

تعديل الدستور الجامد دون إجراءات بواسطة العرف الدستوري

إعداد

د. عصام سعيد عبد العبيدي

أستاذ القانون العام المساعد

كلية القانون - جامعة الشارقة

المقدمة

أولاً: أهمية البحث:

يعد تعديل الدستور ضرورة قانونية وسياسية، إذ تخضع قواعد الدستور مثل سائر القوانين لسنة التطور ومن ثم يتعين التسليم بجواز وإمكانية تعديل هذه القواعد مادامت المسائل السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تسعى إلى تنظيمها في تطور مستمر وذلك حتى لا تحدث أزمة دستورية وسياسية في المجتمع. فضلاً عن ذلك أن جمود الدستور ومرونته لا تتوقف فقط على مدى صعوبة الإجراءات الخاصة لتعديله من عدمه، بل تمتد أيضاً إلى كيفية صياغة نصوصه التي مهما بلغت من الدقة والوضوح فإنه لا بد وأن يعثر عليها غموض ونقص وتعارض تجعلها بحاجة إلى تفسير أو تعديل لكي تكون قابلة للتطبيق. ولكن التعديل الرسمي للدستور قد تعثر به بعض الصعوبات ولاسيما في ظل الدساتير الجامدة كازدياد شدة الجمود الدستوري للتعقيد في الإجراءات والشكليات الدستورية وهذا ما ساعد على ظهور طرائق أخرى توصف عند البعض من الفقهاء بأنها غير رسمية لتعديله كالعرف الدستوري المعدل والمبادئ والقواعد الدستورية التي ينشئها أو يستنبطها القضاء الدستوري تحت ستار الاجتهاد والتفسير والتي تسهم في تغيير المعنى دون تعديل لفظ النص الدستوري، فدراسة طرائق تعديل الدساتير لا يمكن أن تكون بمعزل عن الحقيقة التي مفادها أن الدستور المكتوب والجامد لا يمكن أن يشكل وثيقة تامة ومتكاملة لكافة الحقوق والواجبات والإجراءات وتوزيع وممارسة السلطات، ولذلك لا يوجد لدى العديد من الفقهاء ما يمنع من تعديل الدستور الجامد من دون إجراءات. وهذا ما يدفعنا إلى دراسة إحدى هذه الطرائق وهو العرف الدستوري المعدل (بوصفه قاعدة دستورية غير مكتوبة) الذي ينشأ بتوافر ركنيه المادي والمعنوي مما يعني أنه يخلق القاعدة التي تلزم

الفاعلين السياسيين بأن يتصرفوا بطريقة غير مخولة لهم بموجب نصوص الدستور فهو يتكون خارج نصوص الدستور بطريقة تعبر عن التوافق بين الحكام والمحكومين بحيث يصبح العرف تعبيراً آتياً غير مكتوب عن الإرادة العامة ليحل محل تعبيرها المكتوب القديم إذ أن إرادة الأمة واحدة لكن طريقة التعبير عنها مختلفة ، إلا أن مصداقية هذا التعبير قد يشكك فيها ولاسيما في المجتمعات التي تكون فيها هذه الإرادة معيبة أو على قدر غير كافٍ من الوضوح بحيث تظهر حقيقة العرف بأنه تعبير عن إرادة الأجهزة الحاكمة أكثر مما هو تعبير عن الإرادة العامة ، وهذا ما يتطلب وجود رقابة فاعلة لفحص أركان العرف التي قد تبدو سهلة من الناحية المادية وصعبة وحساسة من الناحية المعنوية أي من ناحية قيام الجهة الرقابية ، ولاسيما إذا كانت قضائية ، في فحص الشعور الاجتماعي للثبوت من وجود العرف والقاعدة الجديدة المتولدة عنه ، وخاصة إذا علمنا أن العرف الدستوري المعدل يخلق القاعدة التي قد تؤدي إلى حدوث انقطاع خطير بين النص الدستوري والواقع العملي عندما يلزم العرف الفاعلين السياسيين بالتصرف بطريقة أكثر مما يسمح بها النص الدستوري ، مما يعكس لنا الانفصال الجدي بين النص الدستوري والسلوك الوظيفي الذي يخلق المشكلة لصالح الدستور المكتوب لأن العرف يظهر بصورة لا مكان لها في النص الدستوري بحيث يعدم النص ويخلق التنازع بين الدستور كنص مكتوب والعرف كممارسة عملية للسلطة مما قد يجعل النص تابعا للعرف .

ثانياً: هدف البحث:

يهدف البحث إلى دراسة تعديل الدستور المدون والجامد من دون إجراءات بواسطة العرف الدستوري ، وذلك بطريقة حديثة معززة بالحجج النظرية ومدعومة بالتطبيقات العملية الحديثة الواضحة لكافة أشكال العرف الدستوري المعدل التي قمنا بإعادة تصنيفها بطريقة جديدة تزيل إلى حد ما إشكاليات التداخل وعدم التمييز الدقيق

بين الأصناف التقليدية ولاسيما بين العرف المكمل والعرف المعدل بالإضافة ، فضلا عن ذلك أن هذا البحث يهدف أيضا إلى تقييم الآثار التي تحدثها هذه الأشكال على الوثيقة الدستورية في ظل حكم القانون لغرض التوصل لفهم أعمق وأشمل للعلاقة بين الوثيقة الدستورية والعرف الدستوري المعدل .

ثالثا: مشكلة البحث: تتمثل في التساؤلات التالية:

- ١- كيف يمكن أن يعدل الدستور الجامد من دون إجراءات بواسطة العرف الدستوري ؟
- ٢- هل يعد العرف الدستوري تعبيراً عن إرادة الحكام أم تعبيراً عن إرادة الأمة ؟
- ٣- هل التقسيم التقليدي لكل من العرف الدستوري (المفسر والمكمل والمعدل) من جهة والعرف الدستوري المعدل (بالإضافة أو الحذف) من جهة أخرى هو تقسيم دقيق ؟
- ٤- وهل يمكن إعادة تقسيم العرف الدستوري المعدل بطريقة حديثة وواضحة وغير متداخلة ؟
- ٥- ما طبيعة العلاقة بين الوثيقة الدستورية الجامدة وأشكال العرف الدستوري المعدل ؟ وكيف يمكن التوفيق بينهما ؟
- ٦- وهل يمكن تطبيق العرف الدستوري المعدل أمام القضاء ؟ وهل يمكن للقضاء أن يفحص أركان العرف ولاسيما الشعور الاجتماعي ؟
- ٧- وهل العرف الدستوري المعدل يؤثر سلبا على مرتكزات حكم القانون في النظام الدستوري الديمقراطي ؟

رابعاً: فرضيات البحث :

- ١- أن جميع أشكال التعديل العرفي للدستور هي في الحقيقة تغيير لمعاني النصوص الدستورية دون تغيير لمبانيها وألفاظها
- ٢- أن العرف الدستوري المكمل ليس إلا نوع من أنواع العرف المعدل بالإضافة ؟
- ٣- أن العرف الدستوري المعدل بالحذف أو الإلغاء لا يكون عن طريق عدم الاستعمال فقط بل عن طريق الاستبدال أيضاً
- ٤- أن جميع أشكال التعديل العرفي قد تدوب بشكل واحد وهو استبدال معاني النصوص الدستورية الأصلية بمعاني عرفية جديدة
- ٥- توجد علاقة ذات دلالة اتصالية بين الوثيقة الدستورية الجامدة والعرف الدستوري المعدل بالإضافة
- ٦- توجد علاقة ذات دلالة انفصالية بين الوثيقة الدستورية الجامدة والعرف الدستوري المعدل بالحذف أو الإلغاء
- ٧- أن طبيعة دور القضاء إزاء العرف الدستوري يختلف من دولة إلى أخرى

خامساً: منهجية البحث :

يعتمد البحث على المنهج النقدي والاستنباطي في تحليل النصوص الدستورية والآراء الفقهية والاتجاهات القضائية المتعلقة بأشكال التعديل العرفي للدستور الجامد وانعكاساتها في مجال التطبيق العملي .

سادسا : خطة البحث :

تنقسم خطة البحث فضلا عن المقدمة والخاتمة إلى ثلاثة مباحث رئيسية :
المبحث الأول يتعلق بمفهوم تعديل الدستور الجامد من دون إجراءات بوساطة العرف الدستوري وينقسم إلى مطلبين : المطلب الأول تعريف التعديل العرفي للدستور الجامد ، والمطلب الثاني أركان التعديل العرفي للدستور الجامد ، أما المبحث الثاني فيتعلق بطرائق تعديل الدستور الجامد من دون إجراءات بوساطة العرف الدستوري ويتضمن مطلبين : يتعلق المطلب الأول بالتعديل العرفي للدستور الجامد عن طريق الإضافة وينقسم إلى فرعين الفرع الأول إكمال الفراغ في النص والفرع الثاني تحسين النص ، ويتعلق المطلب الثاني بالتعديل العرفي للدستور الجامد عن طريق الإلغاء وينقسم إلى فرعين الفرع الأول عدم الاستعمال والفرع الثاني الاستبدال ، أما المبحث الثالث فيتعلق بالتعديل العرفي للدستور الجامد وحكم القانون وينقسم إلى مطلبين يتعلق المطلب الأول بمدى الانسجام بين النص الدستوري الجامد والممارسة السياسية ويتضمن المطلب الثاني قيمة التعديل العرفي للدستور الجامد .

المبحث الأول

مفهوم تعديل الدستور الجامد من دون

إجراءات بواسطة العرف الدستوري

ويتضمن مطلبين يتعلق المطلب الأول بتعريف التعديل العرفي للدستور الجامد ويتعلق المطلب الثاني بأركان التعديل العرفي للدستور الجامد .

المطلب الأول : تعريف التعديل العرفي للدستور الجامد :

نظراً لأن التعديل العرفي للدستور الجامد يعد صورة من صور تعديل الدستور الجامد من دون إجراءات لذا ينبغي التطرق إلى تعريف هذا الأخير قبل التعرض لتعريف التعديل العرفي ،

إذ يعرف تعديل الدستور الجامد من دون إجراءات بأنه " تعديل يتم من خلال طرائق عديدة من دون أتباع الإجراءات التي نص عليه الدستور لهذا الغرض" (١) .

كما يعرفه البعض بأنه " طريقة غير رسمية لتعديل الدستور الجامد يتم من خلالها تغيير معاني النصوص الدستورية دون المساس بألفاظها وكلماتها " (٢) .

(١) د. منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع ، الذكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ص٤١٦-٤١٧

(٢) CARL Johnson , Informal Amendment , p.2 :

=

ويعرف أيضا بأنه "تعديل غير رسمي للدستور الذي يحدث عندما يكون هنالك اعتقاد طبيعي بأن التعديل الرسمي هو صعب أو مستحيل بحيث يحل محله الاعتقاد البديل الذي يفتح المجال أمام الفاعلين السياسيين لتحقيق توازنهم الوظيفي" (١).

ويفهم من هذه التعريفات أن تعديل الدستور الجامد من دون إجراءات يتميز بالخصائص الأساسية الآتية :

١- انه تعديل غير رسمي للدستور لأنه يتم بطريقة غير منصوص عليها في الدستور أي من دون أتباع قواعد وإجراءات التعديل المنصوص عليها في الدستور الجامد على العكس من التعديل الرسمي الذي لا يتم إلا بوساطة القواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور . ومع ذلك فإن مسألة كون التعديل العرفي للدستور رسمي أم غير رسمي تبقى محل خلاف بين الفقهاء والأنظمة الدستورية .

٢- أنه يتم من خلال طرائق عديدة كالقضاء والعرف والتي لم يخولها الدستور للقيام بوظيفة التعديل الدستوري (٢) .

http://www.jenksps.org/pages/uploaded_files/Informal%20Amendment.pdf

(١) RICHARD ALBERT , constitutional disuse or desuetude : the case of Article V , BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW , VOL. 94 :1029 , 2014 , P.1062 :

<http://www.bu.edu/bulawreview/files/2014/08/ALBERTDYSFUNCTION.pdf>

(٢) CARL Johnson , op.cit , P.3

٣- أنه تغيير لمعاني النصوص الدستورية دون تغيير في كلماتها وألفاظها بمعنى أنه يجري على المعاني دون الألفاظ والمباني على العكس من التعديل الرسمي الذي يجري على مباني النصوص ليغير من معانيها .
وبذلك فإن العرف الدستوري يعد صورة مهمة لتعديل هذا النوع من الدساتير ، ويقصد به بشكل عام " القواعد التي تنشأ نتيجة لإتباع هيئة من الهيئات الحاكمة في دولة معينة لعادة ما بصدده موضوع من مواضع الدستور بموافقة أو عدم معارضة غيرها من الهيئات حتى يستقر في أذهان الجماعة احترام هذه القواعد مما يضيف عليها طابع الإلزام " (١) .

أما تعريف التعديل العرفي للدستور بأنه " ذلك العرف الذي ينصرف أثره على تعديل الأحكام التي أوردها الدستور في شأن موضوع معين سواء بالإضافة إلى تلك الأحكام أو بالحذف منها " (٢) .

كما يعرف التعديل العرفي بأنه " ذلك العرف الذي ينصرف أثره على إنشاء أو إلغاء أو استبدال قيد أو شرط أو حق أو اختصاص بصدده مسألة سبق للمشرع الدستوري تنظيمها " (٣) .

(١) د. رمزي طه الشاعر ، د. جمال عثمان جبريل ، النظرية العامة للقانون لدستوري والنظام الدستوري في مصر ، بلا ناشر ، ١٩٩٩ ، ص ٦١ - وفي نفس المعنى ينظر : د. إبراهيم درويش ، القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٢ ، د. سام دله ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، بلا ناشر ، بلا تاريخ ، ص ٢١ .

(٢) د. سعد عصفور ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ ، ص ٤٥ - د. شعبان أحمد رمضان ، النظام الدستوري البحريني ، دار الكتب القانونية ، مصر - الإمارات ، ص ٨٢ .

(٣) د. سامي جمال الدين ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٨٦ .

ويمكن القول أن التعريف الثاني للتعديل العرفي للدستور المدون أكثر دقة من التعريف الثاني السائد لدى معظم الفقهاء الذين أغفلوا التعديل العرفي عن طريق الاستبدال، فالإلغاء أو الحذف لا ينشأ من موقف سلبي عن طريق عدم الاستعمال فحسب بل وينشأ أيضا من موقف ايجابي مناقض للقاعدة الدستورية المكتوبة من خلال استبدالها بقاعدة أخرى .

فضلا عن ذلك أن معظم التعريفات للتعديل العرفي للدستور ، كما هو مبين أعلاه، تشترط وجود تنظيم مسبق في الدستور وهي بذلك تميز بين العرف المكمل والعرف المعدل بالإضافة على أساس أن العرف المكمل لا ينصرف أثره إلى التعديل لأنه لا يستند إلى نص في الدستور وإنما يولد لتكملة النقص في نصوصه ، وهذا ما جعل جانبا من الفقه يجعله صورة جديدة من صور العرف المفسر الذي يقتصر دوره على توضيح وإجلاء الغموض والإبهام في النص الدستوري دون أن يخلق قاعدة جديدة بحيث يكون تابعا للنص من حيث القوة الإلزامية بسبب كون النقص حالة من حالات التفسير ، وهذا غير دقيق لأن العرف المكمل يعد في الحقيقة تعديلا للوثيقة الدستورية عن طريق الإضافة وهذه الإضافة إما أن تكون تامة عندما ينصرف أثره إلى تنظيم موضوعات لم ينظمها المشرع الدستوري بتاتا أو غير تامة بحيث ينظمها لكن بطريقة ناقصة بحيث يقتصر أثر العرف على خلق الكيفية أو الوسائل المتعلقة بسير الهيئات في مزاولة السلطة ، على الرغم من أن البعض ومنهم الفقيه لافريير (LAFERRIER) يذهب إلى إلحاق هذه الصورة الأخيرة بالعرف المفسر دون الصورة الأولى التي يلحقها بالعرف المعدل^(١) .

(١) ينظر : د. عبد القني بسيوني عبد الله ، القانون الدستوري المبادئ العامة والدستور اللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٧ ، ص ٦٩ - د.سام دلّه ، مصدر سابق ، ص ٢٣-٢٤

إلا أننا نرى أن ما يطلق عليه تسمية العرف المفسر ليس في الحقيقة إلا مجرد تفسير ملزم بسبب تبعيته للنص الدستوري ، فسبب احترام القاعدة منشأ من قبل النص وليس العادة أو الممارسة ، فالهيئات الحاكمة لا تشعر في هذه الحالة بأنها تنشئ قواعد قانونية وإنما على العكس من ذلك فإنها تشعر بأنها تعمل على تطبيق الدستور سواء في نصوصه أو روحه من خلال توضيح النص وإجلاء غموضه ، ولكن ينبغي ملاحظة بأنه لا يجوز عن طريق إدعاء التفسير الخروج بالنص عن معناه الأصلي فإن ذلك يتعدى حدود التفسير إلى صور أخرى^(١).

أما العرف المكمل بصورته الأخيرة فإنه يعد تعديلا لمعاني النصوص من خلال تحسينها وتهذيبها وليس التهذيب كما نعلم إلا صورة من صور تعديل الشيء . فضلا عن ذلك أن العرف المعدل بالإضافة ليس إلا صورة مشابهة للعرف المكمل للنقص في النص لأن كلاهما يفترضان أن النصوص الدستورية قد نظمت مسألة دستورية معينة على نحو محدد ثم يقوم عرف دستوري بإضافة أحكام جديدة إلى هذا التنظيم القانوني

(١) ومن الأمثلة الواضحة على العرف المفسر ، الذي يعد من وجهة نظرنا مجرد ممارسة سياسية وفقا للدستور المدون دون أن يرقى إلى مستوى العرف بوصفه مصدرا مستقلا للقاعدة الدستورية ، ما جرى عليه العمل في فرنسا في خصوص تطبيق المادة الثالثة من القانون الدستوري الصادر في ٢٥ فبراير ١٨٧٥ والتي كانت تقضي أن " رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين " فقد استقر العمل في ظل هذا النص على أن كفالة تنفيذ القوانين لا تكون إلا بإمكانية إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ تلك القوانين وعلى ذلك فسر النص تفسيرا من مقتضاه أن يكون لرئيس الجمهورية حق إصدار اللوائح التنفيذية ، ووفقا لما يقوله الأصوليون فإن ما لا يقوم الواجب إلا به فهو واجب ، وتنفيذ القوانين يكون أساسا عن طريق اللوائح التنفيذية ومن ثم لا خلاف على أن العرف المفسر لم ينشئ جديدا ولم يكمل ناقصا وإنما رفع غموضا وأتاح للنص إمكانية التنفيذ السليم : د. يحيى الجمل ، النظام الدستوري المصري مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٤٥ - د. سامي جمال الدين ، مصدر سابق ، ص ٣٨٤

تحت دعوى قصوره أو نقصه ، لذلك يمكن القول أن جميع هذه الأنواع تساهم بتعديل أو تغيير معاني النصوص بطريقة الإضافة أو الاندماج مع النص الدستوري ، فالتعديل العرفي للدستور المدون قد يكون بطريقة مندمجة مع النص من خلال الإضافة الذي يمكن أن نطلق عليه (التعديل البناء) أو منعزلة عنه من خلال الإلغاء وهو يمكن أن نطلق عليه (التعديل الهدام) فمن خلال هذا التقسيم الجديد يمكن أن نزيل الغموض والتداخل في التقسيم التقليدي للتعديل العرفي للدستور .

ولذلك يمكن أن نعرف التعديل العرفي للدستور بأنه " التعديل الذي يهدف إلى تغيير معاني النصوص الدستورية دون مبادئها بطريقة بناءة - من خلال الإضافة - أو بطريقة هدامة - من خلال الإلغاء - ومن دون إتباع الإجراءات الرسمية الخاصة للتعديل المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية " .

كما ينبغي أن نوضح بأنه يوجد اختلاف بين الدستور العرفي والعرف الدستوري، فالدستور العرفي هو مجموعة ما تعارفت عليه الأمة في تسيير أمورها السياسية فهو يعد منظومة قانونية غير مكتوبة ، أما العرف الدستوري فإنه ممارسة بذاتها اتخذت صفة العرفية الدستورية لاتصالها بالممارسة السلطوية ولاكتسابها شروط توافق العرفية ، وهكذا يشكل العرف الدستوري أساس المنظومة الدستورية العرفية بكاملها ، ويمكن أن يوجد كاستثناء في المنظومة الدستورية المكتوبة سواء كانت مرنة أو جامدة^(١) .

(١) د. يوسف حاشي ، في النظرية الدستورية ، ط ١ ، ابن النديم للنشر والتوزيع ، وهران - الجزائر ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٠٠

فضلا عن ذلك هنالك من الفقهاء من يستخدم مصطلح العرف الدستوري (the constitutional custom) ومصطلح الاتفاقات الدستورية (the constitutional conventions) بوصفهما مصطلحان متشابهان لكن البعض الآخر من الفقهاء يميز بينهما وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (PIERRE AVRIL) الذي يذهب إلى أن العرف الدستوري ذو قوة قانونية ملزمة أما الاتفاقات الدستورية فلها قوة سياسية ملزمة إذ أنها تعد تكميل ضروري للدستور المكتوب لبعض القواعد التي تعاني من عدم الدقة لغرض ترك الحرية لمن يريد تطبيقها^(١).

وتختلف العادات الدستورية عن الأعراف الدستورية لأن العادات تتمتع بنصيب أقل من الاستقرار وتعتبر قواعد مستحدثة وغير مكتوبة وليس لها أية قيمة قانونية ملزمة فهي وليدة ظروف معينة ويمكن العدول عنها في أي وقت لكنها قد تشكل نواة لعرف دستوري، كما قد ينتج عنها تعديل القواعد الدستورية المكتوبة^(٢).

المطلب الثاني : أركان التعديل العرفي للدستور:

يتكون العرف الدستوري لدى فقهاء القانون من ركنين تقليديين رئيسيين :

الأول: الركن المادي (العادة) والذي يمثل الركن الخارجي أي الموضوعي للعرف المتجسد بممارسات أو تصرفات الهيئات السياسية الحاكمة المتعلقة بالشؤون الدستورية ، **أما الثاني :** الركن المعنوي (الشعور أو الاعتقاد القانوني) والذي يمثل

(١) د. عبد القادر عبد الله قدوره ، القانون الدستوري ، ط ١ ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي - ليبيا ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٨-١٣٩

(٢) د . رقية المصدق ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، دار توبقال للنشر ، الدار البيضاء - المغرب ، ١٩٨٦ ، ص ٤٥

الركن الداخلي أي الذاتي أو الشخصي للعرف المتجسد بالشعور أو الفكر أو النفس أو الإرادة أو الاعتقاد أو الإيمان من قبل الأشخاص المعنيين بأن هذه الممارسة أصبحت بالنسبة لهم قاعدة واجبة الإتباع ، كما ينبغي أن نوضح بأنه على الرغم من تميز الركنين إلا أنهما متكاملين إذ لا يجرى أحدهما إلا بالآخر ، فضلا عن ذلك هنالك من يميز بين العرف كواقع (custom in fact) والقانون العرفي (customary law) ^(١) بحيث لا يتحول العرف الواقعي إلى قانون عرفي إلا يتوافر عناصر جديدة وهي المعقولية والأخلاقية فضلا عن العناصر التقليدية المتمثلة في العادة الدستورية والشعور القانوني بالإلزام لذلك يمكن أن نقسم أركان العرف تقسيماً جديداً إلى أركان تقليدية وأركان غير تقليدية وفقاً لاتجاهات الفقه الدستوري المعاصر ، مع بيان وجهة نظرنا في مدى صحة هذا التقسيم :

أولاً: الأركان التقليدية :

١- العادة الدستورية (constitutional usage) :

وهو العادة أو الاعتياد الذي يمثل الممارسة التي تتضمن تواتراً لتصرفات إيجابية (القيام بعمل) أو سلبية (الامتناع عن عمل) متكررة من قبل إحدى الهيئات السياسية الحاكمة بصورة ثابتة وعامة وواضحة وقديمة في شأن من الشؤون ذات الطبيعة الدستورية ^(٢)

(^١) MARIE SEONG HAK KIM , custom , culture , and the constitution : Korean customary law in flux , Texas informational law journal , VOL.48 , ISSUE 3, P.364-365 :

<http://www.tilj.org/content/journal/48/num3/Kim357.pdf>

(^٢) د. سام دله ، مصدر سابق ، ص ٢١

وهذا يعني أن العادة الدستورية التي تقوم بها الهيئة الحاكمة ينبغي أن تكون متكررة بشكل متواتر (متتابع أو مستمر أو مطرد أي دون انقطاع) وثابت أي مستقر ، و عام من دون اعتراضات بحيث تلقى القبول والدعم أو على الأقل عدم الاعتراض عليها من قبل المعنيين حكاما ومحكومين^(١) كما يجب أن تكون على قدر كافٍ من الوضوح بحيث لا تكون عرضة لتفسيرات مختلفة ومضطربة ، فضلاً عن كونها قديمة أي أن الاعتقاد ينبغي أن يكون لفترة طويلة وكافية للدلالة على ثبوتها واستقرارها إلا أنه لا يمكن تحديد المدة اللازمة لتكوين العرف برقم معين لأن ذلك يتوقف على نوع العلاقة الدستورية التي تحكمها القاعدة الناشئة^(٢)

فضلا عن ذلك أضاف البعض شرطاً آخر وهو العلانية (OPENLY) إذ أن العادة الدستورية يجب أن تكون معلنة ومشهورة في المجتمع ، إذ لا ينبغي أن تمارس بطريقة سرية ، بحيث يجب أن تثبت بأنها تمارس كقضية حق (Exercised As matter of Right) فبمجرد الشك في ممارسة الحق فإنها لا تكفي للإدعاء بوجود عرف صحيح^(٣)

(١) ومثال ذلك إصرار الملك المتكرر في ظل الدستور المصري لعام ١٩٢٣ على تعيين وكيل أو رئيس الديوان الملكي بأمر ملكي يصدر منه وحده دون توقيع رئيس الوزراء مع مخالفة ذلك للدستور المدون لكن في كل مرة كان رئيس الوزراء يعترض على هذا التصرف أو هذه العادة مما يحول دون تحولها إلى عرف دستوري ملزم : د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية بلا تاريخ ، ص ٤٤

(٢) د.سعد عصفور ، مصدر سابق ، ص ٤٣ - د. رعد الجدة ، النظام الدستوري في دولة قطر ، ط ١ ، وزارة الثقافة والفنون والتراث ، قطر ، ٢٠١٢ ص ٤٠-٤١ - د. سام دله ، مصدر سابق ، ص ٢٢

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٣٠ -

NATURE AND SOURCES OF LAW,P.108 :

http://cbseacademic.in/web_material/doc/Legal_Studies/XI_U2_Legal_Studies.pdf

٢- الشعور بالإلزام (opinion juris) :

وهو شعور الجماعة (أو الأشخاص ذوي العلاقة) بأنهم ملزمين بالسلوك الدستوري المعتاد^(١) . وهذا يعني أن الشعور أو الإيمان بالزامية السلوك المعتاد هو الذي يحول واقعة السلوك المعتاد إلى قاعدة ملزمة مؤداها ضرورة إتباع هذا السلوك ، ^(٢)

ومع ذلك فقد حدث خاف في تحديد مدلول الجماعة من خلال رأيين رئيسيين :

الرأي الأول : يذهب إلى أن المقصود بالجماعة هو من تطبق القاعدة الدستورية في مواجهته وعلى هذا الأساس فإذا كانت القاعدة الدستورية العرفية من القواعد المنظمة لعلاقة الهيئات الحاكمة بعضها ببعض فإنه يلزم أن يتوافر الإيمان بالإلزام عند الهيئات موضوع العلاقة ، أما إذا كانت القاعدة الدستورية تنظم العلاقة بين الهيئات وأفراد المجتمع فإنه يلزم أن يتوافر الإيمان بالإلزام لدى الحكام والمحكومين معا حتى لا يعتقد الناس أن تصرف الهيئات الحاكمة في مواجهتهم هو اعتداء على حقوقهم بل يتولد في أذهانهم شعور بأن هذا السلوك أو التصرف إنما هو اختصاص دستوري مقرر قانوناً ^(٣)

(١) ELISE HURTUBISE LORANGER ,constitutional conventions , parliamentary information and research service , 2006 , P.2 :

<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/TeachersInstitute/ConstitutionalConventions.pdf>

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٤٣٠-٤٣١

(٣) د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ١٩٩٦ ، ص ١٠١-١٠٢ - د. صلاح بشري ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، ٢٠١٤ ، ص ٢٤-٢٥

الرأي الثاني : ونحن نؤيده ، فيذهب إلى صوب التوسعة في تحديد مدلول الجماعة بحيث ينبغي أن ينصرف إلى الهيئات الحاكمة ذات العلاقة والأفراد معاً في كل الحالات ، أي حتى إذا كانت العادة الدستورية لا تؤثر مباشرة في حقوق وحرريات الأفراد ، إذ أن هذا الرأي يذهب إلى ضرورة امتداد الاعتقاد أو الإيمان إلى المجتمع بأسره سواء صراحة بقبوله للقاعدة العرفية أو ضمناً بعدم الاعتراض عليها ، ولاسيما أن أفراد المجتمع يتأثرون بشكل مباشر أو غير مباشر بنشوء القاعدة الدستورية الجديدة سواء أكانت منظمة لعلاقات الهيئات الحاكمة فيما بينها أو منظمة لعلاقتها بالأفراد^(١)

ثانياً : الأركان غير التقليدية :

١- المعقولية (REASONABLENESS) :

كما أن الفقيه الانجليزي (IVOR JENNINGS) أضاف عنصراً جديداً مفاده هل يوجد سبب لتلك القاعدة؟ فاتباع الفاعلين السياسيين لتلك العادات أو الممارسات أو السوابق ينبغي أن يكون مبنياً على دوافع معقولة ، كأن يجب إتباعها لأنها تتوافق مع الفلسفة السياسية السائدة ، أو أنها تساعد على إرساء أو تشغيل النظام الديمقراطي ، أو أنها تمكن آلية الدولة من العمل بمرونة ، أو أنها تحقق الاستقرار السياسي والاجتماعي ، أو أنه في حالة غيابها سوف ينتج نزاع أو أزمة سياسية^(٢) . كما أكدت المحكمة العليا الكندية في قضية

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص ٤٥ - د. شعبان أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٧٩ - د. يوسف حاشي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٣-٢٩٤

(٢) W.IVOR JENNINGS , the law and the constitution , 5TH Ed.1967,P.135-136

(PATRIATION REFERENCE) في عام ١٩٨١ بأن سبب العرف الدستوري ينبغي أن يكون جيداً^(١) . وهذا ما بينته المحكمة العليا لكوريا الجنوبية في عام ٢٠٠٣ ، لكن بصدد الأعراف العادية وليس الدستورية بأنه لا يمكن الاعتراف بالأثر القانوني للعرف كقانون عرفي عندما يفتقر للمعقولية الاجتماعية (SOCIAL REASONABLENESS) والعدالة (JUSTNESS) كما استنتجت المحكمة بأن القانون العرفي الموجود إذا لم يتطابق مع ايدولوجية النظام القانوني العام بموجب الدستور كقواعد قانونية عليا فإنه يفتقر للمشروعية^(٢) . وبذلك فإن المحكمة خرجت عن النظرية التقليدية للعرف التي تتطلب عنصرين (العادة والشعور القانوني) لتضيف عنصراً ثالثاً وهو المعقولية حتى يتحول العرف إلى قانون عرفي^(٣) . فالعرف الذي يكون غير ملائم إلى حد كبير أو ضرره أكثر من منفعه فإنه يكون غير صحيح^(٤) .

(١)"we have to ask ourselves three questions : first , what are the precedents, secondly , did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule ? , and thirdly , is there a reason for the rule ? , a single precedent with a good reason will be of no avail , unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded themselves as bound by it " : ELISE HURTUBISE LORANGER , op.cit , P.2

(٢) MARIE SEONG HAK KIM , op.cit, P.366-367

(٣) IBID , P.367

(٤) NATURE AND SOURCES OF LAW , P.108

٢- الأخلاقية (MORALITY) :

كما أضاف البعض عنصراً جديداً وهو الأخلاقية فالعرف الذي يكون غرضه غير أخلاقي أو متعارض مع السياسة العامة لا يمكن أن يكون عرفاً صحيحاً^(١).

ومع ذلك فقد ذهب جانب كبير من الفقه ، ونحن نؤيده ، إلى أن درجة العرف في القوة يمكن استخلاصها من الركن المعنوي فيه وهو الشعور أو الاعتقاد القانوني الذي يحول الاعتياد المادي إلى قاعدة قانونية ، وهو الذي يحدد قيمة هذه القاعدة في التدرج الهرمي للنظام القانوني ، فهذا الاعتقاد لا شك أنه يتأثر بالقوة الاجتماعية التي فرضت العرف ، وما إذا كانت هذه القوة قادرة على خلق قواعد عرفية دستورية أو قواعد عرفية عادية أو قواعد عرفية فرعية ، فإذا كانت القاعدة القانونية العرفية غير متعارضة مع قاعدة قانونية أعلى منها في الدرجة فإنه لا يمكن القول بعدم صحتها على أساس تعارضها مع العقل والعدل أو غير ذلك من المبادئ غير الوضعية ، فكما أن التشريع يجوز الطعن فيه بعدم الدستورية ، ولكن لا يجوز الطعن فيه بعدم الموافقة للمبادئ العامة غير الوضعية فإن العرف أيضاً يجوز الطعن فيه بعدم الدستورية أو عدم القانونية – وذلك بحسب درجته – ولكن لا يجوز الطعن فيه بعدم الموافقة للمبادئ العامة غير الوضعية ، مع ضرورة ملاحظة أن القاعدة العرفية الدستورية لا يمكن الطعن في صحتها بأي شكل من الأشكال ، وهكذا فإن العادة بوصفها عنصراً من عناصر الواقع لا تكون واجبة الإلتباع إلا إذا كانت موافقة للنظام العام ، أما العرف

(١) NATURE AND SOURCES OF LAW , P. 108-109

باعتباره قانوناً فلا يمكن تصور مخالفته للنظام العام ولكن يشترط لصحته ألا يكون مخالفاً لقانون آخر أعلى منه في الدرجة أيأ كان مصدره ^(١) وبذلك يمكن أن تكون المعقولية والأخلاقية عناصر جديدة في العادة الدستورية وليس في القانون الدستوري العرفي.

(١) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ٤٤٠-٤٤٣

المبحث الثاني

طرائق تعديل الدستور الجامد من دون إجراءات

بواسطة العرف الدستوري

ويتضمن مطلبين يتعلق المطلب الأول بالتعديل العرفي للدستور عن طريق الإضافة وينقسم إلى فرعين : الفرع الأول بالإضافة عن طريق إكمال الفراغ النص والفرع الثاني بالإضافة عن طريق تحسين النص أما المطلب الثاني فيتضمن التعديل العرفي للدستور عن طريق الإلغاء وينقسم إلى فرعين : الفرع الأول الإلغاء عن طريق عدم الاستعمال والفرع الثاني الإلغاء عن طريق الاستبدال .

المطلب الأول: التعديل العرفي للدستور عن طريق الإضافة (التعديل البناء) :

ويتضمن فرعين يتعلق الفرع الأول بالإضافة عن طريق إكمال النص ويتعلق الفرع الثاني بالإضافة عن طريق تحسين النص :

الفرع الأول: الإضافة عن طريق إكمال الفراغ في النص :

وهنا يبرز دور العرف الدستوري في إكمال الوثيقة الدستورية من خلال الإضافة التامة ، عندما يكون الموضوع الدستوري غير منصوص عليه كلياً في النص الدستوري بحيث يكون هنالك فراغ تام حول هذا الموضوع فيأتي العرف الدستوري ليملاً أو يسد هذا الفراغ في النص ^(١) .

(١) د. يحيى الجمل ، مصدر سابق ، ص ٤٦-٤٧

ومثال ذلك عندما صدر دستور الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٧٨٧ لم ينظم بتاتا مسألة تجديد انتخاب الرئيس لولاية ثانية أو أكثر، فالدستور نص فقط على أن " ...ويشغل الرئيس منصبه مدة أربعة سنوات " (١) . وهذا يعني أنه لا يوجد ما يمنع الشاغرين للمنصب الرئاسي في أن يخدموا لفترات رئاسية متكررة من دون تحديد وذلك إذا ما تم انتخابهم كما ينبغي وفقا للشروط الدستورية المتطلبية للأهلية الرئاسية، فصمت الدستور عن موضوع تجديد الانتخاب لا يعني أنه غير ملحوظ أو لم يكن مثيرا للجدل فالمشرعين قدموا ما يقارب ثلاثمائة قرار ما بين ١٧٨٩ و ١٩٤٧ لتحديد المدة الرئاسية (٢) .

كما حدد التعديل الدستوري الثاني والعشرون لعام ١٩٥١ فترة الرئاسة بولايتين كحد أقصى إذ نص على أن " لا يجوز انتخاب أي شخص لمنصب الرئيس لأكثر من دورتين ... " (٣) .

ويرجع أصول هذا التعديل في الحقيقة إلى الرئيس الأميركي الأول جورج واشنطن الذي غادر المنصب في عام ١٧٩٧ بعد أن خدم ولايتين متعاقبتين وعلى الرغم من استطاعته الفوز بالولاية الرئاسية الثالثة إلا أنه رفض الإقدام على ذلك ، كما

(١) المادة الثانية (الفقرة الأولى - ١ -) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية المعتمد في عام ١٧٨٧ والنافذ في عام ١٧٨٨ :

<http://iipdigital.usembassy.gov/media/pdf/books/constitution.pdf>

(٢) PAUL G.WILLS and GEORGE L. WILLIS , the politics of the twenty – second Amendment , Western Political Quarterly , Vol.5,No.3,1952, P.469

(٣) التعديل الدستوري الثاني والعشرون لعام ١٩٥١ لدستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧

لم تتجه نيته لإلزام خلفائه باتباع نهجه بعدم الخدمة أكثر من ولايتين^(١) لكنهم أتبعوه وآمنوا بذلك بحيث لم ينشد أي منهم أو يحاول لولاية ثالثة ، باستثناء الرئيس فرانكلين روزفلت ، ومما قوى ذلك أيضا قام مجلس النواب في عام ١٨٧٥ بتمرير قرار يقر فيه بسابقة جورج واشنطن ، وهذا ما جعل جانب من الفقه يصف ذلك الفعل من حيث الواقع بأنه قانون غير مكتوب ومقدس كأى نص في الدستور الأمريكي^(٢) .

لكن ذهب بعض الفقهاء إلى أن إعادة انتخاب الرئيس الأميركي روزفلت للمرة الثالثة ألغت سابقة جورج واشنطن الذي رفض إعادة انتخابه للمرة الثالثة حتى حسمت هذه المسألة في التعديل الدستوري الثاني والعشرون للدستور الأمريكي^(٣) . وهذا الرأي في الشق الأول منه غير صحيح لأنها ليست مجرد سابقة بل عرف مستقر ، أما مسألة إعادة انتخاب الرئيس روزفلت لأربع ولايات رئاسية متتالية (٤ مارس ١٩٣٣ - ١٢ ابريل ١٩٤٥) فإن ذلك قد تم تفسيره من قبل الفقهاء الذين انقسموا إلى اتجاهين رئيسيين :

(^١)JAMES L. SUNDQUIST , constitutional reform and effective Government , Brooking institution , Washington , D.C , p.46 - RONALD D.ROTUNDA , Rethinking term limits for federal legislators in light of the structure of the constitution , 73 Oregon Law Review , 1994 , P.561,566

(^٢)STEPHEN W. STATHIS , The twenty second Amendment : A PRATICAL Remedy or partisan maneuver , 1990, P.61-64 : https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/165281/07_01_Stathis.pdf?sequence=1&isAllowed=y – JOSEPH JACONELLI , The nature of constitutional convention ,The journal of the society of legal scholars , legal studies , VOL.19 , Issue 1 , 1999 , P. 24, 33.

(٣) د. رعد الجدة ، مصدر سابق ، ص ٤١

الاتجاه الأول : الذي يذهب إلى أن حقيقة مضمون هذا العرف هي أنه كان يتضمن بأن على الرئيس ألا يحاول أو يسعى لولاية ثالثة أو دورة انتخابية رئاسية متتالية إلا في الحالات الطارئة التي تتطلب استمراره في الرئاسة ، وبذلك فإن هذا العرف لم يمنع تماما الرئيس من الإقدام لأكثر من ولايتين ^(١) . وهذا ما ربما ينسجم مع عهد الرئيس روزفلت حيث كانت البلاد تعترضها العديد من الأزمات الاقتصادية ومخاطر الحرب العالمية الثانية .

الاتجاه الثاني : يذهب إلى أن تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية لم يحدد بشكل واضح مضمون هذا العرف فيما إذا كان على الرئيس ألا يشغل المنصب لأكثر من ولايتين سواء أكانت متتاليتين أو منفصلتين ، وهذا ما يفسر أن الرئيس جروفر كليفلاند كان الرئيس الوحيد الذي حكم لفترتين منفصلتين ، أو لأكثر من ولايتين متتاليتين ^(٢) . ولهذا ذهب جانب من الفقه إلى أن الأمريكيون يعتبرون فترة الولايتين الرئاسية كعرف بعد سابقة جورج واشنطن ، وقد انتهك الرئيس فرانكلين روزفلت ذلك العرف بواسطة الولايتين الثالثة والرابعة ، ولغياب الحكومة المسنولة وآلية التطبيق السياسي اتجه الكونجرس والولايات إلى تبني التعديل الذي يقنن العرف القديم ويقيد كل رئيس بفترتين كحد أقصى ^(٣) .

(١) JOSEPH JACONELLI , op.cit ,P.24,33.

(٢) KEITH E. WHITTINGTON , The status of unwritten constitutional conventions in the united states , 2013 , P.110-111 : http://www.princeton.edu/~kewhitt/Constitutional_Conventions.pdf

(٣) JAMES W.J.BOWDEN , NICHOLAS A.MACDONALD , writing the unwritten , journal of parliamentary and political law , 6 , No. 2 , 2012 , P.400 : <https://jameswjbowden.files.wordpress.com/2011/07/bowden-macdonald-final.pdf>

=

ويمكن القول أن هذا النوع من الأعراف ينشئ قاعدة جديدة لغرض ملء الفراغ في النص ، فمن خلال المثال المذكور سابقاً فإن الدستور الأمريكي (قبل التعديل الثاني والعشرون) نص على أن الرئيس الأمريكي يخدم في المنصب الرئاسي لمدة أربع سنوات فقط ، مما يعني أنه يجوز أن يخدم من دون تحديد لعدد دوراته الرئاسية ، لكن عرف الدورتين غير من هذا المعنى بحيث لا يجوز للرئيس أن يخدم لأكثر من ولايتين إلا في حالة الطوارئ ، إلى أن صدر التعديل الرسمي الذي حسم المسألة بطريقة مشوهة ، إذ أن الأعراف الدستورية في النظام الدستوري الأمريكي لا تعد مصدراً رسمياً للقواعد الدستورية إذ أنها ذات قيمة سياسية وليست قانونية بحيث لا تصبح ذات سمة دستورية وملزمة قانوناً إلا بعد تقنينها أو الاعتراف فيها من قبل المحاكم ، ومع ذلك فإن تقنين هذا العرف تحت طائلة إضفاء السمة الرسمية عليه لا ينبغي أن يفسر بأنه تعظيم للعرف بقدر ما هو تحجير له فبدلاً من تدعيم قوته الدستورية القانونية الملزمة من قبل المحاكم بوصفه مصدراً دستورياً مستقلاً ، تم إنهاء سمته السياسية المتطورة في النظام الدستوري الأمريكي.

هذا وينبغي ملاحظة أن جميع الرؤساء في الولايات المتحدة الأمريكية سواء قبل التعديل أو بعده التزموا بعدم الخدمة أكثر من ولايتين رئاسيتين متتاليتين وليس منفصلتين باستثناء الرئيس كليفلاند الذي خدم لدورتين منفصلتين والرئيس فرانكلين روزفلت الذي فاز بأربع ولايات رئاسية متتالية ، وهذا يعني أيضاً أنه على الرغم من أن التعديل الدستوري الثاني والعشرون نص على فترة الولايتين الرئاسية كحد أقصى إلا أنه لم ينص على كونها متتالية أم منفصلة مما قد يحمل المعنى على جواز كلاهما ، لكن مع ذلك يمكن القول بأنه قد نشأ عرف دستوري مضيف من نوع آخر (وهو النوع الثاني أي الإضافة من خلال تحسين النص) بحيث خلق قاعدة جديدة تغير من معنى القاعدة الدستورية المتعلقة بفترة الولايتين كحد أقصى (المذكورة في التعديل الثاني والعشرون) ليصبح المعنى الجديد بأن الرئيس الأمريكي لا يمكنه أن يخدم لأكثر من ولايتين رئاسيتين " متتاليتين " .

وبذلك يمكن القول أن هذا النوع من الأعراف المعدلة لم يظهر الانقطاع بين النص الدستوري والممارسة العملية للسلطة ، وكذلك فإنه لم يحطم القيم الديمقراطية لحكم القانون كالعادلة ، المساواة ، الحق والحرية ، المساءلة ، الشفافية ، المشاركة ، الفعالية والكفاءة ، والفصل وتوازن بين السلطات ، لأن طبيعة العرف الدستوري هنا هو الاندماج مع النص من خلال ملء الفراغ إذ أنه لا يتعارض مع النص الذي سكت عن تنظيم المسألة الدستورية .

الفرع الثاني: الإضافة عن طريق تحسين النص :

وهذا النوع يفترض أن الدستور قد أتى بتنظيم لموضوع دستوري معين بحيث يكون هذا التنظيم فيه بعض جوانب النقص فيأتي العرف ليكمل هذا النقص^(١) . وهذا الإكمال من وجهة نظرنا هو إضافة جديدة غير تامة للنص الدستوري الغرض منه تحسين وتهذيب النص القائم لكي ينسجم مع الواقع العملي لممارسة السلطة من قبل الهيئات الحاكمة أو الفاعلين السياسيين .

مما يعني أن هنالك نقص في تنظيم المسألة الدستورية المتعلقة بكيفية ممارسة السلطة بحيث يأتي العرف ليسد هذا النقص بإضافة شيء جديد إليه ليحسن النص بطريقة تجعل الهيئات الحاكمة أو الفاعلين السياسيين يمارسون السلطة بطريقة أكثر ملائمة من الناحية العملية^(٢) .

(١) د. يحيى الجمل ، مصدر سابق، ص ٦٤

(٢) KEITH E. WHITTINGTON , op.cit , P.112

ومثال على ذلك أن الدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧ الذي صرح بحق الكونجرس باقتراح القوانين^(١). دون التصريح بحق رئيس الدولة في اقتراحها ، لكنه نص في الوقت ذاته على أن " يزود الرئيس الكونجرس من وقت لآخر ، بمعلومات عن حال الإتحاد ، ويقدم له للدراسة ، توصيات بتلك الإجراءات التي يعتقد أنها ضرورية وملامة... " ^(٢) . فهذا النص سكت عن بيان الطريقة التي يقوم من خلالها رئيس الدولة بتقديم تلك المعلومات والتوصيات إلى الكونجرس لكن العرف الدستوري الذي أستقر عليه العمل في الولايات المتحدة جاء مكملًا لهذا النقص^(٣) . حيث دأب الرؤساء الأمريكيين على إتباع أسلوبين في هذا الصدد : الأسلوب المباشر ، ويأتي عن طريق توجيه خطاب أو رسالة سنوية إلى الكونجرس يتم من خلالها اقتراح عدد من القوانين وتوجيه العملية التشريعية ، والأسلوب غير المباشر الذي بمقتضاه يتم إعداد مشاريع القوانين في مكاتب الهيئات التنفيذية تحت إشراف رئيس الجمهورية بحيث يجري تقديمها بعد ذلك إلى الكونجرس بوساطة أعضائه المنتمين إلى حزب رئيس الجمهورية^(٤) . ومن هنا يتضح أن هذا العرف الدستوري ساهم بتحسين النصوص الدستورية من خلال إضافة فاعل سياسي جديد في المبادرة التشريعية حيث أصبح رئيس الدولة يساهم في اقتراح مشروعات القوانين ومن ثم التدخل في أعمال البرلمان الأمر الذي يحقق نوعاً من التوازن ويخفف بالتالي من حدة الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

(١) المادة الأولى (الفقرة السابعة) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧

(٢) المادة الثانية (الفقرة الثانية) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧

(٣) د. سعد عصفور ، المصدر السابق ، ص ٢٣٨

(٤) ينظر :د. رمضان محمد بطيخ ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ - ١٩٩٦ ، ص ٢٨٠-٢٨٢

ومثال على ذلك أيضا في كندا فوفقا للتشريع الدستوري لسنة ١٨٦٧ والتشريع الدستوري لسنة ١٩٨٢ ، فإن تعديل الدستور يتم رسميا من قبل برلمان المملكة المتحدة فقط ، فالتشريع الدستوري لعام ١٨٦٧ لم يحتوي على قاعدة تعديل شاملة وعلى الرغم من ذلك هو يصرح على منح الأقاليم فرديا سلطة التعديل الرسمي لساتيرهم ، وفي الوقت ذاته لا يمنح للبرلمان الكندي سلطة تعديل الدستور الفدرالي وعلى هذا الأساس توجد قاعدتين للتعديل الأولى صريحة والثانية ضمنية فالأولى هي أن الأقليم يستطيع أن يعدل دستوره والثانية تتعلق فقط ببرلمان المملكة المتحدة الذي يستطيع أن يعدل الدستور الكندي في القضايا التي تؤثر على الحكومة الفدرالية وتلك التي تتضمن مصالح الاتحاد والأقاليم معاً^(١) .

وبعد ذلك عدلت المملكة المتحدة رسميا الدستور الكندي لتحقيق التطابق بين سلطات التعديل الممنوحة للاتحاد والأقاليم فالتعديل منح البرلمان الكندي سلطة تعديل الدستور الكندي في المسائل الفدرالية الخالصة ، أما الأقاليم فقد منحت سلطة تعديل دساتيرها بموجب التشريع الدستوري لسنة ١٨٦٧ ، وعلى الرغم من ذلك ترك التعديل المسألة مفتوحة في النص الدستوري إذ لم يوجد قاعدة دستورية مكتوبة واضحة تتضمن كيفية تعديل الدستور الكندي في المسائل التي تؤثر مباشرة في العلاقات أو المصالح المشتركة بين للاتحاد والأقاليم، لكن العرف ساعد على تحسين القاعدة

(^١) PETER W.HOGG , constitutional reform in Canada , Yale studies in world public order , 6.2 , 1980 , P.285-287 :

http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2594&context=scholarly_works- The constitution Acts 1867 to 1982 , Department of justice , Canada : http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf -

الرسمية لتعديل الدستور الكندي في المسائل المتعلقة بالمصالح المشتركة لتكون من صلاحية برلمان المملكة المتحدة بناءً على طلب الحكومة الفدرالية الذي يقدم بعد استشارة وموافقة الأقاليم مما يسد النقص في قاعدة التعديل الموجودة في التشريع الدستوري الكندي ، كما اعترفت المحكمة العليا صراحة في عام ١٩٨١ بوجود هذا العرف الدستوري في النظام الدستوري الكندي ^(١) . ويمكن القول أن السبب الذي استندت عليه هذه القاعدة الدستورية العرفية يعد معقولاً وذلك للحفاظ على وحدة الدولة الفدرالية في ظل مبدأ التوازن بين السلطات الفدرالية وسلطات الأقاليم .

ومن الأمثلة الواضحة على هذا النوع من الأعراف في ظل الجمهورية الثالثة الفرنسية أن المادة الأولى من القانون الدستوري الصادر في ٢٥ شباط ١٨٧٥ نصت على أن " السلطة التشريعية تمارس من قبل مجلسين : مجلس النواب وجلس الشيوخ " فطريقة ممارسة السلطة من قبل القابضين عليها (البرلمان والوزارة) خلقت في ظل هذا الدستور قاعدة عرفية جديدة تتعلق بمكنة الوزارة من التشريع عن طريق مراسيم لها قوة القانون فقد اعتاد البرلمان الفرنسي (وذلك منذ عام ١٩٢٤) أن يمنح الوزارة بوساطة " قانون السلطات الكاملة " مكنة إصدار مراسيم تعدل أو تلغي قوانين نافذة المفعول ، فالوزارة أصبحت خلال فترة تفويض البرلمان لها مشرعاً فهذه القاعدة

(¹) GUY FAVREAU , The Amendment of constitution of Canada , Ottawa , Queen printer , 1965, P.12-16 – W.R.LEDERMAN , The process of constitutional Amendment for Canada , P. 376-381 :

<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5887841-lederman.pdf>

- ELISE HURTUBISE LORANGER , op.cit , P.1 -The British North America Acts 1867 to 1975 :

<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/statutes/historical/bna.pdf>

الدستورية العرفية أضافت في الحقيقة إلى الدستور طريقة جديدة (بالإضافة إلى الطريقة الاعتيادية) في التشريع أي في ممارسة السلطة^(١).

وكذلك الحال في لبنان في ظل دستور ١٩٢٦ المعدل الذي حول ممارسة السلطة التشريعية لمجلس النواب حصراً دون أن يصرح بالتفويض التشريعي للحكومة ومع ذلك يذهب جانب من الفقه إلى أنه جرى العرف الدستوري على قيام مجلس النواب بتفويض الحكومة في إصدار مراسيم اشتراعية في مسائل معينة ولمدة محددة^(٢). مما يضيف إلى الدستور قاعدة جديدة في ممارسة السلطة التشريعية.

ويمكن القول أن العرف الدستوري في كلا البلدين خلق قاعدة التفويض التشريعي بسبب الحاجة الملحة والضرورة التي تستدعي ذلك لضمان الإنتاج التشريعي وحتى لا تشمل العملية التشريعية، إلا أن قيام البرلمان بتفويض الحكومة كان يتم في الحقيقة من خلال التنازل البرلماني فتعدد الأحزاب الممثلة في البرلمان كان من شأنه أن يجعل هذا الأخير غير قادر على تكوين أغلبية ذات برنامج تشريعي متماسك مما فرض تدخل الحكومة لإنقاذ الموقف المتأزم من خلال المطالبة بالسلطات الكاملة أو تفويض السلطة إلا أن الحكومة كانت لا تنفذ في الحقيقة إرادة البرلمان بقدر ما هي عاجت غياب الإرادة الإيجابية عنده، لذلك فإن الحكومة التي تتمتع بالسلطات الخاصة تكون لها مبادرات واسعة مما قد يترتب على ذلك حدوث شرخ بين العمل التشريعي للوزارة وبين الطموحات الشعبية المنشودة^(٣).

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٥١-٥٠. د. سام دلّه، مصدر سابق، هامش ص ٢٤

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، ص ٧٧

(٣) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٩٨-٣٠٠

ولذلك فإن المعضلة التالية ستفرض نفسها إما أن يحترم التكنيك الديمقراطي في إقامة القانون وعندها سيشل العمل التشريعي ، وإما أن يضمن الإنتاج التشريعي حتى لو كان على هامش التكنيك الديمقراطي ، وكلا طرفي المعادلة يدعي الوصل بالديمقراطية : الاتجاه التقليدي يريد تدخل ممثلي الشعب ، والاتجاه العصري يريد وفرة الإنتاج التشريعي لكي يستجيب للطموحات الشعبية ، وفي هذا التناقض يكمن جوهر الديمقراطية فالنظام لا يريد التضحية بالإجراءات التقليدية لإقامة القواعد القانونية لأنها كانت وتبقى حامية للحرية ، كما لا يريد التضحية بالمضمون الذي تريد الإرادة الحاضرة للشعب تسجيله في هذه القواعد لأن هذا المضمون شرط لتحرير الإنسان^(١) .

فضلا عن ذلك في ظل دستور الجمهورية الرابعة الفرنسية لعام ١٩٤٦ أضيفت قاعدة عرفية تتعلق بتنصيب رئيس الوزراء فقد كانت المادة ٤٥ من هذا الدستور تقضي بأن يحصل رئيس الوزراء (الذي يختاره رئيس الجمهورية) على ثقة الجمعية الوطنية ثم يشكل وزارته بعد ذلك ، إلا أن العرف جرى على أن رئيس الوزراء بعد حصوله على ثقة الجمعية الوطنية يقدم وزارته إلى الجمعية الوطنية ثم يعقب ذلك تصويت بالثقة بهذه الوزارة يعادل في الحقيقة تنصبا ثانيا لم يكن ينص عليه الدستور واستمر الأمر على هذا المنوال إلى أن أوقف هذا العرف بتعديل ٧ كانون الأول ١٩٥٤ حيث تقرر بموجبه على رئيس الوزراء حيث يطلب الثقة من الجمعية الوطنية أن يعرض عليها في الوقت نفسه أسماء وزارته^(٢) .

(١) المصدر نفسه ، ص ٢٩٨

(٢) د. منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، مصدر سابق ، ص ٤١٨

ويمكن القول أن هذا العرف ساهم في تحسين معيار السلوك أو التصرف المذكور في النص ، فهذا المعيار قد تم تنظيمه من قبل النص لكن بشكل ناقص فيأتي العرف ليسد هذا النقص من خلال إضافة جديدة كما هو الحال في العرف الدستوري في كندا الذي أضاف معياراً جديداً لعملية التعديل ، إذ نص التشريع الدستوري على أن البرلمان الكندي يختص بتعديل المسائل الفدرالية ، كما أن شرعي الأقاليم يختصون بتعديل دساتيرهم بحيث بقيت المسائل التي تؤثر في المصالح المشتركة من اختصاص برلمان المملكة المتحدة إلا أن العرف لا يسمح لهذا الأخير أن يعدل هذه المسائل إلا بناء على طلب مقدم من البرلمان الاتحادي وموافقة الأقاليم ، وهذا يعني أن العرف ساهم في هذه الحالة في توسيع نطاق سلطات التعديل ، وكذلك الحال في الأمثلة الأخرى حيث يوسع العرف نطاق ممارسة السلطة في النص الدستوري بحيث يمكن القول أنه يعقد واجبات الفاعلين السياسيين وهذا ما قد يجعله أقل تطابقاً من النوع الأول مع قيم حكم القانون ، لكن من ناحية أخرى يمكن النظر إليه بأنه لا يثير مشاكل كبيرة في ظل حكم القانون لأن الإضافة الجديدة تكون مندمجة ومترابطة مع النص الدستوري .

المطلب الثاني: التعديل العرفي للدستور عن طريق الإلغاء (التعديل الهدام):

ويتضمن فرعين يتعلق الفرع الأول بالإلغاء عن طريق عدم الاستعمال ويتعلق الفرع الثاني بالإلغاء عن طريق الاستبدال

الفرع الأول: الإلغاء عن طريق عدم الاستعمال :

ويعرفه جانب من الفقه بأنه " إسقاط العمل بنص من نصوص الدستور نتيجة لعدم استعماله " (١) .

(١) د. جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٧٨

ويعرفه البعض بأنه " عرف سلبي ينجم من إهمال تطبيق القاعدة الدستورية المكتوبة دون استبدالها بقاعدة أخرى " (١) .

كما يعرف بأنه " يحدث عندما يصبح النص الدستوري غير صحيح سياسيا كنتيجة لعدم استعماله المدرك والمستمر من قبل الفاعلين السياسيين " (٢) .

وهذه التعريفات تقود إلى نتيجة مفادها أن الإلغاء عن طريق عدم الاستعمال يظهر بصورتين وظيفية وشكلية ، فأما الصورة الوظيفية فيقصد فيها أن النصوص الدستورية توصف بأنها نصوص ذات محتوى ميت (dead letter law) فهي باقية شكلا لكن مضمونها وأغراضها ميتة ، أما الصورة الشكلية فهي أن العرف يستطيع أن يلغي التشريع (٣) . ويفهم من ذلك أن الصورة الأولى تؤدي إلى فقدان النص الدستوري لصحته السياسية بحيث يكون في الواقع مجرد نص ميت ، أما من الناحية القانونية فيبقى نصاً صحيحاً ، والصورة الثانية تؤدي إلى فقدان النص الدستوري لصحته القانونية بحيث يضحى نصاً باطلاً .

كما ذهب بعض الفقهاء الأمريكيين إلى تحديد شروط سقوط القاعدة الدستورية لعدم الاستعمال نظراً لخطورة هذا النوع من الأعراف بحيث فرضوا سبعة شروط لذلك :

(١) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٤٧٦

(٢) RICHARD ALBERT , op.cit , P.1072

(٣) ERIKE ENCARNACION , desuetude – based severability : A new approach to old morals legislation , 2005 , P.153 :
<http://www.columbia.edu/cu/jlsp/pdf/Spring2%202006/Encarnacion14.pdf>

- ١- إعادة التنظيم الدستوري من خلال الطريقة غير الرسمية لعدم الاستعمال المؤكد للنص الدستوري .
 - ٢- أن يكون ذلك النص مرفوضاً بشكل صريح من قبل الفاعلين السياسيين
 - ٣- استبدال القاعدة الدستورية المرفوضة بقاعدة دستورية غير مكتوبة جديدة التي تجهز المعيار للسلوك المستقبلي للفاعلين السياسيين
 - ٤- القاعدة الدستورية غير المكتوبة الجديدة تبدو نوعياً ملزمة على الرغم من تطورها غير الرسمي .
 - ٥- الإيمان اليقيني من قبل الفاعلين السياسيين بالزامية القاعدة الدستورية العرفية الجديدة
 - ٦- أن تخرق القاعدة الدستورية الجديدة الفهم التقليدي للنص الدستوري
 - ٧- أن تكون القاعدة الجديدة غير مذكورة نصياً فضلاً عن تناقضها مع القاعدة المرفوضة ، مع بقاء هذه القاعدة الأخيرة في النص الدستوري ^(١) .
- ويمكن القول أن القاعدة الدستورية العرفية الجديدة هي قاعدة سلبية أي تخالف النص الدستوري باتخاذ موقف سلبي منه بحيث تجبر الفاعلين السياسيين على عدم تطبيق الممارسة الوظيفية للسلطة المذكورة في النص .
- ومع ذلك فإنه قبل أن يتكون العرف الدستوري السلبي تبقى القاعدة الدستورية موجودة وصحيحة حتى ولو كانت لا تطبق في معظم الحالات طالما أنها تلقى بعض التطبيقات التي تنفي وجود عرف على إهمالها وتركها ، فقد ذهب جانب من الفقه

(^١) RICHARD ALBERT , op.cit , P.1077

لابتكار فكرة ضمور السلطات الدستورية وذلك من خلال أن هذه السلطات تصبح غير قابلة للممارسة من قبل الفاعلين الدستوريين عندما لا تستعمل ، إلا أن درجة عدم الاستعمال تختلف من حالة إلى أخرى مما يؤدي إلى اختلاف درجات الضمور الدستوري بحيث لا تسقط القاعدة المنظمة لممارسة السلطة الدستورية أو لا تضر بشكل تام إلا باكتمال نشأة العرف الدستوري السلبي وبذلك يتحقق التعبير المتكامل في إلغاء هذه القاعدة ^(١) .

كما أن عدم استعمال الفاعلين الدستوريين للسلطات الدستورية تكمن وراءه عدة دوافع أو أسباب ، كالخشية من ردة الفعل السياسية الواسعة الانتشار التي تجعلهم يؤمنون بأنهم غير قادرين على ممارسة السلطة بشكل مؤكد أو واقعي ، أو لعدم وجود دافع على ممارستها لدى الهيئة الحاكمة طالما أن المجرى الحالي للنتائج الموضوعية يناسب تفضيلها وذلك عند إدراكها للتهديدات المعقولة وردة الفعل المؤثرة لطريقة ممارسة السلطة وفقا للنص الدستوري لذلك تتجه هذه الهيئة إلى إهمال هذه الطريقة مما يوقعها في شباك السقوط لعدم الاستعمال ، أو لأن الهيئة الحاكمة لا تمارسها بسبب تكاليفها السياسية العالية بحيث تستعيز عنها بسلطة دستورية أخرى أقل تكلفة لتحل محلها ، إلا أنه في حالة عدم وجود هكذا سلطة بديلة فإن النتائج يمكن أن تكون سيئة ^(٢) .

(١) ADRIAN VERMEULE , The Atrophy of constitutional powers , Harvard Public Law Working Paper No. 11-07, 2011 , P.1-2 :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1736124

(٢) IBID , P.5-7

ومثال ذلك ما نص عليه دستور الولايات المتحدة الأمريكية بأن " يعزل الرئيس ونائب الرئيس وجميع موظفي الولايات المتحدة الرسميين المدنيين من مناصبهم إذا وجه إليهم اتهام نيابي بالخيانة أو الرشوة أو أية جرائم أو جنح خطيرة أخرى و أدينوا بمثل هذه التهم " (١) . ويفهم من ذلك أنه فضلا عن الرئيس ونائب الرئيس ، فإن جميع الموظفين المدنيين يخضعون للاتهام النيابي الذي يوجه من قبل مجلس النواب (٢) . علما أن المحاكمة أو الإدانة تكون أمام مجلس الشيوخ (٣) . إلا أن عبارة الموظفين المدنيين تتسع لتشمل القضاة الفدراليين فضلا عن الموظفين التنفيذيين ، وعلى الرغم من ذلك فإن معظم الاتهامات استهدفت القضاة الفدراليين ، أما الموظفين التنفيذيين فقد قام مجلس النواب باتهام موظف تنفيذي واحد فقط (وهو سكرتير الحرب) في عام لكن مجلس الشيوخ فشل بإدانتته (٤) . ويمكن القول أن العامل الذي ساعد على ذلك هو أن موظفي الهيئة التنفيذية كانوا يسقطون بشيخ الاتهام إما بالعزل من قبل رئيس الجمهورية أو بإكراههم على تقديم الاستقالة قبل اتخاذ إجراءات الاتهام النيابي ضدهم ، لكن مع ذلك في عام ٢٠٠٧ هدد الكونجرس باستخدام الاتهام ضد النائب العام (ALBERTO GONZALES على أساس التذرع بحنثه باليمين عند الإدلاء بشهادته أمام الكونجرس ، فذلك يعد نوعاً من التذكير بالقاعدة الدستورية المكتوبة فقد يرغب الكونجرس بإحياء سلطته في اتهام الموظفين التنفيذيين ، فسلطة الاتهام النيابي

(١) المادة الثانية (الفقرة الرابعة) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧

(٢) المادة الأولى (الفقرة الثانية ، فقرة فرعية ٥) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية

(٣) المادة الأولى (الفقرة الثالثة ، فقرة فرعية ٦ ، ٧) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية

(٤) JASON J. VICENTE , IMPEACHMENT : ACONSTITUTIONAL PRIMER , P.13-15 :

<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa-318.pdf>

تبقى من الناحية القانونية وسيلة توازن ، لكنها من حيث الواقع غير منظورة فالخطورة تكمن في كون هذه السلطة ستصبح عبر الوقت غير مشهورة وبعد ذلك مهجورة ومن ثم غير قابلة للاستعمال ، كما أنه من الناحية الاجتماعية أو النظامية يمكن القول أن ضمور سلطة الكونجرس في اتهام الموظفين التنفيذيين قد يكون جيداً أو سيئاً أو وسطاً وذلك بالاعتماد على جمهرة من الاعتبارات الأخرى ^(١) .

ومثال ذلك أيضا ما نص عليه دستور الولايات المتحدة الأمريكية في مادة التعديل بأن " يقترح الكونجرس كلما رأى ثلثا أعضاء المجلسين ضرورة لذلك ، تعديلات لهذا الدستور ، أو يدعو بناء على طلب الهيئات التشريعية لثلاثي مختلف الولايات ، إلى عقد مؤتمر لاقتراح تعديلات ، تصبح في كلتا الحالتين ، قانونية من حيث جميع المقاصد والغايات ، كجزء من هذا الدستور ، عندما تصادق عليها الهيئات التشريعية لثلاثة أرباع مختلف الولايات ، أو مؤتمرات تعقد في ثلاثة أرباع الولايات أياً كانت وسيلة المصادقة التي يقترحها الكونجرس من بينهما ... " ^(٢) . فإجراء المؤتمر الدستوري لتعديل الدستور رسمياً لم يستعمل بنجاح منذ إقرار الدستور الأمريكي ، فعلى الرغم من نجاح بعض المحاولات في الدعوة لعقد المؤتمر الدستوري لاقتراح التعديلات إلا أنها باءت بالفشل في تحقيق أغراضها في تعديل الدستور الأمريكي ، وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى القول بأن فقرة المؤتمر الدستوري استنفذت نتيجة لعدم استعمالها، كما أن جميع التعديلات التي أجريت على الدستور الأمريكي كانت بمبادرات من الكونجرس ، مما يعني أن الغرض الذي عجزت عن تحقيقه فقرة المؤتمر الدستوري تتحقق بطرائق دستورية أخرى ومن ضمنها مبادرات الكونجرس ، ومع ذلك فإن

(١) ADRIAN VERMEULE , op.cit , P.9

(٢) المادة الخامسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧

غالبية الفقه الأمريكي لا يقرون بصحة هذا الرأي لأن الاستعمال النادر أو الفاشل لا يؤدي إلى سقوط القاعدة الدستورية المكتوبة إذ لا بد من اكتمال مقومات العرف الدستوري السلبي للقول بالسقوط الدستوري بعدم الاستعمال^(١).

كما نص دستور الولايات المتحدة الأمريكية على أن " لا يكون أي شخص سوى المواطن بالولادة أو من يكون من مواطني الولايات المتحدة وقت إقرار هذا الدستور مؤهلاً لمنصب الرئيس ... " (٢). فهذا النص يصرح بأنه لا يمكن للشخص أن يرشح للرئاسة الأمريكية إلا إذا كان مواطناً بالولادة (أي مواطناً مولوداً في الولايات المتحدة الأمريكية) ، إلا أن الممارسات أو الاتفاقات من قبل كافة الفاعلين السياسيين أهملت تطبيق هذه الفقرة (على الرغم من أن القضاء لم يكن له موقف تجاه هذه الممارسات المتعلقة بفقرة الأهلية الرئاسية) ومثال على ذلك عندما تم ترشيح السناتور الأمريكي جون مكين (JOHN MCCAIN) للرئاسة في عام ٢٠٠٨ على الرغم من أنه مولود خارج الولايات المتحدة الأمريكية في منطقة قناة بنما لوالدين

(١) AKHIL REED AMAR , the consent of the governed : constitutional amendment outside Article V , 94 COLUME , L REV , 1994 , P.27-28 : <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/1994Consent.pdf> - STEPHEN M.GRIFFIN , The nominee is ... Article V , constitutional commentary , VOL.12 , 1995 , P.171-172 : http://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167187/12_02_Symposium_Griffin.pdf?sequence=1&isAllowed=y - The other way to amend constitution : The Article V constitutional convention Amendment process , Harvard Journal of law and public policy , VOL.30 , P.1008-1010 : http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No3_Rogersonline.pdf

(٢) المادة الثانية (الفقرة الثانية ، فقرة فرعية ٥) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧

أمريكيين^(١)، وكذلك عندما أعلن السناتور الأمريكي (TED GRUZ) ترشيحه للمنصب الرئاسي في الانتخابات المزمع إجراؤها في عام ٢٠١٦ على الرغم من ولادته في كندا لأم أمريكية^(٢)، وهذا ما دفع الفقيه (PETER SPIRO) إلى أن ذلك يمكن أن يقود إلى استئصال فقرة أهلية المواطنة بالولادة من خلال الممارسة بحيث يخلق عدم التوافق بين النص الدستوري والممارسة السياسية^(٣) .

والمثال الأوضح على ذلك أن المادة (٩٠) من الدستور الكندي لعام ١٨٦٧ تمنح البرلمان الفدرالي سلطة الاعتراض على تشريعات الأقاليم خلال سنة واحدة من إقرارها ، وكذلك الحال بالنسبة للحاكم العام ، الذي يمثل التاج ، يمكنه ، بناء على مشورة رئيس الوزراء الكندي ، أن يعترض على قوانين الأقاليم خلال مدة سنة من إقرارها ، وهكذا سلطات التي تلغي القوانين المشرعة من قبل برلمانات الأقاليم المنتخبة ديمقراطيا تتعارض مع مبدأ فصل السلطات بين الإتحاد والأقاليم ، فعلى الرغم من فشل المحاولات الرسمية لإلغائها ، إلا أنها لم تمارس منذ سنة ١٩٤٣ وحتى الوقت الحاضر بحيث أضحت سلطات مهجورة وملغية من الناحية العملية ، إذ أن العرف يمنع ممارستها . وعلى الرغم من ذلك فقد تم الاستعاضة عنها بالرقابة القضائية على قوانين الأقاليم للتحقق من تطابقها مع المبادئ الدستورية الفدرالية^(٤) .

(١) PETER J. SPIRO , MCCAIN CITIZENSHIP and constitutional method , MICHIGAN LAW REVIEW , VOL .107 , 2008 , P.42-43

(٢) AARON BLAKE , CAN TED CRUZ RUN FOR PRESIDENT ? , 2013 : <http://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2013/03/20/supporters-push-for-ted-cruz-for-president/>

(٣) PETER J.SPIRO , op.cit , P.46-47

(٤) ERIC P. POLTEN , PETER GLEZL , Federalism in Canada And GERMANY , POLTEN And Associates , 2014 , P.7 : <http://www.poltenassociates.com/Resource-Links/Federalism-in-Canada-and-Germany-Overview-and-Comparison.pdf> - ADRIAN VERMEULE , op.cit , P.3 - ELISE HURTUBISE LORANGER , op.cit , P.1-2

فضلا عن ذلك يوجد مثال آخر في النظام الدستوري الكندي ، إذ أشار الميثاق الكندي للحقوق والحريات لعام ١٩٨٢ في المادة (٣٣) منه إلى إمكانية البرلمان الكندي ومشرعي الأقاليم أن يعلنوا بصراحة في التشريع الفدرالي أو الأقليمي ، كقضية يمكن أن توجد ، بأن التشريع أو النص سوف ينفذ على الرغم من النصوص المتضمنة في المادة ٢ والمواد ٧ إلى ١٥ من هذا الميثاق ، على أن يكون هذا الإعلان ساريا خلال مدة خمسة سنوات من تاريخ دخوله حيز التنفيذ ، كما يجوز للبرلمان الفدرالي أو مشرعي الأقاليم أن يعيدوا سن الإعلان بشرط التقيد بفترة الخمسة سنوات^(١) . وهذا يعني إمكانية البرلمان الفدرالي ومشرعي الأقاليم من خلال هذا الإعلان ألا يخضعوا للبنود المتعلقة بالحقوق والحريات الفردية مما يقود أيضا إلى جواز الإلغاء التشريعي للقرارات القضائية المتعلقة بحماية هذه الحقوق والحريات الدستورية الفردية ، فعلى الرغم من بقاء هذه الفقرة في الميثاق كقاعدة دستورية مكتوبة إلا أنها لم تستعمل أبداً على المستوى الفدرالي مما يوحي لدى البعض بولادة عرف دستوري مبكر مسقط لا يمكن للحكومة الفدرالية معارضته، أما استعمالها على مستوى الأقاليم فقد كان نادراً ، إذ استعملت ستة عشر مرة معظمها في كيوبك مع ضرورة ملاحظة أن استعمالا واحدا كان كرد فعل سيء على القرار القضائي في قضية (FORD V. QUEBEC) في عام ١٩٨٨ ، حيث أعلنت المحكمة بطلان قانون كيوبك للبحث الإذاعي (باللغة الفرنسية فقط) لأنه ينتهك حرية التعبير مما دفع الحكومة إلى إصدار قرار يقضي بإصدار تشريع تجابه فيه قرار المحكمة إلا أن ذلك جوبه باستياء شعبي ولاسيما في المناطق الكندية الإنكليزية ، فضلا عن ذلك أن معظم الحالات التي لجأت فيها الأقاليم إلى مثل هذه الإعلانات لم تلق قبولا عاما بالإضافة إلى أن القرارات القضائية للمحكمة

(١) Article 33 of CANADIAN charter of rights and freedoms :

<http://publications.gc.ca/collections/Collection/CH37-4-3-2002E.pdf>

العليا أكدت بأن استعمالاتها نادرة وغير شعبية لأنها تتناقض مع الميثاق الذي يجسد الرمز الشعبي للهوية الكندية بحيث يمكن القول أن اللجوء إلى مثل هذه الإعلانات كرد فعل على القرارات القضائية هو غير محتمل الحدوث بازدياد ، فضلا عن أنه يوجد استغراب أو شك قليل بأن المادة ٣٣ ساقطة من خلال عدم الاستعمال^(١) .

ويمكن القول أننا لا نستطيع أن نجزم بسقوط المادة ٣٣ من خلال عدم الاستعمال ، لكن نظراً لكونها تجسد حالة من حالات سلب الحقوق والحريات الفردية لصالح السيادة البرلمانية وعلى حساب الديمقراطية الدستورية ، فإننا نرى بأن احتمالية سقوطها بوساطة عرف دستوري يمنع استعمالها تكون أقرب حدوثاً على المستوى الفدرالي منه على مستوى الأقاليم .

كما ذهب جانب كبير من الفقهاء إلى أن دستور الجمهورية الثالثة في فرنسا نص على حق رئيس الجمهورية في حل مجلس النواب بموافقة مجلس الشيوخ ، وهذا ما قام به الرئيس مكماهون لدى سحب المجلس النيابي ثقته من الحكومة التي ألفها المارشال من الأقلية البرلمانية ، فقام الرئيس بحل المجلس في ١٦ / ٥ / ١٨٧٧ وهذا ما أدى إلى حدوث أزمة سياسية بين الرئيس والنواب والشعب ، ومن ثم جعل رؤساء الجمهورية الفرنسية يهجرون حق الحل فترة طويلة منذ ١٨٧٧ وحتى قيام حكومة

(¹) PETER LOUGHEED , why A notwithstanding clause ? , centre for constitutional studies , university of ALBERTA , Canada , 1998 , P.5-7, 13-17 : <http://ualawccsprod.srv.ualberta.ca/ccs/images/points-of-view/Lougheed.pdf> - DAVID SNOW , notwithstanding the override : path dependence , section 33 And charter , INNOVATION : journal of politics , vol.8 , 2008-2009 , P.1-4, 8-13 :

<https://www.ucalgary.ca/innovations/files/innovations/Snow%20Notwithstanding%20the%20Override.pdf>

فيشي في عام ١٩٤٠، مما أدى إلى سقوط هذا الحق لعدم الاستعمال^(١). وقد ترتب على ذلك عدة نتائج من أبرزها اختلال التوازن بين الحكومة ومجلس النواب لصالح هذا الأخير الذي أضحي يملك كل الوسائل المؤثرة في مواجهة الحكومة من خلال الاستجواب وسحب الثقة وغيرها من الوسائل التي جعلت الحكومة تابعة لمجلس النواب دون أن يكون للحكومة سلاح مواز ومؤثر في مواجهة هذا المجلس، الأمر الذي أدى إلى عدم الاستقرار الوزاري والسياسي في ظل هذه الجمهورية التي أدت الأعراف فيها ولاسيما هذا العرف المسقط إلى هجر الفهم التقليدي للدستور بحيث تحول النظام البرلماني إلى نظام حكومة الجمعية^(٢).

والمثال الفرنسي الآخر على ذلك هو ما نصت عليه المادة (٤١) من الدستور الفرنسي بأن " إذا تبين أثناء تطبيق الإجراء التشريعي أن اقتراحا أو تعديلا لا يدخل ضمن نطاق اختصاص القانون أو أنه يتعارض مع تفويض منح بموجب المادة ٣٨ يجوز للحكومة أو لرئيس المجلس المختص أن يعترض عليه بعدم القبول، وفي حال حدوث خلاف بين الحكومة ورئيس المجلس المعني يفصل المجلس الدستوري بناء على طلب أيا منهما في هذا الخلاف وذلك خلال ثمانية أيام " ^(٣).

فالمجلس الدستوري لم يمارس دوره الرقابي وفقا لهذه المادة سوى إحدى عشر مرة ثمانية منها في العشر سنوات الأولى من نفاذ الدستور والأخرى بعد ذلك، مما جعل بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه (ALEC STONE SWEET)

(١) د. رعد الجدة، مصدر سابق، ص ٤٤ - د. إبراهيم درويش، مصدر سابق، ص ٩٧ - النظام الدستوري الفرنسي، على الموقع التالي:

<http://www.startimes.com/f.aspx?t=30514314>

(٢) النظام الدستوري الفرنسي، المصدر نفسه.

(٣) المادة ٤١ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨

يتجهون إلى القول بأن جميع الأغراض العملية لهذه المادة سقطت من خلال عدم الاستعمال^(١).

ومع ذلك فإننا لا نؤيد سقوط هذه المادة بعدم الاستعمال لعدم وجود توافق على نشوء عرف دستوري مسقط يمنع استعمالها ، كما أن الاستعمال النادر لها يدعم ذلك ، لكن يمكن القول أنها في حالة من السكون الدستوري للاستمرارية المهمة بحيث تستعمل كلما يبدو استخدامها ملائماً ، وعلى الرغم من ذلك فإن احتمالية استخدامها جدا ضئيلة بحيث أضحيت في حالة من الضمور الجزئي ولاسيما بوجود بديل دستوري أكفأ منها يتمثل بالمادة ٣٧ (فقرة ٢) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ التي تمنح الحكومة الحق بممارسة السلطة التنظيمية بعد صدور القانون من خلال طريقة خفض الدرجة ، أي بتعديل نص المادة القانونية بموجب أمر وذلك بعد صدور قرار من المجلس الدستوري بأنها تكتسب صفة اللائحية^(٢).

ومن وجهة نظرنا فإن هذا العرف لا يؤدي إلى إلغاء النص بقدر ما هو يعطل النص إذ تبقى المرجعية النصية لكن تصبح غير مؤثرة في الواقع مما يعني بمعنى أدق أن النص يصبح مشلولاً من جراء العرف بحيث يقترب من الإلغاء ، وفي كلتا الحالتين أن ذلك يؤدي إلى وجود فراغ في النص لكن نوع الفراغ يختلف في الأهمية من حالة إلى أخرى ، فوجود هذا الفراغ يكون أكثر إشكالية في الحالة التي تنهار فيها السلطة الوظيفية مع عدم وجود بديل لها من الحالة التي يوجد فيها بديل دستوري ، ومثال الحالة الأولى كما بينا عدم استعمال البرلمان الكندي لسلطته في الإعلان عن عدم الخضوع للبنود المتعلقة بالحقوق الفردية على الرغم من وجهة نظرنا أن الفراغ هنا لا

(١) RICHARD ALBERT , op.cit , P.1074

(٢) ينظر: المادة ٣٧ (فقرة ٢) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨

يشكل مشكلة جدية لأنه في حالة استعمال هذا النص فإنه سيؤدي إلى سلب الحقوق ، أما الفراغ الذي أحدثه سقوط حق الحل في ظل الجمهورية الفرنسية الثالثة فإنه يجسد مشكلة كبيرة لأن عدم وجود بديل دستوري لملء الفراغ الوظيفي أدى إلى اختلال التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية لمصلحة السلطة التشريعية بحيث ساعد ذلك في المآل على خرق روح الدستور أو تغيير هوية النظام الدستوري البرلماني بحيث تحول إلى نظام حكومة الجمعية ، مما يعني حدوث انقطاع بين النص الدستوري والواقع العملي من خلال انعدام ممارسة السلطة ، أما مثال الحالة التي يوجد فيها بديل دستوري أكفأ أو أقل تكليفاً من السلطة الملغية أو المشلولة فيتمثل على فرض سقوط سلطة المؤتمر الدستوري في المبادرة باقتراح تعديل الدستور الأمريكي مع وجود إجراء بديل يتمثل بمبادرات الكونجرس . وكذلك سقوط سلطة البرلمان الكندي والحاكم العام في الاعتراض على تشريعات الأقاليم لوجود بديل دستوري أكفأ يتمثل بالرقابة القضائية على دستورية قوانين الأقاليم ، فهذه الحالة الأخيرة تخلق الفراغ في النص لكن في الوقت نفسه تقدم المعالجة الدستورية لملء الفراغ الوظيفي في النص الدستوري ، وهذا يعني أيضاً أن هذه الحالة لا تؤدي إلى الانقطاع الكامل بين النص الدستوري والواقع العملي بسبب وجود بديل في النص الدستوري يحقق نفس الغرض المنشود .

هذا وينبغي أن نوضح بأن فكرة عدم محاسبة الأشخاص بموجب التشريعات المهجورة أو القديمة ذات المحتوى الميت ، لا ينبغي استئنافه لأن إحياء تطبيق هذه التشريعات أو المساءلة على انتهاكها يبدو لدى العديد من الفقهاء بأنه غير عادل أساساً من خلال عدة خصائص :

١- أن التشريعات الساقطة بعدم الاستعمال تميل إلى التنفيذ المتقلب والمتعسف .

٢- أن الحكومة غالباً ما تفشل في توفير إعلان عادل حول تلك التشريعات المهجورة

٣- أن هذه التشريعات تجسد الفشل الكامل للقانون في التطبيق كانعكاس للقانون المكتوب^(١).

فكل هذه الخصائص تمثل فشل العدالة الإجرائية لذلك لا بد من وجود مذهب قضائي لمعالجة ظاهرة سقوط القوانين المهجورة لحماية الأشخاص المخاطبين من خطر انعدام العدالة المفروض من قبل تلك الخصائص ، فعلى الرغم من عدم وجود قضايا تبين موقف القضاء تجاه النصوص الدستورية الميتة ، إلا أنه يمكن الاستفادة من موقفه تجاه التشريعات العادية المهجورة ، ومثال على ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية توجد قضايا نادرة جداً لتطبيق المذهب القضائي التقليدي المتمثل بالإبطال الكامل للنص التشريعي المهجور ، ففي قضية (UNITED STATES V. ELLIOTT) في عام ١٩٦٧ إذ بينت محكمة المنطقة الفدرالية خطورة التشريعات المهجورة لأنها تحتوي على إمكانية قصوى للتعسف الذي يستند على السلطة التقديرية الواسعة للهيئة التنفيذية في التنفيذ الاختياري لهذه التشريعات الذي يظهر مشاكل الحماية المتساوية طبقاً لما هو مقرر في مذهب (YICK WO V. HOPKINS) الذي قرره المحكمة الاتحادية العليا عام ١٨٨٦ ، فعلى الرغم من تصريح المحكمة بخطورة إحياء تطبيق هذه التشريعات إلا أنها اعترضت بشكل مطلق على حجة المدعى عليه بسقوط النص لعدم الاستعمال ، ليس بسبب أنها رفضت الاعتراف بالمذهب لكن

(١) ERIKE ENCARNACION , op.cit , P.153

على الأرجح بسبب أنها وجدت أن التشريع الذي بموجبه تم محاكمة المدعى عليه لم يسقط بعدم الاستعمال^(١).

والقضية الأهم في هذا المجال هي (COMMITTEE ON LEGAL ETHICS v. PRINTZ) في عام ١٩٩٢ إذ صرحت محكمة استئناف غرب فرجينيا بأنه إذا سقط النص التشريعي من خلال عدم الاستعمال فإنه يكون محلاً للإبطال القضائي الكامل ، فالقاضي لا يمكنه أن يبطل التشريع إلا إذا فقد سمته التشريعية و قوته الإلزامية من خلال عدم الاستعمال وذلك يتطلب إنكار التشريع بشكل مفتوح ومعلن ومتعارف عليه لفترة طويلة ، فمجرد الإنكار المتتالي غير كافٍ لبطان التشريع بل يتطلب بالإضافة إلى ذلك ألا يكون ذو قيمة اجتماعياً ، كما أضافت المحكمة بأنه يجب أن يكون هنالك سياسة واضحة في عدم التنفيذ من خلال الاستمرارية الطويلة جداً ، ولذلك قررت المحكمة بأن التشريع باطل مما يؤدي إلى إزالة النص كلياً من التشريع بالإضافة إلى استبعاد الشكوى التي قدمت بناءً على هذا النص^(٢).

وقد ذهب جانب من الفقه بأن المذهب القضائي التقليدي للسقوط التشريعي بعدم الاستعمال يشكل سياسة قضائية غير ضرورية وواسعة ومفرطة في التدخل في أعمال المؤسسة التشريعية الممثلة للشعب بما يخل بمبدأ الفصل بين السلطات ، لذلك اتجه بعض الفقهاء إلى اقتراح مذهب قضائي جديد وهو مذهب السقوط المبني على قابلية الفصل (DESUETUDE –BASED SEVERABILITY DOCTRINE) والذي بموجبه يتحقق القاضي من مدى سقوط النص بعدم الاستعمال بعد التأكد من توافر عناصره المادية والمعنوية ، بحيث يسقط جزء من النص إذا كان قابلاً للفصل ولا

(١) IBID , P.154

(٢) IBID , P. 156-159

يؤدي إلى حدوث ضعف في التشريع ، فوفقا لهذا المذهب يحاول القضاة التوفيق بين قدرة الدولة في التعبير عن إرادتها ومنع تطبيق التشريع بطريقة غير عادلة^(١) .

وقد انتقد جانب من الفقه هذا المذهب على أساس أن القضاة ليس لديهم تخويل لفحص الشعور الاجتماعي أي فيما إذا مجتمعاتهم السياسية تظهر قيمة معينة ، أو على الأقل أن المحاكم لا يمكن أن تدرك ظهور التوافق الاجتماعي كمصدر للقيم الدستورية الأساسية لأن القضاة هم ليسوا أفضل من المشرعين في الكشف عن ذلك^(٢) . وربما يكون ذلك صحيحاً ، لكن السقوط التشريعي المبني على القابلية للفصل لا يمنع المشرع من تصحيح الأخطاء القضائية المؤكدة بواسطة إعادة تشريع القواعد القانونية ، فإذا ما تبين أن تقدير القاضي للشعور الاجتماعي خاطئ أو غير دقيق ، فالمشرع حر في إعادة تشريع النص كاملة على أن تكون هذه العملية عامة ومعلنة للجميع من خلال إعلان يعبر فيه المشرع عن نيته بإعادة سن تشريعه بشكل جدي وبصورة تناقض الممارسة الوظيفية طويلة المدة التي جعلت التشريع يظهر بمحتوى ميت ، وهكذا فإن إعادة تفعيل النص المبتور يجعل المذهب القضائي لا يزال مفيدا لقوة المشرع في مجابهة فشل المجتمع في تنفيذ القوانين ، لغرض تنفيذها بشكل صحيح^(٣) .

وبذلك نستطيع القول بأنه يمكن أن يكون للقضاء دور في مجال السقوط الدستوري بعدم الاستعمال ، وبذلك يكون أمام خيارين الأول : يمكن للمحكمة أن تطبق

(١) IBID , P. 176-178

(٢) JOHN HART ELY , DEMOCRACY AND DISTRUST : A THEORY OF JUDICIAL REVIEW , HARVARD UNIVERSITY PRESS , 1980 , P.63-69

(٣) ERIKE ENCARNACION , op.cit , P. 177

النص الدستوري المكتوب وترفض الاعتراف بسقوطه بعدم الاستعمال ،
 الثاني : تعترف المحكمة بسقوط النص الدستوري بعدم الاستعمال وتعلن أن النص ،
 غير المستعمل ، هو غير صحيح ، وكلا الخيارين يجعل المحكمة في حيرة من أمرها ،
 ففي الخيار الأول تطبق المحكمة النص الدستوري المرفوض من قبل
 الفاعلين السياسيين بحيث تعلن أن التوافق الدستوري هو غير ملزم وهذا ما يؤثر في
 المكانة العامة للمحكمة ، وفي الخيار الثاني فإن المحكمة تقوم بعمل استثنائي في
 إبطال النص الدستوري الذي يبقى مذكوراً في الدستور بحيث يخلق هذا الموقف صنفين
 من الأحكام الدستورية أحدهما مذكور وصحيح والآخر مذكور ولا يزال غير صحيح ،
 وعلى الرغم من ذلك يمكن تفادي هذه المشكلة بإتباع مذهب القابلية للفصل من
 خلال تخويل المحكمة سلطة إزالة الفقرات ، الساقطة بعدم الاستعمال ، من النص
 الدستوري إذ أن هذا المذهب يزيل مشكلة أن النص المذكور لا يزال غير صحيح لكن
 يظهر في الوقت نفسه مشاكل إجرائية تتعلق بمعادلة التعديل الرسمي بالإجراءات
 القضائية .

الفرع الثاني : الإلغاء عن طريق الاستبدال :

ويطلق عليه البعض بالعرف المناقض لأنه يتضمن مخالفة صريحة لنصوص
 الدستور بطريقة ايجابية وليست سلبية كما لو نص الدستور على أن يكون الانتخاب
 مباشراً ثم يجري العرف على أن يكون الانتخاب غير مباشر ، أو إذا نص الدستور على
 سرية التصويت ثم يجري العرف على علانية التصويت ، وبذلك فإن العرف المناقض
 يتفق مع العرف المعدل بالحذف (أي الإلغاء العرفي عن طريق عدم الاستعمال) في

كونهما يخالفان نصوصاً صريحة في الدستور ولكن العرف الدستوري المعدل بالحذف يخالفها بطريقة سلبية أما العرف المناقض فإنه يخالفها بطريقة إيجابية^(١).

ومع ذلك فإننا نرى أن تسمية هذا النوع من الأعراف ، المعدلة للنص ، بالعرف المناقض تعد غير دقيقة لأن العرف الدستوري من خلال عدم الاستعمال أيضا يناقض نصاً من نصوص الدستور بوساطة قاعدة دستورية سلبية تمنع الفاعلين السياسيين من استعمال النص الذي فقد قوته الإلزامية فهم لا يتمتعون بأية سلطة تقديرية إزاء تطبيق النص لأن العرف السلبي يجبر الفاعل السياسي على الامتناع عن التصرف بالطريقة المخولة في النص ، وبذلك فإن كلاهما يناقضان أو يخالفان النص الدستوري لكن بطريقة مختلفة وهذا ما دفعنا إلى تسمية هذا النوع من الأعراف المناقضة بالعرف الاستبدالي لأنه يذهب إلى أبعد من إلغاء النص الدستوري فهو يخلق واجب أو اختصاص أو التزام أو قاعدة أخرى مناقضة للنص الدستوري بطريقة تخول الفاعل السياسي ليختار أن يعمل شيء ما يتعارض بشكل مباشر مع النص الدستوري وبمعنى آخر فإن هذا العرف يجعل الفاعل السياسي يتمتع بسلطة تقديرية ليعمل بشكل يتعارض مع ما يتطلبه النص ، فهو يستبدل بشكل مؤثر النص الدستوري المكتوب بالقاعدة الدستورية غير المكتوبة التي ترفض وتتحدى المعنى الصريح للنص الدستوري والذي يستتبع هجر المعنى المألوف أو الأصلي لهذا النص ليحل محله معنى إيجابي جديد آخر.

(١) د. مصطفى محمود عفيفي ، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، الكتاب الأول ، ط ١ ، مطابع البيان التجارية ، ١٩٨٨ ، ص ٤٧ - د. جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص ٧٩

ومن الأمثلة الحديثة على ذلك أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية في فقرة التعاقد منع الولايات من أن تصدر أي قانون ينقص من قوة التزامات العقود^(١). ومع ذلك منذ فترة الكساد الاقتصادي عندما أقرت المحكمة الاتحادية العليا ممارسات الولايات لفرض قيود قانونية على حرية التعاقد كإجراء طارئ وضيق وذلك في قضية (**HOM BUILDING AND LEAN ASSN V. BLAISDELL 1934** ، فإن الولايات قد استمرت بتلك الممارسات التي تجسد فرض قيود قانونية على العلاقات التعاقدية لحماية المصلحة العامة ، إلى أن أضحت فيما بعد عرفاً دستورياً يتعارض بشكل مباشر مع النص الدستوري الصريح^(٢) .

كما أن نص دستور الولايات المتحدة الأمريكية في فقرة المعاهدات على أن " تكون له - أي للرئيس - السلطة ، بمشورة مجلس الشيوخ وموافقته ، لعقد المعاهدات شرط أن يوافق عليها ثلثي عدد أعضاء المجلس الحاضرين " ^(٣) فعلى الرغم من صراحة هذا النص فقد اعتاد الرؤساء الأمريكيين ، منذ السنين الأولى لنشأة الجمهورية وبشكل متزايد منذ الحرب العالمية الثانية ، على تجنب تصديق الكونجرس من خلال الدخول في اتفاقيات تنفيذية تحقق نفس الأغراض الوظيفية للمعاهدات ، وهذا ما اعترفت به المحكمة الاتحادية العليا في قضية (**UNITED STATES V. BELMONT 1937** وقضية **AMERICAN INS. ASSN V.**)

(١) ينظر : المادة الأولى (الفقرة العاشرة ، فقرة فرعية ١) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧

(٢) **BRENNER M.FISSELL** , The dual standard of review in contracts clause jurisprudence , The **GEORGTOWN LAW JOURNAL** , vol.101 , P.1090-1092 : <http://georgetownlawjournal.org/files/2013/04/Fissell.pdf>

(٣) المادة الثانية (الفقرة الثانية) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧

(GARAMINDI 2003) وقد استمرت تلك الممارسة إلى أن أصبحت عرفاً دستورياً يتناقض مع النص الدستوري^(١).

والمثال الآخر على التعديل العرفي للنص الدستوري عن طريق الاستبدال ، ما نصت عليه المادة ١٣ من دستور الجمهورية الرابعة لعام ١٩٤٦ بأن " تصوت الجمعية الوطنية وحدها على القانون ، وهي لا تستطيع تفويض هذا الحق " فعلى الرغم من صراحة هذا النص إلا أن الجمعية الوطنية صوتت في مناسبات عديدة على قوانين بحيث مكنت الوزارة من إصدار مراسيم عدلت بمقتضاها قوانين قائمة ، مما يعني نشوء عرف دستوري يناقض النص الدستوري^(٢)

ويذهب الفقه بأن هذا النوع من الأعراف يتضمن مخالفة صريحة لنصوص الدستور ، فهو من ناحية يهدر نصوص نظمها الدستور صراحة ، ومن ناحية أخرى يحدث تنظيماً جديداً لحكم مسألة معينة . فهذا العرف يقوم على مخالفة وتحريف وغصب السلطة ومن ثم فإنه يعد غير مشروع ولا يمكن التسليم به^(٣)

ومن وجهة نظرنا أن العرف الدستوري الاستبدالي يشكل انتهاكاً صريحاً لقيم حكم القانون ، لأنه يخلق التعارض المباشر بين النص والممارسة ، فالمحكومين لا يملكون إحالة نصية للمعيار الذي سوف يتمسك به الحكام تجاههم ، ولا المعيار الذي بموجبه يتم مساءلة الحكام . فوفقاً لهذا العرف : فإن النص يذكر الحق ، أوامر

(١) MICHAEL JOHN GARCIA , international law and Agreements : Their Effect upon U.S LAW , congressional Research service , 2015 , P.4-5 : <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL32528.pdf> -

(٢) د. يحيى الجمل ، مصدر سابق ، ص ٥٠ - د. منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، مصدر سابق ، ص ٤١٨

(٣) د. جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص ٧٩

التصرف ، ونواهي بعض أوجه السلوك ، لكن الفاعلين السياسيين على الرغم من ذلك ينكرون الحق ويرفضون واجبهم ، أو يرتبطون بسلوك ممنوع بشكل صريح ، وبذلك يمكن القول أن هذا النوع من الأعراف يحطم بشكل كامل الغرض من النص الدستوري المكان الذي من خلاله نفهم وظائفه في تجهيز قواعد السلوك الدستوري التي تعكس الواقع أو تقترب منه .

المبحث الثالث

التعديل العرفي للدستور الجامد وحكم القانون

ويتضمن مطلبين يتعلق المطلب الأول بمدى الانسجام بين النص الدستوري الجامد والممارسات السياسية ، ويتضمن المطلب الثاني قيمة التعديل العرفي للدستور الجامد

المطلب الأول : مدى الانسجام بين النص الدستوري الجامد والممارسة السياسية :

يمكن القول أن الدساتير المدونة أو النصوص الدستورية لها مزايا عديدة ، وهي الوضوح والثبات ، كما أنها تجديد لفكرة العقد الاجتماعي الذي يجسد الحقوق والواجبات المتبادلة بين الحكام والمحكومين لضمان عدم المساس بالأحكام الدستورية. فعملية التدوين كان من ورائها نية مبيتة تتمثل في عدم ثقة المواطن في الهيئات الحاكمة وما التوثيق إلا تثبيت " العهد " والإشهاد عليه ، لأن أصل العملية كان من أجل الإشهاد على ما اتفق عليه الأطراف وأن الخوف من التنكر أو الرجوع أو التحريف أو كل ما يمكن أن يغير من هذا الاتفاق كان قائما ويجب الحذر منه ، فضلا عن كونها وسيلة لتثقيف الشعوب من حيث تعليم الديمقراطية والالتزام السياسي ، فضلا عن تسخير الوثيقة الدستورية للأفراد للمطالبة القضائية بحقوقهم وحررياتهم الدستورية كما

أنها تسهل الواجب القضائي لتقييم دستورية أعمال أجهزة السلطة وفقا للنصوص الدستورية^(١)

وعلى الرغم من ذلك فإن حكم القانون لا يشترط بالضرورة التدوين ، لأن هذا الحكم موجود ومزدهر حتى في الدول ذات الدساتير غير المدونة كإنجلترا ، فصحیح أن الدساتير المدونة تساعد على تعزيز القيم الديمقراطية لحكم القانون إلا أنها ليست المنفذ الوحيد لتحقيق هذه القيم لا بل أن الدساتير المدونة قد لا تعكس بشكل صحيح القواعد المقبولة التي تشكل أو تقيد الممارسات السياسية^(٢) ، وهذا ما دفع هؤلاء إلى القول بأن العبرة في نفاذ الدستور واحترام قواعده ليست بتدوينه أو عدم تدوينه ، بل تستمد القواعد الدستورية قوتها من وعي أفراد المجتمع السياسي ومدى تعلقهم بها ، فعندما يتوفر هذا الوعي يستوي أن تكون القواعد مدونة أو غير مدونة ، فالوعي السياسي في إنكلترا ضمن لدستورها البرلماني الديمقراطي الاحترام والثبات على الرغم من أن أغلب قواعده غير مدونة أما إذا تخلف هذا الوعي فلن يجدي المجتمع السياسي تدوين الدستور كما حدث في إيطاليا في ظل الحكم الفاشي ، وكذلك كان حال الصورة الاجتماعية للديمقراطية التي عبث بها الدستور السوفيتي الشيوعي كل العبث بحيث أفرغها من محتواها^(٣)

وصحيح أن الدساتير المدونة والجامعة تعد أداة لتطوير وتعزيز حكم القانون، إلا أن جمودها ومرونتها لا يتوقف على قواعد وإجراءات تعديلها بل وأيضاً على

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص ٣٥ - د. يوسف حاشي ، مصدر سابق ، ص ١٣٣-١٣٥

(٢) د. يوسف حاشي ، مصدر سابق ، ص ١٣٤

(٣) د. إسماعيل ميرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، بغداد ، ١٩٦٠ ، ص ١١٢ - د. يوسف حاشي ، مصدر سابق ، ص ١٣٤

أسلوب صياغتها ، فمن حيث أسلوب الصياغة فإن النص الدستوري الجامد هو الذي يقوم على اصطلاحات محددة ومنضبطة ، وهذا يعني أن الصياغة القانونية قد حققت غايتها من الوضوح والتحديد بحيث يكون من السهل تطبيقها من قبل الهيئات الحاكمة من جهة وبما يحقق الاستقرار في العلاقات بين الهيئات الحاكمة وبينهم وبين الأفراد من جهة أخرى ، ونظراً لأن الصياغة القانونية تعتمد على الألفاظ والمصطلحات وتحاول عن طريقها التعبير عن واقع الحياة ، فإنه من المحتم أن يحدث شيء من التباعد بين ما هو لفظي وما هو واقعي ، فكلما زاد اللفظ تحديداً وجموداً كلما زادت شقة البعد بينه وبين حقائق الحياة المتغيرة المتنوعة ، ومع ذلك فإن القاعدة الدستورية الجامدة لا تقوم على أساس التحكم المطلق في الصياغة وإنما هي تنطوي فقط على بعض التحكم الذي قد يخرج عن الواقع في بعض الحالات ولكنه يستجيب للمألوف في معظم الحالات ^(١)

أما من حيث قواعد وإجراءات التعديل ، فإن الدستور الجامد يعرف بأنه الدستور الذي يعدل من خلال قواعد وإجراءات دستورية خاصة بحيث تكون أصعب من تلك التي تتبع في تعديل القوانين العادية ^(٢)

وهذا يعني في الظاهر أنه لا يمكن تعديل الدستور الجامد إلا من خلال التعديل الرسمي أي بوساطة القواعد والإجراءات الخاصة المنصوص عليها في الدستور و التي تعد المنفذ القانوني لإجراء الإصلاحات الدستورية اللازمة في الدولة .

فالجود الدستوري يعد ضروريا لإضفاء الثبات على القواعد الدستورية المنظمة للمؤسسات الدستورية وحقوق الإنسان والمبادئ والقيم الدستورية الأخرى

(١) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٥١-٥٥

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص ٦٠

لكي تكون في مأمن من تجاوز الهيئات الحاكمة بشكل خاص، فضلا عن استقرار الحياة السياسية والمحافظة على الأمن القانوني بشكل عام^(١).

ومع ذلك فإن درجة الجمود تختلف من دستور إلى آخر فقد تكون بسيطة أو متوسطة أو عالية، وفي كل الأحوال لا ينبغي أن تكون قواعد التعديل سهلة جدا لكي لا يكون الدستور عرضة للتعديلات المستمرة وغير الضرورية. كما لا ينبغي أن تكون صعبة جدا إلى درجة إعاقتها لعملية الإصلاح الدستوري الضروري في الدولة، فحتى إن وجد الجمود المطلق من خلال حظر التعديل فينبغي أن يطبق ذلك في أضيق الحدود كمنع تعديل مبدأ الفصل بين السلطات أو منع المساس بالحقوق والحريات الأساسية عن طريق الإلغاء وغيرهما من المبادئ الأساسية التي تشكل البناء الأساسي للدستور الديمقراطي، وهذا يعني أن قواعد تعديل الدستور بوصفه القانون الأعلى للبلاد ينبغي أن تكون معتدلة أو متوسطة لكي يواكب الدستور، عند الاقتضاء، سنة التطور في كافة مجالات الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية لغرض استمرارية النظام الدستوري في الدولة^(٢).

فوفقا لتوصية لجنة فينيس للإتحاد الأوروبي وهي اللجنة الأوروبية للديمقراطية من خلال القانون، بأنه لا يمكن للثبات الدستوري أن يكون عائقا أمام عملية الإصلاح الدستوري الضرورية في المجتمع، وفي الوقت ذاته لا يمكن للإصلاح أن يكون ذريعة لتصميم قواعد التعديل الدستوري بمرونة عالية بحيث يكون الدستور عرضة للتغيير

(١) د. يوسف حاشي، مصدر سابق، ص ١٢٨

(٢) ROSALIND DIXON, constitutional amendment Rules A comparative perspective, CHEGAGO, 2011, P.105-108 :
<http://www.law.uchicago.edu/files/file/347-rd-comparative.pdf>

المستمر من قبل السلطة التشريعية ، لذلك ترى اللجنة أنه من الأفضل تحقيق التوازن المناسب بين المرونة والجمود الذي يسمح بشكل متزامن بإجراء الإصلاحات الضرورية فضلا عن تأمين الحماية والاستشراف الدستوري ^(١) .

ومع ذلك فإن لجنة فينيس ترى أن تقييم مسألة التوازن بين المرونة والجمود في الدساتير تحتاج لدراسة كل حالة على حدة فضلا عن ذلك أنها تعزز رأيها من خلال الاستقراء بأن دساتير الدول ولاسيما القديمة منها تعتبر مسألة التوازن مثالية لذلك تتجه هذه الدول إلى تطوير تقنيات تعويضية بسبب عدم التوازن قد تخدم نظام التعديل فإذا كانت قواعد التعديل أكثر مرونة فإنها تكمل بواسطة الأعراف السياسية المحافظة ، أما إذا كانت أكثر جمودا فإنها تصلح بواسطة التفسير القضائي المرن أو الاتفاقات والأعراف الدستورية ، وإذا لم يتحقق ذلك في كلتا الحالتين فإنه لا يمكن تجنب التعديلات الراديكالية الجذرية التي تجري على النصوص الدستورية ^(٢) .

ونفهم من رأي اللجنة أن درجة الجمود الدستوري إذا كانت عالية بحيث تجعل عملية التعديل صعبة فإن ذلك يعد عاملا مساعدا لفتح المجال لظهور وسائل أخرى لتعديل الدستور كالعرف الدستوري والتفسير القضائي ، فالصعوبة البالغة في التعديل تجعل الإصلاحات الدستورية قليلة أو غير كافية للتكيف مع المتغيرات الواقعية في الحياة ، كما أن فعالية التغيير لا تتوقف من وجهة نظرنا على مدى مرونة وجمود

(^١) EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) , REPORT ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT , 2009 , P.21-22 :

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=C-DL-AD\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=C-DL-AD(2010)001-e)

(^٢) IBID, P.22

قواعد التعديل فحسب بل وأيضا على مدى وضوح صياغة النصوص الدستورية التي مهما بلغت من الدقة فإنها لا بد أن يعترها بعض المرونة التي تمنح المكلفين بتطبيقها سلطة تقديرية لتكييفها مع التطورات الضرورية الراهنة . لذلك يمكن القول أن التطابق الكامل أو الكبير بين النصوص الدستورية والواقع يؤدي إلى الجمود المفرط ، كما أن التطابق القليل بينهما يؤدي إلى التحكم والانتهاك .

ولذلك هنالك من يرى أن كلا من التعديل الرسمي وغير الرسمي ضروريان للحفاظ على استمرارية النظام الدستوري في الدولة لأن كلاهما يقومان بتجديد الحياة الدستورية من خلال إجراء التغييرات الجزئية الضرورية في الوثيقة الدستورية لكي تتلاءم وتتكيف مع متطلبات الحياة المتجددة ، وهذا ما أكده الفقيه (JOHN RAWLS) بقوله " أن كلا النوعين من التعديل الرسمي وغير الرسمي يكيفان القيم الدستورية الأساسية مع المظاهر الاجتماعية والسياسية المتغيرة أو ... أن كلاهما يدمجان من خلال الدستور لفهم أوسع أو أكثر شمولاً لتلك القيم " (١) .

المطلب الثاني : قيمة التعديل العرفي للدستور الجامد :

وقد اختلف الفقهاء في تحديد القيمة القانونية للعرف المعدل ، فأنصار المدرسة الوضعية القانونية الغلاة يذهبون إلى أن العرف أياً كانت صورته ونوعه لا يمكن أن يكون مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية إلا إذا أقره المشرع لأنه يفتقر إلى ما تقتضيه تلك القاعدة من قوة قانونية إلزامية وسمو بالنسبة لكافة القواعد القانونية الأخرى ومع ذلك فهم يعترفون له بأهمية أو قيمة سياسية . إلا أن الاتجاه

(١) RICHARD ALBERT , op.cit, P.1060-1061

المعتدل من هذه المدرسة، التي يعد الفقيه جون أوستن (JOUN AUSTIN) من أبرز أنصارها ، يسلم بالعرف كمصدر احتياطي للقاعدة القانونية على أساس أنه يمثل الإرادة الضمنية لصاحب السيادة (فرد أو مجموعة من الأفراد)، فالعرف لا يعد قانوناً بذاته إنما يصبح قانوناً عندما يتم تبنيه بشكل خالص من قبل القضاة ، الذين هم ليسوا مخولين ضمناً فقط من قبل صاحب السيادة ليفعلوا ذلك ، بل وأيضاً مخولين بشكل ضمني ومتساوي من قبل صاحب السيادة ليفرضوا العقوبات في حالة عدم الطاعة^(١) .

وهذا ما دفع أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن لا يسمح باللجوء إلى العرف إلا في حالة عدم وجود تنظيم تشريعي للمسألة أصلاً بحيث لا يمكن أن يصل إلى حد إلغاء أو مخالفة التشريع أو إضافة شيء جديد إلى أحكامه القائمة لأن في ذلك تصريح بالخروج على حكم القانون ، وبذلك فهم يعترفون بالأعراف المفسرة والمكملة للفراغ التام في النص في ظل الدستور المرن ، أما إذا كان الدستور جامداً فلا مجال معه لغير العرف المفسر لأن الدستور الجامد يأتي في مرتبة أعلى من التشريع العادي ، وقصارى العرف عندهم أن يأتي في مرتبة مقاربة – وليست مساوية للتشريع العادي – وعلى ذلك تظل المسافة بين العرف والدستور الجامد واسعة ، وبالتالي لا تستطيع القواعد العرفية أن تؤثر في نطاق الدستور الجامد ومن ثم فإن العرف المعدل وحتى المكمل هو انتهاك لحرمة الدستور لأنهما يؤثران في مجال الدساتير الجامدة بالإلغاء

(١) FREDERICK SCHAUER , The Jurisprudence of custom , TEXAS international law Journal , Vol.48 , P.526 :

<http://www.tilj.org/content/journal/48/num3/Schauer523.pdf>

والإضافة المكان الذي لا يمكن أن يحدث إلا من خلال السلطة المؤسسة المشتقة (سلطة التعديل) التي أنشأها الدستور (١).

ويفهم من هذا الاتجاه أنه ربط بين العرف وإرادة صاحب السيادة (الحاكم أو المشرع) بحيث يكون للعرف قوة القانون عندما يتم التسامح معه من قبل صاحب السيادة ، وهذا التسامح يعد بمثابة موافقة ضمنية من قبل صاحب السيادة مما يعني أيضاً أن العرف يعد أمراً ضمناً من صاحب السيادة الذي يملك وحده صنع القواعد القانونية في المجتمع ، بحيث يكشف العرف عن وجود القواعد القانونية التي تعبر عن إرادة صاحب السيادة دون أن يقوم (أي العرف) بخلقها . فضلاً عن ذلك أن هذا الاتجاه ربط بين العرف والجزاء الذي لا يمكن أن يفرض إلا من قبل القضاة المخولين من قبل صاحب السيادة . ومع ذلك نحن لا يمكن أن نؤيد هذا الاتجاه الذي يقضي على جوهر العرف واستقلاله المترسب من الممارسات الإنسانية القديمة .

كما أن الاتجاه الذي يذهب إلى أن العرف يتكون من أحكام القضاء من خلال تكرار السوابق القضائية ، لا يمكن قبوله . فالقضاء لا يخلق العرف فواجب القضاء بحكم وظيفته الأصلية أن يطبق القانون أياً كان مصدره وهو لا يطبق العرف إلا إذا تحقق من وجوده أولاً كقانون وضعي فالقاضي عليه واجب العلم بالقانون وتطبيقه ، فإذا أخذنا بتعبير الفقيه كلسن فإن العرف وهو قانون غير مكتوب يحتاج في تطبيقه على الحالات إلى قرارات مكتوبة وهي أحكام القضاء ، إلا أن القضاء قد يعمل على هدم العرف والانتقاص من قيمته القانونية عندما يعتبره من مسائل الواقع ، وليس القانون ، التي يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ومن دون رقابة من قبل المحاكم العليا على

(١) د. رمضان محمد بطيخ ، مصدر سابق ، ص ٩٧ - د. إبراهيم درويش ، مصدر سابق ، ص ٧٧ - د. يحيى الجمل ، مصدر سابق ، ص ٥١-٥٢

المحاكم الدنيا في تطبيقها للعرف باستثناء بعض الحالات التي يحيل فيها التشريع إلى العرف كما الحال في فرنسا ومصر ومن شأن هذا أن يؤثر في فعالية العرف وبالتالي في وجوده^(١). فهذه المحاكم قد خلطت بين العادة بوصفها مجرد ممارسة واقعية غير ملزمة وبين العرف كقاعدة قانونية ملزمة.

وبذلك فإن دور القضاء يتضح من زاوية أنه يساهم في تدعيم القوة الإلزامية للعرف من خلال تطبيقه له بحيث يقوي الشعور باحترامه من قبل الأشخاص، فضلا عن دوره في الكشف عن وجوده وإثباته وذلك بعد أن تتوافر له أركانه. فالقواعد العرفية تتكون بالتدريج داخل المجتمع وكثيرا ما يثور الشك حول وجودها ولكن هذا الشك يتبدد بمجرد صدور أحكام من القضاء تثبت وجودها وتؤكد نفاذها، إذ أن القاضي لا يقر بوجود العرف إلا بعد التأكد من قيامه وتوافر أركانه، كما يسهم القضاء في تفسير العرف فهو بحسب طبيعته وتكوينه يحتاج إلى مجهود كبير لإجلاء غموضه وتحديد نطاقه وبيان شروط تطبيقه وآثاره ولكنه قد يخرج عليه تحت ستار التفسير^(٢).

لكن الحقيقة أن موقف القضاء تجاه الأعراف الدستورية بوصفها قواعد غير مكتوبة يختلف من دولة إلى أخرى فقد تكون غير مطبقة أمام المحاكم وذلك انطلاقاً من كونها قابلة للتطبيق سياسياً وليس قضائياً، إلا أنه في بعض الدول، كبريطانيا التي لديها دستور غير مدون ومرن وكندا التي لها دستور مدون وجامد، تعترف المحاكم

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٤٥٣-٤٥٦

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٧، ص ٢٢٩-٢٣٠

بوجود الأعراف الدستورية كمساعد للتفسير القضائي ، وهذا ما استند إليه بعض الفقهاء للقول بأن هكذا اعتراف قد يظهر في أوقات كمشابه للتطبيق^(١) .

فقد بينت المحكمة العليا الكندية في قضية (PATRIATION) في عام ١٩٨١ وذلك بمناسبة اعتراض ثمانية أقاليم على البنود المقترحة من الحكومة الاتحادية لتعديل الدستور الفدرالي دون موافقة الأقاليم التي احتجت بوجود عرف دستوري يقضي بأنه لا يمكن للحكومة الفدرالية أن تطلب من برلمان المملكة المتحدة تعديل الدستور الفدرالي في المسائل التي تؤثر في علاقات الإتحاد بالأقاليم دون تصديق الأقاليم ، ففي هذه القضية اعترفت المحكمة العليا بهذا العرف كقوة ملزمة بذكرها " أن ذلك يستطاع الاعتراف به كقواعد عرفية لا بل حتى الالتزام به على الرغم من مظاهره السياسية كالغموض المفترض والمرونة وعدم التأكيد"^(٢) .

كما صرحت المحكمة العليا الكندية في القضية نفسها بأنه " في حالة سن التعديل المقترح من دون موافقة الأقاليم فإنه سيكون غير دستوري " فعلى الرغم من أن المحكمة لم تطبق العرف لكنها أقرت بصورة واسعة بأن برلمان المملكة المتحدة لا يمكن أن يمرر تعديل الدستور الكندي في مواجهة الموقف المتخذ من قبل المحكمة مما يؤثر في قوة الحكومة الفدرالية التي رجعت فيما بعد إلى منضدة التفاوض^(٣) .

(١) JOHN F. MCELLOWNEY , public law , 2nded , LONDON , sweet Maxwell , 1998 , P.113

(٢) ELISE HURTUBISE LORANGER , op.cit , P. 1

(٣) IBID , P.1

بالإضافة إلى ذلك أشارت المحكمة العليا الكندية في القضية ذاتها بأنه يمكن للمحاكم أن تأخذ الأعراف في حسابها حتى إذا هم لا يستطيعون تطبيقها ، كما بينت بشأن أهمية الأعراف الدستورية بأنه " بينما هي ليست قوانين ، بعض الأعراف قد تكون أكثر أهمية من بعض القوانين ، وأهميتها تعتمد على القيمة أو المبدأ التي هي تقصد حمايته ، وأيضا هي تشكل جزءاً متكاملأ من الدستور والنظام الدستوري ... وهذا هو السبب في أنه من المناسب تماما أن نقول إن انتهاك العرف هو أن تفعل شيئا غير دستوري على الرغم من أن ذلك لا يستتبع أية آثار قانونية مباشرة " (١) .

وهذا ما دفع جانب من الفقه إلى القول بأن الأعراف الدستورية هي تعبيرات عن المبادئ الدستورية الكامنة التي تدعم وتوفر تبريراتها القاعدية ، فصحة العرف الدستوري تأتي من مطابقته لتلك المبادئ القاعدية لكونه يعد استجابة لها فإذا لم يكن كذلك فيجب أن يتغير، لما يتمتع به من خاصية مرنة تجعله يتغير بسرعة نسبية كلما يقتضي الأمر ذلك ، حتى يتكيف مع المظاهر السياسية المتغيرة . فقد قامت المحكمة العليا الكندية ، في معرض استعانتها بالأعراف الدستورية لتفسير الدستور الكندي المكتوب، باشتقاق أربعة مبادئ كامنة في الأعراف لتبرير سمتها الدستورية ، وهذه المبادئ تتمثل بالمذهب الفدرالي والديمقراطية والمذهب الدستوري وحماية الأقليات (٢) .

فضلا عن ذلك يذهب بعض الفقهاء إلى إمكانية تحويل القوة الإلزامية للعرف من قوة سياسية (قابلة للتطبيق أمام الفاعلين السياسيين كالبرلمان والرأي العام) إلى قوة قانونية ملزمة من خلال عدة وسائل كبلورة العرف ، أو تقنينه أو تجسيده في الدستور

(١) JAMES W.J.BOWDEN , NICHOLAS A.MACDONALD , op.cit , P.370

(٢) IBID , p. 369

المكتوب^(١) ، فبلورة العرف تتم من خلال تطبيق المحاكم للأعراف الدستورية فردياً بحيث تتحول القاعدة العرفية الفردية إلى قاعدة قانونية ملزمة وذلك من خلال استنباط المحاكم للمبادئ التي تعزز العرف وذلك لا يتم من دون سابقة ، إلا أن البعض الآخر من الفقهاء أعترض على ذلك لأنه في حالة تطبيق المحاكم للعرف الدستوري فإنه سيصبح قضية قانونية أمام المحاكم أكثر من السياسيين وهذا ما يؤدي إلى أن القضاء سيتحول إلى المجال السياسي مما يخل بمبدأ الفصل بين السلطات فضلاً عن أن ذلك يكبت العرف بوصفه قضية ديناميكية سياسية^(٢) .

كما أنه في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية لا تتمتع الأعراف بقيمة دستورية إلا بتقنينها أو تجسيدها أو بلورتها في النظام الدستوري ، ففي هذه الأنظمة فقط المحاكم أو التعديل الدستوري الرسمي يوفران الوسائل القابلة للتطبيق من عدمه^(٣) .

كما يوضح الفقيه الفرنسي (F.TERRE) بأنه " لا نرى مكانة للعرف مع وجود الدستور المدون لأن تطبيق الدستور هو عمل مادي مجاله الواقع ، وهذا هو

(١) ويذهب البعض إلى أنه يوجد فرق بين رسمية الأعراف الدستورية (OFFICIALIZATION) وتقنينها (CODIFICATION) ، فرسمية الأعراف الدستورية هي إضفاء السمة الرسمية عليها من خلال كتابتها أو تدوينها من خلال كتيب أو دليل كتابي ، بدون صياغتها بشكل مواد في الدستور ، مما يخدم بشكل عام المرونة وإرشاد تعليمي للإعلام والمؤسسات السياسية والجمهور . وبشكل مناقض فإن تقنين الأعراف الدستورية يكون من خلال صياغتها بشكل مواد في الدستور مما ينهي سمة العرف القابلة للتنفيذ سياسياً ، بسبب تحويلها من قواعد سياسية إلى قواعد قانونية قابلة للتنفيذ قضائياً : IBID , P.367

(٢) T . R . S ALLAN , law , liberty and justice : The legal foundation of BRITISH constitutionalism , CLARENDON PRESS , 1992 , P.12-13 , 48

(٣) JAMES W.J.BOWDEN , NICHOLAS A.MACDONALD , op.cit , P.399-400

الرأي الغالب في الفقه الفرنسي حتى أن الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ لا يذكر البتة العرف ، كما أن المجلس الدستوري لا يجعل منه مرجعاً أبداً ، ولنفرض أننا وجدنا له مكانة سوف لن تكون سوى متممة ، لهذا من الصعب الإبقاء على عرف أهمل من تطبيقه لمدة ، ناهيك عن وجود آليات للمراجعة الدستورية " (١) .

وبذلك يمكن القول أن اتجاه المحاكم في هذه الدول يرفض جعل العرف مرجعاً دستورياً مستقلاً للطعن بعدم دستورية التشريعات العادية ، وهذا يعني أن نتائج انتهاك العرف الدستوري تبقى سياسية وليست قانونية ، في ظل غياب التطبيق القضائي للعرف الدستوري ، بحيث يبقى العرف يجسد الأخلاقية الدستورية أو السياسية (CONSTITUTIONAL MORALITY) التي تحكم بشكل غير رسمي سلوك الفاعلين السياسيين (٢) . ومع ذلك يمكن القول أن اتجاه المحكمة العليا الكندية ، في القضية السابقة ، يعد اتجاهاً متطوراً لأنها اعترفت بالقيمة القانونية للعرف بوصفه يحتل نفس مرتبة الدستور ، إلا أنها لم تقرر عدم دستورية التعديل لتعارضه مع العرف، بل أنها استخدمت هذا الاعتراف كوسيلة ضغط على الحكومة الفدرالية للالتزام بالعرف الدستوري الذي يقرر مشاركة الأقاليم في عملية تعديل الدستور الفدرالي في المسائل الفدرالية الإقليمية (أي المسائل المشتركة) .

أما المدرسة التاريخية التي تزعمها الفقيه الألماني سافيني (SAVIGNY) فتذهب إلى أن أساس القانون الوضعي يكمن وجوده في الحقيقة في الضمير العام للشعب ، إلا أن هذا الوجود مخفي بحيث لا يمكن معرفته إلا عندما يظهر أو يكتشف

(١) د. يوسف حاشي ، مصدر سابق ، ١٣٨

(٢) A . V . DICEY , Introduction to the study of the law of the constitution , 8thed , MACMILLAN , LONDON , 1915 , P.277-278 :
http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf

بعمل خارجي من خلال العرف الذي هو من انسجام السلوك الدائم والمستمر بحيث يمكن رؤية جذوره العامة التي هي تفرض بمجرد التوافق (أي إيمان الشعب) ولذلك فإن العرف يعد علامة مميزة للقانون الوضعي وليس أساس خلقه ، كما أن العرف يعد التعبير عن الاتفاق الطبيعي للرأي ولهذا فإنه في سبيل الكشف عن القانون فإن العرف يسمو على التشريع لأنه أقرب من روح الشعب فهو كشف مباشر عن هذه الروح بينما التشريع لا يكشف عنها إلا من بعيد وبطريقة ناقصة . وهذا يعني أن العلاقة بين القانون والعرف هي معكوسة : فالقانون الوضعي غير مخلوق بوساطة العرف ، لكن العرف مخلوق بوساطة القانون الوضعي ^(١) .

وصحيح أن لهذه المدرسة يعود الفضل في إبراز دور العرف كمصدر مستقل عن التشريع فضلاً عن إبراز أركانه المادية والمعنوية ، كما أنها بينت بأنه في سبيل الكشف عن القانون فإن العرف يسمو على التشريع لأنه أقرب منه إلى روح الشعب ، فهو كشف مباشر عن هذه الروح بينما التشريع لا يكشف عنها إلا من بعيد وبطريقة ناقصة . إلا أنها وقعت في أخطاء أبرزها تحليل الركن المعنوي للعرف فبدلاً من أن تجعل منه عنصراً إرادياً جعلت منه شيئاً غامضاً منسوباً إلى ما تسميه روح الشعب أو الضمير العام للشعب ، وبالتالي فإن العرف لا يستمد قوته من التشريع بل أنهما يستمدان قوتهما من المصدر الحقيقي للقانون وهو ضمير الشعب وهذا يعني أنهما مجرد إجراءات كاشفة عن قانون سبق تكوينه ونفاذه من قبل^(٢) . ولذلك يمكن القول

(١) AMANDA PERREAU SAUSSINE , JAMES BERNARD MURPHY ,
The nature of customary law , Cambridge university press , 2007 ,
P.133-134

(٢) RICHARD A. POSNER , SAVIGNY , HOLMES , AND THE LAW
AND ECONOMICS OF POSSESSION , VIRGINIA LAW REVIEW ,
VOL.86 , P.536-537 :

=

بأن هذه المدرسة تضيف الصفة الموضوعية على القاعدة القانونية قبل أن تظهر بالتصرف ، فالشعور الشعبي هو أساس كل قانون وضعي وعليه فإن العرف سيكون التعبير المباشر لهذا القانون الشعبي الذي يعلو على أي تشريع مكتوب سواء كان دستورياً أم عادياً مما يعني إمكانية تعديل الدستور بسهولة (بالإضافة أو الحذف) حتى لو كان جامداً ، ومن دون السماح للمشرع الدستوري أن يلغي أو يعدل العرف ، وسبب ذلك أنها خلطت بين القانون العرفي والقانون الطبيعي بحيث جعلت العرف أعلى من الدستور مما لا يمكن التسليم به بتاتاً .

وقد كان للمدرسة التاريخية صدىً كبيراً في اتجاهات بعض المحاكم ، ومثال على ذلك المحكمة العليا في النيبال التي صرحت في قضية (MEERA KUMARI DHUNGANA V. HIS MAJESTYS GOVERNMENT MINISTRY OF LAW) بأن التشريع يجب أن يتفق مع أعراف الشعب ، كما أن أي قانون إصلاحي أو أي تعديل للقانون يجب أن يتحقق وفقاً لضمير وقواعد المجتمع ، ولذلك قررت المحكمة بإلغاء النص التشريعي لكونه يتعارض مع الأعراف والتقاليد الراسخة في ضمير الأمة ^(١)

http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2892&context=journal_articles :

وللمزيد من التفصيل ينظر : د. نبيل إبراهيم سعد ، د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ - ٢٢٩

(^١) NEETIJ RAI , basic concept of SAVIGNY VOLKSGEIST :
http://www.academia.edu/428817/BASIC_CONCEPT_OF_SAVIGNY_S_VOLKSGEIST

كما أن نظرية التضامن الاجتماعي التي تزعمها الفقيه الفرنسي دكي تذهب إلى أن التضامن الاجتماعي هو وحده الذي يخلق القانون أما التشريع أو العرف فهما مجرد أدوات كاشفة عن القانون ، وبذلك فإن العرف بالنسبة للعميد دكي ليس بمصدر للقانون وإنما طريقة من طرق إقرار القاعدة القانونية الموضوعية (أي السنة القانونية) التي هي نص مانع أو أمر ، وهذا يعني أن التشريع أو العرف يعدان من القواعد القانونية البناءة التي تحدد الطريقة المستخدمة لضمان هذا المنع أو الأمر . وبذلك فإن الفقيه دكي يرى أن العادة الدستورية التي أتبعها القابضون على القوة بأن يتصرفوا وفقاً لهذه الطريقة أو تلك ، لأجل ضمان قاعدة سابقة في الوجود هي التي تقيم القاعدة العرفية ، فالقاعدة العرفية لا يقيمها إذن ضمير الأفراد لأن جمهور الأفراد لم يتدخل في ذلك ، بل الذي تدخل هم فئة صغيرة من القابضين على السلطة (الحكام أو وكلاؤهم) فالإجراء المستخدم من قبلهم يصبح شيئاً فشيئاً قاعدة قانونية لأنها تهدف إلى ضمان قاعدة نفذت عميقاً في جمهور الأفراد باعتبارها ضرورية للتضامن الاجتماعي ومتطابقة مع العدالة^(١) .

والأخذ بهذا الرأي يفسح المجال للقول بأن العرف الدستوري يعد تعبيراً عن إرادة الحكام أكثر مما هو تعبير عن التضامن الاجتماعي ، بحيث لا يوجد ما يمنع الحكام من التعارف على ممارسة السلطة بشكل يختلف عن نصوص الدستور من خلال إحلال إرادتهم غير المكتوبة محل إرادتهم المكتوبة وبذلك يستطيعوا أن يعدلوا الدستور كما يريدون ، مما يجعل العرف الدستوري شبيهاً بالدكتاتورية .

كما يبين الفقيه دكي أنه من الممكن أن يكون النص الدستوري أو التشريعي الوضعي في تناقض ظاهر مع الضمير القانوني وبالتالي لا يمكن الاعتداد به أي هو إلى

(١) د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص ١٢٦-١٢٩

اندثار وحينئذ يطرح السؤال التالي : هل يستطيع العرف أن يلغي نصاً دستورياً أو تشريعياً؟ سؤال ، يقول دكي ، مطروح بشكل مغلوط . وسبب ذلك يعود إلى أن العرف والقانون المكتوب ليس بذاتيهما قواعد قانونية وبالتالي فإنه لا يمكن أن تطرح قضية إلغاء أحدهما من قبل الآخر . لكن حين يكون أكيداً أن العرف هو الذي يظهر حقيقة السنة القانونية وأن النص الوضعي هو بصورة أكيدة في تناقض معها ، عندها يصبح من المستحيل أن ننكر أنه يجب الأخذ بالسنة التي أظهرها العرف^(١) وبذلك يمكن القول أن نظرية التضامن الاجتماعي على الرغم من أنها جعلت العرف كاشفاً وليس منشئاً للقاعدة القانونية إلا أنه يمكن الاستفادة منها في تبرير مذهب سقوط القاعدة الدستورية المكتوبة بعدم الاستعمال لكن هذا التبرير لم يكن على أساس العرف الدستوري السلبي بل على أساس أنها لم تستمد قوتها القانونية من القاعدة القانونية السننية (أي التضامن الاجتماعي) مما يجعلها قاعدة بدون أثر أو قاعدة ميتة .

كما يذهب الفقيه الفرنسي رنه كابيتا (CAPITANT) إلى تبرير سقوط القاعدة الدستورية بعدم الاستعمال لكن بشكل مختلف ، إذ أنه يخلط بين صحة القاعدة القانونية وفعاليتها . فالقاعدة القانونية التي تفقد فعاليتها ولا تنطبق إطلاقاً في الحياة العملية هي قاعدة غير صحيحة وغير موجودة ، فحياة القانون في تنفيذه ، والقانون الذي لا ينفذ لا وجود له ولا حياة^(٢) .

إلا أن الفقيه هانس كلسن (HANS KELSEN) كان أكثر اعتدالاً في عرض هذه الفكرة ، ففي رأي كلسن أن الصحة شيء والفعالية شيء آخر والدليل على ذلك أن الصحة تسبق دائماً الفعالية فالقاضي عندما يطبق لأول مرة قاعدة صدرت

(١) المصدر نفسه ، ص ١٣٠

(٢) د. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، مصدر سابق ، ص ١٦٠-١٦١

حديثاً، فإنه يحقق فعالية قاعدة تحققت صحتها من قبل ، ومع ذلك فإنه يعتبر الفعالية شرطاً من شروط الصحة ، ومقتضى ذلك أنه إذا فقدت القاعدة فعاليتها بصفة مطلقة فإنها تفقد بذلك صحتها وقوتها الإلزامية لأنها تفقد شرطاً من شروط صحتها على خلاف ما إذا فقدت القاعدة بعض فعاليتها فقط فإنها في هذه الحالة لا تفقد صحتها لأن القاعدة القانونية لا يتصور أن تكون فعاليتها كاملة ، وإن كان من الواجب أن يتحقق لها حد معين من الفاعلية الذي يعد شرطاً من شروط صحة القاعدة القانونية ، وقبل هذا الشرط يوجد شرط أول لصحة القاعدة القانونية هو شرط ميلادها ، وواقعة الميلاد أو الخلق لا تختلط بصحة القاعدة ، ولكنها تعتبر شرطاً من شروط الصحة فحسب ، ويضرب كلسن مثلاً لذلك على سبيل التبسيط هو مثل ميلاد الإنسان فولادة الإنسان شرط من شروط حياته ، وكذلك فإن تغذية الإنسان بعد ولادته شرط لاستمرار الحياة ولكن لا الميلاد يختلط بالحياة وإن كان يعتبر شرطاً لها ، ولا الغذاء يختلط بالحياة وإن كان يعتبر شرطاً لاستمرارها ، وهكذا فإن صحة القاعدة القانونية تشبه في هذا المثال حياة الإنسان ، وكذلك فإن ميلاد القاعدة القانونية يشبه ميلاد الإنسان ، كما أن فعالية القاعدة القانونية تشبه تغذية الإنسان بعد ميلاده ، والميلاد والفعالية هما شرطان لصحة القاعدة القانونية ولكنهما لا يختطان بالصحة ذاتها وهكذا فإن القاعدة القانونية حتى لو كانت قاعدة دستورية فإنها تفقد صحتها إذا هجرت أو رفضت بصفة دائمة وهذا ما يعد عرف سلبي يؤدي إلى تحطيم القاعدة المهجورة حتى ولو كانت هذه القاعدة صادرة عن المشرع^(١) .

وهكذا يفهم من رأي الفقيه كلسن أن طبيعة القاعدة الدستورية تكون مزدوجة فالقاعدة الدستورية ليست هي الصحيحة فقط ولا هي الفعالة أو الناجعة فقط ، بل هي

(١) ينظر :د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٦٩-٧٤

الصحيحة والناجعة في الوقت نفسه ، فهو يعرف القاعدة القانونية تعريفاً مزدوجاً حين يعرفها بطريقة خلقها وبطريقة تطبيقها . وبذلك يمكن للقاعدة الدستورية المكتوبة أن تسقط قانونياً بعدم الاستعمال في حالة توافر أركان العرف الدستوري السلبي .

ومع ذلك فإن الفقيه كلسن قد فشل في بيان أساس صحة القاعدة الدستورية والنظام القانوني المتدرج بمجمله لأنه يقيم ذلك على السنة الأساسية GRUND (NORM) التي تعد من وجهة نظره قاعدة غير وضعية مفترضة وتصورية وغير مسببة فسريان القاعدة الدستورية لديه لا يتوقف على وجودها الصحيح فحسب بل وأيضاً عندما تكون فعالة ومؤثرة اجتماعياً أي عندما تتبع بحكم الواقع أو يعاقب على عدم أتباعها وبغض النظر عن سبب أتباعها^(١) .

كما أن الفقيه هارت (H.L.A. HART) قد وضح هذا الأساس الذي يتمثل لديه في قاعدة الاعتراف (RULE OF RECOGNITION) إذ أن وجودها هو حقيقة أو واقعة اجتماعية^(٢) بوصفها أساس سريان القواعد الأخرى في النظام

(^١) GODWIN ONOS IDJAKPO , identifying impurities in Kelsen pure theory of law , The Nigerian Academic Forum Vol.19 , N1 , P.1-2 : <http://www.globalacademicgroup.com/journals/the%20nigerian%20academic%20forum/IDENTIFYING%20IMPURITIES%20IN%20KELSEN%E2%80%99S%20PURE%20THEORY.pdf> – T.C.HOPTON , GRUNDNORM And CONSTITUTION , MCGELL Law Review , VOL.24 , P.82-83 :

<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6042331-hopton.pdf>

(^٢)GRAHAM HUGHES , validity and the Basic Norm , California Law Review , VOL.59 , ISSUE 3 , 1971 , P.695 :

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2679&context=californialawreview>

القانوني^(١) . فهي المعيار الأعلى للصحة القانونية لكن ليست هي الصحة ذاتها ، فهي ليست قاعدة قانونية ولا قاعدة مفترضة إنما هي قاعدة اجتماعية (أي عرفية) توجد بسبب قبولها المشترك وممارستها الواقعية من قبل الموظفين ، فالموظفين يستعملونها كمعيار لإرشاد وتقييم تصرفاتهم ، بحيث يشمل هذا الاستعمال اللجوء إلى الأشكال المختلفة من الضغط الاجتماعي لدعم القاعدة وتجهيز التطبيق للبند القاعدية كالواجب أو الالتزام . وهكذا فإن قاعدة الاعتراف تؤدي وظيفتين أساسيتين الأولى تحديد مضمون ومراتب مصادر القانون والثانية أنها تشكل المصدر النهائي لقاعدية القانون بوساطة فرض الواجب على الموظفين لتطبيق كل القواعد التي تلتقي مع معايير الصحة المحددة من قبلها^(٢) .

ففي حساب الفقيه هارت الفاعلين السياسيين ربما يشعرون أنفسهم ملزمين بالقواعد المذكورة في النص الدستوري أو الملفوظة بوساطة المحاكم أو حتى القواعد العرفية ، فقاعدة الاعتراف هي التي تحدد معيار تقييم إلزامية القواعد ، فهي التي تقيم القاعدة لتحديد القواعد الرئيسية للالتزام . فقاعدة الاعتراف هي التي تحدد معيار فيما إذا القاعدة الدستورية تنتقل من الاستعمال أو القابلية للاستعمال إلى عدم الاستعمال أو عدم القابلية للاستعمال ، المكان الذي تخسر القاعدة الدستورية صحتها السياسية بحيث لم تعد تجبر الفاعلين السياسيين ليطابقوا سلوكهم معها ، وبمعنى آخر أن قاعدة

(١) روبرت اليكسي ، فلسفة القانون ، ترجمة كامل فريد السالك ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص ٤١-٤٢

(٢) TORBEN SPAAK , KELSEN And HART ON The NORMATIVITY of Law , Stockholm institute for SCANDIANVIAN LAW , 2010 , P.408 : <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf>

الاعتراف هي التي تحدد بأن القاعدة تفقد خاصيتها الإلزامية وبالتالي لم تعد قاعدة رئيسية للالتزام^(١).

وهذا يعني أن قاعدة الاعتراف على الرغم من أنها ثانوية إلا أنها المعيار الأعلى للصحة القانونية لأن القواعد الأساسية (قاعدة التغيير ، قاعدة الحكم القضائي) تستمد قوتها الإلزامية من قاعدة الاعتراف ، ومع ذلك فإن القواعد الأساسية للنظام القانوني تقوم بحل المشكلات المختلفة لقاعدة الاعتراف الاجتماعية أو العرفية ، فخاصية الثبات للقاعدة العرفية يتم التغلب عليها بواسطة قاعدة التغيير التي تمنح السلطة لشخص أو مؤسسة لغرض تعديل القواعد بما ينسجم مع التطورات الراهنة . كما أن مشكلة عدم الفعالية يتم حلها بواسطة قاعدة الحكم القضائي التي تحدد فيما إذا يوجد قناعة بتلك القاعدة أو أنها انتهكت بشكل نادر ، وهكذا إذا الجزء الأكبر من الكيان القانوني (القضاة) قد اعترف بالخاصية الملزمة للقاعدة ، فإن السقوط الدستوري بعدم الاستعمال طبقاً لذلك يحدث في المكان الذي فيه قاعدة الاعتراف تغير فهم الكيان القانوني للقاعدة الدستورية من ملزمة للفاعلين السياسيين في وقت إلى غير ملزمة في وقت آخر^(٢).

كما يذهب الفقيه (LONFULLE) بأن قاعدة الاعتراف يجب أن تكون قاعدة أخلاقية لأنها مشتقة بشكل فاعل من القبول العام ، ومع ذلك فإن هارت يبين بأن

(¹) Stanford Encyclopedia of philosophy , legal positivism , 2003 :

<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>

(²) SCOTT J. SHAPIRO , what the Rule of Recognition (and does it exist) ? , YALE LAW SCHOOL , P. 2-4 :

http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Rule_of_Regulation.pdf

الموظفين الذين يقبلون قاعدة الاعتراف يحتاجون بأن يعتبروا أنفسهم ملزمين أخلاقياً بأن يفعلوا ذلك^(١).

ولذلك فإن الفقيه سوبر (SUBER) يميز بين الأثر القانوني والأثر العملي لعدم الاستعمال إذ يستنتج بأن إهمال النص الدستوري على الرغم من أنه غير قانوني إلا أنه يمنع استعمال النص واقعيًا أو يجعله غير قابل للاستعمال^(٢).

و يمكن القول أن النص الدستوري (المنظم لممارسة السلطة) ، وفقاً لهذا الرأي الأخير ، يصبح بعدم استعماله وإنكاره العام اليقيني و الدائم نص دستوري مشلول أي معطل في التطبيق العملي ، بحيث يجبر الفاعل السياسي على الامتناع عن التصرف بالطريقة المخولة من قبل النص ، مما يعني أن سلطته التقديرية تصبح منعدمة إزاء تطبيق النص . فالعرف الدستوري بعدم الاستعمال يخلق الفراغ في النص لأنه يجرده من فعاليته وقوة نفاذه فهو بمثابة إلغاء واقعي (أي سياسي) أو غير مكتوب للقاعدة الدستورية المكتوبة .

كما ينبغي أن نوضح ما ذهب إليه العديد من الفقهاء بأن العرف يعد تعبيراً عن إرادة صاحب السيادة الحقيقي وهو الشعب (وليس تعبيراً عن إرادة الحاكم) ، فهذه الفكرة الأكثر قبولاً ترجع في الحقيقة إلى الفقه الروماني الكلاسيكي من خلال " ما هي المسألة فيما إذا الشعب يعلن عن إرادته بواسطة التصويت أو بواسطة الجوهر الحقيقي لأعماله وتصرفاته " ، كما عد الفقه الروماني العرف بأنه اتفاق شعبي ضمني . إلا أن

(١) IBID , P.410

(٢) PETER SUBER , The paradox of self – Amendment , peter Lang publishing , 1990 , section 19 :

<http://legacy.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm>

الفقيه كلسن يذهب إلى أن العرف لا يعكس بشكل مجرد إرادة الأفراد الضمنية بل إرادتهم الواعية ، أي المدركة لوجوب التصرف وفقاً للقاعدة العرفية ، فهذه الإرادة هي التي تحول الواقع أو الشيء الكائن إلى ما يجب أن يكون أي إلى قاعدة قانونية عرفية^(١).

لكن ينبغي ملاحظة أن هذه الموافقة الشعبية لا تبدو صريحة وواضحة لدى معظم الشعوب ، ولا سيما إذا علمنا أن استيعاب الشعب للأعراف يكون بشكل غير إرادي مثل الهواء الذي نتنفسه ، فإسهام الشعب في النظام العرفي هو ليس طبقاً لموافقته الإرادية ، وليس هو في الوقت ذاته في تناقض مع الموافقة الشعبية ، فالعديد من الأعراف التي لها جذور في المجتمع لم تظهر بأنها تعتمد على قناعة تامة بحقوقها وضرورتها ، كما لم تظهر أيضاً الاعتماد على أي اتفاق شعبي إرادي أو حقيقي^(٢) .

ومن وجهة نظرنا إن إرادة الشعب لا تكفي لإضفاء الصفة الإلزامية على العرف الدستوري ، لا سيما أن هذا العرف يجد أساسه أيضاً في طريقة ممارسة السلطة بشكل أو بآخر من قبل القابضين عليها ، لذلك يمكن القول أن العرف الدستوري يعد تعبيراً عن إرادة الجماعة (حكاماً ومحكومين) لكي يجد العرف مجاله الصحيح في التطبيق العملي .

(١) JAMES BERNARD MURPHY, NATURE, CUSTOM, AND STIPULATION IN LAW AND JURISPRUDENCE, P. 783 :

<http://sitez.dartmouth.edu/jmurphy/files/2013/08/Nature-Custom-Stipulation-Law.pdf>

(٢) IBID , P. 783

ومع ذلك فالتسليم بأن العرف الدستوري يعد تعبيراً عن الإرادة العامة للشعب ، يجعل العرف الدستوري شبيهاً بالديمقراطية ولاسيما إذا كانت هذه الإرادة واعية ، فإذا كان الدستور الديمقراطي المكتوب تعبيراً عن الإرادة العامة للشعب فإن العرف الدستوري يعد أيضاً تعبيراً مستقلاً عن هذه الإرادة . فإرادة الشعب ، وفقاً لذلك ، هي التي تحول العادات الدستورية (أي الشيء الكائن أو الواقع) إلى قاعدة دستورية ملزمة (أي إلى ما يجب أن يكون) .

وهذا ما يجعل القاعدة الدستورية العرفية بمنزلة القاعدة الدستورية المكتوبة مما يعني أن القاعدة اللاحقة تنسخ السابقة لكونهما من نفس الدرجة ، بحيث يستطيع العرف أن يعدل الدستور (بالإضافة أو الحذف) حتى لو كان هذا الدستور جامداً ، وهذا يعني أنه بدلاً من أن يعدل الدستور الجامد وفقاً لإجراءات تعديله المركزية الخاصة فإنه يعدل في هذه الحالة بإجراءات عرفية لامركزية . كما يستطيع المشرع الدستوري في الوقت ذاته أن يلغي أو يعدل العرف الدستوري من خلال تعديل الدستور وبالتالي يتحقق التوازن الديمقراطي بينهما دون أن يعلو أحدهما على الآخر .

فضلاً عن ذلك يرى جانب من الفقه أن التعديل المتبادل بين العرف والدستور تعترضه عقبة من جانب واحد وهو أن العرف الدستوري لا يمكنه من الناحية الشكلية أن يلغي النص الدستوري ، لكن المشرع الدستوري يستطيع من الناحية الشكلية أن يلغي العرف . وعلى الرغم من ذلك يستطيع العرف أن يجعل النص الدستوري مهجوراً أو غير منفذاً ، لكن في هذه الحالة يبقى النص صحيح قانوناً إلى أن يتم إلغاؤه بتشريع دستوري لاحق^(١) .

(١) IBID , P.789

وهذا ما جعل البعض يذهب إلى أن الخطورة العظمى في النص الدستوري تكمن في عدم أخلاقيته ، عندما يكون النص الدستوري ميتاً أو مقبوراً بوساطة العرف الدستوري ويمكن إحيائه في أي وقت من خلال التطبيق .مما دفع جانباً آخر من الفقه ومن ضمنهم الفقيه كلسن (كما بينا ذلك سابقاً) إلى القول بإمكانية السقوط الدستوري بعدم الاستعمال بحيث يستطيع العرف الدستوري السلبي أن يلغي القواعد الدستورية المكتوبة من الناحية القانونية (١) .

ويتضح أيضاً مما سبق ذكره ، أن الاعتراف بالعرف الدستوري كقوة قانونية مساوية للدستور يترتب عليه عدة نتائج :

١- قدرة العرف على تعديل الدستور حتى لو كان جامداً وذلك من خلال الإضافة إليه أو الحذف منه .

٢- قدرة المشرع الدستوري على إلغاء العرف وتعديله .

٣- لا يمكن مخالفة العرف الدستوري من قبل التشريعات العادية

٤- يمكن للقضاء الدستوري أن يلغي التشريعات العادية المخالفة للعرف الدستوري أو يمتنع عن تطبيقها .

وقد قدمت المحكمة الدستورية لكوريا الجنوبية في عام ٢٠٠٤ مفهوم القانون الدستوري العرفي لإلغاء التشريع ، إذ ذكرت المحكمة أن تصميم مدينة سيئول كعاصمة للبلاد له قوة قانونية مساوية للدستور ويسمو على التشريع الذي يحاول أن ينقل العاصمة بعيداً عن مدينة سيئول ، ولهذا قررت المحكمة إلغاءه ، كما أعلنت

(١) IBID , P.789-790

المحكمة أن إلغاء القانون الدستوري العرفي يتطلب عملية مشابهة لإلغاء وتعديل الدستور^(١). وهذا يعني أن المحكمة الدستورية جعلت العرف الدستوري بمرتبة الدستور بحيث أعادت تنظيم وترتيب تدرج القواعد القانونية في البلاد بطريقة جديدة .

و يمكن القول أن الأعراف الدستورية تعامل بشكل مختلف بحسب اختلاف الثقافات والفلسفات والمدارس من مجتمع إلى آخر ، وهذا ما يؤدي إلى تنوع في موقف القضاء تجاه الأعراف وما يترتب عليها من آثار التي تختلف من عرف إلى آخر، فقد يتم الاعتراف بها من قبل القضاء ولكنها تعد غير قابلة للتقاضي بحيث تكون وسيلة مساعدة للتفسير ، وقد يتم الاعتراف بها كمصدر للقانون وبذلك تتطلب تفسير قضائي وتطبيق وغير ذلك من الاتجاهات المختلفة . فضلا عن ذلك لا يمكن اعتبار أحكام القضاء كأساس للقوة الملزمة للعرف الدستوري فالقضاء لا يخلق العرف بل يسهم في تفسيره أو تطبيقه بحيث يساعد في تدعيم وتعزيز قوته الملزمة ، لأن أساس القوة الملزمة للعرف ، وفقاً للرأي الغالب في الفقه ، تكمن في كونه تعبير عن إرادة الجماعة ، لكن هذا التعبير ينبغي أن يكون صادقا وحقيقيا ولاسيما من خلال استناد القاعدة العرفية على سبب معقول وجيد يمكنها من أن تنال قبول المجتمع أو عدم اعتراضه عليها بوصفها قاعدة دستورية ملزمة ، ومع ذلك قد يكون للتفسير القضائي دور في ظهور العرف عند تفسير نصوص الدستور المنظمة لممارسة السلطة بطريقة تغير من معاني النصوص وهذا ما قد يجعل الفاعلين السياسيين ينخرطون في الممارسة المستمرة للسلطة عملا بالتفسير القضائي مما يمكن أن يؤدي إلى العرف .

(١) MARIE SEONG HAK KIM , op.cit, P. 389

الخاتمة

يتكون العرف الدستوري من ركنين متلازمين الركن المادي (العادة الدستورية) والركن المعنوي (الشعور بالإلزام) ، إلا أن بنية هذين الركنين تتألف من شبكة معقدة من العلاقات المادية والنفسية أو الإرادية ولاسيما بعد تحديثهما ليظهران بصورة جديدة، فبالنسبة للعادة الدستورية أضيف إلى شروطها التقليدية شروطاً أخرى جديدة كالمعقولية والأخلاقية والعلانية لكي يكون الركن المادي سليماً ، كما أن الركن المعنوي ينظر إليه على أنه شعور بالإلزام ، وهذا يعني أن الفاعلين الدستوريين الذين يمارسون المسلك الدستوري يقومون بذلك لأنهم يؤمنون بأنه ملزم بالنسبة لهم ، فالاعتقاد إذن بالقيمة الملزمة للمسلك الدستوري هو الذي يحول هذا المسلك إلى عرف ملزم .

إلا أن هذا الاعتقاد ينبغي أن يكون من جانب الحكام والمحكومين لكي يظهر العرف الدستوري كتعبير عن إرادة الجماعة في إنشاء القواعد الدستورية الملزمة التي تعدل قواعد الدستور المكتوب حتى لو كان جامداً ، وهذا يعني أن إرادة الجماعة هي أساس القوة الملزمة للعرف الدستوري والقواعد المتولدة عنه ولاسيما إذا كانت إرادة الشعب واعية .

ومع ذلك فإن إرادة المحكومين (الشعب) لا تبدو واضحة لدى معظم الشعوب ، لا بل أنها تكون في شكل تعبير ضمني من خلال الصمت أو عدم الاعتراض على ممارسات الفاعلين السياسيين ، مما يجعل العرف في الحقيقة تعبيراً عن إرادة الحكام أكثر مما هو تعبير عن إرادة الشعب .

وهكذا فإن إرادة الجماعة هي التي تجعل التعديل العرفي للدستور يأخذ صورتين رئيسيتين وذلك حسب الفلسفة والثقافة السائدة في الدولة : الصورة الأولى وهي الغالبة ، تمثل التعديل العرفي غير الرسمي للدستور ، الذي يجسد الأخلاقية الدستورية ذات القيمة السياسية ، فالنتائج المترتبة على انتهاك العرف الدستوري هنا تكون سياسية وليست قانونية بحيث يطبق العرف الدستوري السياسي تحت رقابة الهيئات السياسية وليست القضائية ، بحيث لا يمكن أن تكون نتاجه قانونية إلا بتعديل دستوري رسمي يقره أو باعتراف القضاء فيه ، إلا أنه من الصعوبة أن يزج القضاء نفسه في المعتكك السياسي خشية من أن يتهم بانتهاك مبدأ الفصل بين السلطات .

ويمكن القول أن الدول التي تأخذ بالعرف الدستوري السياسي أي الذي يكون له قوة سياسية ملزمة ، تجعل التعديل في الدولة ينقسم إلى قسمين تعديل رسمي وتعديل غير رسمي ، بحيث يكون العرف الدستوري السياسي صورة من صور التعديل غير الرسمي للدستور الجامد كالولايات المتحدة وكندا . وهذا ما يجعل العرف الدستوري مدان قانوناً لكنه مبرر من الناحية السياسية ، لكن في الحقيقة أن هذه الإدانة تتوقف على نوعية العرف الدستوري ومدى انسجامه مع القيم الديمقراطية لحكم القانون كالمساءلة والشفافية... الخ ، فبالنسبة للأعراف المضيفة (ملء الفراغ في النص ، تحسين النص) فإنها تنظم ممارسة السلطة من قبل الفاعلين السياسيين بطريقة مندمجة ومنسجمة مع النص الدستوري لذلك فهي تتطابق مع حكم القانون ، أما بالنسبة للأعراف عن طريق الإلغاء (عدم الاستعمال والاستبدال) ، فإن عدم الاستعمال للنص الدستوري يؤدي إلى تجريد الأخير من صحته السياسية بحيث يبقى النص صحيح قانوناً ، فمن الناحية الرسمية أو الشكلية لا يمكن للعرف الدستوري أن يلغي النص ، لكن من الناحية الواقعية أو الموضوعية يجعل النص الدستوري مهجوراً أو ذو

محتوى ميت ، وذلك لا يتحقق إلا باستكمال مقومات العرف الدستوري السلبي الذي يشكل المعيار الدقيق للتمييز بين عدم الاستعمال المطلق (الذي يؤدي إلى تجريد النص من صحته السياسية) وعدم الاستعمال النسبي (الذي يبقي النص صحيحاً من الناحيتين القانونية والسياسية) ، وبذلك فإن هذا النوع من الأعراف يمكن التسامح معه في ظل حكم القانون إذا كان يستند على سبب معقول مع وجود بديل دستوري أكفأ من النص الدستوري الميت . أما العرف الاستبدالي فإنه يشكل انتهاكاً صارخاً وصريحاً لقيم حكم القانون لكونه يناقض نصاً صريحاً في الدستور باستبداله بقاعدة غير مكتوبة مما يشكل اغتصاباً للسلطة .

أما الصورة الثانية للتعديل العرفي فهي استثنائية وشاذة التي تأخذ بفكرة القانون الدستوري العرفي ، فإنها تجعل العرف الدستوري ذو قوة قانونية ملزمة وموازية للدستور الجامد بحيث أن اللاحق منهما ينسخ السابق ، مع ضرورة ملاحظة أن الأخذ بهذا الاتجاه على إطلاقه (كما هو الحال في كوريا الجنوبية والنيبال) يؤدي إلى إرباك تدرج مصادر القانون بطريقة جديدة ومشوهة بحيث تزعر فكرة المذهب الدستوري المكتوب كقيد على الفاعلين الدستوريين ، لكنه في الوقت ذاته يمكن القاضي الدستوري من تطبيق القانون الدستوري العرفي في مواجهة التشريعات العادية المتعارضة معه .

وهكذا فإن التمييز بين الأنواع الأربعة للعرف الدستوري لتوضيح العلاقة مع قيم حكم القانون هو أمر مفيد جداً كما بينا ذلك سابقاً ، لكن هذا التمييز قد يبدو صعباً ولاسيما أن هذه الأنواع قد تظهر في الحقيقة على أنها تمثل نوع واحد فقط وهو الاستبدال ، فمثلاً أن عرف الولاياتين الذي قيد الرئيس الأمريكي بعدم الترشيح لولاية ثالثة هو من نوع ملء الفراغ في النص ، لكن في الحقيقة أنه قد لا يوجد فراغ في

النص لأن نية المؤسسين قد اتجهت بترك النص بدون قيود ، وعلى هذا الأساس يظهر العرف هنا بأنه استبدل الفهم الأصلي للنص (وهو عدم التقييد) بفهم جديد (وهو التقييد) . وكذلك الحال بالنسبة للعرف المضيف بوساطة تحسين النص فقد يظهر على أنه استبدالي ومثال على ذلك في كندا إذ تحولت عملية التعديل بوساطة العرف من ثلاثة مستويات - الأولى على مستوى الدستور الفدرالي ، والثانية على مستوى دساتير الأقاليم ، والثالثة على مستوى الفدرالي الأقليمي التي كان يختص فيها برلمان المملكة المتحدة فقط - إلى عملية تعديل تتكون من ثلاثة مستويات جديدة سوية ، التي لا تفهم فقط بأنها تنقل سلطة التعديل في المسائل الفدرالية - الاقليمية من برلمان المملكة المتحدة إلى السلطات الفدرالية والاقليمية ، لكنها تغير أيضاً نطاق سلطات التعديل الانفرادية الفدرالية والاقليمية ، من خلال تضيق بعضها وتوسيع البعض الآخر ، إذ أنها تقوم في الحقيقة بتغيير البنية الكاملة لعملية التعديل . لذلك ينبغي أن تفهم في هذه الحالة على أنها تحول حقيقي كنتيجة للتغيير الشامل الكلي لعملية التعديل أكثر مما هي تحسين ضيق لها . وكذلك الحال بالنسبة للسقوط الدستوري بعدم الاستعمال فإنه ينظر إليه كاستبدال من خلال أنه يؤدي إلى خلق عرف دستوري جديد من النوع السلبي الذي يغير معنى النص بحيث يستبدل المعنى الموجود بالنص بصورة معاكسة له . فالفهم القديم يكون مفاده استعمال السلطة أما الفهم الجديد فهو عدم استعمال السلطة ، كما هو الحال مثلاً في كندا فيما يتعلق بسلطات الاعتراض الفدرالية على تشريعات الأقاليم ، فإن عدم استعمال هذه السلطات لم يخلق الفراغ في النص بقدر ما هو خلق عرف جديد استبدل المعنى القديم وهو استعمال سلطات الاعتراض بالمعنى الجديد وهو عدم قدرة الحكومة الفدرالية على ممارسة هذه السلطة .

وفي الحقيقة أنه لا يمكن النظر إلى الأعراف الدستورية المعدلة (التي تقوم بالإضافة أو الإلغاء) نظرة ساكنة ، وإنما نرى أن ينظر إليها نظرة متحركة ، ففي بعض الأنظمة تحتاج هذه الأعراف إلى اعتراف النظام فيها واعتبارها جزءاً من النظام الدستوري في الدولة ، كأن تصنع معيار لتحديدها وتقويتها نسبياً في النظام . وفي بعض الأنظمة الأخرى ، وبشكل خاص الأنظمة القديمة أو ذات الدساتير الجامدة جداً ، يكون للأعراف في الغالب دور في تفسير وملء الفراغات في النصوص الدستورية وتحسينها لكي تلطف جمودها وتجعلها تساير تطورات الحياة ، لا بل حتى في بعض الأحيان تساهم في إلغاء بعض النصوص من الوثيقة الدستورية التي ربما يتم الاعتراف فيها قانونياً أو سياسياً .

كما أنه في بعض الأنظمة من خلال التفسير القضائي ، فإن الاعتراف بمفهوم العرف الدستوري يؤثر في إمكانية التعديل الرسمي للدستور ، لأن الاعتراف القضائي بالأعراف في هذه الأنظمة يحول قيمة العرف من سياسية إلى قانونية ولاسيما بشكل خاص ومهم فيما يتعلق بالأعراف الدستورية المضيفة .

كما أن بعض الأنظمة تجعل العرف الدستوري المعدل ذو قيمة سياسية وليس قانونية بحيث يجسد الأخلاقية الدستورية التي تحكم بشكل غير رسمي سلوك الفاعلين السياسيين ، والبعض الآخر من الأنظمة ، وهو محدود ونادر ، يجعله ذو قيمة قانونية مساوية للدستور بحيث يربك أو يجدد مفهوم تدرج القواعد القانونية في الدولة بطريقة قد تززع الثقة بالمذهب الدستوري المكتوب .

أما بالنسبة للأنظمة الدستورية الجديدة ، فإن الفرض فيها أنها تعبر عن إرادة الجماعة الحالية أو القريبة ، فلا يكون للأعراف الدستورية معها إلا مجال ضيق ومحدود .

فضلاً عن ذلك ينبغي أن نوضح بأن التغيير في الواقع الاجتماعي والسياسي هو قانون الحياة ، واستجابة القانون لهذا التغيير هو حياة القانون ، وتاريخ القانون الدستوري هو تاريخ تكيف هذا القانون مع وقائع الحياة المتغيرة والمتجددة ، والعرف الدستوري هو فاعل رئيسي في التأثير في ذلك التغيير ، لأنه يخلق القانون ، بالتضافر مع المشرع الدستوري . فالعرف يمكن أن يوازن بين الاحتياج للتغيير والاحتياج للثبات . فالثبات من دون تغيير هو ارتكاس ، والتغيير بدون ثبات هو فوضى . فدور العرف الدستوري الرئيسي ينصب من خلال مد الجسور بين الدستور واحتياجات الفاعلين الدستوريين والمجتمع ، وبشكل رئيسي ومهم من خلال الإضافة والاندماج مع النصوص الدستورية ، حتى لا ينحل النظام الدستوري في الدولة . فالعرف يجب أن يضمن الثبات مع التغيير ، والتغيير مع الثبات . والقانون يكون ثابتاً عندما يكون مؤثراً ، وتحقيق هذه الميزة هو صعب جداً . فحياة القانون هي معقدة ، هي ليست مجرد منطق . وليست مجرد تجربة . هي المنطق والتجربة معاً .

وهكذا يمكن القول أنه إذا كان من السهل الاعتراف بالعرف الدستوري المعدل المضيف للنص الدستوري بوصفه يحتل نفس قيمة وقوة النصوص الدستورية ، إلا أنه من الصعب الاعتراف بهذه القيمة للعرف المعدل الذي يقوم بإلغاء النصوص الدستورية ولاسيما بالنسبة للعرف الاستبدالي أكثر من العرف الدستوري بعدم الاستعمال على الرغم من أن كلاهما يتعلقان برفض وإنكار النصوص الدستورية لكن بطريقة مختلفة . ومع ذلك فإن هذه الأعراف تبقى من الناحية السياسية أو العملية قواعد سياسية ملزمة

للفاعلين السياسيين ، ولاسيما إذا كانت سليمة من حيث الأركان والشروط والضوابط بحيث تجرد النص الدستوري من صحته السياسية ، فحتى لو بقي النص الدستوري في هذه الحالة صحيح من الناحية القانونية إلا أنه في الواقع مجرد من محتواه بحيث يبقى نصاً ميتاً ومهجوراً ، ومن الصعوبة إحياء تطبيقه من جديد لأنه تطبيق النصوص الميتة يكون غير عادل ويتعارض مع الأخلاقية الدستورية السياسية . لذلك من الأفضل منح القضاء الدستوري سلطة إزالة هذه النصوص الدستورية الميتة بصورة كلية أو جزئية بعد التأكد من سقوطها السياسي بوساطة العرف الدستوري .

كما ينبغي ملاحظة أن التعديل العرفي للدستور أياً كانت صورته ينبغي ألا يمس البناء الأساسي للدستور أو روح الدستور أي المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدستور الجامد (سواء حظر تعديلها صراحة أو ضمناً) ، كعدم المساس بالشكل الجمهوري للحكم أو مبدأ الفصل والتوازن بين السلطات ، أو عدم إهدار أو مصادرة حقوق الإنسان و ضماناتها الأساسية .

وخلاصة القول أن التعامل مع التعديل العرفي للدستور بكافة صورته كمصدر رسمي ومستقل للقواعد الدستورية بحيث يكون له نفس قيمة وقوة الدستور الجامد ، مما يجعل اللاحق منهما ينسخ السابق ، يقدم مفهوماً جديداً لحكم القانون ولمبدأ تدرج مصادر القانون وما يستتبع ذلك من تحديث دور القضاء الدستوري في الامتناع أو إلغاء التشريعات العادية المتعارضة مع القانون الدستوري العرفي ، وهذا ما يصعب التعامل معه في ظل سيادة المذهب الدستوري المكتوب ، لذلك فإن تكريس هذه الأفكار يحتاج لنشر ثقافة قانونية واسعة في كيفية التعامل معها في المجتمع بشكل عام و بين القانونيين والقضاة بشكل خاص ، فإذا ما رجعنا إلى الماضي كانت الأعراف الدستورية هي الأصل والتشريعات الدستورية هي الاستثناء . لكن بعد ذلك تحولت النظرة بحيث

أضحت الدساتير المكتوبة ولاسيما الجامدة منها هي الأصل والأعراف الدستورية هي الاستثناء ، أما العودة إلى ثقافة التعامل مع الأعراف الدستورية بطريقة جديدة ، تتساوى فيها قانونياً وديمقراطياً مع الدستور المكتوب والجامد ، يحتاج إلى وقت وتجربة طويلة ومنطق قوي في الإقناع في كيفية وجودها وفهمها وتطبيقها وحدودها وضوابطها في ظل حكم القانون الجديد .

المصادر

أولا: المصادر العربية :

- ١- د. إبراهيم درويش ، القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤
- ٢- د. إسماعيل ميرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، بغداد ، ١٩٦٠
- ٣- د. جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨
- ٤- الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨
- ٥- دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٧
- ٦- د. رمضان محمد بطيخ ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥-١٩٩٦
- ٧- د. رعد الجدة ، النظام الدستوري في دولة قطر ، ط١ ، وزارة الثقافة والفنون والتراث ، قطر ، ٢٠١٢
- ٨- د. رقية المصدق ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، دار توبقال للنشر ، الدار البيضاء - المغرب ، ١٩٨٦
- ٩- روبرت اليكسي ، فلسفة القانون ، ترجمة كامل فريد السالك ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٦

- ١٠- د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٦
- ١١- د. رمزي طه الشاعر ، د. جمال عثمان جبريل ، النظرية العامة للقانون لدستوري والنظام الدستوري في مصر ، بلا ناشر ، ١٩٩٩
- ١٢- د. سامي جمال الدين ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٥
- ١٣- د. سام دلّه ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، بلا ناشر ، بلا تاريخ
- ١٤- د. سعد عصفور ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة دار المعارف، الإسكندرية ، ١٩٨٠
- ١٥- د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٩
- ١٦- د. شعبان أحمد رمضان ، النظام الدستوري البحريني ، دار الكتب القانونية ، مصر – الإمارات
- ١٧- د. صلاح بشري ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، ٢٠١٤
- ١٨- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الدستوري المبادئ العامة والدستور اللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٧
- ١٩- د. عبد القادر عبد الله قدوره ، القانون الدستوري ، ط١ ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي – ليبيا ، ٢٠٠٩

- ٢٠- د. عبد المنعم فرج الصده ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٢
- ٢١- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا تاريخ
- ٢٢- د. مصطفى محمود عفيفي ، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، الكتاب الأول ، ط١ ، مطابع البيان التجارية ، ١٩٨٨
- ٢٣- د. منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، ط١ ، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع ، الذكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٢
- ٢٤- ----- ، فلسفة القانون ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩
- ٢٥- د. نبيل إبراهيم سعد ، د. محمد حسن قاسم ، المدخل إلى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٧
- ٢٦- النظام الدستوري الفرنسي ، على الموقع التالي :
<http://www.startimes.com/f.aspx?t=30514314>
- ٢٧- د. يحيى الجمل ، النظام الدستوري المصري مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥
- ٢٨- د. يوسف حاشي ، في النظرية الدستورية ، ط١ ، ابن النديم للنشر والتوزيع ، وهران - الجزائر ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٩

ثانياً: المصادر الأجنبية :

- 1- AARON BLAKE , CAN TED CRUZ RUN FOR PRESIDENT ? , 2013 :

<http://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2013/03/20/supporters-push-for-ted-cruz-for-president/>

- 2- ADRIAN VERMEULE , The Atrophy of constitutional powers , Harvard Public Law Working Paper No. 11-07, 2011 :

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1736124

- 3- AKHIL REED AMAR , the consent of the governed : constitutional amendment outside Article V , 94 COLUME , L REV , 1994 :

<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/1994Consent.pdf>

- 4- AMANDA PERREAU SAUSSINE , JAMES BERNARD MURPHY , The nature of customary law , Cambridge university press , 2007

- 5- A . V . DICEY , Introduction to the study of the law of the constitution, 8thed, MACMILLAN, LONDON, 1915 :
http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf
- 6- British North America Acts 1867 to 1975 :
<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/statutes/historical/bna.pdf>
- 7- BRENNER M.FISSELL , The dual standard of review in contracts clause jurisprudence , The GEORGTOWN LAW JOURNAL , vol.101 :
<http://georgetownlawjournal.org/files/2013/04/Fissell.pdf>
- 8- CARL Johnson , Informal Amendment , p.2 :
http://www.jenksp.org/pages/uploaded_files/Informal%20Amendment.pdf
- 9- constitution Acts 1867 to 1982 , Department of justice , Canada : http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_E.pdf
- 10-CANADIAN charter of rights and freedoms :
<http://publications.gc.ca/collections/Collection/CH37-4-3-2002E.pdf>

11-DAVID SNOW , notwithstanding the override : path dependence , section 33 And charter , INNOVATION : journal of politics , vol.8 , 2008-2009 :

<https://www.ucalgary.ca/innovations/files/innovations/Snow%20Notwithstanding%20the%20Override.pdf>

12-ERIC P. POLTEN , PETER GLEZL , Federalism in Canada And GERMANY , POLTEN And Associates , 2014 : <http://www.poltenassociates.com/Resource-Links/Federalism-in-Canada-and-Germany-Overview-and-Comparison.pdf>

13-ERIKE ENCARNACION , desuetude – based severability : A new approach to old morals legislation , 2005 : <http://www.columbia.edu/cu/jlsp/pdf/Spring2%202006/Encarnacion14.pdf>

14-ELISE HURTUBISE LORANGER , constitutional conventions , parliamentary information and research service , 2006 , P.2 :

<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/TeachersInstitute/ConstitutionalConventions.pdf>

15-EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION) , REPORT ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT , 2009 :

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e)

16-FREDERICK SCHAUER , The Jurisprudence of custom , TEXAS international law Journal , Vol.48 :

<http://www.tilj.org/content/journal/48/num3/Schauer523.pdf>

17-GODWIN ONOS IDJAKPO , identifying impurities in KELSEN pure theory of law , The Nigerian Academic Forum Vol.19 , N1 :

<http://www.globalacademicgroup.com/journals/the%20nigerian%20academic%20forum/IDENTIFYING%20IMPURITIES%20IN%20KELSEN%E2%80%99S%20PURE%20THEORY.pdf>

18-GRAHAM HUGHES , validity and the Basic Norm , California Law Review , VOL.59 , ISSUE 3 , 1971 :

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2679&context=californialawreview>

- 19-GUY FAVREAU , The Amendment of constitution of Canada , Ottawa , Queen printer , 1965
- 20-JAMES BERNARD MURPHY , NATURE , CUSTOM , AND STIPULATION IN LAW AND JURISPRUDENCE : <http://sitez.dartmouth.edu/jmurphy/files/2013/08/Nature-Custom-Stipulation-Law.pdf>
- 21-JASON J. VICENTE , IMPEACHMENT : A CONSTITUTIONAL PRIMER : <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa-318.pdf>
- 22-JOHN F. MCELLOWNEY , public law , 2nd ed , LONDON , sweet Maxwell , 1998
- 23-JOHN HART ELY , DEMOCRACY AND DISTRUST : A THEORY OF JUDICIAL REVIEW , HARVARD UNIVERSITY PRESS , 1980
- 24-JOSEPH JACONELLI , The nature of constitutional convention , The journal of the society of legal scholars , legal studies , VOL.19 , Issue 1 , 1999
- 25-KEITH E. WHITTINGTON , The status of unwritten constitutional conventions in the united states , 2013 :

[http://www.princeton.edu/~kewhitt/Constitutional Conventions.pdf](http://www.princeton.edu/~kewhitt/Constitutional_Conventions.pdf)

26-MARIE SEONG HAK KIM , custom , culture , and the constitution : Korean customary law in flux , Texas informational law journal , VOL.48 , ISSUE 3, P.364-365 :
<http://www.tilj.org/content/journal/48/num3/Kim357.pdf>

27-MICHAEL JOHN GARCIA , international law and Agreements : Their Effect upon U.S LAW , congressional Research service , 2015 :
<https://fas.org/sgp/crs/misc/RL32528.pdf>

28-NATURE AND SOURCES OF LAW,P.108 :
[http://cbseacademic.in/web material/doc/Legal Studies/XI U2 Legal Studies.pdf](http://cbseacademic.in/web_material/doc/Legal_Studies/XI_U2_Legal_Studies.pdf)

29-NEETIJ RAI , basic concept of SAVIGNY VOLKSGEIST:
[http://www.academia.edu/428817/BASIC CONCEPT OF SAVIGNY S VOLKSGEIST](http://www.academia.edu/428817/BASIC_CONCEPT_OF_SAVIGNY_S_VOLKSGEIST)

30-PAUL G.WILLS and GEORGE L. WILLIS , the politics of the twenty –second Amendment , Western Political Quarterly , Vol.5,No.3,1952 .

31-PETER J. SPIRO , MCCAIN CITIZENSHIP and constitutional method , MICHIGAN LAW REVIEW , VOL .107 , 2008

32-PETER LOUGHEED , why A notwithstanding clause ? , centre for constitutional studies , university of ALBERTA , Canada , 1998 :

<http://ualawccsprod.srv.ualberta.ca/ccs/images/points-of-view/Lougheed.pdf>

33-PETER SUBER , The paradox of self – Amendment , peter Lang publishing , 1990 , section 19 :

<http://legacy.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm>

34-PETER W.HOGG , constitutional reform in Canada , Yale studies in world public order , 6.2 , 1980 :

http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2594&context=scholarly_works

35-RICHARD ALBERT , constitutional disuse or desuetude : the case of Article V , BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW , VOL. 94 :1029 , 2014 , P.1062 :

<http://www.bu.edu/bulawreview/files/2014/08/ALBERTDYSFUNCTION.pdf>

36-RICHARD A. POSNER , SAVIGNY , HOLMES , AND
THE LAW AND ECONOMICS OF POSSESSION ,
VIRGINIA LAW REVIEW , VOL.86 :

http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2892&context=journal_articles

37-RONALD D. ROTUNDA , Rethinking term limits for
federal legislators in light of the structure of the
constitution , 73 Oregon Law Review , 1994 .

38-ROSALIND DIXON , constitutional amendment Rules A
comparative perspective , CHEGAGO , 2011 :

<http://www.law.uchicago.edu/files/file/347-rd-comparative.pdf>

39-SCOTT J. SHAPIRO , what the Rule of Recognition (and
does it exist) ? , YALE LAW SCHOOL :

http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Rule_of_Regulation.pdf

40-Stanford Encyclopedia of philosophy , legal positivism ,
2003 : <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>

41-STEPHEN M.GRIFFIN , The nominee is ... Article V ,
constitutional commentary , VOL.12 , 1995 :

<http://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167187/>

[12_02_Symposium_Griffin.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/167187/12_02_Symposium_Griffin.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

42-STEPHEN W. STATHIS , The twenty second Amendment: A PRATICAL Remedy or partisan maneuver , 1990, :

<https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/1652>

[81/07_01_Stathis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/1652/81/07_01_Stathis.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

43-T.C.HOPTON , GRUNDNORM And CONSTITUTION , MCGELL Law Review , VOL.24 :

<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6042331->

[hopton.pdf](http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/6042331-hopton.pdf)

44-TORBEN SPAAK , KELSEN And HART ON The NORMATIVITY of Law , Stockholm institute for SCANDIANVIAN LAW , 2010 :

<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf>

45-The other way to amend constitution : The Article V constitutional convention Amendment process , Harvard Journal of law and public policy , VOL.30 :

<http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30>

[No3 Rogersonline.pdf](http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30/No3_Rogersonline.pdf)

46-T . R . S ALLAN , law , liberty and justice : The legal foundation of BRITISH constitutionalism , CLARENDON PRESS , 1992

47-W.IVOR JENNINGS , the law and the constitution , 5TH Ed.1967 .

48-W.R.LEDERMAN , The process of constitutional Amendment for Canada :

<http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5887841-lederman.pdf>