Jerash for Research and Studies Journal مجلة جرش للبحوث والدراسات

Volume 3 | Issue 2 Article 2

2002

Constitutional Custom between Theory and Practice

Suleiman Batarseh
Yarmouk University, Jordan, SuleimanBatarseh@yahoo.com

Karim Kachek
Yarmouk University, Jordan, KarimKachek@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu

Part of the Arts and Humanities Commons, Law Commons, and the Social and Behavioral Sciences Commons

Recommended Citation

Batarseh, Suleiman and Kachek, Karim (2002) "Constitutional Custom between Theory and Practice," *Jerash for Research and Studies Journal مجلة جرش للبحوث والدراسات*: Vol. 3 : Iss. 2 , Article 2.
Available at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in Jerash for Research and Studies Journal مجلة جرش للبحوث والدراسات by an authorized editor. The journal is hosted on Digital Commons, an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aaru.edu.jo, marah@aaru.edu.jo, u.murad@aaru.edu.jo.

Batarseh and Kachek: Constitutional Custom between ?Theory and Practice

(٥٤) الدكتور حنا نده، القضاء الإداري في الأردن، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، ١٩٧٢، ص٣٦.

(٥٥) الدكتور علي خطار شطناوي: بحث منشور في مجلة « دراسات » علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٢٤، العدد ١، ١٩٩٧، ص٦٥.

(٥٦) الدكتور علي خطار شطناوي: « دراسات » ١٩٩٧، مرجع سابق، ص١٧.

(٥٧) لقد أقر هذا العرف الديوان الخاص لتفسير القوانين المجتمع بتاريخ ١٩٣٠/٣/٢٢. راجع كتاب محمد ذيب المصري – مجموعة القرارات التفسيرية الصادرة عن الديوان الخاص لتفسير القوانين والمجلس العالي لتفسير الدستور منذ عام ١٩٣٠–١٩٧٥، الجزء الثاني، ونشر في الجريدة الرسمية، رقم (٢٥٦)، ص١٧٤.

(٥٨) وقد أكد الديوان الخاص لتفسير القوانين ذلك في قراره رقم ١٢٠ .

(٥٩) عدل عليا، قرار رقم ٨٠/٥٩، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨١، ص٨١.

(٦٠) الدكتور محمد سليم الغزوي، الوجيز في التنظيم السياسي ، الطبعة الأولى، الجامعة الأردنية، ١٩٨٥، ص١٣٥.

Published by Arab Journals Platform, 2002

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

(٣٣) Hood Phillips, op. cit, p. 22.

(٣٤) Bernard Chantenbout, op. cit, 115 .

(٣٥) O. Hood Phillips, op. cit, p. 123.

(٣٦) O. Hood Phillips, op. cit, p. 124 .

(٣٧) Sir Ivor Jennings, op. cit, p. 85.

(٣٨) O, Hood Phillips, op. cit, p. 128.

(٣٩) O' Hood Phillips, op. cit p. 129.

(٤٠) Sir Ivor Jennings, op. cit,. p. 131.

(٤١) الدكتور غالب الداودي، مرجع سابق، ص ١٢.

(٤٢) Bernard Chantenbout, op. cit., p. 37.

(٤٣) Bernard Chantenbout, op. cit., p. 38

(٤٤) الدكتور نعمان أحمد الخطيب، مبادىء القانون الدستوري، الطبعة الثانية، منشورات جامعة مؤتة، المطبعة الوطنية، ١٩٩٨، ص٣٦.

(٤٥) Benoit Jenneau, Droti Constitutionnel et Institutions politiques, Hui-tieme edition, Dalloz, Paris, 1991, P. 88.

(٤٦) Bernard Chantenbout, op. cit, p. 36.

(٤٧) Benoit Jenneau, op. cit, p. 87.

(٤٨) Bernard Chantenbout, op. cit, p. 37.

(٤٩) الدكتور عمر حلمي: القانون الدستوري المقارن، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٠، ص١٤٤.

(٥٠) الدكتور محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، ص٤٣.

(٥١) Bernard Chantenbout, op. cit, pp. 37-38.

(٥٢) الدكتور عمر حلمي: القانون الدستوري المقارن، مرجع سابق، ص١٤٥.

(٥٣) L. ROLLand, La coutume Constitutionnelle, Dallaz, Dixieme, Edition Paris, 1997, p. 36.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

(١٤) O' Hood Phillips, op. cit,. p. 118.

(١٥) الدكتور أحمد سرحال، مرجع سابق، ص٩٣.

(١٦) Dicey (A.V.): Introduction to the study of the Law of the constitution, 9th ed, 1952,p. 443.

(١٧) الدكتور بكر القباني، مرجع سابق، ٦٥.

(١٨) Jean Rivero, droit adminsitratif, treiziem edttion, dolloz, Paris, 1995, pp. 97-98.

(١٩) الدكتور عادل الحياري، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، الجزء الأول، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ١٩٧٢، ص١١٨

(٢٠) Sir Ivor Jennings, op. cit, p. 115.

(٢١) Sir Ivor Jennings, op. cit., p. 134.

(٢٢) الدكتور عادل الحياري، مرجع سابق، ص ١١٧-١١٨.

(٢٣) Ariel Bin-Nun, the Law of the State of Israel, Rubin Mass Ltd, Jerusa-Lem, 1990, p. 33.

(٢٤) Jean-Marie Auby, Institutions Administratives, Dalloz, Paris, 1991, p.8.

(٢٥) Bernard Chantenbout, op. cit, p. 36.

(٢٦) Sir Ivor Jennings, op. cit, p. 61.

(٢٧) Dicey (A.V): Introduction to the Study of the Law of the Constitution, op. cit, p. 445.

(٢٨) Bernard Chantenbout, op. cit,p. 38.

(٢٩) Dicey (A.V) : op. cit, P. 446.

(٣٠) الدكتور سعيد مبارك:أصول القانون، الطبعة الأولى بغداد، ١٩٨٢، ص ١٧٩-١٨٠.

(٣١) Sir Ivor Jennings, op. cit., p. 85.

(٣٢) Sir Ivor Jennings, op. cit. p. 86.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

المصادر والمراجع

(١) الدكتور منذر الفضل: تاريخ القانون، الطبعة الأولى، منشورات بنك الأعمال، الأردن، ١٩٩٦م، ص١٢١.

(٢) الدكتور بكر قباني: دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٦٦.

(٣) Brenard chantenbout, Droit Constitutionnel et secience Politique, Ar-mand conlin, Dixieme Edition, Parise 1991, p. 34.

(٤) الدكتور بكر القباني، مرجع سابق، ص٦٥.

(٥) الدكتور فؤاد العطار النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٢٣٨.

(٦) الدكتور عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط١١، ١٩٨٩م، ص١٧٢.

(٧) الدكتور سعد عصفور: المبادىء الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص٩٧.

(٨) الدكتور خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ١٩٩٨، ص٦٥.

(٩) O, Hood Phillips, Constitutional and Administrative Law, 7th Edition, Sweet and Maxwell, London, 1986.

(١٠) الدكتور هاني علي الطهراوي: القانون الإداري، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، ١٩٩٨، ص٨٠.

(١١) Bernard Chantenbout, op. cit.,p.134.

(١٢) Sir Ivor Jennings, The Law and the Constitution, 5th ed., the English Language book society and Hooder and stoughton, London, 1979, p. 134.

(١٣) O' Hood Phillips, op. cit,. p. 120.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أنه يمكننا أن نكشف عن العرف الدستوري من خلال مصادر أربعة هي:

أولاً: إذا نص التشريع على تبني عرف دستوري معين أو اعترفت به جهة مختصة كالمجلس العالي لتفسير أحكام الدستور في الأردن، يكون لهذا العرف قيمة القواعد الدستورية.

ثانياً: إذا صدر حكم قضائي استناداً إلى عرف دستوري.

ثالثاً: إذا مارسته السلطات الحاكمة واعترفت بوجوده.

رابعاً: إذا اعترف به الفقه، أي الكتاب في مجال القانون الدستوري.

الخاتمة:

من خلال دراسة العرف الدستوري من الوجهة النظرية تبين لنا أن العرف الدستوري لا يزال يعد مصدراً مباشراً من مصادر القواعد الدستورية. وهو إذ يحتل الصدارة في بلدان الدساتير غير المدونة مثل بريطانيا، يأتي في مرتبة تلي التشريع في البلدان ذات الدساتير المكتوبة كفرنسا.

ومن الدراسة التطبيقية للعرف الدستوري تبين أن للعرف دوراً منشئاً للقواعد الدستورية في بريطانيا وأن له دوراً مفسراً ومكملاً ومعدلاً للقواعد الدستورية في بلدان أخرى مثل فرنسا.

وأنه على أرض الواقع يمثل أحياناً إرادة الحكام أو يمثل إرادة الحكام مدعمة بإرادة المحكومين في الأنظمة الديمقراطية.

وبالنسبة للأردن تبين أن هناك الكثير من الأعراف الدستورية التي تفسر الدستور وأن لها قوة مساوية للنصوص الدستورية، كما أن هناك أعرافاً مكملة وأعرافاً معدلة بالحذف. لكن المحاكم في الأردن لا تعترف بالأعراف التي تخرج عن القواعد الدستورية.

كما اتضح أن للعرف وظيفة تنسيق عمل السلطات العامة واتساق عملها ضمن البيئة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعمل خلالها، وأنه ومهما تكن النصوص الدستورية متطورة فهي لا تفي دوماً بمتطلبات العمل الدستوري، ولا بد من نشوء العرف على هامش الدساتير المكتوبة. ولا أدل على دور العرف وأهميته من نشوء أعراف تخالف القواعد الدستورية أحياناً.

ورغم أننا نرى أن الأعراف الدستورية يفترض أن لا تخالف نصوص الدستور المكتوب إلاّ أننا نعتقد بأنها موجودة على أرض الواقع، أي في ممارسات السلطات الحاكمة، ومهما حاول الفقهاء استبعاد هذه الأعراف وعدم الاعتراف بها أحياناً فإن الواقع العملي يشير إلى استمرار العمل بها جنباً إلى جنب مع النصوص الدستورية.

وبخصوص مشروعات القوانين، فإن كل مشروع قانون أقره مجلس النواب والأعيان يرفع إلى الملك للتصديق عليه. ويسري مفعول القانون بإصداره من جانب الملك ومرور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية ما لم يرد نص آخر يبين أن يسري مفعوله من تاريخ آخر. وإذا لم ير الملك التصديق على القانون فله في غضون ستة أشهر، من تاريخ رفعه إليه، أن يرده إلى المجلس مشفوعاً ببيان أسباب عدم التصديق. وإذا رد مشروع أي قانون (ما عدا الدستور) خلال المدة المذكورة وأقره ثلثا الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين وجب عندئذ إصداره وفي حالة عدم إعادة القانون مصدقاً في المدة المعينة يعتبر نافذ المفعول وبحكم المصدق.

لذا فإن إعتراض الملك على القوانين هو بمثابة إعتراض توقيفي أما بالنسبة للدستور ونظراً لإضفاء صبغة من الجمود عليه فلا يكون التعديل الدستوري نافذاً إلاّ بمصادقة الملك على ذلك التعديل. ويشترط أن يكون التصويت على التعديل الدستوري بالمناداة وأن يوافق ثلثا أعضاء كل من المجلسين وأن يصدقه جلالة الملك. (٦٠)

فإن عدم استخدام الملك لحقه الدستوري في التصديق على القانون، يشكل عرفاً دستورياً معدلاً بالحذف.

من المعروف إن الإصدار هو المرحلة التي تلي التصديق كما جاء في نص المادة ٣١ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ والتي تقتضي بأن « الملك يصدق على القوانين ويصدرها ويأمر بوضع الأنظمة اللازمة لتنفيذها بشرط أن لا تتضمن ما يخالف أحكامها ».

ففي حالة أن الملك لم يصدر القانون فقد جرى العرف الدستوري في الأردن بأن الإصدار كأحد المراحل التي يمر بها التشريع يقترن بالتصديق. وإن عدم إستخدام الملك لحقه في الإصدار يشكل عرفاً دستورياً معدلاً بالحذف.

(٦٠) الدكتور محمد سليم الغزوي، الوجيز في التنظيم السياسي ، الطبعة الأولى، الجامعة الأردنية، ١٩٨٥، ص١٣٥.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

ثالثاً: العرف الدستوري المعدل بالحذف

سنكتفي بتناول بعض الأمثلة على هذا النوع من العرف

استخدم رئيس مجلس النواب حقه في التصويت على الثقة بالحكومة حيث تقدمت ببيانها الوزاري بتاريخ ١٩٩٦/٣/٤. وقد جرى العرف في مجلس النواب، كما ذكر رئيس المجلس في التاريخ المذكور، على عدم استخدام رئيس المجلس لصلاحيته في التصويت على بناء الثقة.

ويعتبر عدم استخدام رئيس مجلس النواب لصلاحيته في التصويت على بناء الثقة بمثابة عرف دستوري معدل بالحذف (الاسقاط) ذلك أن المادة ٥٤ فقرة ٣ من دستور عام ١٩٥٢ والمعمول به حالياً تنص على أنه يترتب على كل وزارة تؤلف أن تتقدم ببيانها الوزاري إلى مجلس النواب خلال شهر واحد من تاريخ تأليفها إذا كان المجلس منعقداً وأن تطلب الثقة على ذلك البيان، وإذا كان المجلس غير منعقد أو منحلاً فيعتبر خطاب العرش بياناً وزارياً لأغراض هذه المادة.

ولما كان رئيس المجلس هو أحد النواب المنتخبين فيحق له بهذه الصفة أن يمنح أويمتنع أو يحجب الثقة. ولذا فإن سلوكه السابق المتضمن الامتناع عن التصويت عند بناء الثقة يعتبر عرفاً دستورياً معدلاً بالحذف.

وعندما قام رئيس مجلس النواب وصوت على الثقة إكراماً لذكرى زميله المتوفي، لأن زميله اتخذ موقفاً إيجابياً من خلال مشاركته في النقاش قبل عملية التصويت، فإن رئيس مجلس النواب قد استخدم حقه الدستوري المنصوص عليه في المادة ٥٤ فقرة ٣ من دستور عام ١٩٥٢ وعاد عن سلوكه السابق المتضمن العرف الدستوري المعدل بالحذف.

وذلك يتشابه مع ما ذكرنا سابقاً حول ما حدث مع الرئيس الفرنسي ميلاران الذي عندما عاد ليستخدم صلاحياته التي منحها له الدستور وحاول تجاوز العرف السابق (المعدل بالحذف) أن الرئيس لا يقوم بحل البرلمان أجبر على تقديم استقالته عام ١٩٢٤. ذلك لأن العرف المعدل بالحذف قد تشكل خلال الفترة ١٨٧٥-١٩٢٤.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

المحاسبة. ثم جاءت الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ التي تحدد صلاحيات مجلس الأمة بإقرار الأمور التي تضمنتها الإرادة الملكية على سبيل الحصر وعدم جواز البحث في أية أمور أخرى لم ترد فيها. وحيث أن موضوع إحالة رئيس ديوان المحاسبة على التقاعد لم يرد ضمن الأمور المدرجة في الإرادة الملكية فإن ما يبنى على ذلك إنه لا يجوز لمجلس النواب أن يبحث هذا الموضوع في هذه الدورة الاستثنائية.

ونتفق مع قرار المجلس العالي الذي اعترف بإنه تشكل عرف بسبب التكرار في عدة دورات استثنائية منذ عام ١٩٤٨ على جواز إضافة أمور أخرى على ما تتضمنه الدعوة الاستثنائية. وأن هذا التعامل المتكرر يشكل عرفاً دستورياً مكملاً، حيث يمكن للملك أن يصدر إرادة لاحقة بإضافة أمور أخرى لم ترد ضمن الدعوة الأولى إلى الدورة الاستثنائية: وهذا ما جرى عليها العمل من قبل السلطات الحاكمة في الدساتير الثلاث المتعاقبة ١٩٢٨، ١٩٤٦ و١٩٥٢.

بتاريخ ١٩٩٦/٢/٢٣ جاء على لسان معالي رئيس الوزراء الأردني عندما كان مجلس الأعيان يحاول طرح موضوع دستورية النقابات على المجلس العالي للتفسير، أن إنشاء وتنظيم النقابات قد أصبح عرفاً دستورياً مكملاً وأنه استقر العمل بموجبه وأصبحت له قوة القانون. ولا حاجة من وجهة نظره لطرح الموضوع على المجلس العالي لتفسير الدستور. ويعتبر هذا التصريح بمثابة اعتراف السلطات العامة (السلطة التنفيذية بالعرف الدستوري المكمل).

ومن الجدير بالذكر أن محكمة العدل العليا قد اعترفت بالعرف الدستوري المكمل في إحدى قراراتها. حيث لا يوجد في الدستور أي نص يوجب لصحة انعقاد جلسة مجلس الوزراء حضور جميع أعضائه، وأن العرف المتبع في هذا الشأن قد جرى على جواز انعقاد مجلس الوزراء من أكثرية أعضائه، وعليه فإن تغيب أحد الوزراء عن حضور الجلسة التي صدر فيها القرار لا يجعل انعقاد المجلس مخالفاً للدستور وباطلاً [٥٩]. وهكذا فإن مجلس الوزراء وكعرف مستقر يعقد جلساته بحضور أعضائه.

(٥٩) عدل عليا، قرار رقم ٨٠/٥٩، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨١، ص٨١.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

مشروعات القوانين على مجلس النواب، والذي له حق قبول المشروع أو تعديله أو رفضه. وفي جميع الحالات يرفع المشروع إلى مجلس الأعيان ولا يصدر قانون إلا إذا أقره المجلسان وصدق عليها الملك بموجب نصوص المادة ٩١ من الدستور. وقد جرى العرف الدستوري في المملكة على أن الحكومة تستطيع سحب مشروعات القوانين التي قدمتها إلى مجلس النواب طالما أنه لم يقرر بعد قبول المشروع أو رفضه. وبذا يشكل « سحب مشروعات القوانين التي تقدمها الحكومة إلى مجلس النواب قبل أن يبدي رأيه فيها « عرفاً دستورياً مكملاً »، لأن المشرع الدستوري لم يتطرق لموضوعات السحب واكتفى بالنص على طرح مشروعات القوانين.

منذ صدور دستور عام ١٩٥٢، دأب مجلس الأمة على إصدار قوانين تتضمن نصوصاً تمنح الحماية والحصانة لفئات معينة من موظفي الدولة كقانون محاكمة الموظفين رقم (٢٤) لسنة ١٩٥٣ الذي منع توقيف توظيف موظفي الصنف الأول وإلقاء القبض عليهم بدون موافقة وزير العدلية، وقانون استقلال القضاء الذي نص في المادة ٢٨ منه على عدم جواز إن ما جرى عليه سلوك مجلس الأمة في منح الحصانات المذكورة على وجه التكرار يشكل من وجهة نظرنا عرفاً دستورياً مكملاً، لأن نصوص الدستور لا تحدد لمن تمنح الحصانة أو حالات منحها.

وقد أثيرت عدة تساؤلات فيما يتعلق بنص المادة ٨٢ من الدستور الأردني وكان هذه التساؤلات كما يلي:

- هل يجوز لمجلس النواب أن يبحث موضوع إحالة رئيس ديوان المحاسبة على التقاعد في الدورة الاستثنائية التي انعقدت بتاريخ ١٩٩٠/٦/١٩ ؟ رغم أنه لم يدرج هذا الموضوع في الإرداة الملكية السامية التي تمت بموجبها دعوة المجلس للانعقاد ؟

وهل يجوز إصدار إرادة ملكية لاحقة بإضافة هذا الموضوع إلى الأمور المعينة في الإرادة الملكية التي انعقدت الدورة الاستثنائية بمقتضاها ؟

وللرد على هذا التساؤلات يتبين ما يلي:

- إن سلطة الموافقة على قرار مجلس الوزراء بإحالة رئيس ديوان المحاسبة على التعاقد تعود إلى مجلس النواب إذا كان المجلس منعقداً عملاً بالمادة ٥ من قانون ديوان

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2 10

وبعد دراسة النصوص الدستورية ذات العلاقة بالموضوع تبين أن الوزراء المقصودين في المادة (٥٥) المطلوب تفسيرها هم الوزراء العاملون والوزراء غير العاملين ما دام أنهم قد ارتكبوا الجريمة أثناء تأدية وظائفهم، وأن صلاحية المجلس العالي في محاكمة الوزراء عن الجرائم الناتجة عن تأدية وظائفهم، تشمل الوزير العامل والوزير غير العامل.

ويثور التساؤل أيضاً فيما إذا كانت كلمة « الدولة » الواردة في المواد ١١٢، ١١٥، ١١٩ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ تعني الحكومة فقط بوزارتها ودوائرها والمؤسسات الرسمية التابعة لها أم تعنى «الدولة » بالمفهوم العام وبتعريفها الدستوري ؟

وبعد مراجعة هذه النصوص يتبين أن المشرع قد أورد كلمة « الدولة » بمعاني مختلفة ضمن نصوص الدستور، ويفهم هذا المعنى من السياق الذي جاءت به، ولذا فكلمة « دولة » في النصوص المذكورة أعلاه إنما تعني « الحكومة ».

ثانياً: العرف الدستوري المكمل:

سبق أن أوضحنا أن العرف المكمل يأتي لسد ثغرة أو نقص في النصوص الدستورية وأوضحنا أن أغلب الفقه يعترف به ويلحقه بالعرف المفسر. وسنكتفي في هذا المجال ببعض الأمثلة التطبيقية في الأردن.

وحيث أن القانون الأساسي « دستور عام ١٩٢٨ » لم يتضمن أي نص عن كيفية إصدار العفو العام، فقد جرى العرف منذ تطبيق ذلك الدستور على إصداره بقانون آخذاً بالمبادىء العامة التي تعارفت عليها الكثير من الدول ذات الدساتير المكتوبة، أي أن العرف المكمل نشأ في ظل دستور ١٩٢٨ على إصدار العفو العام بقانون.

ومن الجدير ذكره أن دستور عام ١٩٥٢ قد ضمن هذا العرف في المادة ٣٨ منه والتي تنص أن " للملك حق العفو الخاص وتخفيض العقوبة، وأما العفو العام فيقرر بقانون خاص ".

لم يتطرق الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ لموضوع سحب مشروعات القوانين التي تتقدم بها الحكومة لمجلس النواب، حيث اكتفى المشرع الدستوري بالنص على أسلوب طرح

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

ب- الدورة فوق العادة التي تعقد بعد تاريخ حل المجلس التشريعي بموجب نص الفقرة الأولى للمادة ٣٠.

جـ- الدورات فوق العادة التي تعقد بقصد إجراء أمور معينة كما ذكر في الفقرة الثانية للمادة ٣٠ المعدلة للقانون الأساسي.

ونستنتج من خلال الممارسات البرلمانية في تلك الفترة وجود عرف دستوري مفسر مفادة أنه لا يبحث في الدورات فوق العادة أي موضوع سوى ذلك الموضوع المبين في الدعوة لعقد هذه الدورة (٥٧).

كما أثير تساؤل حول تفسير المادة ٣١ من دستور عام ١٩٤٦ وتبيان ما إذا كان المقصود من كلمة « المجلس» الواردة في نهاية المادة المذكورة هو مجلس الوزراء أم « مجلس الأمة »، ومن الرجوع إلى كلمة « المجلس » الواردة في المواد ٤٠، ٤١، ٤٧، ٤٩، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤ يتضح بأن لفظة المجلس هنا تدل على مجلس الأمة. بينما لم يعبر عن « مجلس الوزراء » إلاّ بالنص الصريح كما هو ظاهر في الفقرات أ، جـ، د، هـ من المادة ٢٧ من الدستور. وهذه قرينة على أن كلمة « المجلس » عندما ترد غير مخصصة تنصرف إلى مجلس الأمة (٥٨).

وقد أثير تساؤل بصدد تفسير المادة ٥٥ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ لبيان ما إذا كانت كلمة « الوزراء » التي وردت في المادة المذكورة تشمل الوزير العامل والوزير غير العامل ؟ وكذلك هذ يعتبر المجلس العالي لمحاكمة الوزراء مخولاً بمحاكمة الوزراء عن جرائم ناتجة عن تأدية وظائفهم تقتصر على الوزراء العاملين أم تشمل غير العاملين إذا كان الفعل الذي اقترفه الوزير أثناء تولية الوزارة ؟

(٥٧) لقد أقر هذا العرف الديوان الخاص لتفسير القوانين المجتمع بتاريخ ١٩٣٠/٣/٢٢، راجع كتاب محمد ذيب المصري -مجموعة القرارات التفسيرية الصادرة عن الديوان الخاص لتفسيرن القوانين والمجلس العالي لتفسير الدستور منذ عام ١٩٣٠-١٩٧٥، الجزء الثاني، ونشر في الجريدة الرسمية، رقم (٢٥٦)، ص١٧٤.

(٥٨) وقد أكد الديوان الخاص لتفسير القوانين ذلك في قراره رقم ١٢٠ (٩).

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

أحياناً [٥٥].

ويشترط لمشروعية التفسير أن يقتصر دور المجلس العالي لتفسير أحكام الدستور على إزالة الغموض الذي يشوب النص الدستوري المراد تفسيره فقط. فلا يملك بأي حال من الأحوال إضافة أحكام جديدة لا يحتملها النص الغامض لهذا يتفق الجميع على تطبيق القرار التفسيري بأثر رجعي من تاريخ تطبيق النص نفسه. وعلة ذلك أن الغموض يتصف بالنص الدستوري منذ ولادته، فضلاً عن أن الرجعة لا تنطوي على أي ضرر طالما أنها لا تأتي بقواعد جديدة. فهو عمل قانوني كاشف عن مراد المشرع وليس منشأ لحكم جديد، مما يجعل من المستساغ سريانه منذ تاريخ العمل بالنص محل التفسير [٥٦].

وبما أننا قد تعرضنا للعرف الدستوري المفسر من حيث مفهومه وعناصره عند شرح تطبيقات العرف الدستوري في فرنسا، سنكتفي هنا بإعطاء أمثلة تطبيقية على العرف الدستوري المفسر في المملكة الأردنية الهاشمية. محاولين أن تغطي هذه الأمثلة الدساتير المتعاقبة.

وقد أثير تساؤل حول تفسير الفقرة الثانية للمادة٣٠ المعدلة من القانون الأساسي من دستور عام ١٩٢٨ فيما إذا كان يحق لأعضاء المجلس التشريعي طرح أي أمر له صلة بالإدارة العامة على بساط البحث في الدورات فوق العادة أم أن هذا الحق يمارس فقط في الدورات الاعتيادية ؟

وقد تبين من خلال دراسة نصوص المواد ٢٩، ٣٠، ٤٠ من القانون الأساسي (دستور عام ١٩٢٩) أن المجلس التشريعي يعقد ثلاثة أنواع من الدورات فوق العادة وهي:

أ- الدورة فوق العادة أو الاجتماع الاستثنائي حسب ما ورد في نص المادة ٢٩ من دستور عام ١٩٢٩.

(٥٥) الدكتور علي خطار شطناوي: بحث منشور في مجلة « دراسات » علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٢٤، العدد ١، ١٩٩٧، ص٦٥.

(٥٦) الدكتور علي خطار شطناوي: « دراسات » ١٩٩٧، مرجع سابق، ص١٧.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

المطلب الثالث: تطبيقات العرف الدستوري في المملكة الأردنية الهاشمية

لم يرد أي نص دستوري مباشر ضمن دستور عام ١٩٥٢ بخصوص العرف الدستوري غير ما جاء في المادة ١٤ منه والتي تنص " تحمي الدولة القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب " والعادات المرعية " هنا هي الأعراف بشكل عام.

ومن هنا فقد اعترف الدستور الأردني بالعرف ونص عليه ضمن عبارة " العادات المرعية ".

كما اعترفت محكمة التمييز في الأردن بالعرف وصاغت ذلك على النحو التالي " من القواعد الفقهية أنه إذا استنت إحدى السلطات قاعدة وجرت على اتباعها في موضوع معين كانت حرة التصرف فيه بسبب سكوت القانون والنظام عن بيان ذلك الموضوع، فإنه يتحتم عليها مراعاتها في التطبيقات الفردية لأنها تصبح في حكم القاعدة القانونية وذلك سواء كان منشأ القاعدة تعليمات مكتوبة أو مجرد العرف غير المسطور. وفي مثل هذه الحالة يباح لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالقاعدة المتعارف عليها تمسكه بالقانون " (٥٤)

صور العرف الدستوري في المملكة الأردنية الهاشمية

وسنعرض صور العرف الدستوري في الأردن على النحو الآتي:

أولاً- العرف الدستوري المفسر

يرتبط التفسير بغموض النص القانوني المراد تفسيره، فلا يجوز طلب تفسير أي نص دستوري إذا كان واضحاً ومفهوماً، وعلة ذلك أن التفسير يستهدف أولاً وأخيراً إزالة غموض نص قانوني، وهو أمر لا يتوافر بداهة في النصوص الواضحة، ويلعب العرف الدستوري المفسر دوراً كبيراً في إزالة الغموض الذي يشوب النصوص الدستورية

(٥٤) الدكتور حنا نده، القضاء الإداري في الأردن، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، ١٩٧٢، ص٣٦.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

Batarseh and Kachek: Constitutional Custom between ?Theory and Practice

ومن الأمثلة على هذا النوع من الأعراف أنه وحسب نص المادة ٨ فقرة أ من الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة لا يحق لرئيس الجمهورية عزل رئيس الوزراء. لكن ذلك قد حدث لأكثر من مرة في الواقع العملي حين عُزل جورج بومبيدو عام ١٩٦٨ وجاك شابندلماس عام ١٩٧٢ وجاك شيراك عام ١٩٧٥ وبييرمروا عام ١٩٨٤، لذا فالعرف حتى لو أنه مخالف لنصوص الدستور استقر وأصبح بمثابة قاعدة دستورية. (٥٢).

وتتجه غالبية الفقه إلى إنكار هذا النوع من العرف ويعتبرونه من قبيل الأعمال المادية التي ليس لها قيمة قانونية، ويرون أن العرف المخالف لا يحق له أن يعدل من نصوص الدستور. رغم أنهم قد يتسامحون في قبول الأنواع الأخرى من الأعراف كالعرف المفسر والعرف المكمل وحتى المعدل بالحذف والإضافة.

ورغم ذلك نجد عدداً من الفقهاء المحدثين يعترفون بصور العرف المعدل بالإضافة والحذف وحتى بالمخالفة لأنها حقائق واضحة تلجأ لها السلطات العامة دون معارضة وحتى أنها تحظى أحياناً بالتأييد الشعبي. ومن هؤلاء الفقهاء كابتان (Capitan) الذي يرى أن الأمة لها السيادة وحينما ترفض قاعدة قانونية فإنها تلغيها بشكل ضمني (٥٣).

والمهم من وجهة نظرنا هو لجوء الهيئات العامة للعرف الدستوري واعتراف القضاء بهذا العرف دون حدوث مضاعفات سياسية لاستخدام عرف معين.

وتكمن أهمية الأعراف المعدّلة من حيث بطء التغيير الذي يحصل على الدساتير وأن التعديلات الدستورية غالباً ما تكون صعبة وفي حالات معينة كالثورات والظروف السياسية غير العادية.

---

(٥٢) الدكتور عمر حلمي: القانون الدستوري المقارن، مرجع سابق، ص١٤٥.

(٥٣) L. ROLLand, La coutume Constitutionnelle, Dallaz, Dixieme, Edition Paris, 1997, p. 36.

Published by Arab Journals Platform, 2002

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

من المتفق عليه بين كتاب القانون الدستوري أن القاعدة المكتوبة لها أولوية التطبيق على النص المكتوب، ولذا فإنه حتى لو جرى العرف على عدم استخدام نص معين ورد في وثيقة الدستور يمكن العودة عن العرف والعمل بموجب النص الدستوري نظراً لسمو القواعد الدستورية والحفاظ على استمراريتها . لكن ذلك لا يقلل إطلاقاً من شأن الأعراف الدستورية المستقرة والتي أولاً ظهرت حاجة للعمل بموجبها لما اتبعناها، أي أن الحاجة قد تظهر لنا أحياناً ضرورة إسقاط عدم العمل، بنص دستوري ربما مرة أو أكثر حسب مقتضيات الظروف المحيطة، ولا أدلّ على ذلك من حادثة الرئيس الفرنسي (Millerand) الذي أجبر على الانسحاب من الحلبة السياسية عندما رغب في ممارسة الصلاحيات الدستورية التي كانت ممنوحة له وذلك بمحاولته حل البرلمان عام ١٩٢٤، ذلك لأنه خالف عرفاً دستورياً معدلاً بالحذف يتضمن عدم قيام رئيس الجمهورية بحل البرلمان رغم أن الدستور يسمح له بذلك (٥١).

فالعبرة إذن تكمن في ممارسة القاعدة الدستورية مكتوبة كانت أم عرفية، ذلك أن موقف القضاء والنتائج السياسية المترتبة على القاعدة الدستورية هي الفيصل في إظهار أهمية هذه القاعدة.

جـ- العرف الدستوري المعدل بالمخالفة

ويسمى أيضاً بالمعارض أو المناقض. يذهب هذا النوع من العرف إلى درجة متطرفة بأن تجري العادة الدستورية وتستقر على العمل بمقتضى عرف دستوري يعكس القاعدة الدستورية رأساً على عقب. وعلى سبيل المثال إذا نص الدستور على التصويت العلني فتقوم السلطات العامة باتباع أسلوب التصويت السري. ويمكن إيجاز الخصائص التالية لهذا العرف.

١- يشتمل على مخالفة صريحة لنصوص الدستور.

٢- يختلف عن العرف المعدل بالحذف من حيث أنه يخالف النصوص الدستورية بطريقة سلبية، بينما يخالفها العرف المناقض بطريقة ايجابية.

(٥١) Bernard Chantenbout, op. cit, pp. 37-38.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2 16

وكذلك ما جرى عليه العمل في فرنسا من تخويل السلطة التنفيذية حق إصدار لوائح الضبط (البوليس) بقصد حماية النظام العام والتي تشمل اللوائح الخاصة بحماية الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة والآداب العامة.

ويلحق العديد من الكتاب العرف الدستوري المعدل بالإضافة بالعرف المكمل، ذلك لأنه يسد ثغرة أو نقصاً في نصوص الدستور.

ب- العرف الدستوري المعدل بالحذف

ينشأ هذا العرف في حالة عدم استعمال هيئة من الهيئات العامة أحد اختصاصاتها المقررة بموجب وثيقة الدستور مع توافر الدواعي لهذا الاستعمال. ولذا يسميه البعض بالعرف " المسقط " أو الملغي، لأنه يسقط أو يلغي نصاً قانونياً موجوداً في وثيقة الدستور. ويتكون هذا التعريف من العناصر التالية:

١- يتعلق العرف المعدل بحذف نص دستوري معين.

٢- يستقر العرف على عدم العمل بذلك النص لفترة من الزمن.

٣- تبقى الحاجة جارية لأعمال النص الأساسي في فترات معينة.

ومن الأمثلة على العرف المعدل بالحذف هو استقرار العرف الدستوري على عدم استخدام رئيس الجمهورية الفرنسي لحقه في حل البرلمان منذ عام ١٨٧٥، وكذلك العرف الخاص بعدم استخدام رئيس الجمهورية لحقه في الاعتراض على القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية (٤٩).

ومن الأعراف المعدلة بالحذف أنه ورد في الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة (دستور عام ١٩٥٨) أن الحكومة تختص برسم السياسية العامة للدولة، إلاّ أن العرف الدستوري القائم منذ تاريخه ولغاية اليوم هو أن رئيس الجمهورية هو الذي يقوم برسم السياسة العامة وتعمل الحكومة على تنفيذ هذه السياسة. (٥٠)

(٤٩) الدكتور عمر حلمي، القانون الدستوري المقارن، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٠، ص١٤٤.

(٥٠) الدكتور محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، ص٤٣.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

يتجه الفريق الأول من الفقهاء، وهو الرأي الغالب، أن للعرف المكمل نفس القيمة القانونية للعرف المفسر وبالتالي فإن قوته هي نفس قوة القواعد الدستورية المكتوبة ما دام أنه لا يتضمن مخالفة صريحة لنص دستوري (٤٦).

أما الرأي الثاني فينكر على العرف المكمل قوة نصوص الدستور استناداً إلى أن المشرع لا يستطيع أن يضفي القوة الدستورية على تشريعاته في ظل دستور جامد، وإلاّ عد 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 (٤٧).

ثالثاً: العرف الدستوري المعدل

هو ذلك الذي يفترض أن وثيقة الدستور قد أوردت تنظيماً لموضوع معين ثم يأتي العرف الدستوري ليعدل هذا التنظيم بالإضافة أو الحذف أو المخالفة على غير مقتضى النص. ولهذا النوع من الأعراف ثلاث صور هي العرف المعدل بالإضافة والعرف المعدل بالحذف والعرف المعدل بالمخالفة.

أ- العرف الدستوري المعدل بالإضافة

يؤدي هذا العرف إلى تعديل في نصوص الوثيقة الدستورية بإضافة أحكام جديدة لا يتحملها تفسير النصوص الدستورية، ولذا تمارس هنا إحدى السلطات العامة اختصاصات جديدة تثبت له بمقتضى العرف الدستوري. ومن أمثلة العرف الدستوري المعدل بالإضافة العرف الذي كان جارياً في ظل دستور عام ١٨٧٥ والذي ينصب على تفويض البرلمان للسلطة التنفيذية التشريع في موضوعات في الأصل من اختصاصات السلطة التشريعية حسب نصوص الدستور. وقد استمر العمل بهذه اللوائح التفويضية حتى بعد عام ١٩٤٨.(٤٨)

(٤٦) Bernard Chantenbout, op. cit, p. 36.
(٤٧) Benoit Jennequ, op. cit, p. 87.
(٤٨) Bernard Chantenbout, op. cit, p. 37.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2 18

٣- يكون للعرف الدستوري المكمل نفس قيمة القواعد الدستورية حتى أن البعض الحقه بالعرف المفسر وأعتبر أنه يفسر سكوت المشرع عن موضوع دستوري معين.

والأمثلة على العرف الدستوري المكمل في فرنسا كثيرة وقد جاءت على فترات زمنية متعاقبة.

فقد نشأت قاعدة عرفية تمنع إبرام عقد قرض حكومي إلاّ في حالة صدور قانون يسمح بذلك، ولذا فإن الدستور والقانون لعام ١٨١٥ قد سمحا بذلك، غير أن الدساتير التي لحقت لم تنص على هذه القاعدة إطلاقاً ومع ذلك استمر تطبيقها واستقرت وشكلت عرفاً دستورياً مكملاً. (٤٣)

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقيه الفرنسي المعروف لافرييه (Laferriere) ما نص عليه دستور الجمهورية الثالثة من الأخذ بمبدأ الاقتراع العام لتكوين البرلمان مع عدم الإشارة ما إذا كان هذا الاقتراع مباشراً أو غير مباشر. وقد جرى العرف منذ عام ١٨٤٨ أن يكون الإقتراع العام مباشراً. ولذا سد النقص الحاصل في دستور عام ١٨٧٥ بخصوص الأسلوب الذي يتم الاقتراع بموجبه (٤٤).

وفي عام ١٩٨٤ رغب الرئيس الفرنسي، كما ذكرنا سابقاً، العودة إلى الشعب عن طريق الاستفتاء رغم أن دستور عام ١٩٥٨، أي دستور الجمهورية الخامسة، لم ينص على ذلك. وبذلك نشأ عرف دستوري مكمل يعود بمقتضاه رئيس الجمهورية إلى الشعب عن طريق الاستفتاء لتوسيع نطاق الحريات العامة (٤٥).

وبينما نجد الفقه الدستوري متفقاً على القيمة القانونية للعرف الدستوري المفسر وأن له قوة النصوص، نجده يختلف بعض الشيء حول القيمة القانونية للعرف المكمل.

---

(٤٣) Bernard Chantenbout, op. cit., p. 38.

(٤٤) الدكتور نعمان أحمد الخطيب، مبادىء القانون الدستوري، الطبعة الثانية، منشورات جامعة مؤتة، المطبعة الوطنية، ١٩٩٨، ص٣٦.

(٤٥) Benoit Jenneau, Droti Constitutionnel et Institutions Politiques, Huitieme edition, Dal-loz, Paris, 1991, p.88

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

٤- لا يأتي العرف الدستوري المفسر بأي قاعدة قانونية جديدة.
٥- للعرف الدستوري المفسر نفس القيمة القانونية للدستور.
٦- ويصبح التفسير جزءاً من الدستور ويكتسب صفة الإلزام.

ومن أمثلة العرف الدستوري المفسر ما جرى عليه العمل في فرنسا من الاعتراف لرئيس الجمهورية في ظل دستور الجمهورية الثالثة ١٨٧٥، سلطة إصدار اللوائح التنفيذية إستناداً إلى تفسير نص المادة الثالثة من الدستور التي تقرر لرئيس الجمهورية كفالة تنفيذ القوانين وإنه يملك إتخاذ كافة الإجراءات التي تستوجبها الظروف تحقيقاً لمصلحة الدفاع الوطني، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي بتفسير عبارة " كفالة تنفيذ القوانين ". وقد استقر هذا العرف وأدى فيما بعد إلى إنشاء نظرية سلطات الحرب التي أصبح يتمتع بها رئيس الجمهورية بموجب العرف الدستوري. وقد اعترف - أيضاً - المجلس الدستوري الفرنسي في ظل الجمهورية الخامسة عام ١٩٥٨ بالعرف الذي بمقتضاه أن الحكومة إذا لم تحصل على موافقة الجمعية الوطنية لتنفيذ برنامجها الحكومي وفقاً لنص المادة ٤٩ من الدستور فإنه يمكنها الحصول على تفويض من البرلمان. (٤٢)

ثانياً: العرف الدستوري المكمل

يعرف العرف الدستوري المكمل بأنه ذلك النوع من الأعراف الذي يقوم على تنظيم مسألة أو موضوع لم تتطرق له النصوص الدستورية. ويمكن تحليل هذا التعريف إلى العناصر التالية:

١- لا يستند العرف الدستوري المكمل إلى نص دستوري كما في حالة العرف المفسر، وإنما يسد العرف المكمل فراغاً سكت عنه المشرع أو أغفله أو لم يكن قد توقعه أثناء وضعه لوثيقة الدستور.
٢- يُنشيء العرف الدستوري المكمل قاعدة دستورية جديدة تضاف إلى القواعد التي تضمنتها وثيقة الدستور.

(٤٢) Bernard Chantenbout, op. cit., p. 37.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2 20

تشريعي أو دون عرف آخر، إلاّ أن لديها درجة من التقدير في أحكامها، لأن الحدود بين التشريع والأعراف وقضاء المحاكم ليست دائماً ميسرة وواضحة (٤٠).

المطلب الثاني: العرف الدستوري في فرنسا

سبق أن أوضحنا عند بحث أهمية العرف الدستوري في بلدان الدساتير المكتوبة أن العرف يحتل مكانة مرموقة إلى جانب التشريعات كمصدر رسمي من مصادر القواعد الدستورية.

وعلينا أن نتطلع إلى الأعراف الدستورية إذا أردنا أن نعرف كيف يعمل الدستور على أرض الواقع، ونستطيع عندها أن نحكم إذا كان ذلك العرف يتوافق مع النظريات الدستورية السائدة في فترة ما.

وكما يرى بعض المعلقين بأن القواعد القانونية ضرورة اجتماعية فإن لم ينشئها المشرع انشأها المجتمع (٤١). ونقول من جانبنا بالنسبة للأعراف الدستورية فإن لم تنشأ بموجب النصوص الدستورية انشأتها السلطات العامة على هامش الدستور المكتوب.

وقد ظهر للعرف الدستوري صورٌ متنوعة أهمها:

أولاً: العرف الدستوري المفسر وتطبيقاته

تتصف النصوص الدستورية عادة بالإيجاز والعمومية مما يثير في حالات معينة صعوبات في تفسير بعض مواد الدستور، وهي تلك التي يكتنفها الإبهام والغموض، لذا فالعرف الدستوري المفسر هو الذي يقتصر أثره على مجرد تفسير وإيضاح نص دستوري مبهم ويستدل من هذا التعريف العناصر التالية:

١- يستند العرف الدستوري المفسر دائماً إلى نص دستوري.

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

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

---

(٤٠) Sir Ivor Jennings, op. cit, p. 131

(٤١) الدكتور غالب الداودي، مرجع سابق، ص١٢.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

(Harmonizing) لهذه العلاقة [٣٧]. وقد ساهم ذلك (أي العرف الدستوري) في حفظ هذه العلاقة واستمرارها بين دول الكومنولث [٣٨] وقد نمت هذه الأعراف كحلول للمشكلات العلمية التي نشأت بين دول الاتحاد نتيجة للحروب. وقد ساهمت المؤتمرات في تبني هذه الأعراف كحلول لتلك المشكلات.

ولذا تم تبني التشريع المتعلق بتوارث العرش والألقاب ذات العلاقة. وأن أي تشريع يتضمن تعديلاً على أسلوب توارث العرش والألقاب يجب أن يحظى بموافقة البرلمانات في كندا واستراليا ونيوزلاندا والمملكة المتحدة.

وعندما تعين الملكة حاكماً لدولة مستقلة من دول الكومنولث فأنها تقوم بذلك بناء على نصيحة رئيس الوزراء.

وهناك عرف مفاده أن حكومات الكومنولث يجب أن تتصل ببعضها البعض بما يخص المعاهدات والعلاقات الخارجية التي تقيمها.

ومن الأعراف أيضاً أن الحكام العاملون للدول المستقلة لا يتحددون بقوانين البرلمان البريطاني أو بالأعراف السابقة في بريطانيا ولكن يمكن أن تصبح الأعراف السابقة قوانين لدى دول الكومنولث.

كما لا يحق للبرلمان في المملكة المتحدة أن يشرع لإقليم أصبح مستقلاً بدون طلب ذلك الإقليم، وقد تم تقنين هذا العرف ضمن قانون توارث العرش عام ١٩٣١. [٣٩]

ويبدو أن نطاق الأعراف الدستورية في بريطانيا هو نطاق واسع يتعلق بالعلاقات القائمة بين السلطات وبين دول الاتحاد، وأن العرف الدستوري يضفي على هذه العلاقة الدفء والاستمرارية ودرجة عالية من الشفافية.

وعلى المستوى العملي فإن الأعراف الدستورية هي مثار اهتمام المحامين، إذ يلجا لها هؤلاء لتدعيم فكرة أو دحضها. ورغم أن المحاكم لا تلزم باتباع عرف معين دون نص

(٣٧) Sir lvor Jennings, op. cit,p. 85.
(٣٨) O, Hood Phillips, op. cit, p. 128.
(٣٩) O' Hood Phillips, op. cit p. 129.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2 22

الدستوري نميز بين الوزراء الذين يشكلون مجلس الوزراء وعددهم لا يتجاوز عشرين وزيراً Cabinet، والوزارة بشكل عام والتي تشمل جميع الوزراء والسكرتاريون والذين يزيد عددهم عن ستين وزيراً. (٣٥)

ثالثاً: العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية

تنظم الأعراف الدستورية هذه العلاقة. فالملك يدعو البرلمان إلى الانعقاد بموجب عرف دستوري مرة كل سنة على الأقل، كما يصادق على مشروعات القوانين التي يقرها المجلسان مجتمعان أو مجلس العموم وحده. وكذلك فأن ممارسة المسؤولية الوزارية أمام البرلمان بالنسبة للوزارة كوحده وبالنسبة لكل وزير هو شأن تنظمه الأعراف الدستورية، فالوزارة تستمد سلطاتها من تأييد أغلبية أعضاء مجلس العموم وإذا فقدت ثقتهم وجب عليها أن تستقيل. وهناك عرف دستوري جرى العمل به يتعلق بالاقتراحات التي تتضمن صرف أموال عامة بأنها يجب أن تقدم نيابة عن التاج من قبل وزير عضو في مجلس العموم البريطاني (٣٦).

ولا يوجد نص دستوري يبين أن على الملكة المصادقة على مشروعات القوانين التي تأتي من مجلس العموم البريطاني، ولكن العرف الدستوري نما واطرد على أن الملكة يجب أن تصادق على مشروعات القوانين التي يقرها المجلسان مجتمعان أو مجلس العموم لوحده. ورغم أن الملكة قد رفضت مشروع القانون العسكري الخاص بالحكومة الأسكتلندية فإن الملكة اليوم، لا يحق لها من وجهة نظر العرف الدستوري أن لا تصادق على مشروعات القوانين.

رابعاً: علاقة بريطانيا مع دول الكومنولث

أن علاقة الأعراف بالنصوص الدستورية لها تاريخ طويل في الكومنولث البريطاني، فقد كانت خصيصة مميزة للتطور السياسي بالنسبة للحكم المحلي في هذه الأقاليم وبالنسبة للعلاقة التي تربط بريطانيا بها. وقد لعبت الأعراف الدستورية بدور منسق

(٣٥) O. Hood Phillips, op. cit, 123.
(٣٦) O. Hood Phillips, op. cit, p. 124.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

وأهم القواعد الدستورية المكتوبة في بريطانيا هي وثيقة العهد الأعظم المعروفة بالماجناكرتا (Magna Charta) عام ١٢١٥، وعريضة الحقوق عام ١٦٢٨ Petition of rights وكذلك قانون تأسيس البرلمان عام ١٩١١ Parliament Act وغيرها (٣٣)

وتحدد الأعراف مجالات عدة في الحياة الدستورية البريطانية وأهمها:

أولاً: بالنسبة للسلطة التشريعية

تحدد الأعراف الدستورية معظم القواعد التي تنظم اختصاصات مجلس العموم واللوردات. ومن ذلك أن أعضاء مجلس اللوردات غير الشاغلين لمناصب قضائية لا يسمح لهم بحضور جلسات المجلس إذا انعقد كهيئة محكمة قضائية عليا. كما أن مشروع القانون الذي يتعلق بتنظيم مالية الدولة لا يجوز أن يقدَّم إلاّ من جانب الحكومة إلى مجلس العموم.

والأحزاب السياسية يجب أن تمثل في اللجان البرلمانية حسب نسبة تمثيلها في مجلس العموم.

وينظم عمل مجلس العموم أو رئيس اللوردات وزعيم الحزب المعارض في البرلمان. ولأن مجلس العموم يمثل الرأي العام البريطاني فرأيه هو الذي يسود في حالة الاختلاف في الرأي بين المجلسين. (٣٤)

ثانياً: فيما يتعلق بالسلطة التنفيذية

تنظم الأعراف الدستورية الغالبية العظمى من القواعد المتصلة بتشكيل الوزارة وأدائها لوظائفها. فالملكة تستخدم سلطاتها بناء على مشورة الوزراء وعن طريقهم. والملكة أو الملك مقيد في تعيين رئيس الحزب الفائز في الانتخابات كرئيس للوزراء ورئيس الوزراء مقيد بدوره في اختيار وزرائه من تنظيمه الحزبي، ويجب أن تمثل الأجنحة المختلفة في الحزب داخل الوزارة من أحد المجلسين وأغلبيتهم من مجلس العموم. وعن طريق العرف

(٣٣) Hood Phillips, op. cit, p. .22

(٣٤) Bernard Chantenbout, op. cit, 115.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

المطلب الأول: العرف الدستوري في بريطانيا

يتميز التاريخ البريطاني وبالتالي النظام السياسي البريطاني بالتطور التدريجي لدرجة أن ملامح العصور القديمة لا زالت تبدو جلية في يومنا هذا. ومن هذه الخصائص على سبيل المثال أن المجتمع البريطاني لا يزال منقسماً إلى طبقات ثلاث: وهي الطبقة الأرستقراطية والطبقة البيروجوازية والطبقة العاملة. وكذلك هي الحال بالنسبة للإدارة التي كانت ولغاية السبعينات تقسم إلى فئات ثلاث أيضاً وهي الفئة الإدارية العليا والوسطى وفئة الكتاب (٣١).

ظهرت مع الزمن العديد من القواعد الدستورية، أخذت تتناقلها السلطات العامة في علاقاتها مع بعضها البعض وفي علاقاتها مع المواطنين وتطورت هذه الأعراف بفعل الظروف المستجدة في كل فترة، ومن هنا شكلت الأعراف الدستورية جزءاً كبيراً من الدستور البريطاني.(٣٢)

وكما ذكرنا سابقاً، ضمن موضوع أهمية العرف الدستوري، يطلق على الأعراف الدستورية المتمتعة بالصفة القانونية Constitutinal Conventions بينما يطلق على الأعراف التي لم تصل بعد إلى هذه الدرجة القانون العام Common Law.

ويمكننا تسمية الأعراف الدستورية في بريطانيا بالأعراف المنشئة، والمفرد منها " العرف المنشىء" ذلك لأن الأعراف تنشأ بفعل ضرورات الحياة، وهي تصنع قواعد دستورية تسير عليها السلطات العامة في علاقاتها مع بعضها البعض وفي علاقاتها مع الأفراد.

وبينما تشكل الأعراف الدستورية الغالبية العظمى من القواعد الدستورية في بريطانيا فذلك لا يعني عدم اشتمال هذه القواعد على قواعد مكتوبة.

(٣١) Sir Ivor Jennings, op.cit.,p. 85.

(٣٢) Sir Ivor Jennings, op. cit. p. 86.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

المبحث الثاني

تطبيقات العرف الدستوري وصوره في بريطانيا، وفرنسا، والمملكة الأردنية الهاشمية

مهما بلغت درجة حكمة وحنكة واضعي الدستور فأنهم لن يستطيعوا أن يضمنوا الوثيقة السياسية الموجزة (الدستور) كل ما يتعلق بالسلطات العامة وعلاقاتها مع المواطنين.

كما أن واقع الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يفرض على السلطات العامة أوضاعاً لم يتطرق لها واضعو الدستور.

وهناك عادة طريقتان للملاءمة بين القواعد الدستورية وواقع الحياة الدستورية. أولهما: اللجوء إلى تعديل نصوص الدستور المكتوب. وهذا الإجراء يتطلب اتباع الإجراءات التي نص عليها الدستور، وغالباً ما تكون هذه الإجراءات صعبة نسبياً في الدساتير المدونة.

ومن هنا رأى البعض أن الأسلوب الأمثل للملاءمة بين الدستور وواقع الحياة العملي هي افساح المجال لنمو الأعراف الدستورية. وهذه هي الطريقة الثانية. ويتميز هذا الأسلوب بأنه يعبر عن ضرورات الحياة ويظهر فقط في حالة الحاجة إليه ولا يتطلب إجراءات معقدة لكي يتم.

ويكفي أن تقوم السلطات العامة وأن يحظى بالتأييد الشعبي رغم أن هذا الشرط الأخير قد لا يكون متحققاً باستمرار.

ويأخذ العرف الدستوري أشكالاً متعددة ومتنوعة تقع بين تفسير النصوص الدستورية الغامضة وتصل حتى مخالفة القواعد الدستورية. وسندرس ضمن هذا المبحث صور العرف الدستوري في بريطانيا وفرنسا والمملكة الأردنية الهاشمية.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2 26

ويمكننا أن نقول في هذا المجال أن العرف يقوم في الدولة غير الديمقراطية بمجرد تبني السلطات العامة أو إحداهما لعادة دستورية معينة واستمرار العمل بموجبها، إذ لا تأبه السلطات العامة فيها برأي المواطن وموافقته أو عدم موافقته على تصرفاتها. كما أنها لا ترغب أن تكشف عن ممارساتها لكي لا تخضع للنقد والاعتراض من قبل القوى الشعبية في الساحة السياسية.

أما في الأنظمة الديمقراطية، فالموافقة الشعبية هامة وهي التي تعطي للعرف الدستوري قوته المحركة نحو المزيد من استخدامه من قبل السلطات العامة، وبالتالي فأنه يستقر في نفوس المواطنين ويحظى بقبولهم.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

ثانياً: الإرادة الشعبية هي مصدر القوة الإلزامية للعرف

لقد عبرت عن هذا الرأي المدرسة المسماة بمدرسة" التضامن الاجتماعي " ومن أشهر روادها ديجي وجيز ويونار Duguit Jeze et Bannard. وقد جاءت آراؤها كردة فعل للمدرسة الشكلية التي تؤسس العرف الدستوري على إرادة الهيئات الحاكمة، ولذا قالت هذه المدرسة أن العرف إنما يعبر عن إرادة الأمة الضمنية وليس إرادة الحكام. وأن نشأة القاعدة العرفية في الجماعات السياسية واستقرارها واطرادها يدل على قبول الأفراد لها ورغبتهم في العمل بمقتضاها. (٢٨)

ويؤخذ على هذا الرأي أنه أعتبر الإرادة الشعبية أكثر أهمية من إرادة الحكام وهذا ليس هو الحال في الدول ذات الأنظمة غير الديمقراطية.

ثالثاً: إرادة المشرع

يرى أصحاب هذه النظرية أن أساس القوة الملزمة للعرف هو إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية، فالعرف يكون ملزماً إذا نص عليه المشرع صراحة كأن يقول « وفي حالة الخلاف نلجأ إلى تطبيق العرف الجاري ». (٢٩)

وقد يؤخذ بالعرف بناء على إرادة المشرع الضمنية ذلك لأن سكوت المشرع حيال تطبيق العرف دون أن يعترض على اتباعه، وهو قادر على ذلك، لا يمكن أن يفسر إلاّ على أساس أن إرادته قد ارتضت تطبيقه وأنصرفت ضمناً إلى إقراره.

وانتقدت هذه النظرية لأنها تؤدي إلى المبالغة في تقدير دور المشرع، وهذا يتعارض مع منطق التاريخ حيث أن العرف أقدم في ظهوره من التشريع (٣٠).

(٢٨) Bernard Chantenbout, op. cit, p. 38.

(٢٩) Dicey (A.V): op. cit, P. 446

(٣٠) الدكتور سعيد مبارك: أصول القانون، الطبعة الأولى بغداد، ١٩٨٢، ص١٧٩-١٨٠.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2 28

وغالباً ما يتطور العرف الدستوري ضمن الموضوعات الدستورية التي لا تثير عداءً بين الهيئات العامة أو بين إحدى الهيئات العامة والمواطنين.

مما سبق يتضح أن العرف الدستوري حقيقة واقعة في البلدان ذات الدساتير العرفية والبلدان ذات الدساتير غير المكتوبة. وهو في الحالتين مصدر رسمي من مصادر القاعدة الدستورية وبينما يأتي قبل التشريع في البلدان ذات الدساتير العرفية فإن مرتبته تلي التشريع في بلدان الدساتير المكتوبة.

الفرع الثاني: مصدر القوة الإلزامية للعرف الدستوري

بالنسبة للنصوص الدستورية فإنها تتصف عادة بالسمو وتستمد قوتها القانونية من مركز الجهة التي أصدرتها، ولا اختلاف حول مرتبة هذه القواعد وأنها تعلو على نصوص القانون.

أما فيما يخص العرف الدستوري، ولأنه لا يمر بنفس الإجراءات التي تسير عليها النصوص المكتوبة، ولأنه لا يصدر عن جهة معينة بالذات حتى يقال أنه يستمد قوته من تلك الجهة، هناك اختلاف حول المصدر الذي يستمد منه العرف قوته الإلزامية، وهناك مدرستان بخصوص مصدر القوة الإلزامية للعرف الدستوري.

أولاً: إرادة الهيئات الحاكمة هي مصدر العرف الدستوري

من أشهر زعماء هذه المدرسة الفقيه الأنجليزي أوستن (Austin) الذي يرى أن العرف إنما يؤسس على إرادة الهيئات الحاكمة، وما يرغب به الحكام يقروه كأعراف. ويميز هؤلاء بين التشريع والعرف فيعتبرون أن التشريع هو تعبير عن الإرادة الصريحة للحكام بينما العرف هو تعبير عن الإرادة الضمنية لهم (٢٧).

ويؤخذ على هذه المدرسة إنها تعبر عن الأنظمة غير الديمقراطية ولا تأخذ في الاعتبار الأنظمة الديمقراطية والتي تقضي بأن الأمة هي صاحبة السيادة وبالتالي لا تفرض الأعراف بدون رضى الأمة.

(٢٧) Dicey (A.V): Introduction to the Study of the Law of the Constitution, op. cit, P. 445

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

في الحسبان.

ويرتبط بالفكرة الأولى فكرة ثانية مؤداها أن ظروف الحياة السياسية تخضع للتعديل والتبديل بفعل تغيرات أكثر شمولاً هي التغيرات الجغرافية والدولية والاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية.

ويدّعم هؤلاء حججهم من حيث أن العرف الدستوري أسلوب غير رسمي ولا يتطلب فترة زمنية طويلة كالفترة التي يتطلبها تعديل التشريعات الدستورية، إذ يكفي العرف الدستوري أن تعمل به السلطات أو الهيئات العامة ويقره الرأي العام حتى يستقر ويعتد به كعرف من جانب القضاء.

ويرد هؤلاء الفقهاء المؤيدون بدور العرف الدستوري بأن التغيير في العرف الدستوري لا يعني أنه ليس هاماً لأن التشريعات تتغير وتعدّل أيضاً بفعل التغيير بالظروف المحيطة.

وبالنسبة إلى الانتقاد المتمثل بعدم وجود جهة تعترف بالعرف الدستوري، نجد أن الجهة التي يمكن أن تعترف بالعرف الدستوري هي جهة القضاء. ففي حالة أن القضاء قد استند إلى العرف أو قبِّل رأي الدفاع وأقر بالعرف فهو بمثابة اعتراف بقيمته الفعلية.

وفي فرنسا ورغم التحول نحو النصوص المكتوبة بدأت العودة إلى العرف الدستوري مرة أخرى، خاصة بعد كتابات L. Rolland and R. Captiant من عام ١٩٢٧-١٩٣٠م على التوالي (٢٥).

ويُشبه الفقيه الأنجليزي Jennings الأعراف بأنها اللحم الذي يكسو العظام العارية للقانون. ويقول عن الأعراف هي التي تجعل الدستور يعمل على أرض الواقع وتحافظ على علاقة الدستور بالنمو الفكري للمجتمع (٢٦).

ونستطيع القول أن العرف الدستوري لا ينشأ إذ لم تكن هناك حاجة لوجوده، وتظهر الحاجة لدى السلطات العامة، ويستقر العرف عن طريقة الاستخدام وعدم وجود معارضة له.

(٢٥) Bernard Chantenbout, op. cit, P. 36.

(٢٦) Sir Ivor Jennings, op. cit, p. 61.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2 30

ويلعب العرف الدستوري في اسرائيل دوراً بارزاً نظراً لحداثة عمر الدولة، ولأن القوانين لا زالت في مرحلة من التبلور التدريجي، وعندما يتعارض القانون والعرف أو حتى الاستخدام Practice فللمحكمة برغبتها وانفتاحها (كما يقول أحد الكتاب) أن تستبعد القانون وتقضي بموجب العرف أو الإستخدام الدارج. غير أن العادات التي لا تتصف بالعمومية لا تكون ملزمة للقضاء (٢٣).

ثانياً: أهمية العرف الدستوري في بلدان الدساتير المكتوبة

بينما يقر الفقه بأهمية العرف الدستوري في البلدان ذات الدساتير غير المكتوبة، يثور الخلاف بصدد قيمة العرف الدستوري في البلدان ذات الدساتير المدونة. خاصة وأن القواعد ذات الطبيعة الدستورية لا توجد ضمن وثيقة الدستور فحسب وإنما ضمن العديد من القوانين الأخرى مثل قانون الجنسية وقانون الانتخاب وقانون الأحزاب وغيرها ...

ويرى أنصار المدرسة الشكلية أنه لا حاجة إلى العرف الدستوري ما دامت السلطة التشريعية هي التي تستطيع تعديل النصوص الدستورية بنصوص دستورية أخرى. ويرى أصحاب هذه المدرسة أن النصوص المكتوبة تمتاز بالوضوح والبساطة، ويمكن أن نحتكم إليها في أي خلاف إداري أو نزاع معروض أمام المحاكم، ومن جهة أخرى ينتقدون العرف ويصفونه بعدم الاستقرار وعدم وجود جهات رسمية تعترف به. (٢٤)

لكن أنصار المذهب التاريخي يأخذون موقفاً مؤيداً للعرف الدستوري ويوردون العديد من الحجج التي تبين إنه لا بد لنا من الإعتماد على العرف الدستوري والاعتراف بدوره. ويمكن إيجاز حجج هذا الفريق بما يلي:

مهما بلغت دقة النص المكتوب فإن وثيقة الدستور لا تحوي كافة الموضوعات ذات الطبيعة الدستورية، كما أنها لا يمكن أن تغطي جميع مظاهر وحاجات الحياة السياسية. ولذا تظهر الحاجة إلى العرف الدستوري في المجالات التي لم يأخذها المشرع الدستوري

---

(٢٣) Ariel Bin-Nun, the Law of the State of Israel, Rubin Mass Ltd, Jerusalem, 1990, P. 33.

(٢٤) Jean-Marie Auby, Institutions Administratives, Dalloz, Paris, 1991, P.8.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

وقد سبق أن أوضحنا أن الفقيه ديسي إعترف بالعرف الدستوري الذي تقره المحاكم ولم يعترف بالأعراف التي لا تقرها.

وفي بريطانيا فإن كل قاعدة قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة لا تأخذ صفتها الإلزامية إلاّ بعد أن يقبلها الرأي العام. ولذا فالأعراف الدستورية هي ما استقر من ممارسات لدى الهيئات الحاكمة ومن قبله الرأي العام. ولا ترقى كل الأعراف الدستورية إلى مرتبة العرف القانوني بمعنى الكلمة والتي يطلق عليها الأعراف الدستورية Constitutional Conventions أما الأعراف التي لم تصل هذه الدرجة فيسمونها بالقانون العام (Common Law). (٢٠)

ويؤخذ على الأعراف الدستورية في بريطانيا أنها لا تكون مستقرة، أي أنها يمكن أن تتبدل مع ظهور عادات تتعارض معها، وهذا قد لا يتناسب مع الجمود النسبي الذي يجب أن تتصف به القواعد الدستورية. (٢١)

وكما يؤخذ عليها أنه يمكن تعديلها بسهولة من قبل السلطة التشريعية، حتى أن البعض يقول أنه لا شيء يمنع البرلمان من أن يمنح الحكومة إلى نقابة العمال (٢٢).

غير أننا نرى أن العرف الدستوري قد لعب دوراً هاماً في تشكيل الحياة السياسية في بريطانيا وضمن علاقتها مع دول مجموعة الكومنولث كما سنأتي على تفصيله لاحقاً. ونرد على المنتقدين بقولنا أن قواعد القانون المكتوب أيضاً قابلة للتعديل والتبديل وأن المهم في القاعدة القانونية العرفية أو المكتوبة هو درجة احترامها وقبولها من قبل الهيئات المتعاملة معها. والمعروف أن السلطات العامة في بريطانيا والشعب البريطاني يحافظون دوماً على الأعراف الدستورية ويكنون في أغلبيتهم، الاحترام للقواعد الدستورية.

ويثبت العرف الدستوري باعتراف المحاكم به ومن خلال آراء الخبراء وذوي العلاقة وسنأتي لاحقاً على تبيان الموضوعات التي ينظمها العرف الدستوري.

---

(٢٠) Sir Ivor Jennings, OP. cit,p. 115.

(٢١) Sir Ivor Jennings, OP. cit., P. 134.

(٢٢) الدكتور عادل الحياري، مرجع سابق، ١١٧-١١٨

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

المطلب الرابع: أهمية العرف الدستوري ومصدر الزاميته

سبق أن أوضحنا أن العرف الدستوري هو أول مصادر القواعد الدستورية وأن الدول بقيت تعتمد على الأعراف الدستورية حتى نهاية القرن الثامن عشر.

ورغم أن دور العرف الدستوري قد تقلص نسبياً مع انتشار ظاهرة الدساتير المكتوبة إلاّ أنه لا يزال يعلب دوراً هاماً إلى درجة إنه يسبق التشريع كما في بلدان الدساتير المكتوبة، مثل فرنسا، مصر والأردن والأغلبية العظمى من دول العالم.

ولغايات الوضوح يمكن دراسة أهمية العرف الدستوري في بلدان الدساتير العرفية وبلدان الدساتير المكتوبة.

الفرع الأول: العرف الدستوري في بلدان الدساتير العرفية وبلدان الدساتير المكتوبة.

أولاً: العرف الدستوري في بلدان الدساتير العرفية

لا بد من التمييز هنا بين العرف الدستوري والدستور العرفي. فالعرف الدستوري هو مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة والتي تنشأ وتتناقلها السلطات الحاكمة في تنظيم أمورها في بلدان الدساتير العرفية أو مجموعة الأعراف التي تنشأ على هامش الدستور المكتوب في بلدان الدساتير المدونة. أما" الدستور العرفي " فهو ذلك النوع من الدساتير الذي يتكون في أغلبيته من أعراف تعتمدها السلطات العامة وتورثها وتعدلها حسب الظروف العامة المؤثرة في حياتها السياسية.

وعندما نقول أن الدستور البريطاني دستور عرفي فلا يعني ذلك أنه لا توجد قواعد دستورية مدونة، بل يعني فقط أن أغلبية القواعد الدستورية هي أعراف دستورية.

وفي بلد مثل بريطانيا لا يشك في قيمة العرف الدستوري سوى القليل من الفقهاء ولا أحد منهم ينكر وجود هذا العرف [١٩].

---

(١٩) الدكتور عادل الحياري، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، الجزء الأول، الجامعة الأردنية، عمان؛ الأردن، ١٩٧٢، ص١١٨.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

الفرع الثاني: العرف الدستوري والأحكام القضائية

من المتعارف عليه أن دور القضاء الأساسي هو البت في النزاع المعروض على المحكمة المختصة استناداً إلى القانون (بالمفهوم العام) وكذلك من خلال النظر في الوقائع في ضوء البيّنات والأدلة المقدمة من طرفي القضية.

والقاضي دوماً مدعو للحكم بموجب النصوص القانونية، وتصدر المحاكم قراراتها مستندة إلى نصوص القانون في حالة وضوح النص وانطباقه على القضية المعروضة. وإذا احتج أحد أطراف القضية بالعرف فإن القاضي ينظر فيه ويعترف أو لا يعترف به.

ومن الجدير بالذكر أن المدرسة الشكلية بزعامة الفقيه الانجليزي ديسي Dicey والفقيه الفرنسي كاريه دي مالبيرج Carre'du Malberg لا تعترف بالعرف الدستوري كما تعترف به المدرسة التاريخية. فالفقيه الأنجليزي Dicey لا يعترف بالعرف إلاّ إذا أقرته المحاكم والأعراف التي لم تعترف بها المحاكم يعتبرها مجرد آداب عامة (١٦).

في حين أن أنصار المذهب التاريخي يعترفون بالعرف وقوته الملزمة بوصفه، من وجهة نظرهم، قانوناً ارتضاه ضمير الجماعة (١٧).

ومن هنا فأن المحاكم لا تعترف بالأعراف جميعاً، كما أنها عادة لا تقيم وزناً لها في حالة مخالفتها للنص المكتوب. والعرف ينبع عادة من إرادة السلطات الحاكمة، وقد توافقها أحياناً إرادة المحكومين. أما أحكام القضاء فهي ناتجة عن القضايا المعروضة أمام المحاكم، وتواترها على نحو معين قد يؤدي إلى الاعتراف بأعراف معينة تصبح أحياناً مبادىء قانونية، خاصة إذا دعّمها القضاء والفقه مستقبلاً.

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي يُعلي من أهمية المبادىء العامة القانونية ويعطيها أهمية مساوية للقانون حتى أن بعض الفقه يعطي لها مرتبة القواعد الدستورية(١٨).

---

(١٦) Dicey (A. V.): Introduction to the study of the Law of the constitution, 9 th ed 1952, p. 443

(١٧) الدكتور بكر القباني، مرجع سابق، ٦٥.

(١٨) Jean Rivero, droit adminsitratif, treiziem edttion, dolloz, Paris, 1995, pp. 97-98.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

الفرع الأول: علاقة العرف الدستوري بالقانون المكتوب

من حيث الشكل يختلف العرف عن القانون المكتوب، فالأول شفاهي في حين أن الثاني خطي والتمييز بين العرف والقانون المكتوب يعتمد على من يسن القاعدة القانونية وطريقة وضعها. وبينما نجد أن النص المكتوب هو من اختصاص السلطة المشرعة صاحبة الاختصاص سواء كانت جمعية تأسيسية أو البرلمان، فأن العرف هو من صنع المنتفعين به أفراداً كانوا أم هيئات.

وفيما يخص العرف الدستوري فأنه يتأتى عن ممارسة الهيئات الحاكمة له سواء كانت السلطة التشريعية أو الحكومة أو غيرها من السلطات العامة. ولا يستبعد تأييد المحكومين للعرف الدستوري كما حدث في عهد الجنرال ديغول عام ١٩٦٢ و ١٩٦٩ وحديثاً الرئيس الراحل فرانسوا ميتران الذي لجأ أيضاً إلى الاستفتاء الشعبي للتأكيد على ممارسة اللجوء إلى الشعب للحصول على تأييده ضمن مجال من المجالات التي لم يتطرق لها الدستور. والأعراف ليس لها معنى منفصل عن النصوص الدستورية، لذا فإن كل عرف دستوري يرتبط بقانون أو مجموعة من القوانين (١٤)

ويتشابه العرف والقانون المكتوب في الحجية، إذ يستطيع النص المكتوب أن ينسخ قاعدة عرفية، كما يعترف البعض بقدرة العرف على نسخ قاعدة مكتوبة (الفقهاء الذين يعترفون بالعرف المعدل بالحذف والإضافة والمخالفة، كما سنرى لاحقاً). وينطلق هؤلاء من فكرة أن العرف إنما يعكس إرادة الدولة أو إرادة الشعب (١٥).

ونرى من جانبنا في هذا المجال أنه يبقى للنص المكتوب أولوية التطبيق على القاعدة غير المكتوبة خاصة عندما يكون النص المكتوب ملبياً وكافياً للبت في النزاع المعروض على القاضي. ورغم ذلك فإن النص المكتوب لا يفي أحياناً بالحاجة، وهنا يأتي دور العرف الدستوري لسد هذه الحاجة.

---

(١٤) O, Hood Phillips, Op. cit, P. 118.

(١٥) الدكتور أحمد سرحال، مرجع سابق، ص٩٣.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

أما المعقولية فتعني أن العرف الدستوري لا يكون مخالفاً للعقل، ذلك لأنه يتصل بالمصلحة العامة، ولا بد من توفر العقلانية في أي قرار أو سلوك يرتبط بتحقيق الصالح العام. ويرى بعض الفقهاء أنه ينبغي أن يتوافر في العرف الدستوري شرط سلبي مؤداه عدم مخالفته للمعقول، بينما يرى البعض الآخر ضرورة أن يكون العرف الدستوري منسجماً مع النصوص الدستورية (شرط ايجابي).

ومن هنا نرى أن ما لا يقبله العقل يجب أن لا تقبل به السلطات العامة، خاصة وأنها هي الجهات المخولة برعاية المصلحة العامة وتحقيقها.

رابعاً: العلانية والذيوع

من المفروض أن تكون الأعراف الدستورية على درجة من العلانية والذيوع وليس أن تكون مستترة وغير واضحة نظراً لأن الهيئات العامة تسعى إلى تحقيق المصالح العامة التي تهم المواطن بشكل مباشر دون لبس أو غموض.

ونرى من جانبنا أن صفتي العلانية والذيوع ترتبط ارتباطاً مباشراً بدرجة تطور النظام السياسي. ففي الأنظمة غير الديمقراطية، تلجأ السلطات العامة إلى العرف الدستوري حينما يروق لها ذلك وغالباً ما يكون العرف خفياً وغير معلن ذلك لأنها لا ترغب إعطاء الفرصة للمعارضة والرأي العام في الرقابة على الأعراف الدستورية. في حين أن شرط الذيوع والعلانية يكون متوافراً في الأنظمة الديمقراطية الحرة حيث يلعب كل من المعارضة والرأي العام دوراً حيوياً في نفاذ القاعدة الدستورية.

المطلب الثالث: علاقة العرف الدستوري بالقانون المكتوب والأحكام القضائية

قبل دراسة أهمية العرف الدستوري ودوره في مجال القاعدة الدستورية لا بد من مناقشة موضوعين مترابطين وهما: علاقة العرف الدستوري بالتشريعات المكتوبة (القانون المكتوب) وعلاقة العرف الدستوري بأحكام القضاء.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

Batarseh and Kachek: Constitutional Custom between ?Theory and Practice

بعض الأعراف الدستورية وتظهر أعراف دستورية جديدة بفعل الظروف والحاجة إليها.

ولعله ليس من السهل أن نحدد بشكل دقيق متى وكيف يوجد العرف الدستوري. فكل فعل يتم من قبل رئيس السلطة أو إحدى الهيئات العامة يشكل سابقة Precedent. بمعنى أنه يمكن أن يأتي بعده أو لا يأتي بعده قضايا مشابهة. لكن هذه الأسبقية لا تخلق حالة من الإلزام التام للسلطات الحاكمة ومجموعة متتابعة من الأسبقيات تشكل بدورها عرفاً دستورياً (١٣).

ونرى من جانبنا أن الأعراف الدستورية تتصل بالسلطات أو الهيئات العامة، ولذا فإن ما يشكل سابقة معينة قد يصبح عرفاً دستورياً بإرادة هذه السلطات الحاكمة، فإن لجأت له مرة ما فلا مانع أن تلجأ له مرة أخرى وهكذا ... وبالتالي ما عُدّ أسبقية لمرة يصبح عرفاً دستورياً مع التكرار.

ثالثا: أن يكون مشروعاً واضحاً ومعقولاً

يقصد بالمشروعية أن لا يكون العرف الدستوري مخالفاً لنص دستوري سواء كانت المخالفة بشكل مباشر أو غير مباشر. وهذا يعني أن العرف الإيجابي والسلبي يجب أن لا يخالف النص الدستوري. ورغم قبولنا للمشروعية كخاصية من خصائص العرف الدستوري إلاّ أن ذلك لا يعني من وجهة نظرنا أنه لا يوجد أعراف دستورية مناقضة للنصوص الدستورية أو مناقضة للقواعد القانونية ذات الطبيعة الدستورية. فهي موجودة لما لا شك فيه وهو ما سنوضحه عند البحث في الجانب التطبيقي للعرف الدستوري.

أما الوضوح فيعني أن يكون العرف الدستوري الذي درجت عليه الهيئات العامة وأشخاص القانون الدستوري جلياً وواضحاً بحيث لا يكون قابلاً لعدة تفسيرات أو لاحتمالات غامضة أي أن تكون التفسيرات معلومة وجلية لدى الهيئات والأشخاص الذين يمارسونها. ومن هنا فإذا وجدت جهة مختصة بالتفسير للنصوص الدستورية كما هي الحال في الأردن، يجب أن تصل هذه التفسيرات إلى علم الجهات ذات العلاقة بالاطلاع عليها عند الحاجة.

(١٣) O, Hood Phillips, op. cit,.p. 120.

Published by Arab Journals Platform, 2002

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

ولذلك لم تعتبر حادثة عزل الرئيس ميليران Millerand عام ١٩٢٤ سابقة عرفية يصح الاعتماد عليها لتكوين عرف دستوري، لأن تلك الحادثة لم تكن عامة لدى الهيئات الحاكمة، إذ احتج عليها الرئيس المعزول، وكذلك لم يشكل عزل ملك النرويج من قبل البرلمان عرفاً دستورياً، إذ احتج كلاهما على هذا العرف المخالف للدستور (٩).

ثانياً: التكرار (ويتضمن عناصر الثبات والمدة)

تتجه أغلبية الفقه في القانون الدستوري إلى ضرورة توفر عنصر التكرار في العرف الدستوري حتى تعتبره عرفاً بالمعنى القانوني. ويقول البعض بأن التكرار يعني حدوث مثل هذا السلوك مرتين أو أكثر (١٠) وكلما زاد استخدام هذا العرف استقر كعرف دستوري وزاد الإلتزام به من قبل الهيئات ذات العلاقة. وهو ما يطلق عليه بعض الكتاب صفة الثبات (Consistency).(١١)

فإذا لم يكن هناك استمرارية في استخدام العرف لم يعد ذلك العرف مستقراً في النفوس ولا يكتمل الركن المعنوي له النابع من شعور الجماعة بضرورة اتباعه. وهو ما عبر عنه بعض المؤلفين بأن العرف الدستوري يجب أن يكون مستقراً على مستوى المجتمع (١٢).

وترتبط صفتي التكرار والثبات بالمدة الزمنية التي يتم الالتزام بالعرف من خلالها وفي الحقيقة ليس هناك فترة زمنية محددة للقاعدة العرفية، فهناك قواعد يعمل بها لفترة طويلة قد تصل إلى قرن من الزمن، ومن أمثلة هذه القواعد العرفية المستقرة المراسيم التي يوقعها رئيس الدولة عندما يكون خارج فرنسا. ونرى أنه يمكن لسلطة ما، أن تتوقف عن الأخذ بعرف معين إذا ظهرت ظروف موضوعية جديدة تقتضي عدم الأخذ به. ولذا يمكن أن تزول

---

(٩)- O, Hood phillips, Constitutional and Administrative Law, 7th Edition, Sweet and Max-well, London, 1986, P. 120

(١٠) الدكتور هاني علي الطهراوي: القانون الإداري، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، ١٩٩٨، ص٨٠.

(١١) Bernard Chantenbout, op.cit., P. 134.

(١٢) Sir Ivor Jennings, The Law and the Constitution, 5th ed., the English Language book society and Hooder and stoughton, London, 1979, p. 134.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

وإذا تطرق المشرع للعادة بنص دستوري، عندها تصبح واجبة الاتباع وترقى إلى مرتبة العرف وتكون ملزمة. فالمادة ١٤ من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ تعترف صراحة " بالعادات المرعية " عند الكلام عن موضوع حماية الدولة للشعائر الدينية.

" أما العادة الاتفاقية " فتتم في حالة الاتفاق صراحة بين المتعاقدين على اتباع عادة معينة، وتستمد قوتها الملزمة من رضا وإرادة المتعاقدين مما يعوضها عن الركن المعنوي المتمثل بالإحساس بإلزاميتها. وبينما لا يلزم الفرد في إثبات وجود العرف الدستوري، فإن إثبات العادة الإتفاقية يقع على عاتق المدعي الذي عليه أن يقيم الدليل على إثباتها.

وتعرف "التقاليد " بأنها النقل من خلال الأجيال للإرث الثقافي من مجموعة إلى مجموعة أخرى منبثقة عن الأولى. وتعنى التقاليد اتجاهاً للإنسان والمجتمع نحو حقبة من الزمن.

وما يهمنا في مجال القانون الدستوري هو الأعراف الدستورية والعادات المرعية التي بلغت درجة من الأهمية يمكن عندها الحاقها بالعرف الدستوري، أما " التقاليد" فهو مفهوم فلسفي واجتماعي أكثر منه مفهوماً قانونياً.

المطلب الثاني: خصائص العرف الدستوري

إذا كان العرف بالمفهوم الاجتماعي هو تعبير عن الحاجة إلى سلوك معين أضفتها ضرورات الحياة، فالعرف الدستوري يرتبط إذن بسد حاجة عامة أملتها ضرورات الحياة السياسية. ومن هنا لا بد أن يتصف بالعمومية.

أولاً: صفة العمومية

والعمومية تعني أنه لا يكون قاصراً على فئة معينة دون أخرى أو يطبق على وقائع معينة دون غيرها. [٨] ولكنها لا تعني أيضاً أن يشمل العرف كافة هيئات الدولة دون استثناء، ولعل المقصود بالعمومية أنه وإن أخذت به هيئة ما لا تعارضها الهيئات الأخرى .

(٨) الدكتور خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ١٩٩٨، ص٦٥.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

أما العرف الدستوري على وجه التخصيص فيعرف بأنه قاعدة مطردة يقصد بها تنظيم العلاقات فيما بين السلطات الحاكمة بعضها بعضا، أو فيما بينها وبين الأفراد، ويكون لها صفة الإلزام في الرأي القانوني للجماعة (٧).

فالركن المادي للعرف الدستوري يتمثل في اعتياد إحدى الهيئات الحاكمة التصرف على نحو معين بخصوص أحد الموضوعات الدستورية. ويشترط الفقه أن يكون التصرف من إحدى سلطات الدولة كالسلطة التشريعية أو رئيس الدولة مثلاً، كما يشترط أن يرتبط بأحد الموضوعات في القانون الدستوري كأن يتعلق بالعلاقات بين السلطات أو بحقوق المواطنين.

أما الركن المعنوي فيعني إقرار السلطات الحاكمة بإلزامية السلوك المتبع وشعورها بأنه واجب التطبيق.

من مراجعة الأدب القانوني المرتبط بمصطلح العرف الدستوري نلاحظ أن هناك عدداً من الاصطلاحات المترادفة والتي قد تختلط أحياناً مع مصطلح العرف وأهمها: العادة والعادة الاتفاقية والتقاليد.

" والعرف" هو عادة درج عليها الناس واحسوا بأنها ملزمة لهم في سلوكهم وتكرار العادة هو عبارة عن الجانب المادي للعرف، أما الإحساس بإلزاميتها فيمثل الجانب المعنوي.

ويميز الفقه الفرنسي والفقه الغربي المعاصر بين العرف والعادة. فالعرف أقوى حكماً، لأنه يعتمد على عادة اكتسبت الوجود المادي المستند إلى شعور الجماعة بإلزامية سلوك معين، ويترتب عليها في الغالب العقوبة في حالة مخالفتها. أما العادة فلا يتوفر فيها سوى الركن المادي ودرجة إلزاميتها أقل من درجة إلزامية العرف وهي تخص الفرد أو مجموعة الأفراد الذين يقومون بها.

(٧) الدكتور سعد عصفور: المبادىء الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص٩٧.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

المصادرالتي تستقى منها القواعد الدستورية قد تكون مصادر رسمية ملزمة هي التشريعات الدستورية والأعراف الدستورية أو قد تكون مصادر غير رسمية تساعد في شرح وايضاح القواعد الدستورية بشكل غيرمباشر وتسهم بالتالي في بلورتها وهي القضاء والفقه الدستوري.

لكن الأهمية النسبية لكل مصدر من هذه المصادر يختلف حسب نوع الدستور المتبع فيما إذا كان دستوراً عرفياً أو دستوراً مكتوباً.

وانقسمت المدارس الفقهية حول تقدير مدى صلاحية العرف لأن يكون مصدراً رسمياً للقانون الدستوري إلى مدرستين.

الأولى المدرسة الشكلية. وهي التي تعطي الأهمية للقواعد الدستورية المكتوبة والمتضمنة ضمن وثيقة الدستور والتي لا تعترف بقيمة العرف القانونية وترفض لذلك اعتباره مصدراً من مصادر القانون الدستوري أو غيره من فروع القانون الأخرى ومن هؤلاء الفقهاء كارية دي ماليبرج Carre du Malberg والفقيه الانجليزي ديسيDicey وغيرهم.

أما المدرسة الثانية فهي المدرسة التاريخية وهي التي تقر بدور العرف منذ القدم واستمرار أهميته وبالتالي تقر بقوته الإلزامية كمصدر من مصادر القانون الدستوري [٥].

وقبل الحديث عن العرف الدستوري كمصدر من مصادر القواعد الدستورية وخصائصه من الملائم أن نعرف بالعرف بشكل عام وأركانه وبالعرف الدستوري وتمييزه عن المصطلحات المتداخلة معه.

الفرع الثاني: مفهوم العرف الدستوري والمصطلحات المتداخلة معه.

العرف اصطلاحاً هو عادة درج عليها الناس واحسّوا بأنها ملزمة لهم في سلوكهم.

أما العرف في الشريعة الإسلامية فهو " ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول " [٦].

(٥) الدكتور فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٢٣٨.

(٦) الدكتور عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط١١، ١٩٨٩م، ص١٧٢.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

المبحث الأول

العرف الدستوري من الناحية النظرية

من المتعارف عليه أن العرف هو أقدم مصادر القاعدة القانونية وهو أسبق في ظهوره من الدولة والتشريع وهو المصدر الأول للتشريعات على مر العصور.

المطلب الأول: نشأة العرف الدستوري ومفهومه

الفرع الأول: نشأة العرف الدستوري

في العهد الروماني، كان العرف هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية ثم قُننت هذه الأعراف وصدرت ضمن القانون المسمى « الألواح الأثنى عشر " وما يعرف "بمجموعة جوستنيان ".

كما تحولت الأعراف في بلاد الهند إلى تشريعات أطلق عليها " قانون مانو ". وفي بلاد ما بين النهرين تحول العرف إلى شرائع مكتوبة وأهمها شريعة حمورابي. (١)

ومن الجدير بالذكر أن الشريعة الرومانية والإسلامية والانجليزية هي الشرائع الرئيسة التي تعد مصدراً هاماً للقوانين الوضعية الحديثة تعترف جميعاً بالعرف وقوته الإلزامية (٢).

وظل التنظيم السياسي للدول يعتمد بشكل شبه كلي على القواعد العرفية حتى نهاية القرن الثامن عشر (٣). غير أن الأعراف الدستورية المعمول بها اليوم هي حديثة نسبياً، فهي ناتجة عن الأعراف التي تطورت في القرنين التاسع عشر والعشرين. (٤).

---

(١) الدكتور منذر الفضل: تاريخ القانون، الطبعة الأولى، منشورات بنك الأعمال، عمان، الأردن، ١٩٩٦م، ص١٢١.

(٢) الدكتور بكر قباني: دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٦٦.

(٣) Brenard chantenbout, Droit Constitutionnel et secience Politique, Armand conlin, Dix-ieme Edition, Parise 1991, P. 34.

(٤) الدكتور بكر القباني، مرجع سابق، ص٦٥.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2

المقدمة:

العرف هو أول المصادر القانونية على الاطلاق والتشريعات المعاصرة في أغلب فروع القانون هي أعراف استقرت مع الزمن، ونظراً لأهميتها تم تبنيها كتشريعات مكتوبة لها صفة الإلزام. ونظراً لأن هذه التشريعات تعالج ما يرى المشرع ضرورة معالجته ولأنها لا تغطي كل صغيرة وكبيرة من الحياة بشكل عام والحياة السياسية بشكل خاص استمر دور العرف في هذين المجالين. (العرف الاجتماعي والعرف الدستوري).

يشكل العرف الدستوري الغالبية العظمى من القواعد ذات الطبيعة الدستورية في بلدان الدساتير غير المكتوبة كبريطانيا وإسرائيل كما يلعب دوراً هاماً في تفسير وإكمال وأحياناً إسقاط قواعد دستورية أو مخالفتها في بلدان الدساتير المكتوبة مثل فرنسا، حيث يضفي العرف بعداً نفسياً عملياً على القواعد القانونية التي تنظم عمل الهيئات العامة في الدولة.

يهدف هذا البحث إلى استجلاء مفهوم العرف الدستوري، خصائصه، علاقته بالتشريع وقيمته القانونية ومن ثم التركيز على أنظمة الدساتير غير المدونة والتي يلعب العرف فيها دوراً رائداً، وكذلك فرنسا كمثال للبلدان ذات الدساتير المكتوبة وحيث يقوم العرف بدور هام في تفسير النصوص أو اكمال النقص الحاصل فيها وحتى حذف أو إسقاط أو مخالفة القواعد الدستورية.

وسنحاول مناقشة وتحليل للعرف الدستوري في الأردن كمساهمة من جانبنا لإضفاء طابع عملي على الدراسة يتمثل في فهم الدور الذي يلعبه العرف الدستوري في المملكة.

لذا سنستعرض في المبحث الأول من هذه الدراسة للعرف الدستوري وقوته الإلزامية من الناحية النظرية. أما المبحث الثاني فيشتمل على الجوانب التطبيقية للعرف الدستوري في بريطانيا، فرنسا والمملكة الأردنية الهاشمية.

Jerash for Research and Studies Journal ???? ??? ?????? ?????????, Vol. 3 [2002], Iss. 2, Art. 2

«العرف الدستوري بين النظرية والتطبيق»

سليمان بطارسة *
كريم كشاكش * *

تاريخ تقديم البحث: ١٩٩٧/٩/٢٣ تاريخ قبوله للنشر: ١٩٩٨/٧/٢٠

Abstract

This research aims to study constitutional conventions from a theoretical as well as a practical perspective.

From the theoretical point of view, the researchers focused on the origin, characteristics and the value of constitutional conventions among the various branches of law.

We concluded that constitutional conventions play an eminent role in countries with a written constitution, whereas they come after legislation in countries having a written document.

Concerning the applications of constitutional conventions, we found out that they play a creative role in Britian. In France, conventions interpret, complete and even modify the items of the written constitution.

In Jordan, Interpretive conventions play the most important role because of the existence of the Higher Council vested the authority of interpreting the constitution.

ملخص

يهدف هذا البحث إلى دراسة العرف الدستوري من الزاويتين النظرية والتطبيقية. من الناحية النظرية، اهتم الباحثان بدراسة نشأة، خصائص وقيمة العرف الدستوري ضمن فروع القانون المختلفة. تبين للباحثين أن العرف الدستوري يلعب دوراً بارزاً في مجال القاعدة الدستورية حيث يأتي قبل التشريع في بلدان الدساتير العرفية ويحتل مكانة تلي التشريع مباشرة في بلدان الدساتير المدونة.

أما من الزاوية التطبيقية فقد تمت دراسة تطبيقات العرف الدستوري في ثلاث من البلدان، بريطانيا كممثل للدول ذات الدساتير العرفية، فرنسا كنموذج للبلدان ذات الدساتير المكتوبة والمملكة الاردنية الهاشمية لغاية الكشف عن طبيعة الأعراف الدستورية.

تبين أن العرف يلعب دوراً منشئاً للقاعدة الدستورية في بريطانيا ودورا مُفَسراً ومكِّملا وحتى مُعدِّلاً للقواعد الدستورية في فرنسا. كما توضح أن العرف المُفسّر يحتل موقعاً بارزاً في النظام الدستوري الأردني نظرا لوجود المجلس العالي لتفسير أحكام الدستور.

* استاذ مساعد، قسم القانون، جامعة اليرموك، الأردن.
** استاذ مساعد، قسم القانون، جامعة اليرموك، الأردن

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jpu/vol3/iss2/2 44