

العرف الدستوري وتطبيقاته في فلسطين

Constitutional custom and its applications in Palestine

عبد الرحمن أحمد أبو بنات

أ. محمود ياسين النمروطي*

ماجستير القانون الدستوري-جامعة الأزهر-فلسطين

ماجستير القانون الدستوري- جامعة الأزهر- فلسطين

mm31121997@gmail.com

Mahmoud.namrotuy@gmail.com

تاريخ القبول: 25-05-2024

تاريخ الإيداع: 11-11-2022

الملخص:

يعتبر العرف مصدراً هاماً من مصادر القانون الدستوري إلى جانب كل من التشريع والقضاء والفقه، فهو ذات أهمية وطبيعة خاصة من ناحية تاريخية وسياسية، كونه يعبر عن إرادة الهيئة الحاكمة التي تمثل إرادة أفراد المجتمع السياسي عند انتهاجها سلوك معين بشرط تكرارها له وشعورها بالزاميته، كما أنه قد يتنوع العرف الدستوري فقد يكون مفسراً لقاعدة دستورية وقد يكون مكمل أو معدلاً أو بالإضافة أو الحذف وقد يكون مناقضاً، وقد شكل العرف الدستوري أهمية ليست بالبسيطة في الحالة الفلسطينية كون أن هناك العديد من المسائل الدستورية تم تنظيمها بواسطة العرف الدستوري.

الكلمات المفتاحية: العرف الدستوري؛ القواعد القانونية؛ الهيئة الحاكمة.

Abstract:

Custom is an important source of constitutional law in addition to legislation, the judiciary, and jurisprudence. It is of special importance and nature from a historical and political point of view, as it expresses the will of the ruling body that represents members of the political community when it adopts a certain behavior provided that it repeats it and feels its obligation, and the custom may vary. The constitutional norm may be an explanation of a constitutional rule and it may be complementary, amending, adding or omitting, or it may be contradictory. The constitutional custom has been of no small importance in the Palestinian case, since there are many constitutional issues that have been regulated by the constitutional custom.

Key words: Constitutional custom ; legal rules ; Political institutions.

* المؤلف المراسل.

المقدمة:-

يعتبر العرف أقدم مصادر القانون، كون أن العرف هو من كان يحكم النظام وكانت كافة القوانين ذات طابع عرفي غير مكتوبة، و منذ قيام الثورتين الأمريكية و الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر بدأ تدوين هذه القواعد في صورة وثائق مكتوبة يطلق عليها الدساتير، في حين أن تلك القواعد هي عبارة عن قواعد قانونية عرفية ولكن تم تدوينها، وأصبح للتشريع أهمية تفوق العرف كمصدر لقواعد القانون الدستوري، و مع ذلك لا يزال للعرف أهمية في الشئون الدستورية، كما وأن العرف وإن كان قد قلص دوره كمصدر رسمي للقواعد القانونية في معظم دول العالم اليوم، فلا زالت أهميته باعتباره مصدراً مادياً و تاريخياً لكثير من القواعد القانونية، ذلك أن المشرع عند وضعه للنصوص المختلفة كثيراً ما يستلهم العرف السائد الذي يتوافق مع حاجيات المجتمع السياسي و يعبر تماماً عن رغبتها، و بذلك يصبح العرف هو المصدر التاريخي أو المادي لكثير من النصوص التشريعية، إذن فالعرف مصدر للقواعد القانونية و أن كانت أهميته كمصدر رئيسي قد أصبحت ضئيلة في الوقت الحاضر.

أهمية البحث:-

تكمن أهمية البحث في أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر القانون الدستوري المتربع على هرم التشريعات في الدولة، وكما يعمل العرف على اكمال وسد النقص الذي قد يعتري التشريع الدستوري هذا من جهة ومن جهة أخرى كونه معبر عن روح الجماعة السياسية باعتباره مصدر تلقائي للتشريع ينبع من مشاكل أفراد المجتمع السياسي وما يحيط بهم من واقع، فكان لا بد من أن يكون هناك دراسات معمقة لبوتقة العرف الدستوري.

تساؤلات الدراسة:-

يثير هذا البحث تساؤل رئيسي وهو إلى حد يعتبر العرف مصدراً للقاعدة الدستورية في فلسطين؟

ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس عدة تساؤلات وهي:

1. ما المقصود بالعرف الدستوري؟ وما هي أركانه؟
2. ما الفرق بين العرف الدستوري والدستور العرفي والعادة؟
3. ما هي مبررات وجود العرف الدستوري بجانب النصوص الدستورية المكتوبة؟
4. ما هي أنواع العرف؟ وهل يختلف العرف المكمل عن العرف المعدل بالإضافة؟
5. هل هناك مكان للعرف الدستوري في النظام الفلسطيني؟

منهجية البحث : سوف نقوم بإتباع المنهج التحليلي، لتحليل ما تم جمعه من معلومات وتدعيم ذلك بآراء الفقه ونصوص القانون، مع الاستعانة بالمنهج المقارن.

خطة البحث:-

المبحث الأول: ماهية العرف الدستوري.

المبحث الثاني: أنواع العرف الدستوري وقيمتها القانونية.

المبحث الثالث: ملامح العرف الدستوري في النظام الفلسطيني.

المبحث الأول: ماهية العرف الدستوري

يحتل العرف الدستوري مكانة رئيسية كمصدر للقانون في مختلف فروع وأقسامه⁽¹⁾، ومن ذلك القانون الدستوري فسواء في دول الدساتير غير المدونة التي يعتبر فيها المصدر الرئيسي للدستور أو في الدساتير المدونة حيث يمثل العرف أحد المصادر الرسمية للقانون الدستوري، وحتى تصبح القاعدة الدستورية قاعدة عرفية لا بد من أن يتوافر فيها ركنين أحدهم مادي والآخر معنوي، وفي إطار الحديث عن العرف الدستوري يتوجب علينا أن نميزه عما يشابه من المصطلحات، وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نوضح فيها المقصود بالعرف الدستوري وأركانه وتمييزه عما يشابه.

المطلب الأول: العرف الدستوري كمصدر للقواعد الدستورية

يعرف العرف بصفه عامة بأنه اعتياد الناس على سلوك معين وشعورهم بالزاميته وبضرورة مجازاة من يخالفه، والعرف بهذا المعنى يمثل أقدم مصدر للقاعدة القانونية عرفها المجتمع الإنساني، فهو مصدر تلقائي مظهري بطئ ينبع من مشاكل الناس وما يحيط بها من واقع⁽²⁾، وحيث أن تعريف العرف الدستوري لم ينل حظاً كبيراً من الفقه، بل وكان محل خلاف للبعض الذين قاموا بتعريفه، إذ يعرفه الأستاذ موريس ديفرجيه بأنه هو "كل خلق لدستور أو تعديل له، من عمل عضو ليس له من الناحية القانونية سلطة التأسيسية"⁽³⁾، كما و عرفه بعض الفقه بأنه عبارة عن "عادة درجت عليها هيئة حكومية - في الشؤون المتصلة بنظام الحكم في الدولة- بموافقة (أو على الأقل بدون معارضة) غيرها من الهيئات الحكومية ذات الشأن، ولتلك العادة ما للقواعد الدستورية - كقاعدة عامة- من جزاء قانوني"⁽⁴⁾، ويرى فقه آخر بأن المقصود بالعرف أن "تتصرف إحدى الهيئات الحاكمة في مسألة دستورية على نحو معين، فتدشأ من تكرار إلزام قانوني"⁽⁵⁾.

(1) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، ط3، بدون دار نشر، 2017م، ص101.

(2) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص69.

(3) عبد الفتاح ساير داير، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية - ماهية القانون الدستوري الوضعي، ط2، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 2004م، ص248.

(4) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، بدون طبعة، دار المعارف، الإسكندرية، ص177.

(5) عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري، الكتاب الأول في "المبادئ الدستورية العامة"، مطبعة مصر، القاهرة، 1956م، ص156. عبد الفتاح ساير داير، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية - ماهية القانون الدستوري الوضعي، مرجع سابق، ص249.

ويعرفه البعض بأنه تعبير اصطلاح إطلاقه على الأوضاع التي درجت السلطة العامة على انتهاجها في مزاولة نشاط معين يتصل بمسألة دستورية، فتنشأ من تكرار هذا السلوك على مر الزمن قاعدة غير مكتوبة يكون لها قوة القانون الدستوري⁽¹⁾.

ومن جانبنا نعرف العرف الدستوري بأنه (اعتیاد الهيئات السياسية الموجودة في الدستور سلباً أو إيجاباً على سلوك معين متفق مع ضمير الجماعة مع شعورهم بالزامية هذا السلوك).

ويعتبر العرف مصدراً رئيسياً للقانون الدستوري سواء الدساتير المكتوبة أو الدساتير العرفية، وهذا ما يطرح التساؤل حول دور العرف في البلاد ذات الدساتير المكتوبة؟ وخاصة أن تلك الدساتير تتصف بالجمود والثبات أي أنها لا تعدل إلا وفق إجراءات معينة لتضمن قسماً من الثبات والاستقرار، ويبرر الفقه دور العرف بجانب النصوص الدستورية المكتوبة بعدة مبررات، منها أن الدساتير المكتوبة يقوم بوضعها رجال نظريون تغلب عليهم النواحي القانونية والنظرية أكثر من النواحي العملية، لذلك فالعرف يسد الثغرات الناتجة عن عدم مراعاة ذلك، أما الاتجاه الآخر يرى أن القانون الدستوري يعالج العلاقة بين السلطات الحاكمة، وفي هذا المجال نجد أن القانون أقل تطوراً ودقة، الأمر الذي يستلزم معالجة المشاكل الناتجة عن هذا العلاقة بالعرف الذي يتلاءم مع الظروف والواقع⁽²⁾، ويشير الفقه إلى أن القاعدة العرفية التي تنشأ بجوار الوثيقة الدستورية يجب أن يقتصر دورها على تفسير الدستور المكتوب أو تكملة نقص فيه، وقد تنشأ القاعدة العرفية لتعديل الدستور فتكون مخالفة له⁽³⁾، والعرف في فلسطين يحتل مكانة كبيرة في القانون في مختلف فروع وأقسامه فقد اعتبرته المادة (2/1) من القانون المدني الفلسطيني الصادر في غزة عام 2012⁽⁴⁾، المصدر الثالث بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: أركان العرف الدستوري

إن العرف الدستوري كما اسلفنا يتحقق بإتباع هيئة من الهيئات الحاكمة في الدولة لعادة معينة تتصل بنظام الحكم دون معارضة غيرها من الهيئات الحكومية ذات الشأن ويستقر في ضمير الجماعة ضرورة احترام تلك العادة والتقيد بها مما يكسبها صفة الإلزام⁽⁶⁾، وتأسيساً لذلك نرى أن العرف الدستوري يتكون من ركنين الأول مادي والآخر معنوي.

(1) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، 2011، ص 465. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص 177.

(2) عبد الفتاح ساير دابر، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية – ماهية القانون الدستوري الوضعي، مرجع سابق، ص 246.

(3) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 468.

(4) المادة (2/1) من القانون المدني الفلسطيني لسنة 2012 على (إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فيمقتضى العرف فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

(5) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 101.

(6) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، ط 1، 2009، ص 103.

الفرع الأول: الركن المادي

يقصد بالركن المادي للعرف التصرف الإيجابي أو السلبي، لإحدى الهيئات الحاكمة بصورة مطردة و ثابتة و واضحة، في شأن من الشؤون ذات الطبيعة الدستورية، وهو ما يميز العرف الدستوري عن العرف في القانون الخاص، فالعرف الدستوري يتكون من خلال تصرف تقوم به سلطة أو جهة حاكمة، بينما العرف في القانون الخاص ينشأ عبر سلوك يقوم به الأشخاص أو الأفراد باعتياد واضطراد⁽¹⁾.

إلا أن هذا الركن من أركان العرف الدستوري يتطلب لاكتمال تشكله وتكوينه توافر مجموعة من الشروط:

(1) التكرار :- إنَّ العادة لا تنشأ من مجرد تصرف أو إجراء وحيد، بل لا بد من تكرار التصرف او العادة التي درجن عليها الهيئة الحاكمة⁽²⁾، حتى يعتبر دليلاً على دخول هذه العادة في ضمير الجماعة و تصبح بالنسبة لهم قاعدة دستورية ملزمة واجبة الاحترام، ومثال ذلك في فرنسا من سنة 1830 إلى 1848 استقر عرف مفاده أن الوزراء الذين لم يحصلوا على أغلبية الأصوات في البرلمان، يجب عليهم الشروع في تقديم استقالتهم ولا يشاركون في الحكومة البرلمانية، وفي بريطانيا ساد عرف يقضي بعدم جواز اختيار رئيس الوزراء من بين اللوردات، فهذا العرف لا يرجع إلا مرة واحدة حدثت سنة 1923 حينما اختير المستر بولدين رئيساً للوزراء بدلاً من اللورد كورزون⁽³⁾.

(2) العمومية :- يشترط في المسلك التي تتبعه السلطة أو الهيئة الحاكمة أن يتسم بالعمومية⁽⁴⁾، أي يجب أن تلتزم به بقية الهيئات الحاكمة دون اعتراض من قبلها، بمعنى غير منازع فيه، و إذا كان جانب من الفقه يكتفي بعدم اعتراض بقية الهيئات الحاكمة على الإجراء أو التصرف، فإن قسماً آخر اشترط إضافةً لذلك عدم اعتراض أفراد الجماعة فالاعتراض الصادر عن أفراد الجماعة، شأنه شأن اعتراض إحدى الهيئات الحاكمة يشكل مانعاً من نشوء العرف الدستوري⁽⁵⁾، و هذا ما نسايره كون العرف الدستوري يقوم على أساس الضمير العام للجماعة و قبوله لهذا العرف كقاعدة دستورية ملزمة، و لا شك أنَّ تعبير الجماعة لا يقتصر على الهيئات الحاكمة و الحكام فحسب، بل يتضمن الأفراد أو المحكومين وكما أن تجاهل دور الجماعة وضرره بعرض الحائط من شأنه أن يخلق عرفاً دستورياً دكتاتورياً إذا ما اعتادت الهيئات الحاكمة على سلوك من شأنه أن يحقق انتهاكاً لحقوق افراد المجتمع السياسي، لذلك لا بد أن يقترن اعتياد الهيئات الحاكمة على سلوك يقبله افراد المجتمع السياسي ، فمثلا في مصر لا يصح تعيين الملك لوكيل الديوان الملكي سنة 1937 ولرئيس الديوان الملكي سنة 1937 بأمر ملكي موقع عليه منه وحده حيث أنه لا يصح اعتبار ذلك من قبيل السوابق التي يجوز الاستناد إليها للقول بان عرفاً قد نشأ يعطي الملك حق تعيين الحاشية الملكية بأمر ملكي موقع

(1) أحمد سعيد الأغا، النظرية العامة للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، ط1، 2012م، ص98. محمد عبد الله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص101.

(2) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص104.

(3) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، ط1، دار صفاء للطباعة و النشر و التوزيع، عمان، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2011م، ص265.

(4) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص106.

(5) سام دله، القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص60.

عليه منه وحده وذلك لأن الوزارة القائمة في ذلك الحين كانت قد اعترضت على كلا التصرفين⁽¹⁾. (3) الإطراد و الثبات: يعتبر هذا الشرط في الحقيقة ملازم لشرط التكرار، إذ ينبغي أن يتكرر التصرف أو الإجراء بشكل ثابت و مطرد، أي بدون انقطاع، أي يجب أن يكون المسلك أو العادة المتبعة ثابتة ومطردة في ذات المسألة أو الموضوع الدستوري الذي تشكلت به⁽²⁾، ومن الأمثلة التي تؤكد ذلك أن الصياغة الأولى للدستور الأمريكي لم تضع حداً معيناً لعدد المرات التي يمكن أن يعاد فيها انتخاب الرئيس لرئاسة الجمهورية، ولكن الرئيس الأول جورج واشنطن رفض أن يعاد انتخابه للمرة الثالثة، واعتبر هذا المسلك بمثابة عرف دستوري اتخذ مكانه في النظام الدستوري الأمريكي يستحيل حذفه أو الخروج عليه لدرجة أنه عندما بدأ واضحاً عام 1875 للكونجرس أن الرئيس جرانت يفكر جدياً في ترشيح نفسه للمرة الثالثة، قرر مجلس النواب بأغلبية 234 ضد 18 أن الخروج عن العرف الذي استقر على الاقتصار على مدتين فقط، مسلك غير حكيم وأنه يهدد كل بنيان النظام الديمقراطي، ومع ذلك خالف الرئيس الديمقراطي الواحد والثلاثون فرانكلين روزفلت هذه القاعدة العرفية⁽³⁾، حيث أعيد انتخابه مرة ثالثة ورابعة، مما أدى إلى انهيار العادة السابقة، وهو ما دفع إلى تدخل المشرع الأمريكي لإزالة تلك المخالفة وتحديد مدة الرئاسة بوليتين⁽⁴⁾.

(4) الوضوح: يجب أيضاً لتحقيق الركن المادي في العرف الدستوري أن تكون العادة أو المسلك على قدر كافي من الوضوح، ويخلو من أي غموض يؤدي إلى تعدد التفسيرات بشأنه وغياب مضمون محدد له بصورة تؤدي إلى سهولة التعرف على الدوافع والعوامل التي أدت إلى القيام به، فالسلوك أو العادة التي يتم إنتاجها في حالة طارئة مثلاً لا تؤدي إلى قيام عرف دستوري كونه مرتبط فقط بتلك الحالة⁽⁵⁾، أضف إلى ذلك أن الممارسات السياسية البسيطة لا يمكن أن ترقى إلى وصف العرف الدستوري، ويرى في هذا الشأن (جوليان لافيريار) أن مصطلح العرف لا يمكن أن يستعمل إلا في معناه الدقيق الذي هو محدد في مصادر القانون، أي بمعنى آخر في حالة تكرار السابقة التي تعطي الوجود إلى القاعدة القانونية والتي يعد تجاهلها خرقاً للقانون المطبق⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

لا يكفي الركن المادي وحده لتشكيل ونشوء العرف الدستوري، بل لابد أن يقترن بالركن المعنوي والذي يعبر عنه "الاعتقاد أو الشعور بضرورة وجود تلك القاعدة وإلزامها من قبل الهيئة أو السلطة المنشأة له بالإضافة إلى مختلف الأجهزة والهيئات الحاكمة في الدولة"⁽⁷⁾، وحسب رأي آخر يجب إضافة الرأي العام للشعور بالزامية هذا العرف أن يحس

(1) عادل الحيازي، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني - دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 107.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 106

(3) فتحي عبد النبي الوحيددي، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، ط3، دار المقداد للطباعة، غزة، فلسطين، 2003م، ص 76.

(4) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 107.

(5) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 106.

(6) مقالة منشورة على الرابط الإلكتروني: <https://mo9j.wordpress.com/2014/02/10/>. تاريخ الزيارة 2022/2/10 الساعة 5:00 مساءً.

(7) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 72.

يحس أو يشعر الجميع- السلطات العامة والأفراد- أن مسلكهم أصبح واجب الاحترام⁽¹⁾، أي ملزماً، وهذا ما ينشأ من خلال تواتر العمل عليه مدة طويلة من الزمن، وذلك انطلاقاً من أن اقتصر الركن المعنوي على السلطات الحاكمة و أجهزتها قد يؤدي إلى تشكل عرف تعتاد من خلاله هذه السلطات على انتهاك حقوق الأفراد و حرياتهم، والركن المعنوي يعني بأن يستقر في ضمير الجماعة الشعور بأن هذا القاعدة ملزمة و واحة الإتباع⁽²⁾، و يرى الدكتور محمد عبدالله أبو مطر " أن مثل هذا الرأي يتطلب وجود درجة من الوعي و الإدراك لدى الأفراد بممارسات السلطات الحاكمة، وتوظيف الرأي العام لصالح الحيلولة دون الاعتياذ على مسلكيات ينجم عنها الاعتداء على حقوق و حريات الأفراد"⁽³⁾، ونرى بأن الركن المعنوي هو محور التمييز بين العرف والعادة وذلك أن العادة لا يكون لها أي إلزام من الناحية القانونية، وأن القاعدة العرفية اذا اكتملت أركانها أصبحت قاعدة قانونية ملزمة⁽⁴⁾.

وحيث أنه يجب أن يُخلق الشعور في الإلزام في ضمير الجماعة، وقد انقسم الفقه في هذا الصدد بشأن تحديد المقصود بالجماعة التي يجب أن يقوم لديها الاعتقاد بالزامية السلوك، فالأول ذهب إلى أن المقصود بالجماعة السياسية هنا الهيئة الحاكمة، بالإضافة إلى مجموع الأفراد ويكفي أن يتخذ الأفراد موقفاً سلبياً يقف عند عدم الاعتراض على السلوك، بمعنى ألا يعارض الرأي العام القاعدة الدستورية، أما الاتجاه الثاني يذهب إلى أن المقصود بالجماعة التي يجب أن يقوم لديها الاعتقاد بالزامية العرف هي الهيئة الحاكمة تحديداً كالبرلمان والحكومة ورئيس الدولة والأحزاب السياسية⁽⁵⁾.

ويختلف العرف الدستوري عن مجرد تكرار استخدام مبادئ عملية لمواجهة مشكلة معينة في أن الأول يجب توافر الاعتقاد بالإلزام بينما الثانية لا يوجد بها إلزام⁽⁶⁾.

المطلب الثالث: تمييز العرف الدستوري عما يشابهه

يتشابه مصطلح العرف الدستوري مع بعض المصطلحات ومنها الدستور العرفي والعادة وفي إطار الحديث عن العرف الدستوري يتوجب علينا أن نوضح الفرق بينهم.

الفرع الأول: الفرق بين العرف الدستوري والدستور العرفي

من الثابت أن العرف الدستوري كمصدر منشئ للقاعدة القانونية يختلف دوره باختلاف النظام الدستوري في الدولة، فالدول ذات الدساتير المكتوبة يتضائل فيها دور العرف الدستوري إلى حد كبير، ويضل الاعتماد الأساسي على الوثيقة الدستورية المكتوبة، ويقوم العرف الدستوري في هذه الحالة بدور المفسر لغموض للقاعدة الدستورية المكتوبة،

(1) عبد الفتاح ساير داير، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية – ماهية القانون الدستوري الوضعي، مرجع سابق، ص 246.

(2) سام دله، القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 62.

(3) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 109.

(4) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 72.

(5) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 269.

(6) زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري - الجزء الأول: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط3، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1994م، ص 156.

أو المكمل لها في حال كان بها نقص، أما في بلاد الدساتير العرفية فيكون العرف المصدر الرئيسي والأول للقاعدة الدستورية، فالدستور نفسه يكون مكون من مجموعة من القواعد القانونية التي انشأها العرف، ولا يقدح في ذلك أن تكون تلك القواعد مدونة في مجموعات شبه رسمية ذلك أن هذا التدوين يسهل عملية الرجوع لها⁽¹⁾، فالعرف الدستوري هو أن تتصرف إحدى الهيئات الحاكمة في مسألة دستورية على نحو معين⁽²⁾، أما الدستور العرفي فهو مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي تكونت عن طريق اعتياد تقاليد أو ممارسات معينة استقرت عليها المؤسسات الحاكمة في الدولة، سواء في تنظيم العلاقات فيما بينها أو فيما يتعلق بوظائفها⁽³⁾، ولعل المثال الوحيد على الدساتير العرفية هو الدستور البريطاني⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الفرق بين العرف الدستوري والعادة

عرفنا مما سبق أن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين مع اعتقادهم أن هذا السلوك ملزم لهم⁽⁵⁾، أما العادة فيقصد بها عرف لم يكتمل أو عرف في مرحلة التكوين، لعدم شعور الأفراد بأنها ملزمة لهم، ويشترك العرف والعادة في الركن المادي، لكن العادة تتوقف عند هذا الحد أما العرف فيتميز عنها بوجود الركن المعنوي، إذاً فالعادة مجرد اعتياد الناس وإتباعهم سلوك معين دون الاعتقاد بالزاميته⁽⁶⁾.

ويمكن القول بوجود نوعين من العادات : عادات خاصة بالمجاملات، أو ما نطلق عليه العادات الاجتماعية كتقديم التهاني في المناسبات السارة والتعزية في المناسبات الغير سارة مثلاً، وكذلك تبادل الهدايا في الأعياد والمناسبات المختلفة، ويتميز هذا النوع من العادات بأنه ليس له قوة ملزمة من الناحية القانونية، وهناك عادات خاصة بالمعاملات وهي التي تنشأ من إطراد سلوك الأفراد على نحو معين في مسألة تتعلق بمعاملاتهم وليس بالعلاقات الاجتماعية، مثل العادة الجارية في بعض أسواق الخضار والفواكه التي تباع بالعدد بأن تعد المائة مائة وعشرين أو مائة وثلاثين حبه مثلاً، وأصل في عادات المعاملات أنها غير ملزمة، إلا إذا اتفقت عليها الأطراف صراحة أو ضمناً أو أحال إليها المشرع صراحة⁽⁷⁾.

المبحث الثاني: أنواع العرف الدستوري وقيمه القانونية

يتميز العرف الدستوري بتعدد أنواعه، وهو تعدد مرتبط بعلاقة العرف الدستوري بالنص الدستوري ذاته، فإذا كان النص يتسم بالغموض فإن العرف الدستوري في هذه الحالة يعتبر عرف دستوري مفسراً، أما إذا اعترى النص الدستوري نوع من أنواع النقص فالعرف الدستوري هنا يكون عرف مكمل، كما قد يأتي العرف الدستوري معديلاً لما جاء

(1) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص73.

(2) عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، بدون طبعة، دار المعارف، الإسكندرية، ص177.

(3) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص104.

(4) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص73.

(5) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص104.

(6) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص72.

(7) علي محمد الزعبي مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني <http://www.bumoza.blogspot.com/2011/10/blog-post.html>، تاريخ الزيارة

2022/2/20، الساعة 11:40 صباحاً.

في النص الدستوري، علاوة على العرف الذي يأتي بحكم المخالفة للنص الدستوري، وهو ما يطلق عليه بالعرف المناقض، وقد أدى ذلك التعدد في العرف الدستوري الى اختلاف موقف الفقه الدستوري حول القيمة القانونية لأنواعه، وهو ما يتطلب منا الوقوف على كل نوع من أنواع العرف الدستوري وقيمه القانونية⁽¹⁾.

المطلب الأول: العرف الدستوري المفسر

يفترض العرف الدستوري المفسر وجود نص غامض من نصوص الدستور المكتوب، ثم يأتي العرف ويبين الطريقة السليمة لتطبيقه عن طريق إجماع غموضه وتوضيح معناه أي أن العرف المفسر هو ذلك العرف الذي يأتي لتفسير نص دستوري غامض أو يتسم بعدم وضوحه في تنظيم مسألة دستورية معينة⁽²⁾، أي أنه هو الذي اقتصر أثره في تفسير نص غامض وإيضاح مهم حتى ولو كان هذا العرف المفسر يوضح طريقة تطبيق النصوص وشروط أعمالها⁽³⁾، أي أن العرف في هذه الحالة لا يخرج عن دائرة النصوص المكتوبة، إنما يعمل في دائرتها وتتحدد مهمته على تفسير الغامض منها، وبالتالي إذا ما كان النص الدستوري واضحاً فلا حاجة لوجود أو تشكل مثل هذا النوع من العرف الدستوري، ولا خلاف بين جمهور الفقه حول الاعتراف بالقيمة القانونية للعرف المفسر لأنه لا يخالف أحكام الدستور ولا يخلق قاعدة مخالفة للقواعد المقررة في الدستور ولا يعدل في نصوصه سواء بالإضافة أو الحذف، بل يقتصر على مجرد تفسير نصوص الدستور وبيان مدلولها وإيضاح الطريقة السليمة لتطبيقها⁽⁴⁾، وتتجلى أهمية هذا العرف بالنسبة للوثائق الدستورية المكتوبة أو البالغة الأيجاز⁽⁵⁾.

ومن أمثلة العرف الدستوري المفسر الاعتراف باختصاص رئيس الجمهورية في فرنسا بإصدار اللوائح التكميلية على الرغم من أن الدستور الفرنسي لعام 1958 لم ينص على ذلك، إلا أنه تم الاستناد إلى المادة الثالثة من الدستور ذاته والتي تعطي لرئيس الجمهورية سلطة تنفيذ القوانين وهو ما يتم من خلال إصدار اللوائح التنفيذية أو التكميلية لهذه القوانين⁽⁶⁾.

وعليه يتضح أن هذا النوع من العرف الدستوري، هو عرف تفسيري لنص دستوري قائم، فلا يعدل فيه ولا يكمل نقص اعترافه، أما في ما يتعلق بالقيمة القانونية للعرف المفسر، فإن غالبية الفقه الدستوري يتفق على أن العرف الدستوري المفسر يأخذ ذات المرتبة والقيمة القانونية للنصوص الدستورية، وبالتالي فله قوة وسمو الدستور ذاته⁽⁷⁾، ويثار التساؤل في هذا الصدد حول الجهة التي تمتلك صلاحية تفسير الدستور؟

(1) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري و النظم السياسية، مرجع سابق، ص 109.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

(3) فتحي عبد النبي الوحيد، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، مرجع سابق، ص 97.

(4) عادل الحيازي، القانون الدستوري والنظام الدستوري الاردني - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 136.

(5) عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م، ص 329.

(6) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 109.

(7) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 111.

في سبيل الإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بأن المشرع الدستوري قد يضمن الوثيقة الدستورية نصاً خاص يتعلق بتحديد الجهة التي تتوكل في أمر تفسير الدستور، أو قد يقوم بإصدار مذكرة تفسيرية ترفق بالدستور، وفي حال عدم تحديد المشرع للجهة التي يتوجب عليها تفسير الغموض الذي يعتري النص الدستوري فإنه يتم اللجوء إلى أحكام القضاء وأراء الفقهاء⁽¹⁾، وفي النظام الفلسطيني حدد القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته وقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته الجهة التي تملك صلاحية تفسير الغموض التي قد يعتري نصوصه وهي المحكمة الدستورية العليا⁽²⁾

المطلب الثاني: العرف الدستوري المكمل

يعرف العرف الدستوري المكمل بأنه العرف الذي ينصرف أثره إلى تنظيم موضوعات دستورية أغفل المشرع الدستوري تنظيمها لسهو منه أو لأن العمل لم يظهر الحاجة الخاصة لقاعدة تحكمها ويضعها المشرع في حينه، وبالتالي فالعرف المكمل يقوم بتكملة ما في النصوص المكتوبة من نقص دون أن تستند إلى نص في الوثيقة الدستورية، فالعرف المكمل ينشأ لكي يعالج مشكلة النقص التي يعتري النص الدستوري⁽³⁾، فهذا النوع من العرف يملأ الفراغ الذي يكون قد تركه المشرع الدستوري في مسألة من المسائل، وينظم الأمور الدستورية التي فاتت على المشرع تنظيمها، وهو بالتالي يختلف عن العرف الدستوري المفسر، حيث إن العرف الدستوري المكمل يأتي في سياق غياب نص أو قصوره في تنظيم مسألة تناولها الدستور، فيتولى العرف إيراد حكم جديد ينظم ما سكت عنه المشرع الدستوري، بينما العرف المفسر يستند إلى وجود نص، لكنه يتسم بالغموض وعدم الوضوح، فيتولى العرف إزالة هذا الغموض عبر تفسير النص⁽⁴⁾.

ويختلف أيضاً العرف المكمل عن اللوائح المكمل التي يصدرها رئيس الدولة، فمن ناحية أولى يحتل العرف المكمل مرتبة دستورية ويأتي لسد نقص تشريعي دستوري، وهو غير مكتوب أما اللوائح التكميلية (التشريع اللائي) تحتل مرتبة ثالثة في تدرج القوانين وتأتي لسهولة وتسيير تطبيق القواعد القانونية وهي لوائح مكتوبة.

ومن أمثلة العرف المكمل العرف الذي نشأ في ظل دستور الجمهورية الفرنسية الثالثة، حيث نص هذا الدستور على أن يكون انتخاب مجلس النواب انتخاباً عاماً غير مقيد بنصاب مالي أو كفاءة عالية خاصة دون أن يشير إلى كون الانتخاب مباشراً أم لا، ونظراً لأن قوانين الانتخاب الفرنسية أطردت منذ سنة 1848 على أن يكون الانتخاب مباشراً أي على درجة واحدة، فقد نشأ عرف دستوري يقضي بأن يكون انتخاب مجلس النواب في ظل هذا الدستور انتخاباً مباشراً،

(1) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 107.

(2) المادة (103) من القانون الأساسي 1- تشكل محكمة دستورية عليا تتولى النظر في:

دستورية القوانين و اللوائح أو النظم وغيرها.

تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات

الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية.....

2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، وعلى أساس ذلك صدر قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 وتشكلت المحكمة الدستورية على أرض الواقع عام 2016، وقد نصت المادة (24) من هذا القانون على اختصاص هذه المحكمة بتفسير التشريعات.

(3) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 76.

(4) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 111.

ومن ذلك أيضاً الدستور الفرنسي لسنة 1875⁽¹⁾، وكذلك الدستور المصري لسنة 1923 لم ينص على حق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح الضبط (لوائح البوليس) حيث ثار خلاف وجدل فقهي حول هذه اللوائح، فمنهم من قال بأنها عرف دستوري مكمل، ومنهم من أسسها على أنها عرف دستوري معدل، ولكن المشرع المصري حسم هذا الخلاف عام 1956 بالنص على حق رئيس الجمهورية في إصدار لوائح الضبط⁽²⁾، ومن أمثلة العرف الدستوري المكمل في العراق، ما اعتادت عليه الحكومة بتقديم استقالتها عند انتقال العرش حيث لم ينص على هذه الاستقالة كل من الدستور العراقي لعام 1921 أو دستور عام 1933، إلا أن الحكومة دأبت على تقديم استقالتها عند وفاة الملك وانتقال السلطة إلى من خلفه أو بعد انتهاء فترة الوصاية على العرش كما حدث عندما تولى الملك فيصل الثاني الحكم بالعراق بعد بلوغه سن الرشد عام 1953⁽³⁾.

ومثاله بالهند العرف الذي يقضي بإلزام الوزارة بإحاطة رئيس الجمهورية علماً بالقرارات التي تتخذها، فقد اعتاد الوزراء منذ عهد جواهر آل نهرو ومن باب المجاملة على إحاطة رئيس الجمهورية علماً بغالبية القرارات التي تتخذها الوزارة ولاسيما الهامة منها، وفي لبنان نظم الدستور في المادة 79 منه إجراءات التصويت في مجلس النواب على اقتراح وتعديل الدستور إلا أنه لم يحدد كون التصويت علنياً أم سرياً من هنا جاء العرف في المجلس على التصويت بالمناداة بالأسماء⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بالقيمة القانونية للعرف الدستوري المكمل فغالبية الفقهاء ومنهم (ديجي ودوفرجي وعبد الحميد متولي)⁽⁵⁾، يلحق العرف الدستوري المكمل بالعرف الدستوري المفسر ويخضعهما لنفس الضوابط من حيث الاعتراف لكل منها بقوة قانونية مساوية لقوة النصوص الدستورية المكتوبة، والحجة التي يعتمد عليها هذه الغالبية تتلخص في أن العرف المكمل لا يعدو أن يكون نوعاً من أنواع العرف الدستوري المفسر، لأنه يأتي ليكمل ما سكت عنه المشرع الدستوري في الموضوعات التي يقوم العرف للحديث عنها، وبما أن هذا العرف لا يحتوي على مخالفة صريحة لنصوص الدستور المكتوب ولا ينطوي على تعديل لها، فهو بالتالي يكون ملزماً بقدر إلزام النصوص الدستورية المكتوبة⁽⁶⁾.

أما الاتجاه الثاني فيذهب في أن للعرف الدستوري المكمل قيمة قانونية، ولكن هذه القيمة تعادل القيمة القانونية التي تكون للتشريعات العادية ولا ترقى إلى قوة النصوص الدستورية⁽⁷⁾.

لكن في مقابل هذا الرأي، فإن غالبية الفقه الدستوري وهذا ما نؤيده يقر بالمرتبة الدستورية للعرف الدستوري المكمل كما هو الحال للعرف المفسر⁽¹⁾، فتكون لهذا العرف ذات القيمة التي يتمتع بها الدستور ونصوصه، وذلك راجع إلى

(1) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 76. أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 468.

(2) محمد كمال الدين امام، الدستور والسلطة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2005م، ص 32.

(3) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 111.

(4) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 271.

(5) منتدى الأوراس القانوني، منشورة على الموقع الإلكتروني، <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1838-topic>، تاريخ الزيارة 2022/3/2، الساعة 12:00 صباحاً.

(6) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 112.

(7) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 111.

إلى كون العرف المكمل لا يشكل مخالفة للدستور، وإنما يأتي لتدارك النقص فيه، فيأخذ ذات المكانة التي تحتلها نصوص الدستور⁽²⁾.

المطلب الثالث: العرف الدستوري المعدل

هو العرف الذي ينصرف أثره إلى تعديل أحكام نصوص الوثيقة الدستورية بالإضافة أو الحذف في موضوع دستوري معين⁽³⁾، ويعد العرف المعدل من أخطر أنواع العرف وأكثرها أهمية كونه يعدل نصوص الوثيقة الدستورية والتي غالباً ما يشترط المشرع في تعديلها إجراءات معقدة حفاظاً على قدسيته وعلويتها وحمايتها من المساس والانتهاك، وهذا التعديل أما أن يؤدي إلى إضافة أحكام جديدة لنصوص الدستور أو يترتب عليه حذف أحكام أو نصوص معينة، وقد قسم معظم كتاب القانون العام العرف المعدل إلى قسمين:

الأول: العرف الدستوري المعدل بالإضافة.

وهو العرف الذي يؤدي إلى منح هيئة من الهيئات الحاكمة سلطة جديدة لم تقرها لها الوثيقة الدستورية⁽⁴⁾، ويتميز هذا العرف عن العرف المكمل في أن الأول يأتي بإضافة أحكام وقواعد جديدة لم ينص عليها الدستور ولم يتطرق لها أصلاً في موضوعاته، أما الثاني فيضيف أيضاً قواعد وأحكام جديدة لكن هذه الإضافة جزئية في موضوع أو مسألة دستورية تم تنظيمها في الدستور لكن مع وجود نقص أو قصور في هذا التنظيم⁽⁵⁾.

ومن أمثلة هذا العرف، ما جرى عليه العمل في مصر وفرنسا على تحويل السلطة التنفيذية حق إصدار لوائح الضبط (البوليس) بقصد حماية النظام العام (الامن . الصحة . السكينة) فالأصل أن كل ما يتعلق بالنظام العام يتم تنظيمه بقانون كونه يقيد بعض الحريات التي كفلها الدستور والأصل عدم تقييد الحريات إلا بقانون لكن العرف منح الحكومة صلاحية إصدار مثل هذه اللوائح⁽⁶⁾.

وما جرى عليه العمل في فرنسا من تفويض البرلمان للسلطة التنفيذية في مباشرة مظاهر الوظيفة التشريعية عن طريق إصدار مراسيم لها قوة القانون العادي الصادر من السلطة التشريعية⁽⁷⁾.

(1) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص113. لمزيد من الايضاح انظر، حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص111، أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص471.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص112.

(3) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص472.

(4) فتحي عبد النبي الوحيدى، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، مرجع سابق، ص82.

(5) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص112. انظر أيضاً جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص78.

(6) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص274.

(7) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص472. انظر أيضاً، حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص112.

وأمثلة ذلك أيضاً العرف الذي نشأ في الولايات المتحدة والذي يقضي بمنح الرئيس صلاحية الاعتراف بالدول الأجنبية حيث لم يسند الدستور هذه الصلاحية الى سلطة معينة بالذات.

وفيما يتعلق بالقيمة القانونية للعرف المعدل بالإضافة ، فقد اختلف الفقه الدستوري بشأن شرعية هذا العرف بين من ينكر القيمة القانونية للعرف المعدل بالإضافة نظراً لتعارضه مع إرادة وتوجيه المشرع الدستوري خاصة في الدول ذات الدساتير الجامدة، سيما وأنه يعطي لسلطة أدنى وهي إحدى السلطات في الدولة التي تنشأ مثل هذا العرف صلاحيات السلطة الأعلى، وهي السلطة التأسيسية للدستور كما أنه يخالف قواعد تعديل الدستور، ونحن لم نسلم بما جاء به هذا الجانب من الفقه، كون أنه في العرف المكمل تم الاعتراف بقيمته القانونية على الرغم أن تكملة النص لسد القصور تتم من سلطة أدنى من السلطة التأسيسية، وأيضاً بعد نشوء الدستور قد يطرأ تحولات تستدعي إضافة نصوص جديدة للدستور، وفي مقابل ذلك يذهب جانب آخر من الفقه يعترف بالقيمة القانونية للعرف المعدل بالإضافة رغم الاختلاف حول القيمة القانونية له، ويذهب تيار من هذا الفقه إلى منحه ذات المرتبة والسمو الذي يحظى به الدستور، في حين نجد أن هناك تيار آخر يعتبره كالقوانين العادية من حيث مكانته وقوته القانونية⁽¹⁾، ونحن لا نسلم بما ذهب إليه أصحاب التيار الذي يعترف بالقيمة القانونية للعرف المعدل بالإضافة كالقوانين العادية وذلك لأن العرف هنا يتعلق بمسألة ذات طبيعة دستورية، ونرى أن الرأي الذي يمنح العرف المعدل بالإضافة نفس القيمة القانونية للدستور هو الأقرب للصواب وذلك لأنه قد يحدث تحولات في النظام السياسي للدولة تحتاج الى إضافة نصوص للدستور تنظم الحياة السياسية وتستوعب تطوراتها⁽²⁾.

وقد ألحق الدكتور ثروت بدوي -وبحق- العرف المعدل بالإضافة الى العرف المكمل وأعطاه حكمه، ولا يعترف بإدراجه تحت العرف المعدل بل يعده من قبيل العرف المكمل ويقول الدكتور عادل الحياوي في كتابه "لا نرى أن للعرف المعدل بالإضافة كياناً خاصاً ومستقلاً به، لأنه لا يتميز بمميزات تختلف عما يتميز به العرف المكمل، فالعرف المعدل بالإضافة لا يقوم إلا بسد فراغ تركه المشرع الدستوري، أو اكمال نقص أو ثغرة في النصوص الدستورية المكتوبة، وهذا هو عين ما يقوم به العرف المكمل، بالإضافة إلى ذلك فإن الأمثلة التي تضرب للتدليل على العرف المعدل بالإضافة لا تزيد على إعطاء إحدى الهيئات العامة سلطة جديدة لم ترد في نصوص الدستور، كما هو الحال في إعطاء السلطة التنفيذية في مصر وفرنسا حق اصدار لوائح البوليس على الرغم من عدم ورود النص على هذا الحق في النصوص الدستورية المكتوبة، وكان الأجدر أن يلحق العرف المعدل بالإضافة الى العرف المكمل ليأخذ حكمه لأن كليهما يسد الفراغ الذي يكون المشرع الدستوري قد تركه وينظمان المسائل التي فاتت على المشرع تنظيمها دون الاستناد الى نص دستوري ولكنهما لا يخالفان النصوص الدستورية على الرغم من أنهما يخلقان قواعد دستورية جديدة".

(1) انظر، حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 114.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 113. لمزيد من الايضاح انظر، أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في

النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 473.

ثانياً: العرف الدستوري المعدل بالحذف.

ويعرف بأنه العرف الذي يؤدي الى إسقاط حق من الحقوق المخولة لهيئة من الهيئات في الدستور، وذلك بإطراد هذه الهيئة على عدم استعمال هذا الحق⁽¹⁾، وقد تعددت التسميات التي أطلقها الفقه على هذا العرف، منها العرف المناقض، الاعتياد على عدم تطبيق النص، العرف المسقط⁽²⁾، ومن هذه الأعراف: العرف الذي نشأ في الولايات المتحدة والذي يقضي بعدم استشارة رئيس الجمهورية لمجلس الشيوخ عند تعيينه الوزراء بالرغم من أن الدستور يلزمه بالرجوع الى المجلس المذكور قبل تعيين أي وزير، باعتبار أن الرئيس هو المسئول امام الشعب في اختيار وزرائه.

وفي المانيا ساد عرف يقضي بعدم إلزام الرئيس بأخذ رأي المستشار الاتحادي او اتباع مشورته بالرغم أن المادة (74\1) من الدستور، تلزم رئيس الجمهورية بالرجوع الى مجلس الوزراء وأخذ رأيه في القرارات التي يتخذها⁽³⁾.

ومن أمثلة ذلك العرف ما جرى في فرنسا من عدم استخدام رئيس الجمهورية لحقه في طلب إعادة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية اذ كان دستور سنة 1875 يعطي هذا الاختصاص لرئيس الجمهورية، غير أنه لم يستعمله وبالتالي قيل أن عرفاً معدلاً بالحذف قد نشأ واسقط حق رئيس الجمهورية الفرنسية في حل مجلس النواب منذ سنة 1940 مع أن الحل أحد حقوقه التي نص عليها الدستور سنة 1875م⁽⁴⁾.

وأختلف الفقه حول القيمة القانونية للعرف الدستوري المعدل بالحذف فالاتجاه الأول يعترف بالقيمة القانونية له فيقول أنه مهما اتسعت مدارك واضعي نصوص الدستور المكتوب، فأنهم لن يستطيعوا تصور الحلول المناسبة لجميع الحوادث المستقبلية، وبالتالي فلا بد أن تأتي نصوص المكتوبة جامدة ولا تتلاءم مع الواقع السياسي في المستقبل، والعرف بما يتصف به من مرونة يمكن بقوته الدستورية أن يخفف من حدة النصوص الجامدة، ويقربها الى الحياة العملية لكي توائم النصوص.

أما الاتجاه الثاني وهو الغالب، يرى عدم مشروعية العرف المعدل بالحذف، ولا يقر له هذا الاتجاه بالوجود من الناحية العملية فعدم استعمال حق من الحقوق المقررة في الوثيقة الدستورية يعد مخالفة صريحة لنصوص الدستور ولا يمكن الاعتراف بها في ظل دستور جامد يتطلب تعديله إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات القانون العادي⁽⁵⁾، ونحن نساير ما ذهب اليه الاتجاه الثاني كون أنه هناك إجراءات خاصة لا بد من اتباعها في حال تعديل الدستور بالحذف،

(1) فتحي عبد النبي الوحيدي، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، مرجع سابق، ص 82.

(2) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 113.

(3) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 275.

(4) حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، مرجع سابق، ص 112. وفي ذلك أيضا انظر، أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 475. انظر أيضا محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 113.

انظر أيضا جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 78.

(5) أحمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 474.

وأيضاً الاعتراف بالقيمة القانونية لمثل هذا النوع من العرف قد يؤدي الى فتح الباب للاستبداد ويؤدي إلى إهدار القيمة القانونية لبعض النصوص الدستورية⁽¹⁾.

المطلب الرابع: العرف المحرف أو المناقض

يقصد به ذلك العرف الذي يؤدي إلى ابتداء قاعدة أو حكماً يتعارض مع نص دستوري صريح، فهذا النوع من العرف يخالف ما هو وارد في الدستور وينجم عنه إهدار النصوص الدستورية الصريحة، كما يأتي بحكم جديد في تنظيم مسألة معينة تم تنظيمها في الدستور⁽²⁾، حتى أن هناك من يطلق عليه العرف الغاصب للسلطة، كونه يتشكل بالأساس على مخالفة وتحريف للدستور⁽³⁾، كما لو نص الدستور على أن يكون الانتخاب مباشراً ثم يجري العرف على أن يكون غير مباشر، أو ينص الدستور على علانية التصويت ثم يجري العرف على سرية التصويت، وهذا العرف لم يكتب به الكثير من فقهاء القانون.

ويختلف العرف المحرف عن العرف المعدل بالحذف، في أن الأول يقوم على مخالفة نص صريح بالدستور بوضع نص آخر مخالف، أي أن السلطة الحاكمة تسلك سلوكاً إيجابياً في هذا العرف أما العرف المعدل بالحذف يأتي بإلغاء قاعدة دستورية موجودة في الدستور عن طريق عدم استعمالها، أي أن السلطة الحاكمة تسلك سلوكاً سلبياً في هذا العرف، ويجدر التنويه إلى أن هناك رأياً في الفقه يدرج العرف المحرف أو المناقض تحت اسم العرف المعدل، أي أن هناك عرف معدل بالإضافة وعرف معدل بالحذف وعرف معدل بمخالفة إيجابية لنص الدستور⁽⁴⁾.

وتعتبر التجربة الدستورية في فرنسا من التجارب التي شهدت العديد من السوابق والتطبيقات للعرف الدستوري المناقض، ومن أمثلة ذلك دستور الجمهورية الرابعة لعام 1946 في المادة رقم (66) منه حظر بصورة صريحة قيام البرلمان ممثلاً بالجمعية الوطنية بتفويض سلطة التشريع سواء كلياً أو جزئياً لكن السلطة التنفيذية وتفويض من البرلمان الفرنسي استمرت بإصدار تلك اللوائح في مخالفة صريحة لنص المادة (66)⁽⁵⁾ أما من حيث القيمة القانونية للعرف المحرف أو المناقض اجمع الفقه الدستوري على عدم مشروعية العرف المناقض لمخالفته الصريحة لأحكام وقواعد الدستور، وينكر أي قيمة قانونية لهذا النوع من العرف⁽⁶⁾ ونحن نرى أنه إضافة لذلك لا يجوز القيام بعمل مخالف للدستور، هذا ما يدعي أنه من البداية لن يتم خلق عرف مناقض، وذلك لأن القيام بهذا العمل من البداية يعتبر غير دستوري، لذلك سيتم التصدي له من المرة الأولى للقيام به هذا ما سيمنع الاطراد على القيام به، وبالتالي لن يكون هناك عرف مناقض.

(1) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 79.

(2) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 79.

(3) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 116.

(4) إبراهيم عبد العزيز شيجا، النظام الدستوري اللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983 م، ص 127.

(5) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 117.

(6) جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 80.

المبحث الثالث: ملامح وتطبيقات العرف الدستوري في النظام الفلسطيني

جاء القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 وتعديلاته مبيناً اختصاصات كل من السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية والعلاقة فيما بينهما كما أهتم أيضاً بالنص على الحقوق والحريات العامة وضماناتها ولكن هل وجود القانون الأساسي الفلسطيني جاء شاملاً كاملاً ينظم سلطات الحكم؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل هي بالنفي، فالقانون الوضعي في كل الأحوال يعد قاصراً نظراً لطبيعة البشر لأنهم لا يستطيعون التنبؤ بالمستقبل ومعرفة ما يستجد من أعمال فالحياة السياسية حياة مليئة بالمتغيرات ومتطلبات افراد المجتمع السياسي تتغير من حين إلى آخر⁽¹⁾، فجميع القوانين ومنها القانون الدستوري تعتبر قاصرة، وتحتاج الى العرف كمصدر أساسي ورئيسي لها، وخاصة القانون الأساسي كونه وضع بمثابة دستور مؤقت، وبالتالي هناك عدة حالات تعلقت بنظام الحكم والسلطات العامة في فلسطين ينبغي التطرق إليها لمعرفة هل هذه الحالات تشكل عرفاً دستورياً أم لا.

المطلب الأول: تشكيل الحكومة

يتضح من التجربة والممارسة الدستورية في فلسطين بأن العرف يشكل مصدراً للقواعد الدستورية، خاصة فيما يتعلق بتنظيم العلاقة بين رئيس السلطة ورئيس الوزراء بشأن تشكيل الحكومة وإقالتها واستقالة وزرائها⁽²⁾، فقد خلا النص في القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته المعدل لسنة 2003م وتعديلاته على قيام رئيس الوزراء بعرض تشكيل الحكومة وإقالة وزرائها أو استبدالهم على رئيس السلطة.

حيث تنص المادة (65) من القانون الأساسي الفلسطيني بشأن تشكيل رئيس الوزراء للحكومة "فور تكليفه من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية يتولى رئيس الوزراء تشكيل حكومته خلال ثلاثة أسابيع من تاريخ اختياره وله الحق في مهلة أقصاها اسبوعان أخران فقط.

وإذا أخفق رئيس الوزراء في تشكيل حكومته خلال الاجل المذكور أو لم يحصل على ثقة المجلس التشريعي وجب على رئيس السلطة الوطنية استبداله باخر خلال أسبوعين من تاريخ اخفاقه أو من تاريخ جلسة الثقة حسب مقتضى الحال، وتنطبق على رئيس الوزراء الجديد الاحكام الواردة في الفقرة (1) أعلاه "

وبالتالي لم ينص القانون الأساسي صراحة على عرض رئيس الوزراء بشأن تشكيل الحكومة وإقالة وزرائها أو استبدال أي منهم على رئيس السلطة الوطنية، ولكن درج العرف على أن يقوم رئيس الوزراء بعرض رئيس الوزراء تشكيل حكومته على رئيس السلطة الوطنية⁽³⁾، ابتداءً من محمود عباس مروراً بحكومة السيد أبو علاء قريع وحكومة إسماعيل هنية وحكومة سلام فياض وحكومة الحمد لله، و حكومة محمد أشتية⁽⁴⁾، ومن جانبنا نرى أن ما درج بعرض رئيس الوزراء

(1) عبد الفتاح ساير داير، القانون الدستوري: النظرية العامة للمشكلة الدستورية – ماهية القانون الدستوري الوضعي، مرجع سابق، ص 246.

(2) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 118.

(3) رامي صالح زعرب، سحب الثقة من الحكومة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2020م، ص 100.

(4) محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص 119.

بتشكيل حكومته أمام رئيس السلطة هو عرف دستوري مكمل لنص المادة (65) من القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته كون أن تلك المادة نظمت بصورة جزئية العلاقة بين رئيس السلطة الفلسطينية ورئيس الوزراء بشكل جزئي دون أن يشمل هذا التنظيم كيفية قيام رئيس الوزراء بعرض حكومته على رئيس السلطة وحيث أعتبر هذا الأمر عرفاً مكمل⁽¹⁾، وهذا ما أكدت عليه المذكرة الإيضاحية لتعديل القانون الأساسي لسنة 2003م وتعديلاته التي جاء فيها (وقد ارتأى المجلس " التشريعي " أثناء مناقشة القانون المعدل أن لا ضرورة لإضافة بعض العبارات المتعلقة بعرض كل ما يتعلق بالحكومة من تشكيل وإقالة واستقالة من قبل رئيس مجلس الوزراء على رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وذلك باعتبار أن هذا الأمر عرفاً سياسياً أجمع المجلس عليه أثناء مناقشاته دون حاجة إلى أفراد مادة في متن القانون)⁽²⁾.

المطلب الثاني: التصديق على المعاهدات

نجد في النظام الدستوري لعام 1962 الذي طبق قطاع غزة لم يشر إلى المعاهدات وإلى صلاحية السلطة في عقد المعاهدات، أما في دستور عام 1952 الملكي الأردني نجده يعطي الملك سلطة إبرام المعاهدات حيث نصت المادة (33) منه على أن 1- الملك هو الذي يعلن الحرب ويعقد الصلح ويبرم المعاهدات والاتفاقات. 2- المعاهدات والاتفاقات التي يترتب عليها تحميل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو مساس في حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط السرية في معاهدة أو اتفاق ما مناقضة للشروط العلنية.

أما بالقانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 وتعديلاته فلم يوجد نص صريح بشأن توقيع رئيس السلطة على المعاهدات مع أن رئيس السلطة الوطنية أصدر قرارات بالانضمام للعديد من المعاهدات فهل يعتبر اختصاص رئيس السلطة الوطنية بالتصديق على المعاهدات عرفاً دستورياً أم لا؟

بالرجوع إلى المادة (40) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته نجده ينص على (يعين رئيس السلطة الوطنية ممثلي السلطة الوطنية لدى الدول والمنظمات الدولية والهيئات الأجنبية وينهي مهامهم كما يعتمد ممثلي هذه الجهات لدى السلطة الوطنية الفلسطينية) فوفقاً لهذه المادة نرى أن القانون الأساسي منح رئيس السلطة الوطنية سلطة تعيين ممثلي السلطة الوطنية، ويعتمد ممثلي الجهات لدى السلطة الوطنية فقط، أي تعيين السفراء والقناصل الفلسطينيين بالخارج واعتماد سفراء وقناصل الجهات الأخرى، وبالتالي ليس لها صلة بسلطة التصديق على المعاهدات، كون أن من شروط العرف الدستوري أن يكون ثابتاً ومطرداً، فيتوجب أن يتم إبرام المعاهدات والتصديق عليها بشكل مستمر من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية حتى يعتبر عرفاً دستورياً، ونرى أن مجلس الوزراء أصدر عدة قرارات بالمصادقة على معاهدات واتفاقيات دولية⁽³⁾، ثم منح لنفسه الحق بالمصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بموجب قرار رقم (51) لسنة 2004م حيث نص في المادة (1) منه على أنه: "يمنع توقيع أي اتفاقية دولية ثنائية

(1) راجع عبد الرحمن أحمد أبو بنات، الحل الرئاسي للبرلمان "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، غزة، 2022، ص 116.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م، تم إيرادها ضمن القانون الأساسي بعد المقدمة.

(3) منها: قرار مجلس الوزراء رقم (118) لسنة 2005م بشأن المصادقة على الاتفاقيات مع المؤسسة العربية للاتصالات الفضائية (عربسات)، قرار مجلس

الوزراء رقم (21) لسنة 2005م بالمصادقة على الاتفاقيات التركية الفلسطينية بشأن تمويل المشاريع الاقتصادية التنموية والاجتماعية، وغيرها

من قبل أي جهة رسمية فلسطينية، إلا بعد المصادقة عليها من قبل مجلس الوزراء" وأيضاً قرار رقم (81) لسنة 2005م أعطى مجلس الوزراء لنفسه التصديق على كافة الاتفاقيات حيث تنص المادة الأولى من القرار على (يجب عرض مشاريع الاتفاقيات مع الدول والمؤسسات الدولية على مجلس الوزراء لمناقشتها وفق الأسس والقواعد القانونية تمهيداً للمصادقة عليها قبل توقيعها من الجهة المفوضة بذلك)، وعلى الرغم من صراحة القرار الصادر بسلطة مجلس الوزراء على التصديق نجد أن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية قام بالتصديق على العديد من الاتفاقيات بعد عام 2007م⁽¹⁾، وكذلك وخاصة بعد الاعتراف بدولة فلسطين عضواً بالأمم المتحدة فكانت المعاهدات تبرم من قبل الحكومة ويتم التصديق عليها من قبل الرئيس الفلسطيني عبر إصداره ذلك تارة بمرسوم رئاسي وتارة أخرى بقرار بقانون، ومن أمثلة ذلك المرسوم رقم (5) لسنة 2014 بشأن المصادقة على اتفاقية التعاون في مجال مكافحة الجريمة وحماية النظام وضمان حماية حقوق الفرد الموقعة بين دولة فلسطين وروسيا الاتحادية، ومرسوم رقم (4) لسنة 2014 بشأن المصادقة على اتفاقية حول إلغاء التأشيرات لجوازات السفر الدبلوماسية والخاصة الموقعة بين دولة فلسطين وجمهورية البيرو، قرار بقانون رقم (18) لسنة 2013، بشأن المصادقة على اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب الضريبي مع جمهورية فيتنام الاشتراكية.²

ومن جانبنا نرى أن العرف الدارج في هذه المسألة هي من قبيل العرف المناقض خاصة مع وجود قرار صادر من مجلس الوزراء يعطي حق التصديق للحكومة.

المطلب الثالث: تشكيل حكومة الطوارئ

أعلنت حالة الطوارئ في فلسطين ثلاثة مرات وفي المرة الأولى والثانية تم تشكيل حكومة طوارئ، فالمرّة الأولى تم تشكيل حكومة الطوارئ في عهد الرئيس الراحل ياسر عرفات عقب إعلان حالة الطوارئ في الأراضي الفلسطينية برئاسة أبو علاء قريع وهو أول رئيس لحكومة طوارئ في مناطق السلطة الفلسطينية منذ تأسيسها عام 1994⁽³⁾، أما الثانية فقد

(1) منها: قرار بقانون رقم (7) لسنة 2008 م بشأن المصادقة على اتفاقيتي القرض المبرمتين مع البنك الاسلامي للتنمية بشأن مشروع الربط الكهربائي بين جمهورية مصر العربية وقطاع غزة، مرسوم رقم (3) لسنة 2008 بشأن المصادقة على تعديل الفقرة الثالثة من المادة الاولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، مرسوم رقم (34) لسنة 2009م بشأن المصادقة على النظام الاساسي لمجلس السلم والامن العربي، مرسوم رقم (19) لسنة 2009م بشأن المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"، مرسوم رقم (12) لسنة 2011م بشأن المصادقة على تعديل الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، مرسوم رقم (11) لسنة 2011م بشأن المصادقة على تعديل الاتفاقية العربية لنقل نزلاء المؤسسات العقابية والإصلاحية، مرسوم رقم (10) لسنة 2011م بشأن المصادقة على تعديل الاتفاقية العربية لمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب، مرسوم رقم (9) لسنة 2011م بشأن المصادقة على تعديل الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، مرسوم (7) لسنة 2014م بشأن المصادقة على اتفاقية التعاون والمساعدة المتبادلة في الشؤون الجمركية الموقعة بين حكومة دولة فلسطين وحكومة روسيا الاتحادية، مرسوم رقم (5) لسنة 2014م بشأن المصادقة على اتفاقية التعاون في مجال مكافحة الجريمة وحماية النظام وضمان حماية حقوق الفرد الموقعة بين دولة فلسطين وجمهورية روسيا الاتحادية، مرسوم رقم (4) لسنة 2014م بشأن المصادقة على اتفاقية حول إلغاء التأشيرات لجوازات السفر الدبلوماسية والخاصة الموقعة بين دولة فلسطين وجمهورية البيرو، مرسوم رقم (17) لسنة 2005م بشأن المصادقة على الاتفاق الشامل بين دولة فلسطين والكرسي الرسولي، وغيرها.

(2) ريم البطمة، المعاهدات الدولية والقانون الوطني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) كانون الأول، 2014، ص 47 هامش 1.

(3) راجع نصوص المرسوم الرئاسي بإعلان حالة الطوارئ رقم (18) لسنة 2003م، منشور في العدد رقم (48)، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 29/1/2004م، ص3.

أنشأت في عهد الرئيس محمود عباس (أبو مازن) عقب إعلان حالة الطوارئ نتيجة الانقسام السياسي واستيلاء عناصر حركة حماس على المواقع الأمنية في قطاع غزة⁽¹⁾، ولكن هل تعتبر تشكيل حكومة الطوارئ في فلسطين عرفاً دستورياً؟

تنص المادة (110) من الباب السابع من القانون الفلسطيني المعدل لعام 2003 وتعديلاته على "عند وجود تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية يجوز إعلان حالة الطوارئ بمرسوم من رئيس السلطة الوطنية لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً يجوز تمديد حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً أخرى بعد موافقة المجلس التشريعي الفلسطيني بأغلبية ثلثي أعضائه، يجب أن ينص مرسوم إعلان حالة الطوارئ بوضوح على الهدف والمنطقة التي يشملها والفترة الزمنية، يحق للمجلس التشريعي أن يراجع الإجراءات والتدابير كلها أو بعضها التي اتخذت أثناء حالة الطوارئ وذلك لدى أول اجتماع عند المجلس عقب إعلان حالة الطوارئ أو في جلسة التمديد أيهما سبق وإجراء الاستجواب اللازم بهذا الشأن.

هذه المادة قد نظمت حالة الطوارئ ولكنها لم تنص على تشكيل حكومة الطوارئ وفي نظرنا أن حكومة الطوارئ تعتبر عرفاً دستورياً معدل بالإضافة لنص المادة (110) ونؤكد أن الانقسام الفلسطيني هو من أعاق تشكيل حكومة طوارئ، رغم أنه كان هناك مطالب بتشكيلها⁽²⁾.

الخاتمة

يعتبر العرف مصدراً من مصادر القاعدة القانونية ومنها القاعدة الدستورية حيث أن المشرع عندما يضع القاعدة القانونية لا يستطيع التنبؤ بالمستقبل، وبالتالي يكون النص الدستوري عاجزاً عن مواكبة ما يحدث في الحياة السياسية والنظام الحكم في الدولة وبالتالي لابد من وجود عرف دستوري يواكب ما يستجد في العمل الحكومي، ولكن ليس كل ما ينشأ عن السلطات الحاكمة يعد عرفاً فلا بد من وجود ركن مادي يتمثل باعتياد السلطات الحاكمة على سلوك معين يتعلق بنظام الحكم وركن معنوي يتمثل في الشعور بالزامية ذلك العمل بالإضافة إلى ذلك فإن العرف الذي يتكون ليس على درجة واحدة وإنما هناك العرف المفسر والعرف المكمل والعرف المعدل والعرف المناقض الذي لا يشكل حسب اعتقادنا عرفاً أصلاً لأنه يخالف المشروعية الدستورية وعززنا بأمثلة على جميع أنواع العرف وميزنا بين العرف الدستوري ما يشته به من عرف إداري وعرف عادي وعادة ودستور عرفي.

أولاً: النتائج.

1. الدساتير المدونة يقوم بوضعها رجال نظريون تغلب عليهم النواحي القانونية والنظرية أكثر من النواحي العملية والواقعية، لذلك فالعرف يسد الثغرات الناتجة عن عدم مراعاة هذه النواحي الأخيرة.
2. القانون الدستوري يعالج العلاقة بين السلطات الحاكمة وفي هذا المجال نجد أن القانون أقل تطوراً ودقة الأمر الذي يستلزم معالجة المشاكل الناتجة عن هذه العلاقة بالعرف الذي يتلاءم مع الظروف والواقع.

(1) مرسوم رقم (9) لسنة 2007م، بشأن إعلان حالة الطوارئ، منشور في العدد رقم (71)، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2007/8/9م، ص.6.

(2) <http://www.alquds.com/articles/1581680836200100600> تاريخ الزيارة 2022/3/20، الساعة 2:30 صباحاً.

3. يشير مفهوم العرف إلى تصرف إحدى الهيئات الحاكمة في مسألة دستورية على نحو معين، فتنشأ من تكرار هذه التصرفات على مر الزمن قاعدة غير مكتوبة يكون لها إلزام قانوني.
4. يعتبر الركن المعنوي هو جوهر التميز بين العرف الدستوري والعادة.
5. للعرف عدة أنواع منها المفسر والمكمل والمعدل والمناقض وتختلف قيمتهم القانونية حسب كل نوع من أنواع العرف.
6. يختلف العرف المفسر عن العرف المكمل في أن العرف المفسر يعمل على تفسير نص غامض أما العرف المكمل يعمل على تكملة النقص الذي يعتري النص، وكما أن العرف المكمل يختلف عن العرف المعدل بالإضافة أن العرف المكمل يقوم بإضافة أحكام وقواعد لم يتطرق إليها الدستور على عكس المعدل بالإضافة الذي حيث يضيف أحكام وقواعد تم تنظيمها فعلاً في الدستور.
7. يعتبر قيام رئيس الوزراء بعرض حكومته على رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية هو عرف مكمل لنص المادة (65) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م.
8. لا يعتبر قيام رئيس السلطة الوطنية بالتصديق على المعاهدات عرف دستوري كون أنه اختلفت الجهات الذي تصادق على المعاهدات فتارة يصادق مجلس الوزراء وتارة يصادق رئيس السلطة لذلك نر أنه هناك نقص تشريعي ويتوجب على المشرع أن يقوم بإضافة نص للقانون الأساسي يبين فيه من الجهة التي تملك حق التصديق على المعاهدات.
9. نرى أن تشكيل حكومة الطوارئ في حال اعلان حالة الطوارئ عرف دستوري معدل بالإضافة لنص المادة (110) من القانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته لسنة 2003م.

ثانياً: التوصيات

1. نوصي باحترام العرف الدستوري كونه ينظم مسائل ذات طبيعة دستورية، ولكن الأخذ به يتطلب توافر ضوابط معينة خوفاً من استغلال إحدى سلطات الدولة نفوذها في خلق عرف دستوري لإشباع مصالحها وتحويل النظام إلى نظام استبدادي، ويجب أن يعبر العرف الدستوري عن روح الجماعة وأن يتشارك في خلقه الأفراد حتى يعتبر العرف هنا مصدراً يعبر عن الطابع الديمقراطي.
2. نوصي بتدوين القواعد العرفية وتحويلها إلى نصوص ضمن القانون الأساسي وذلك حتى تكون أسهل في الرجوع إليها.
3. ويتوجب على المشرع أن يقوم بإضافة نص للقانون الأساسي ينظم فيه الجهة التي تملك حق التصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب والدراسات المعمقة:-

1. إبراهيم عبد العزيز شيخا، النظام الدستوري اللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983م.
 2. إبراهيم عبد العزيز شيخا، النظام الدستوري اللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1983م.
 3. أحمد سعيد الأغا، النظرية العامة للقانون الدستوري، والأنظمة السياسية، ط1، 2012م.
 4. جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر.
 5. حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، ط1، 2009.
 6. حمد نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، 2011.
 7. رامي صالح زعرب، سحب الثقة من الحكومة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2020م.
 8. ريم البطمة، المعاهدات الدولية والقانون الوطني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة) كانون الأول، 2014.
 9. زهير شكر، الوسيط في القانون الدستوري - الجزء الأول : القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، ط3، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1994م.
 10. سام دله، القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
 11. عادل الحيارى، القانون الدستوري والنظام الدستوري الاردني - دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
 12. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري و الأنظمة السياسية، بدون طبعة، دار المعارف، الإسكندرية، 1964م.
 13. عبد الرحمن أحمد أبو بنات، الحل الرئاسي للبرلمان "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، غزة، 2022.
 14. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م.
 15. عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، النظرية العامة للمشكلة الدستورية – ماهية القانون الدستوري الوضعي، ط2، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 2004م.
 16. عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري، الكتاب الأول في " المبادئ الدستورية العامة"، بدون طبعة، مطبعة مصر، القاهرة، 1956م.
 17. علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، ط1، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2011م.
 18. فتحي عبد النبي الوحيد، القانون الدستوري مع شرح التطورات الدستورية في فلسطين 1917-2003، ط3، دار المقداد للطباعة، غزة، فلسطين، 2003م.
 19. محمد عبدالله أبو مطر، القانون الدستوري و النظم السياسية، الجزء الأول، ط3، بدون دار نشر، 2017م.
 20. محمد كمال الدين امام، الدستور والسلطة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2005م.
 21. محمد كمال الدين امام، الدستور والسلطة ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، القاهرة، 2005م.
- ثانياً: الدساتير والقوانين:-

1. القانون الاساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

2. القانون المدني الفلسطيني لسنة 2012.

3. الدستور الفرنسي لعام 1875 ودستور عام 1946.

4. الدستور الأردني لعام 195 وتعديلاته.

ثالثاً: المراجع الإلكترونية :-

1. الموسوعة القانونية ، العرف كمصدر من مصادر القانون، مقالة منشورة على الرابط الإلكتروني

[https://elawpedia.com/view/202/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81-](https://elawpedia.com/view/202/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81-%D9%83%D9%85%D8%B5%D8%AF%D8%B1-%D9%85%D9%86)

[\(%D9%83%D9%85%D8%B5%D8%AF%D8%B1-%D9%85%D9%86](https://elawpedia.com/view/202/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D9%81-%D9%83%D9%85%D8%B5%D8%AF%D8%B1-%D9%85%D9%86)

2. العرف الدستور، مقالة منشورة على الرابط الإلكتروني : <https://mo9j.wordpress.com/2014/02/10/>

3. منتدى الأوراس القانوني، العرف الدستوري. مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني .

<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1838-topic> .

4. علي محمد الزعابي، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني .

<http://www.bumoza.blogspot.com/2011/10/blog-post.html>

5. <http://www.alquds.com/articles/1581680836200100600>