدساتير المكتوبة بجوار الوثائق الدستورية ».

وتبعاً لهذه التفرقة يمكن القول بأن انجلترا لها دستور عرفي، دون أن يكون بها عرف دستوري، وإن الدول ذات الدساتير المكتوبة (أو المدوَّنة) كفرنسا وأمريكا ومصر وسورية ولبنان.... الخ، ليس لها دستور عرفي، وإن كان فيها عرف دستوري.

الأركان المادية والمعنوية للعرف الدستوري

قلنا إنَّ العرف الدستوري يعني إتباع هيئةٍ من الهيئات الحاكمة في الدولة لعادةٍ معينةٍ تتصل بنظام الحكم في الدولة دون معارضة غيرها

---

(١) انظر : د. إبراهيم شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦١، ٦٢ .

(٢) انظر في التفاصيل، ص ١٧٦وما بعدها .

من الهيئات الحكومية ذات الشأن، ويستقر في ضمير الجماعة ضرورة احترام هذه العادة والتقيد بها مما يكسبها صفة الإلزام القانوني.

ويتبين مما تقدَّم، أنَّ العرف الدستوري شأنه شأن العرف بصفة عامة يقوم على ركنين: أولهما « مادي » والآخر « معنوي »، وسنتحدث عن هذين الركنين وفق الآتي:

أولاً الركن المادي:

يظهر الركن المادي المكوِّن للعرف الدستوري عندما تسير أو تطَّرد الهيئات العامة في الدولة (البرلمان، رئيس الدولة، مجلس الوزراء.... الخ) سواء في علاقتها مع بعضها البعض، أو في علاقتها مع الأفراد على إتباع منهج أو سلوك معين دون أن يصادف هذا المسلك اعتراضاً حقيقياً من قبل الهيئات العامة الأخرى ذات الشأن أو من جانب الأفراد، فالركن المادي إذن يتمثل في العادة التي تتبعها أو تسير عليها هيئة من هيئات الدولة في أمر له طابع دستوري (يتصل بنظام الحكم في الدولة) دون أن تصادف هذه العادة معارضة من قبل هيئات الدولة الأخرى ذات الشأن.

ولكي يقوم الركن المادي في العرف يلزم توافر شروط معينة في العادة التي درجت على استعمالها الهيئات الحاكمة في الدولة، وتتمثل هذه الشروط في الآتي[1]:

---

(١) انظر في ذلك :

د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، مرجع سابق، ٤١ وما بعدها؛ د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٣٢٥ وما بعدها؛ د. إبراهيم شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦٢

١. التكرار The Repetition

لكي يتوفر الركن المادي للعرف لابد من تكرار التصرف أو العادة التي درجت الهيئات الحاكمة على إتباعها، بحيث يترسخ في ضمير الجماعة الشعور بوجوب احترامها، فالعادة المكوّنة للعرف لا تنشأ إذن من مجرد تصرف واحد، بل يلزم أن يتكرر هذا التصرف، وهذا التكرار هو بمنزلة إقرار أو شهادة اعتراف بنشوء هذا العرف وبإلزاميته.

٢ ـ العمومية The Generality

وتعني أن العادة المتبعة من جانب إحدى الهيئات الحاكمة يجب أن تكون ذات صفة وطبيعة عامة، بمعنى أن جميع هيئات الدولة المعنية تلتزم بمضمونها، أما إذا أبدت إحدى هذه الهيئات احتجاجاً أو رفضاً أو عدم قبول بهذه العادة، انتفت عن هذه العادة صفة العمومية اللازمة لتوافر الركن المادي.

٣ ـ الوضوح The Clarity

يجب أن تكون العادة المكوّنة للعرف على قدر معين من الوضوح والتحديد، بما ينفي الجهالة في شأنها، ويمنع من وقوع الاضطراب أو الخلط في تفسير مضمونها.

وما بعدها؛ د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، مرجع سابق، ص٦٨ وما بعدها؛ د.كريم كشاكش & د.سليمان بطارسة؛ العرف الدستوري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٦ وما بعدها.

٤ ـ الثبات والاطّراد The Constancy

وهـذا شـرط منطقـي، فلكـي تكـوّن العـادة عرفـاً، يجـب أن تكون ثابتة مطَّردة، أي أنه يلزم أن يستقر على إتباعها ذوو الشأن، بغير خـروج عليهـا، وأن يتكـرر العمل بهـا بصـورة تؤكِّـد ثباتهـا واسـتقرارها. وقد يكفي صدور إجراء واحد مخالف لمضمون تلك العادة للتشكيك في مدى ثباتها واستقرارها. وتكرار صدور هذا الإجراء المخالف لمضمون العادة يحطّم هذه العادة ويقضي عليها نهائياً[1].

ثانياً الركن المعنوي:

لا يكفي لتوافر العرف الدستوري وجود الركن المادي فقط، بل من الضروري أن يقترن هذا الركن بركن آخر هو الركن المعنوي الذي يتجسد في الاعتقاد أو الإحساس من جانب هيئات الدولة وجميع الأطراف المعنية بضرورة أن تصبح العادة قاعدة واجبة الاحترام مقترنة بجزاء، بمعنى أن يكون الاعتقاد السائد لدى كل الأطراف المعنية بتنفيذ مضمون القاعدة العرفية أو العادة بأنهم يخضعون لقاعدة تملك أو تحوز صفة الإلزام بوصفها قاعدة قانونية.

---

(١) ومن أمثلة ذلك ما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية من نشوء قاعدة عرفية مفادها عدم جواز انتخاب الرئيس لفترة رئاسية ثالثة، إلى أن خرقها الرئيس الأمريكي فرانكلين روزفلت الذي تولى الرئاسة لأربع دورات متتالية .
راجع ما سبق ذكره في هذا الشأن، ص٥٩ .

والركن المعنوي لاحق للركن المادي، حيث يبدأ الأمر بتكرارٍ غير ملزم للعادة، ثم يتبعه اطِّراد على إتباعها والسير بمقتضاها، فينشأ الاعتقاد بضرورة هذه العادة وإلزامها، فالركن المادي يتطلب العادة من إحدى هيئات الدولة، بينما يتطلب الركن المعنوي قيام الاعتقاد بضرورتها وإلزامها لدى كل من الهيئات الحاكمة في الدولة والرأي العام.

دور العرف الدستوري في البلاد ذات الدساتير المدوّنة

ذكرنا سابقاً أنَّ الدول التي لا يكون لها دستور مكتوب أو مدوَّن (وهي التي تسمى دول الدساتير العرفية، ومثالها التقليدي انجلترا) تعتمد في تحديد القواعد المتعلقة بالتنظيم السياسي للدولة على العادات والأعراف والتقاليد والسوابق التاريخية التي اكتسبت مع مرور الزمن القوة الدستورية الملزمة، وذلك نتيجةً لاستمرار سير السلطات العامة على هداها في مباشرة وظائفها[1]، ومن ثمَّ لا نكون في حاجة إلى بحث دور العرف باعتباره مصدراً للقواعد الدستورية في مثل هذه الدول، لأن هذا الدور أمرٌ مسلَّم به، ولم ينكره أحدٌ كائناً مَن كان.

أما حيث يكون للدولة دستور مكتوب أو مدوَّن، فإن أهمية العرف تتضاءل إذا ما قورنت بالدور الذي يلعبه العرف في البلاد ذات الدساتير غير المدوَّنة، غير أن ذلك لا يعني بتاتاً غياب دور وأهمية العرف في مثل هذه الدول ذات الدساتير المدوَّنة.

---

(١) انظر : د. رمزي الشاعر، الوجيز في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٢٣.

وتعليل ذلك أن الدستور المكتوب مهما بلغت درجة العناية بصياغته، ومهما بُذل من جهدٍ في إعداده، فلا يمكن عند التطبيق أن يكون شاملاً لجميع القواعد المتعلقة بنظام الحكم وسير السلطات العامة في الدولة، ولابد أن ينكشف في العمل قصور الدستور عن استيعاب الحلول الملائمة لجميع المشاكل، وأن تظهر مشاكل جديدة لم تكن في ذهن واضعي الدستور؛ فالحياة السياسية الواقعية للدولة تُظهر ما في الدستور من ثغرات وتكشف عما يشوبه من عيوب، وتملي على الهيئات الحاكمة ضرورة سد الثغرات وإصلاح العيوب، وإيجاد الحلول الملائمة لما يتولّد من مشاكل لم تكن متوقعة وقت وضع الدستور[1].

وبذلك تتأكّد ضرورة العرف، وأن وجود دستور مكتوب في دولة من الدول لا يحول دون تولّد قواعد جديدة لا تستند إلى النصوص المدوَّنة ولكنها تنشأ من العادات والتقاليد.

ولاشك في أن ذلك يبدو أكثر وضوحاً، ويحتل العرف أهمية أكبر، كلما كان الدستور المكتوب مقتضباً في نصوصه، وموجزاً في أحكامه[2]، وبقدر طول عمر الدستور، تظهر مشاكل جديدة لا تجد حلاً لها في أحكام الدستور، فيتضخم دور العرف تبعاً لذلك[1].

---

(١) انظر : د. ثروت بدوي، القانون الدستوري .....، مرجع سابق، ص٥٨ .

(٢) ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الوثائق الدستورية قد تكون مطوَّلة وقد تكون مختصرة :

١) الوثائق المختصرة : وهي سمة من سمات الدساتير الأوروبية بصفة عامة، وتتميز بالتنظيم والترتيب والإيجاز، حيث يفضّل المشرع الأوروبي قصر الوثيقة

وهكذا ، يمكن القول بأن العرف لا يعدّ مصدراً من مصادر النظام الدستوري في بلاد الدساتير العرفية فحسب، بل وفي بلاد الدساتير المكتوبة أيضاً ، فالنظام الدستوري لا يستمد مصادره من القواعد المكتوبة فقط، بل يستمدها أيضاً من القواعد العرفية ، وهذه القواعد الأخيرة قد يكون لها إما دوراً مفسِّراً لما قد يشوب نصوص الدستور من غموض، أو مكمِّلاً للنقص الذي اعترى بعض نصوصه، أو حتى معدِّلاً في نظر البعض لبعض الأحكام والنصوص الواردة في الدستور.

وبناء عليه، يقسِّم رجال الفقه الدستوري " العرف الدستوري " إلى ثلاثة أنواع رئيسية هي: العرف المفسِّر، والعرف المكمِّل، والعرف المعدِّل.

الدستورية على معالجة الأمور التي تتعلق بالتنظيم السياسي للدولة، وترك ما عداها من موضوعات للمشرع العادي .

٢) الوثائق المطوَّلة : وهي سمة من سمات الدساتير الأمريكية، وتتميز بالطول والإغراق في التفصيلات، ويُفسَّر ذلك بطبيعة النظام الفيدرالي الذي تتبناه الولايات المتحدة حيث يعمد المشرع إلى معالجة العديد من المشاكل التي تتعلق بالدولة الاتحادية والولايات وفضّ التنازع بينهما .

انظر : د. عمر حلمي، القانون الدستوري المقارن، مرجع سابق، ص٨٦، ٨٧ .

(١) انظر : د. ثروت بدوي، القانون الدستوري .....، مرجع سابق، ص٥٨ .

العرف المفسّر

La Coutume Interprétative

يفترض العرف الدستوري المفسِّر وجود نصّ غامض أو مبهم في صلب الوثيقة الدستورية، ثم يجري العمل بتفسيره على نحو معين. وعلى هذا النحو، فإن العرف المفسِّر يهدف أساساً إلى توضيح ما يكتنف نصوص الدستور من غموض أو إبهام، فهو لا يخرج عن دائرة النصوص المكتوبة وإنما يعمل في دائرتها وفي نطاقها. وواضح من هذا أن العرف هنا لا ينشئ قاعدة قانونية جديدة، بل يرتكز على النص الغامض المدون بالوثيقة مفسراً له وموضّحاً إياه، دون أن يأتي بحكمٍ جديد يغاير الحكم الوارد في الوثيقة الدستورية[1].

ومن أمثلة العرف المفسِّر ما ورد في المادة الثالثة من الدستور الفرنسي لعام ١٨٧٥ حيث أشارت إلى أن {رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين}، إلاَّ أن هذا النص لم يحدِّد الوسيلة التي يستطيع بها رئيس الجمهورية كفالة تنفيذ القوانين، فثار التساؤل فيما إذا كان هذا النص الذي جاء بهذه الصيغة المبهمة يسمح لرئيس الجمهورية بإصدار لوائح أو مراسيم تنفيذية لكفالة تنفيذ القوانين. وقد جرى العرف على تفسير النص المذكور على نحو يعترف لرئيس الجمهورية بصلاحية إصدار اللوائح أو المراسيم التنفيذية، على الرغم من عدم وجود نص

---

(١) انظر في ذلك : د. إبراهيم شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦٦؛ د. رمزي الشاعر، الوجيز في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٧٦ .

صريح في الدستور يُقرّ له صراحة بهذا الحق، والعرف المفسِّر هنا لم ينشئ قاعدة دستورية جديدة، وإنما اكتفى بإزالة الغموض والإبهام الذي شاب نص المادة الثالثة من الدستور، بتوضيح الكيفية التي يكفل بها رئيس الجمهورية تنفيذ القوانين.

ويثور التساؤل في هذا الصدد عن الجهة التي تملك صلاحية تفسير نصوص الدستور ؟

في الإجابة على هذا التساؤل يمكن القول بأن المشرع الدستوري قد يضمّن الوثيقة الدستورية نصاً خاصاً يحدِّد فيه الجهة التي يوكل إليها أمر تفسير النصوص الواردة في وثيقة الدستور[1]، أو قد يقوم بإصدار مذكرة تفسيرية تُرفق بالدستور[2]، وفي حال عدم تحديد المشرع

---

(١) تنص المادة /٩٩/ من الدستور الدائم لدولة الإمارات العربية المتحدة على أن : « تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في الأمور التالية : ١- ... ٢- ... ٣- ... ٤- تفسير أحكام الدستور إذا ما طلبت إليها ذلك إحدى سلطات الاتحاد، أو حكومة إحدى الإمارات؛ ويعتبر هذا التفسير ملزماً للكافة » .

كما تنص المادة /٩٢/ من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ على أن: « تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً - الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ثانياً - تفسير نصوص الدستور ... الخ » .

(٢) وهذا ما قام به المشرع الدستوري في مملكة البحرين، حيث أرفق وثيقة الدستور بمذكرة تفسيرية اعتبر ما ورد فيها مرجعاً لتفسير أحكامه. وهذا ما أكدت عليه « المذكرة التفسيرية لدستور مملكة البحرين المعدل الصادر في سنة ٢٠٠ » في ختام فقراتها بقولها : « تعتبر الإيضاحات التي تضمنتها هذه المذكرة التفسيرية المرجع في تفسير نصوص هذا الدستور وما ورد به من أحكام » .

وهذا ما فعله أيضاً المشرع الدستوري في قطر، حيث أصدر بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢١ « المذكرة التفسيرية للدستور الدائم لدولة قطر »، وقد أكدت هذه المذكرة في ختام فقراتها على أنه : « ووفقاً للأسس والأحكام التفسيرية لبعض المواد الواردة أعلاه، يتم تفسير دستور دولة قطر » .

الدستوري للجهة التي يناط بها مهمة التفسير، يتم اللجوء إلى أحكام القضاء (الدستوري أو الإداري أو العادي)، أو آراء الفقهاء المدوَّنة في مؤلَّفاتهم وأبحاثهم.

كما أن المشرع الدستوري في الكويت أرفق هو الآخر وثيقة الدستور الكويتي الحالي لسنة ١٩٦٢ بمذكرة تفسيرية . وقد ورد في الفقرة الأخيرة من « المذكرة التفسيرية لدستور دولة الكويت » أنه : « في ضوء ما سبق من تصوير عام لنظام الحكم، ووفقا لهذه الإيضاحات المتفرقة في شأن بعض المواد على وجه الخصوص يكون تفسير أحكام دستور دولة الكويت » .

القيمة القانونية للعرف المفسّر

يعترف الفقه الدستوري بالقيمة القانونية للعرف المفسِّر، ويرى أن هذا النوع من أنواع العرف يعتبر جزءاً من الدستور المدوَّن الذي يفسِّره، ويكون له ذات القيمة القانونية التي تكون لهذا الدستور[١].

وسبب ذلك أن العرف المفسِّر لا يخالف نصوص الدستور ولا يعدِّل في أحكامه بالإضافة أو بالحذف، فهو لا ينشئ قاعدة دستورية جديدة، بل يرتكز على النص الدستوري المدوَّن مفسِّراً وموضِّحاً إياه، فهو إذن مرتبط به وتابع له، فيكون له بالتالي ذات القيمة القانونية للنص الدستوري الذي قام بتفسيره[٢].

ويمكن أن نجمل الأحكام الخاصة بالعرف المفسِّر بالآتي[٣]:

١- يستند العرف الدستوري المفسِّر دائماً إلى نص دستوري

٢- يجب أن لا يخالف التفسير النص الدستوري إيجاباً أو سلباً

٣- لا يجوز أن يعدل التفسير النص المفسَّر، بل يقتصر أثره على إزالة الإبهام

٤- لا يأتي العرف الدستوري المفسِّر بأي قاعدة قانونية جديدة

---

(١) انظر : *Duverger, Maurice; Manuel de droit constitutionnel et de science politique (Paris, P.U.F., 5e édition, 1948), p.201.*

(٢) انظر : د. محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، مرجع سابق، ص٥٦٦، ٥٦٧ .

(٣) انظر : د.كريم كشاكش & د.سليمان بطارسة؛ العرف الدستوري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٢٤، ٢٥ .

٥- للعرف الدستوري المفسِّر نفس القيمة القانونية لنصوص الدستور

٦- ويصبح التفسير جزءاً من الدستور ويكتسب صفة الإلزام

العرف المكمِّل

La Coutume Complémentaire

يفترض العرف الدستوري المُكَمِّل وجود قصور أو نقص في الأحكام الواردة في الوثيقة الدستورية، وذلك بسكوت الدستور عن تنظيم موضوع معين من الموضوعات الدستورية، فيتدخل العرف وينشئ حكماً جديداً يسدّ به أوجه النقص أو الفراغ الذي تركه المشرع الدستوري.

وعلى هذا النحو يختلف « العرف الدستوري المكمِّل » عن «العرف الدستوري المفسِّر »: فإذا كان العرف المفسِّر يقتصر على تفسير ما غَمُضَ من نصوص الدستور وأحكامه، أي أنه يستند على نصوص دستورية قائمة يفسِّرها ويوضِّح ما يشوبها من غموض وإبهام، فإنَّ العرف المُكَمِّل على خلاف ذلك ينشئ حكماً جديداً يكمِّل به النقص الذي اعترى الدستور، فهو يعالج موضوعاً معيناً يتصل بنظام الحكم في الدولة أغفل المشرع الدستوري تنظيمه، ومن ثم فإنه لا يستند إلى نص قائم أو موجود في صلب الوثيقة الدستورية.

ومن الأمثلة التقليدية التي تُضرب في هذا المجال للإشارة إلى العرف المُكَمِّل، عدم نص الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥ على الطريقة التي يتم بها عقد القرض العام، في حين أن الدساتير السابقة عليه ومن أهمها الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨١٥ قد نصَّت على أنَّ

« القرض العام لا يُعقد إلا إذا صدر قانون يأذن به »؛ ومن ثمَّ جرى العمل في ظل دستور ١٨٧٥ على أنَّ ثمة قاعدة عرفية تكمِّل النقص الدستوري في هذا الخصوص مفادها « عدم جواز عقد القرض العام إلا بناءً على قانونٍ يُصرِّح بذلك »[١].

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى المادة /١٢٤/ من القانون الأساسي العراقي الصادر عام ١٩٢٥، حيث نصت على أن: { التقاليد الدستورية التي لم يرد نص بشأنها في هذا القانون، ولا يوجد نص يمنع الأخذ بها، وكانت متبعة في الدول الدستورية، يجوز الأخذ بها وتطبيقها كقاعدة دستورية بقرار مجلس الأمة في جلسة مشتركة }.

وهذا النص كما يبدو يُقرُّ بدور العرف في تكملة النصوص الدستورية، وقد نشأت في ظل الحياة الدستورية العراقية ابتداءً من عام ١٩٢١ قاعدة دستورية ذات طبيعة عرفية تقضي بـ " استقالة الوزارة عند انتقال العرش نتيجة وفاة الملك أو ممارسته لسلطاته الدستورية نتيجة بلوغه سن الرشد " بعد تطبيقات متتابعة ومطردة لهذه القاعدة الدستورية، فالوزارة كانت تستقيل كلما انتقل العرش في العراق نتيجة الوفاة أو تسلُّم السلطة وممارستها بصورة فعلية، فقد استقالت وزارة رشيد عالي الكيلاني بعد وفاة الملك فيصل الأول وتولي الملك غازي وانتقال العرش عام ١٩٣٣، كما استقالت وزارة نوري السعيد عند وفاة الملك غازي وانتقال العرش إلى الملك فيصل الثاني عام ١٩٣٩، واستقالت

---

(١) انظر : د. إبراهيم شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦٨، ٦٩ .

وزارة جميل المدفعي عند انتهاء فترة الوصاية على العرش وتولي الملك فيصل الثاني لسلطاته الدستورية بعد بلوغه سن الرشد عام ١٩٥٣.

إن هذه الممارسة قد قادت كما أشرنا إلى ظهور قاعدة عرفية ذات طبيعة دستورية بمضمون حسب لصالح الملك وبهدف منحه الفرصة لاختيار رئيس الوزراء وهو يتولى سلطاته الدستورية بصورة فعلية[١].

القيمة القانونية للعرف المكمّل

لئن اتفق الفقه الدستوري بشأن القيمة القانونية للعرف المفسِّر، واعترف له بقوة قانونية تعادل قوة النصوص الدستورية ذاتها، إلا أنه اختلف بعض الشيء بخصوص القيمة القانونية للعرف الدستوري المُكَمِّل:

فغالبية رجال الفقه الدستوري يلحقون العرف المُكَمِّل بالعرف المفسِّر، ويخضعونهما لنفس الأحكام من حيث الاعتراف لكل منهما بقوة النصوص الدستورية. وسبب ذلك أن العرف المُكَمِّل يرتكز في واقع الأمر على تفسير سكوت المشرع الدستوري عن الموضوعات التي أغفل تنظيمها، ولم يتناولها بالتالي الدستور المدوَّن[٢]؛ وطالما أن هذا العرف لا يتضمن مخالفة صريحة لنص من نصوص الدستور، ولا ينطوي على

---

(١) انظر : د.حيدر أدهم الطائي، المحاصصة في ضوء نظرية العرف الدستوري (مقال منشور بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢ في مجلة الملتقى التابعة لمؤسسة آفاق للدراسات والأبحاث العراقية).

(٢) انظر : *Duverger; Manuel de droit constitutionnel ....., op.cit., p.202.*

تعديل لأحكامه، فإنه يلحق بالعرف المفسِّر ويأخذ حكمه، أي يكون له قوة الدستور ذاته.

غير أن بعض الفقه الدستوري ينكر على العرف المُكَمِّل أن تكون له قوة النصوص الدستورية، استناداً إلى أن المشرع لا يستطيع أن يضفي القوة الدستورية على تشريعاته في ظل دستور جامد، وإلا عدَّ عمله مخالفاً للدستور، ونظراً لكون العرف يمثل إرادة المشرع أو إحدى السلطات العامة فإنه يبقى في مرتبة التشريع العادي ولا يرقى إلى مرتبة الدستور الموضوع من قبل السلطة التأسيسية[1].

ويمكن أن نجمل الأحكام الخاصة بالعرف المكمِّل بالآتي[2]:

١- لا يستند العرف المُكَمِّل إلى نص دستوري كما في حالة العرف المفسر، وإنما يقوم بسدّ فراغٍ سكت عنه المشرع أو أغفله أو لم يكن قد توقعه أثناء وضعه لوثيقة الدستور.

٢- ينشئ العرف الدستوري المُكَمِّل قاعدة دستورية جديدة تضاف إلى القواعد التي تتضمنها وثيقة الدستور.

٣- يكون للعرف الدستوري المُكَمِّل نفس قيمة القواعد الدستورية، حتى إن البعض ألحقه بالعرف المفسِّر واعتبر أنه يفسِّر سكوت المشرع عن موضوع دستوري معين.

---

(١) انظر : د.كريم كشاكش & د.سليمان بطارسة؛ العرف الدستوري ....، مرجع سابق، ص٢٦، ٢٧ .

(٢) انظر : د.كريم كشاكش & د.سليمان بطارسة؛ العرف الدستوري ....، مرجع سابق، ص٢٧ .

La Coutume Modificative

يقصد بالعرف الدستوري المعدِّل ذلك العرف الذي يهدف إلى تعديل أحكام الوثيقة الدستورية، وذلك بإضافة أحكام جديدة إليها أو حذف أحكام معينة منها.

وقد جرت العادة لدى غالبية الفقه الدستوري على التمييز بين نوعين من العرف المعدِّل وذلك تبعاً للدور الذي يقوم به تجاه نصوص الدستور المكتوب ـ وهذان النوعان هما: العرف المعدل بالإضافة والعرف المعدل بالحذف[1]:

---

(١) يضيف البعض إلى هذين النوعين للعرف المعدل، نوعاً ثالثاً يتضمن مخالفة إيجابية وصريحة لنصوص الدستور، يطلق عليه اسم " العرف المناقِض " أو "العرف المناهض " أو " العرف المحرِّف "، فإذا نص الدستور مثلاً على أن يكون انتخاب أعضاء البرلمان انتخاباً غير مباشر أي على درجتين، ثم جرت العادة على جعل الانتخاب مباشراً أي على درجة واحدة، أو العكس ؛ أو إذا نص الدستور على سرية التصويت، ثم جرت العادة على تطبيق علانية التصويت، فإننا نكون أمام عرف معدل يخالف حكماً صريحاً من أحكام الدستور، ويعدِّله بطريقة إيجابية.

وتتجه غالبية الفقه إلى إنكار هذا النوع من العرف، واعتباره من قبيل الأعمال المادية التي ليس لها أي قيمة قانونية . وبناء عليه، لم يعترف الفقه الفرنسي . مثلاً . بقيام عرف دستوري في ظل دستور الجمهورية الخامسة الحالي لسنة ١٩٥٨ مترتب على رفض الرئيس الفرنسي السابق ديجول في مارس/آذار سنة ١٩٦٠ دعوة البرلمان إلى دور انعقاد غير عادي تطبيقاً للمادة /٢٩/ من الدستور، رغم طلب أغلبية أعضاء الجمعية الوطنية ذلك .

١) العرف المعدِّل بالإضافة: ويهدف إلى منح هيئة من هيئات الدولة اختصاصاً جديداً لم يتقرر لها وفقاً لنصوص الدستور، ودون إمكانية تقرير هذا الاختصاص الجديد عن طريق تفسير النصوص الواردة في الوثيقة الدستورية.

ومن أمثلة العرف المعدل بالإضافة، ما جرى عليه العمل من جانب البرلمان الفرنسي في تفويض السلطة التنفيذية في إصدار قرارات أو مراسيم لها قوة القانون في ظل دستور سنة ١٨٧٥، وذلك على الرغم من أن المادة الأولى من التشريع الدستوري الصادر في ١٨٧٥/٢/٢٥ كانت تقضي بالاختصاص المطلق للسلطة التشريعية في مجال التشريع، الأمر الذي يستفاد منه منع البرلمان من تفويض هيئة أخرى هذا الاختصاص التشريعي[١].

٢) العرف المعدِّل بالحذف: ويكون بإسقاط حق من الحقوق أو اختصاص من الاختصاصات التي قررها الدستور لهيئة من الهيئات العامة في الدولة، ويتأتى ذلك إذا جرى العمل على عدم استعمال إحدى هذه الهيئات لحق من حقوقها المقررة في الوثيقة الدستورية.

انظر في ذلك : د. ثروت بدوي، القانون الدستوري .....، مرجع سابق، ص٦٦؛ د. فتحي فكري، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٩١، وما بعدها .

(١) انظر في ذلك : د. إبراهيم شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٧٠، ٧١ .

ولذا يسمي البعض هذا النوع من أنواع العرف " العرف المسقط " أو " العرف المُلْغِي"، لأنه يسقط أو يلغي نصاً قانونياً موجوداً في صلب الوثيقة الدستورية[1].

ويفضّل البعض الآخر تسميته " الاعتياد على عدم تطبيق نص دستوري "، حتى ينفي عن هذا الاعتياد صفة القاعدة العرفية[2].

ومن أمثلة العرف المعدل بالحذف، ما جرى عليه العمل في فرنسا في ظل دستور الجمهورية الثالثة الصادر سنة ١٨٧٥ من عدم استخدام رئيس الجمهورية لحقه في طلب إعادة النظر في القوانين التي يقرها البرلمان، وكذلك عدم استخدامه لحقه في حل مجلس النواب (الجمعية الوطنية) منذ عام ١٨٧٧ حتى قيام حكومة فيشي سنة ١٩٤٠ على أثر احتلال القوات النازية لفرنسا؛ في هذه الأمثلة يشير الفقه الفرنسي إلى أن عرفاً معدلاً للدستور بالحذف أدى إلى إسقاط النصوص التي تخول لرئيس الجمهورية هذه الحقوق.

القيمة القانونية للعرف المعدّل

اختلف رجال الفقه الدستوري حول مشروعية العرف المعدِّل، والقوة التي يتمتع بها هذا العرف إزاء النصوص الدستورية، وتشعَّبت آراؤهم في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات:

---

(١) انظر : د. بكر قباني، دراسة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٨٩ .

(٢) انظر : د. رمزي الشاعر، القانون الدستوري، النظرية العامة ....، مرجع سابق، ص١٧١، ١٧٦ .

الاتجاه الأول: يرى أنصاره عدم مشروعية العرف المعدل، وبالتالي عدم تمتعه بأي قيمة قانونية، على أساس أن العرف لا يستطيع تعديل نصوص الدستور المكتوب، وخاصة الدستور الجامد، الذي لا يتم تعديله إلا بواسطة الجهة التي أناط بها الدستور القيام بذلك، وضمن الشروط والإجراءات والأصول الواجب إتباعها لتعديل أحكام الدستور[1].

وبناءً على ذلك، فإن العرف المعدل يعتبر انتهاكاً لنصوص الدستور وأحكامه، وإعلاءً لإرادة الهيئات الحاكمة التي تتبع هذا العرف على إرادة الأمة وسيادتها التي عبَّرت عنها في وثيقة الدستور[2].

الاتجاه الثاني: يُقرّ أنصاره بمشروعية العرف المعدل، وذلك على أساس أن هذا العرف ليس إلا تعبيراً مباشراً عن إرادة الأمة وضميرها، وما دامت السيادة للأمة، فهي تعتبر السلطة التأسيسية العليا، وبالتالي يكون في مقدورها أن تعدل في نصوص الدستور متى أرادت.

غير أن أنصار هذا الاتجاه لم يتفقوا حول القيمة القانونية التي يتمتع بها هذا العرف إزاء النصوص الدستورية، وانقسموا في هذا الشأن إلى فريقين:

---

(١) انظر ما سيأتي شرحه بخصوص الدساتير الجامدة، ص١٩١وما بعدها .

(٢) انظر : د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص٣٣٣ .

الفريق الأول: يرى أن العرف المعدل له قوة أدنى من قوة النصوص الدستورية، وقوته في هذا الخصوص توازي وتعادل قوة القوانين العادية فقط[1].

الفريق الثاني: يرى أن العرف المعدل له ذات القوة التي تتمتع بها النصوص الدستورية، وإلا استحال على هذا العرف أن ينتج أثره القانوني إزاء الدستور، إذ لو أعطينا العرف المعدل قوة القوانين العادية، فإنه لن يستطيع بداهةً أن يعدِّل النصوص الدستورية، لأنه لا يمكن للقاعدة القانونية الأدنى مرتبةً أن تعدِّل قاعدةً قانونيةً أعلى منها[2].

الاتجاه الثالث: يميل أنصاره إلى التفرقة بين " العرف المعدل بالإضافة " و" العرف المعدل بالحذف "، فيعترفون بمشروعية الأول، ويلحقونه بالعرف المكمل، ويعطونه حكمه أي قوة النصوص الدستورية ذاتها، ويتنكرون لمشروعية الثاني أي العرف المعدل بالحذف، ويجردونه من كل قوة قانونية[3].

وأخيراً ، فإن الرأي السائد في الفقه هو عدم الاعتراف بمشروعية العرف المعدِّل، وعدم إعطائه أي قوة قانونية سواء كان معدِّلاً بالإضافة أو بالحذف، لأن عدم ممارسة إحدى سلطات الدولة لحق من

---

(١) ومن أنصار هذا الرأي : د. عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٢٠٠، ٢٠١ .

(٢) ومن أنصار هذا الرأي : د. محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، مرجع سابق، ص٥٧٠ .

(٣) ومن أنصار هذا الرأي : د. ثروت بدوي، القانون الدستوري .....، ص٦٧.

حقوقها الدستورية ليس من شأنه سقوط هذا الحق بالتقادم، ثمَّ إنَّ هذا العرف يتنكر لوجود السلطة التأسيسية ولحقِّها في تعديل الدستور[1].

(١) انظر : د. فيصل كلثوم، دراسات في القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص٨٢ ؛ د. فتحي فكري، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٩١ .