

## ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية

ومصادرهما

### *What are the principles of legitimacy and licitly and their resources*

أ.م.د. محمد طه حسين الحسيني  
عميد كلية القانون والعلوم السياسية  
الجامعة الإسلامية  
النجف الأشرف

**Mohammed Taha Hussein Al - Hussein**

**Dean of the Faculty of Law**

**and Political Science**

**Islamic University**

**Najaf**

## الملخص

إنَّ مِنْ أَوْلِيَّاتِ وجودِ حياةٍ دُسْتُورِيَّةٍ سَلِيمةٍ هُوَ قِيامُ دولةِ القَانُونِ فِهَذَا هُوَ الَّذِي يَضْفِي عَلى الدُسْتُورِ مِصْدَاقِيَّةً وَوَأَقِيعَةً كَمَا وَيَمْنَحُ القِضَاءَ الدُسْتُورِي قِدرَةً حَقِيقِيَّةً لِأداءِ وَظِيفَتِهِ فِي ضَمَانِ احْتِرامِ الدُسْتُورِ وَعَدَمِ تِجَاوِزِهِ، وَلِذَا يَفْتَرِضُ أَنْ تَسْعَى كُلُّ دولةٍ نَحْوَ تَحْقِيقِ قَانُونِيَّتِهَا، وَلَا تَتَحَقَّقُ الدولةُ القَانُونِيَّةُ مَالِمَ تَتَحَقَّقُ جَمَلَةٌ مِنَ المِبادِئِ وَالِاسْسِ وَالقَوَاعِدِ، وَمِنْهَا الِالتِزامُ بِمِبادِئِ الشَّرِعيَّةِ وَالمِشْرُوعِيَّةِ، وَالأَوَّلُ يَتَعَلَّقُ بِالهِئَاتِ العَامَّةِ مِنْ حَيْثُ تَكْوِينِهَا وَاختِصاصَاتِهَا، فِيمَا يَتَعَلَّقُ الثَّانِي بِالأَعْمَالِ الصَّادِرَةِ عَنِّهَا، وَلِكُلِّ مِئْهُمَا عِناصِرٌ يَتَوَقَّفُ وَجُودُهُ عَليْهَا، وَلِكلا المِبادِئِ مِنابعٌ يَجِبُ أَنْ تُسْتَقَى مِنْهَا وَيَتَوَقَّفَ عِنْدَها، وَكُلُّ هَذَا سَنَدْرِسُهُ فِي بَحْثِنَا هَذَا.

**الكلمات المفتاحية:** مشروعية، شرعية، الوثيقة الدستورية، القوانين الأساسية، القضاء الدستوري، العرف الدستوري.

## Abstract

One of the priorities of having a constitutional life is the establishment of a state of law. This is what gives the constitution credibility and realism, and gives the constitutional judiciary a real ability to perform its function in ensuring respect for the constitution and not exceeding it. Therefore, every state should strive to achieve its legality. A number of principles, principles and rules, including the commitment to the principles of legality and legitimacy, and the first concerns the public bodies in terms of composition and terms of reference, with respect to the second work issued by, and each of The two elements of its existence depends on them, and the sources of both principles must be derived and then stop them, and all this Sndersh in our research.

**key words :** Legitimacy, legality, constitutional document, basic laws, constitutional law, constitutional custom.

## المُقَدِّمَة

### Introduction

إنَّ القاعدة العامَّة أو الأصل الذي تقوم عليه الأنظمة الديمقراطية هو احترام الأحكام التي تحمّلها القواعد القانونية بدرجاتها المختلفة، بل يمكننا الزعم بأنَّ تجاوز كلِّ منهما يُعَرِّض السُّلْطَة المتجاوزة إلى خطورة فسخ عقدها مع الشعب إذ وفقا لمبادئ الديمقراطية الحديثة يُعدُّ الشعب هو صاحب السُّلْطَة والسيادة، ولمكان صعوبة بل استحالة ممارستها بنفسه فإنَّه يعهد بها إلى مَنْ ينوب عنه في ممارستها، وهذا المعنى هو مضمون نظرية الوكالة في القانون الدستوري، ولَمَّا كانت كلُّ وكالة لها حدود لا يستطيع الوكيل تجاوزها فنرى أنَّ حدود صلاحيات مَنْ انابه الشعب عنه لممارسة حقِّه في إدارة شؤونه المختلفة هي تلك القواعد القانونية سواء أكانت على مستوى التشريع الدستوري أم التشريع الاعتيادي، فمتى ما تجاوز النائب عن الشعب تلك القواعد وأحكامها، فكأنَّه قد تجاوز حدود وكالته وهذا يُعَرِّض تلك الوكالة بالذات إلى الفسخ، وعلى أقلِّ تقدير يجعل تجاوز القواعد والأحكام العمل باطلا وعرضة للإلغاء، وفي الواقع لا يتوقَّف تجاوزه على ما تحمّله تلك القواعد من أحكام فحسب بل يتجاوز أحد مبدئين أساسيين تسعى النظرية العامَّة في القانون الدستوري للمحافظة عليهما، وهما مبدأ الشرعية ومبدأ المشروعية، وهما المبدآن اللذان يُمثِّلان موضوع دراستنا هذه.

### أولاً: إشكالية البحث

مع الأهمية الكبيرة التي يتَّمتَّع بها مبدأ الشرعية ومبدأ المشروعية إلا أنَّ هناك غموضاً يكتنفهما، فهل بالفعل هناك مبدآن أحدهما للشرعية والآخر للمشروعية؟ أم أنَّهما شيء واحد؟ وإذا كانا مبدئين متميزين فما معنى كلِّ منهما؟ وهل هناك عناصر لا بد من وجودها ليتحقَّق أيُّ منهما؟ ثمَّ ما هو المنبع الذي يُستقى منه كلاً منهما؟ هذه الأسئلة هي التي تُمثِّل إشكالية البحث والتي سنسعى للإجابة عليها هنا.

### ثانياً: منهجية البحث

سنستخدم في بحثنا المنهجين الوصفي والتحليلي، مضافاً إلى المنهج التركيبي والذي سنعتمده كَمَا دَعَتْ الحاجة إليه.

### ثالثاً: خطة البحث

سنقسم بحثنا في دراسة مبدأي الشرعية والمشروعية إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة، وسندرس في المبحث الأول ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية، ونخصّص الثاني لبحث مصادرها.

#### المبحث الأول

##### The first topic

##### ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية

##### What are the principles of legitimacy and legitimacy

إنّ ما يكشف عن الشيء هو تعريفه وهذا ما يدعو إلى الابتداء ببيان ماهية مبدأي الشرعية والمشروعية من خلال تعريفهما، ولما كانت ماهيتهما اعتبارية وليست حقيقية قد لا يكون التعريف وحده وافياً بالكشف والتوضيح، فنحتاج إلى تناول أمر آخر خاصّ بهما ينضمّ إلى تعريفهما ممّا يؤلّد عن امتزاجهما وضوحاً كافياً، وهذا الأمر المنضم هو بيان ذاتية المبدأين، وسنخصّص لتعريفهما المطلب الأول، أمّا الثاني فسنبين فيه ذاتيتهما.

#### المطلب الأول

##### First requirement

##### تعريف مبدأي الشرعية والمشروعية

##### Defining the principles of legitimacy and licitly

من نافلة القول إنّه لا يمكن الجمع بين المبدأين في تعريف واحد لاختلاف ماهية كلّ منهما عن ماهية الآخر، ولذا على الباحث أن يُعرّف كلّاً منهما على حدة، وهذا ما سنفعله هنا.

## الفرع الأوّل

### First branch

#### تعريف مبدأ الشرعية

#### Definition of the principle of legitimacy

لم يكن تعريف مبدأ الشرعية متفق عليه، بل كان ولم يزل محطّ اختلاف، وقد يُبالغ بعض الفقه في اختلافهم إلى حدّ نفي وجود مصطلح خاصّ بهذا المبدأ يختلف عن مصطلح مبدأ المشروعية، والواقع يُشير إلى أنّه رأي مُتطَرِّف لا يصحُّ الركون إليه، فهو مبدأ يختلف جملة وتفصيلاً عن مبدأ المشروعية ولكلّ منهما وجوده الاصطلاحي المستقلّ كما سلاحظ.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن المراد بالشرعية الفكرة المثالية التي يُقصد بها تحقّق العدالة، أي إنّها تعني تحقّق العدالة من خلال احترام القواعد بشكلٍ عامٍّ سواء في ذلك القواعد القانونية أم غيرها من القواعد، كذلك التي يستقل العقل البشري في الكشف عنها أو الحكم بحسنها، وعلى المُشرِّع في الدوّلة السعي إلى تحقيق هذا النحو من العدالة فيما يُصدره من تشريعات<sup>(١)</sup>.

وبعد التأمّل يمكن القول إنّهُ على مستوى الدراسات في القانون العام (بل في القانون بشكلٍ مطلق) يُعتبر المعنى المطروح للشرعية فيه جانب كبير من المثالية (أو الطوباوية) ولن يتمكّن المُشرِّع الاعتيادي ولا غيره من الاقتراب منه أو تحقيقه، بل يتّضح من المعنى المُتقدّم أن هناك خلطاً غير خفيّ بين الشرعية في فلسفة القانون، والشرعية في القانون العام.

إنّ من الفوائد التي يمكن أن تُترتّب على نحت المصطلحات هو دفع الاشتباه أو رفع الخلط بين معانيها، ولذا يتعيّن الحفاظ على المصطلحات التي تُحقّق هذه الفوائد، وعند تطبيق هذا المعنى على موضوع البحث نستنتج وجوب المحافظة على مصطلح الشرعية.

وعلى أساس ما تقدّم يمكن القول إنّ الشرعية في القانون الدستوري تتعلّق بالوصول إلى السلطة في الدوّلة، فالدراسات الدستورية تفرّق بين نوعين من السلطة، وهما السلطة الشرعية والتي يُشترط فيها قبول ورضاء الطبقة المحكومة (الشعب) والثانية السلطة الفعلية، والتي لا تستند إلى قبول ورضاء الطبقة المحكومة وإنّما تستند في وجودها وبقائها على استخدام القوة والقهر لإخضاع الطبقة المحكومة لإرادتها، ومثل هذه السلطة لا تسمح بقيام الدوّلة بالمعنى الحديث والذي يرتبط تأسيسها برضاء الطبقة المحكومة، وتأسيساً على هذا الارتباط بين السلطة وطبقة المحكومين ذهب بعض الفقه إلى عدم كفاية مُجرّد وجود سلطة عامّة يخضع لها الأفراد

لوجود الدَّولة، بل يجب أن تنال هذه السلطة قبول الأفراد بِهَا (أي قبول طبقة المحكومين)<sup>(١)</sup> مِنْ أَجْلِ تَحَقُّقِ مَبْدَأِ الشَّرِيعَةِ.

وَمَنْحُ الشَّرِيعَةِ مَعْنَى خَاصًّا بِهَا فِي الْقَانُونِ الْعَامِ لَا يَعْنِي الْإِتْفَاقَ عَلَى طَبِيعَتِهَا، حَيْثُ ذَهَبَ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ إِلَى أَنَّ الشَّرِيعَةَ هِيَ فِكْرَةٌ قَانُونِيَّةٌ، بَيْنَمَا ذَهَبَ فَرِيقٌ آخَرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ إِلَى أَنَّهَا فِكْرَةٌ سِيَاسِيَّةٌ، تَعْنِي إِيمَانَ غَالِبِيَّةِ أَعْضَاءِ الْمَجْتَمَعِ إِيمَانًا حَقِيقِيًّا بِأَنَّ السُّلْطَةَ يَجِبُ أَنْ تُمَارَسَ بِطَرِيقَةِ مُعَيَّنَةٍ دُونَ غَيْرِهَا وَإِلَّا فَفَقَدَتْ مُبَرَّرَ طَاعَتِهَا<sup>(٢)</sup>، وَنَحْنُ قَدْ نَتَّفَقُ مَعَ هَذَا الْفَرِيقِ فِي كَوْنِ الشَّرِيعَةِ فِكْرَةً سِيَاسِيَّةً إِلَّا أَنَّنَا لَا نَتَّفَقُ مَعَهُمْ فِي التَّعْرِيفِ الْمَتَقَدِّمِ، ذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرِيعَةَ هِيَ لَيْسَتْ مُجَرَّدَ اعْتِقَادٍ أَوْ إِيمَانٍ، بَلْ هِيَ وَقَبْلَ كُلِّ شَيْءٍ سُلُوكٌ وَفِعْلٌ، وَلِذَا نَرَفُضُ مَا نَصَّ عَلَيْهِ بَعْضُهُمْ مِنْ أَنَّ "الشَّرِيعَةَ هِيَ أَوَّلًا وَقَبْلَ كُلِّ شَيْءٍ مَعْتَقَدٌ"<sup>(٣)</sup>، وَالْمَعْنَى الصَّحِيحُ يَنْبَغِي أَنْ يَنْصَبَّ عَلَى الطَّرِيقَةِ الْفَعْلِيَّةِ الَّتِي يَصِلُ فِيهَا الْحُكَّامُ إِلَى السُّلْطَةِ وَمُمَارَسَتِهَا وَالَّتِي يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ مُوَافِقَةً لِلطَّرِيقَةِ الَّتِي يَرَى الشَّعْبُ صِلَاحَهَا، فَالشَّرِيعَةُ عَلَى هَذَا هِيَ الْوَصُولُ إِلَى السُّلْطَةِ بِرِضَاءِ أَغْلَبِيَّةِ أَفْرَادِ الشَّعْبِ السِّيَاسِيِّ.

أَمَّا عِدَدُ السُّلْطَاتِ الْعَامَّةِ فِي الدَّوْلَةِ وَكَيْفَ يَتِمُّ الْوَصُولُ إِلَيْهَا بِرِضَاءِ الْمَحْكُومِينَ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الدِّسْتُورُ الَّذِي وَضَعَهُ الشَّعْبُ بِشَكْلِ مُبَاشَرٍ أَوْ عَنْ طَرِيقِ مُمَثِّلِيهِ، فَيَنْبَغِي سُلُوكَ الطَّرِيقِ الدِّسْتُورِيِّ لِلْوَصُولِ إِلَيْهَا وَتَنْفِيزِ الْإِجْرَاءَاتِ الَّتِي سَطَّرَهَا مُبَاشَرَةً أَوْ مَنَحَ الْبَرْلَمَانَ السُّلْطَةَ لِسَرِّ تَشْرِيعِ اعْتِيَادِي يُنْظِمُهَا، وَلِنَضْرِبَ مَثَالًا لِنَتَكَشَفِ الصُّورَةَ بِوَضُوحٍ:

لَوْ نَظَرْنَا إِلَى الْعِرَاقِ وَارَدْنَا اسْتِكْشَافَ الشَّرِيعَةِ فِيهَا عَلَيْنَا النَّظَرَ ابْتِدَاءً إِلَى عِدَدِ السُّلْطَاتِ الَّتِي انشَأَهَا دِسْتُورُ سَنَةِ (٢٠٠٥)، وَتَحْدِيدِ السُّلْطَاتِ الْعَامَّةِ وَإِنْشَائِهَا يَتَّبَعُ مَا اعْتَمَدَهُ الدِّسْتُورُ مِنْ مَبْدَأٍ فِي تَوْزِيعِهَا، فَهَنَّاكَ مَبْدَأَانِ، تَرْكِيزُ السُّلْطَاتِ وَالَّذِي يَعْنِي عَدَمَ الْفَصْلِ بَيْنَ السُّلْطَاتِ الَّتِي تَتَوَلَّى وَظَانِفِ الدَّوْلَةِ الْمَخْتَلِفَةِ، وَاسْتِيْلَاءُ فَرْدٍ أَوْ هَيْئَةٍ عَلَيْهَا جَمِيعًا<sup>(٤)</sup> وَكَانَ هَذَا الْمَبْدَأُ هُوَ السَّائِدُ فِي الْعَصُورِ الْقَدِيمَةِ (فِي الْمَدَنِ الْيُونَانِيَّةِ وَرُومَا)<sup>(٥)</sup> وَالْوَسْطَى وَاسْتَمَرَ فِي عَصْرِ النِّهْضَةِ مِنْذُ أَوَاخِرِ الْقَرْنِ الْخَامِسِ عَشَرَ حَتَّى تَارِيخِ الثَّوْرَةِ الْفَرَنْسِيَّةِ فِي (١٧٨٩) وَلَمْ يَنْتَهِي هَذَا الْمَبْدَأُ حَتَّى فِي بَعْضِ الدُّوَلِ الْمَعَاوِرَةِ، وَقَدْ سَادَ كَأَسَاسٍ لِنُظْمِ الْحُكْمِ الْإِقْطَاعِيَّةِ وَالْمَلِكِيَّةِ الْحَدِيثَةِ الَّتِي أَخَذَتْ بِنِظَامِ الْحُكُومَةِ الشَّخْصِيَّةِ فَكَانَتِ الدَّوْلَةُ تَخْتَلِطُ بِشَخْصِ الْحَاكِمِ، وَكَانَ الْحَاكِمُ يَجْمَعُ وَظَانِفِ الدَّوْلَةِ الثَّلَاثَ بِيَدِهِ فَهُوَ الْمُشْرِعُ وَالْمُنْفِذُ وَالْقَاضِي، وَكَانَتِ شُؤُونَ الْحُكْمِ وَالسِّيَاسَةِ تُعْتَبَرُ مُلَاكَةً وَامْتِيَازًا شَخْصِيًّا يَنْتَمِعُ بِهِ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشَارِكَهُ فِيهِ أَحَدٌ<sup>(٦)</sup>، وَبِحَسَبِ هَذَا الْمَبْدَأِ لَا وَجُودَ إِلَّا لِسُلْطَةِ عَامَّةٍ وَاحِدَةٍ.

والثاني هو مبدأ الفصل بين السلطات، وقد ظهر بعد تطوّر النضج السياسي والوعي الثقافي لدى المجتمعات وتشعب وظائف الدولة واتساع أنشطتها وتعقد مظاهر الحياة وتعدّد مشاكلها وظهور مبادئ الديمقراطية وانتشارها والتي كانت تدعو إلى بعض المبادئ المهمة كإفصال شخصية الحاكم عن شخصية الدولة واعتناق مقولة أن الشعب مصدر السلطات والحاكم ليس إلا مُمثلاً عن الشعب في ممارسة السيادة، وقد تضافرت هذه الظروف والعوامل جميعاً إلى ظهوره مبدأ ليحلّ محلّ المبدأ السابق، ويعود إلى فلسفة القرن الثامن عشر وقد صاغه مونتسكيو واعتبره سلاحاً ضدّ الحكومات المطلقة التي كانت قائمة على تركيز السلطات وسيلة للتخلص من السلطة المطلقة للملوك<sup>(٨)</sup>.

ويعني مبدأ الفصل بين السلطات توزيع وظائف الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) على هيئات منفصلة، تستقل كلٌّ منها عن الأخرى بمباشرة وظيفتها ومنع الاستبداد والتحكّم من السلطة الأخرى، ومن هنا يظهر أن لهذا المبدأ غرضين أساسيين، الأول الحيلولة من دون تركيز السلطة بيد شخص أو هيئة منعا للاستبداد، والثاني التفرّغ لعمل مُتخصّص إعمالاً لقاعدة تقسيم العمل<sup>(٩)</sup>.

وقد انتشر هذا المبدأ بين شعوب بل دول العالم المختلفة بحيث لا تجد اليوم حكومة تصرح بأنها تتبنى مبدأ تركيز السلطة حتى وإن كانت تتبنّاه حقيقة لأنّ التصريح بتبنيها لمبدأ تركيز السلطات أضحى يساوي (أو بالأحرى يساوق) التصريح بأخذها بالديكتاتورية وممارستها لسلب حقوق الأفراد ومصادرة حرياتهم، وتحرص على تأكيد أنّها توزّع السلطات على هيئات مُتعدّدة<sup>(١٠)</sup>، فعدا مبدأ الفصل بين السلطات منذ الثورة الفرنسية تياراً جارفاً ونشيداً عالمياً واعتبره الجميع أحد العناصر الرئيسية لقيام الحكومة القانونية وأحد الركائز الأساسية لقيام الحكم الديمقراطي، حيث أخذت به معظم دساتير العالم المعاصر وصرحت به بعضها كما فعل دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) في المادة (٤٧) والتي نصّت على أن "تتكوّن السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات".

وبناءً على النصّ الأنف يجب إنشاء ثلاث سلطات تُمنح كل واحدة منها إحدى وظائف الدولة الثلاث، فقد مُنحت المادة (٤٨) السلطة التشريعية إلى مجلسي النواب والاتحاد، أما التنفيذية فتُكفّلت المادة (٦٦) بجعلها مشتركة بين رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، وحددت المادة (٨٩) مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز

الادعاء العام وهيئة الإشراف القضائي والمحاكم الاتحادية الأخرى كسلطات عامة تُمارس الوظيفة القضائية في الدولة، والمهم في الشرعية هنا هو كيفية تكوين كل سلطة منها، إذ أن تجاوز هذه الكيفية تجعل يخلُ بشرعية السلطة المتجاوزة، أي تكون سلطة غير شرعية، فمثلا رسم الدستور طريقا خاصا لوصول شخص إلى منصب رئيس الجمهورية، واولى الإجراءات هي الترشيح لهذا المنصب والذي يجب أن يتم بالطريقة الآتية:

١. يُعلن الترشيح لهذا المنصب خلال (٣) أيام من تاريخ انتخاب رئيس مجلس النواب ونائبه في دورته التشريعية الجديدة.

٢. يقدم المرشّحون المتوافرة فيهم الشروط، طلباتهم التحريرية مع الوثائق الرسمية إلى رئاسة مجلس النواب خلال موعد أقصاه (٣) أيام من بدء الإعلان عن التقديم.

٣. تُعلن رئاسة مجلس النواب أسماء المرشّحين الذين تتوافر فيهم الشروط، ويحق للمستبعدين الاعتراض على قرار رئاسة مجلس النواب لدى المحكمة الاتحادية العليا خلال (٣) أيام من تاريخ الإعلان، ويجب على المحكمة أن تبت في الاعتراض خلال (٣) أيام من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها، ويكون قرارها باتّاء، وتعلم رئاسة مجلس النواب بقرارها خلال (٣) أيام من تاريخ صدوره، وتُعلن رئاسة المجلس الأسماء المقررة من المحكمة الاتحادية<sup>(١١)</sup>.

أمّا الجهة التي منحها دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) الاختصاص في انتخاب رئيس الجمهورية من بين المرشّحين لهذا المنصب فهي مجلس النواب<sup>(١٢)</sup>، وهذا أمر بديهي في الأنظمة الجمهورية البرلمانية<sup>(١٣)</sup>.

وعلى مجلس النواب اتباع الإجراءات التي حدّدها الدستور لانتخاب رئيس الجمهورية حيثُ عليه أن ينتخب شخصا من بين المرشّحين خلال (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ أوّل انعقاد للمجلس<sup>(١٤)</sup>، فعلى مجلس النواب أن ينعقد قبل انتهاء هذه المدة لانتخابه من بين الأسماء المرشّحة، ومن يحصل على ثلثي أصوات أعضائه يُعدُّ رئيسا للجمهورية<sup>(١٥)</sup>، وإلا تتم إعادة الاقتراع على أن يجري انتخاب الرئيس من بين المرشّحين اللذين حصلوا على أعلى الأصوات، ويُعدُّ رئيسا منتخبا للجمهورية من حصل على أكثرية الأصوات في الاقتراع الثاني<sup>(١٦)</sup>، وأي إجراء أو خطوة من التي تقدّم بيانها لم تتم أو تمت بغير الصورة التي رسمها الدستور والتشريع الصادر تنفيذا له، يجعل من الشخص الذي أعلن رئيسا للجمهورية قد شغل منصبه وما يتضمّن من سلطات بشكل غير شرعي.



والخلاصة أنّ مبدأ الشرعية يتعلّق بأمر واحد فقط وهو الكيفية التي يصل بها شخص ما إلى السلطة.

### الفرع الثاني

#### Section branch

#### تعريف مبدأ المشروعية

#### Definition of the principle of licitly

إنّ مبدأ المشروعية يطال في مفهومه السلطات الثلاث في الدّولة (كما هو حال مبدأ الشرعية) حيثُ يعني بشكلٍ عامٍ احترام السلطات العامّة للقانون، ومِنْ هنا يتّضح اتصاليه بفكرة الدّولة القانونية التي يجب أن تخضع له في أنشطتها كلها وتصرفاتها جميعها، وكلُّ عمل يصدر عنها وهو مشوبٌ بمخالفة القانون فإنّه يُعدُّ عملاً غير مشروع.

ولكن ما المراد بالمشروعية على وجه الدقة؟ عند التّتبّع نجدُ أنّه قد طرَح لمبدأ المشروعية (أو قل للمشروعية التي يُمثّل الالتزام بها مبدأ مِنْ مبادئ دّولة القانون) معنيان، أحدهما واسع والأخر ضيق، بل تَبَيَّ بَعْضُ فقهاء القانون معنىً ثالثاً أكثرَ ضيقاً مِنَ المعنى الثاني للمشروعية، وسنستعرض هذه المعاني الثلاثة بشكلٍ نندرج فيه مِنْ أضيّق المعاني إلى أوسعها فيما يأتي:

#### أولاً: صدور الأعمال تنفيذاً للقانون

مؤدّى المشروعية وفقاً لهذا المعنى هو أن الإدارة لا تقوم بعمل ما مِنْ الأعمال المنوطة بها تحقيقه إلا مِنْ أجل تنفيذ أو تطبيق قاعدة قانونية ما، كانت موجودة في التنظيم القانوني للدّولة قبل صدور العمل عن الإدارة، وبهذه التوسعة للمشروعية لا يكون للإدارة سوى دور محدود لا تستطيع الخروج عنه وإلا وصفت عملها بغير المشروع.

ويلاحظ على هذا المعنى أنّه يحرم الإدارة مِنْ أي سلطة تقديرية يمكن أن تتمتع بها، فيقتل لديها أيّ روح المبادرة والإبداع، ويُحوّلها إلى أداة صماء لا تقوم إلا بتنفيذ القانون مِنْ دون أن يكون لها رؤاها الخاصّة في كيفية تحقيق أهدافها المرسومة لها أو تحقيق المصلحة العامّة، بل يُعَوِّق هذا المعنى الإدارة وقد يَشُلُّ قدرتها على معالجة المشكلات الطارئة، ممّا قد يعود على الدّولة بشكلٍ عامٍ بخسائر فادحة مِنْ الصعوبة تعويضها، لاسيّما في الوقائع التي تحتاج إلى السرعة في المعالجة، كما ويحرم الإدارة مِنْ جملة مِنْ القرارات الإدارية التي تعارف القانون الوضعي في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزوج وعلى رأسها فرنسا<sup>(١٧)</sup>، منحها للإدارة مِنْ

أجل تسيير المرافق العامة بانتظام واستمرار، وعلى رأس هذه القرارات الإدارية المسلوب تتمتعها بها هي ما يُعبّر عنها باللوائح التنظيمية، وهي التي تصدر عن الإدارة لتنظيم المرافق العامة من دون أن تستند الإدارة في إصدارها إلى قانون سابق صادر عن السلطة التشريعية في الدولة، ومن هنا جاءت تسميتها باللوائح القائمة بذاتها أو اللوائح المستقلة أيضاً، لاستقلالها عن القانون<sup>(١٨)</sup>، بل قد يُقال بانضمام لوائح الضبط وكذلك لوائح الضرورة إلى اللوائح التنظيمية، ولا يبقى للإدارة من صلاحيات فيما يتعلّق بالقرارات سوى اللوائح التي تقوم بتسهيل عملية تنفيذ القانون الصادر عن البرلمان وهي التي تُسمّى اللوائح التنفيذية.

ولما تقدّم يمكن القول إنّ النتيجة الطبيعية للمشروعية بهذا المعنى هو انتفاء السلطة التقديرية للإدارة بشكلٍ كامل، وتعزيز السلطة المؤيَّدة والتي تعني عدم منح الإدارة الحرية في التخلُّل وعدمه، أو في اختيار زمن التخلُّل أو في اختيار كيفية التخلُّل، فالسلطة المؤيَّدة أو الاختصاص المؤيَّدة تعني "التحديد السابق والملزم للتصرف بحيث لا تُترك أيُّ حرية للإرادة الشخصية لمن يصدر القرار من رجال الإدارة"<sup>(١٩)</sup> وعليه فإنّ الإدارة هنا تكون مُقيَّدة بإرادة أخرى غير إرادة من قام بإصدار القرار، فلا تكون لها أية حرية في الاختيار أو التقرير<sup>(٢٠)</sup>.

وهذا المعنى للمشروعية هو أكثر معانيها ضيقاً، ولظهور ما يؤدي إليه من خلل كبير قد لا يقتصر مردوده السلبي على الإدارة وأعمالها ومصالح الأفراد المرتبطة بها فحسب بل على الدولة بشكلٍ عامٍّ، اتجه الفقه إلى الإعراض عنه ورفض تبنّيه.

### ثانياً: استناد الأعمال الصادرة إلى القانون

يبتعد هذا المعنى عن تحديد وحصر عمل الإدارة في تنفيذ وتطبيق القاعدة القانونية، فيمنح الإدارة نحو حرية من خلال اشتراطه لتصحيح أعمال الإدارة أن تكون صادرة استناداً إلى القانون، أي يكون للعمل الإداري أساساً يستند عليه في صدوره يتميّل بقاعدة قانونية ما، وبعبارة أخرى يوجب هذا المعنى على الإدارة ألا تُصدر عملاً من الأعمال التي تتكأ على قاعدة قانونية تُجيز صدوره عن الإدارة، وبهذا يكون القانون هو الذي يعطي الإدارة الإذن أو الترخيص بالاختصاص في إصدار ذلك العمل.

قد يقوم المُشرِّع برسم الحدود العامة للإدارة من حيث الصلاحيات التي يمكن أن تتمتع بها، فيصدر قواعد قانونية يُحدّد فيها اختصاصات الإدارة على سبيل الحصر، ويوجب عليها الالتزام بها في مقام العمل، ومتى ما خرجت عن هذه الاختصاصات المُحدَّدة لها تكون قد تجاوزت

القواعد القانونية التي عيّنت لها اختصاصاتها، أي تكون قد وقعت في مخالفة القانون، فيوصف عملها بغير المشروع ويكون عرضة للإلغاء<sup>(٢١)</sup>.

ويقوم هذا المعنى على الربط بين مشروعية أعمال الإدارة وإذن المُشَرِّع لها بممارسة تلك الأعمال، وهذا المعنى وإن كان يُضيقُ من صلاحيات الإدارة لأنه يُحدِّد اختصاصاتها على سبيل الحصر ألا أنه يمنحها قسطاً من حرية التصرف، فبعد أن تتأكد الإدارة من وجود القاعدة القانونية التي تأذن لها بالتصرف، تستطيع أن تتحكّم بنوع العمل الذي تجده ملائماً لصدوره عنها وكذلك محتواه، مضافاً لما لها من الحرية في اختيار الوقت الذي تراه مناسباً لصدوره، ومن أجل هذا يصحُّ القول إن الإدارة وفقاً لهذا المعنى للمشروعية تتمتع بنحوٍ من السلطة التقديرية، ولكنها ليست مطلقاً اليد في سلطتها التقديرية هذه، أي أنها سلطة تقديرية محدودة، لأن العمل الصادر عن الإدارة لو لم يستند إلى قاعدة قانونية ما لوصم بمخالفته للقانون وفقد كل قيمة ملزمة له<sup>(٢٢)</sup>.

وبالمضمون المُتَقَدِّم يُعتبر هذا المعنى ضيقاً أيضاً ولكن المعنى السابق أكثر ضيقاً منه، ولكنّه في الوقت نفسه يُقَيِّد من الاطلاق الذي تتمتع به المشروعية وفقاً للمعنى الأوّل.

### ثالثاً: عدم مخالفة الأعمال الصادرة للقانون

يُعدُّ هذا المعنى أوسع المعاني التي طُرِحَتْ للمشروعية، حيثُ يُكتفى فيه بعدم مخالفة الأعمال الصادرة عن الإدارة للقانون.

ووفقاً لهذا المعنى للمشروعية (ومن ثمّ مبدأ المشروعية) تتمتع الإدارة بأوسع سلطة في ممارستها لأعمالها وقيامها باستخدام صلاحياتها، فهو يمنحها حرية كبيرة وسلطاناً واسعاً فيما تأتيه من أعمال، في حين تكون المشروعية ومبدئها في أضيق مساحاتها، فيكفي لإسباغ صفة المشروعية على أعمال الإدارة، عدم مخالفتها للقانون<sup>(٢٣)</sup> من دون أن يشترط استنادها في الأعمال الصادرة عنها إلى القانون أو وجوب صدورها عنها تنفيذاً له.

وفي هذه الحالة يمكن القول إن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية في حدّها الأقصى، أي للإدارة الحق في أن تتصرف أو أن تمتنع عن التصرف، وإذا أرادت التصرف فإنها تكون حرة في اختيار الوقت المناسب لإصدار القرار، فإذا أصدرته فهي تستطيع اختيار الأسباب التي تبني عليها القرار، وذلك لأن القانون لا يُحدِّد لها أسباباً مُعيَّنة بالذات في حالة إصدارها للقرار<sup>(٢٤)</sup>.

تلك هي المعاني التي ذُكرت للمشروعية والتي تتحدّد على اختيار أيٍّ منها مبدأ المشروعية ذاته، وقد تقدّم أن المعنى الأوّل منها والذي يُقَيِّد أعمال الإدارة كافة بصدورها من أجل تنفيذ أو

تطبيق القانون قد تمَّ إعراض الفقه والتشريع عنهُ لضيقه الشديد ولكونه سببا مباشرا لفشل الإدارة في تحقيق أهدافها المطلوب مِنْها تحقيقُها في أحيان كثيرة، أمَّا المعنى الثاني وهو صدور أعمال الإدارة استنادا إلى القانون، والثالث وهو الاكتفاء بعدم مخالفة الإدارة للقانون في الأعمال الصادرة عنُها فقد التفتَّ حولهما غالبية الفقه وتبَّاهما أحكامُ القضاء<sup>(٢٥)</sup>، وفي مقام الترجيح فإنَّنا نُرجِّح المعنى الثاني وهو استناد أعمال الإدارة إلى القانون، والذي يقتضي منح الإدارة نحواً من الحرية يُمكنُها مِنْ مزاولة وظائفها وصدور الأعمال عنُها بما ينسجم مع قدرتها على تحقيق المصلحة العامَّة، ويُحرِّر لديها روح المبادرة والإبداع، وهو معنى يُحقِّق قدرا مُجزيا من التوازن بين المشروعية وحرية الإدارة، أمَّا المعنى الثالث وهو عدم مخالفة القانون والذي يمنح للإدارة حرية شبه مطلقة لممارسة أعمالها فهو لا يخلو عن المخاطر، ذلك أن الإدارة وإن كانت إحدى تشكيلات الدَّولة وتمتاز بشخصية معنوية غير أنَّها لا تمارس سلطاتها ولا تُعبِّر عن إرادتها بنفسها مباشرة، وإنَّما تحتاج إلى الأشخاص الطبيعيين ليقوموا بذلك باسمها ونيابة عنُها، ومعلوم أن الإنسان يتأثر بميوله الخاصَّة ومصالحه الشخصية وأغراضه التي تعنيه اولا وبالذات، ولذا يمكن أن ينظر إلى كلِّ ذلك في الوقت عينه الذي ينوب فيه عن الشخص المعنوي أي عن الإدارة في تسيير شؤونها المختلفة، ولذا قد تزلُّ قدمه عن الطريق المستقيم ويقع في براثن غرائزه، فيسيء استعمال السلطة الممنوحة له أو يتعسَّف في استعمالها، الأمر الذي يوقع الأفراد في حرج ومشقة بل قد يذهب بأمالهم وطموحاتهم وحقوقهم وحررياتهم أدراج الرياح، وصحيح أن المُشرِّع الدستوري وكذلك المُشرِّع الاعتيادي يحاوُل مِنْ خلال ما يصدره مِنْ تشريعات استعادة حقوق الأفراد وحررياتهم عنْدما تطيح بها الإدارة مِنْ خلال القضاء، إلَّا أن عدم منح المزيد من الصلاحيات للإدارة والتي قد تفسح المجال واسعا لرجالها بإساءة استخدامها أمر محمود للغاية بناء على أن الوقاية خيرٌ من العلاج، وفي هذه الحالة لا يتبقى سوى ما تحتاجه الإدارة مِنْ صلاحيات وسلطات وحرية واسعة ينبغي أن تتمتع بها في الظروف غير الاعتيادية مِنْ أجل مسابرتها ومعالجتها بشكلٍ ناجع، وهنا لا مانع مِنْ منح الإدارة ما تحتاجه مِنْ حرية لتتصرَّف مِنْ خلالها على وفق ما يحتاجه ذلك الطرف، ولكن تبقى تلك الحرية بمداهمها الواسع حرية استثنائية لا يُصار إلى السماح للإدارة بالتتمتع بها إلَّا في ظروف خاصَّة، وبمقدار ما تحتاجه لمعالجة الطرف غير الاعتيادية لا أكثر مِنْ ذلك.

وربَّما يمكن أن يُقال بالجمع بين المعنيين الثاني والثالث بحيثُ يجب على الإدارة عنْدما تتحرَّك في بيئتها وتصدر عنُها أعمالها إلَّا تُخالف القانون بتلك الأعمال ولا تُصدر عملا إلَّا وفقا

لما يمنحها القانون من إذن ورخصة، وبعبارة أخرى يمكن الجمع بين المعنيين الثاني والثالث بشكل يجعل أحدهما مكملًا للآخر فيضع المعنى الأول التزاما سلبيا على عاتق الإدارة يقضي عليها بعدم مخالفة أحكام القانون، أما الثالث فيضع عليها التزاما إيجابيا يقضي بأن يكون عملها مستندا إلى القانون<sup>(٢٦)</sup>، أي يتكأ على قاعدة قانونية تُجيز صدور هذا العمل عن الإدارة، مع قطع النظر عن كون تلك القاعدة القانونية قاعدة مكتوبة أم عرفية أم أنها تُشكّل مبدأ قانونياً ما، وهذا الرأي الجامع بين المعنيين هو من أفضل الآراء، وهو ليس بالرأي الغريب عن الفقه<sup>(٢٧)</sup>.

وَمِمَّا تَقَدَّمَ يمكن تعريف مبدأ المشروعية بأنه المبدأ الذي يقضي وجوب كون الأعمال الصادرة عن الإدارة مستندة إلى القانون وغير مخالفة له.

وبهذا تتميز كل من الشرعية والمشروعية إحداهما عن الأخرى، فظرف الشرعية هو تسيّم السلطة، أما ظرف المشروعية فهو الأعمال الصادرة عن الإدارة، كما ويختلفان في جوهر كل منهما، حيث يتبلور جوهر الشرعية في رضا المحكومين، في حين يتبلور جوهر المشروعية في عدم مخالفة القانون وصدور العمل بالاستناد إليه.

## المطلب الثاني

### The second requirement

عناصر تحقق مبادئ الشرعية والمشروعية

elements of the realization of the principles of legitimacy and  
licitly

هناك مجموعة من العناصر يجب توافرها ليَتَحَقَّقَ كُلُّ مِنَ المبدأين، ويمكن تقسيمها إلى مجموعتين، وسنفرد لكلٍ منهما فرعا فيما يأتي:

## الفرع الأول

### First branch

المجموعة الأولى لعناصر تحقق مبادئ الشرعية والمشروعية

The first set of elements to verify the principles of legitimacy and  
licitly

تتضمَّن هذه المجموعة ثلاثة عناصر يُوحِّدُها التشريع الدستوري، وهي وجود دستور، والأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، وتحديد اختصاصات السلطات العامة، وفيما يأتي بيان موجز لكلِّ منها:

## أولاً: وجود دستور

إنَّ الدستور عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية الأساسية التي تُحدِّد النظام السياسي في الدولة، فيؤدِّي الدستور وظيفة في غاية الأهمية تتجسَّد في تأسيسه لشكل الدولة ورسمه لنظام الحكم فيها، إذ إنَّه يقوم بإنشاء وتنظيم السلطات العامة ويحدِّد اختصاصات كلِّ منها، ويبيِّن العلاقات التي تربط فيما بينها بعضها مع بعضها الآخر، كما ويبيِّن العلاقات بينها وبين الأفراد من جهة أخرى<sup>(٢٨)</sup>، فيحدِّد الدستور من خلال ما يضعه من قواعد عامة اختصاصات السلطات العامة والتي يجب الالتزام بها وعدم الخروج عليها، أمَّا مع عدم وجود دستور فلن يوجد حدُّ واضح لتلك الاختصاصات التي يجب عليها عدم تجاوزها.

فَعِنْدَ غياب الدستور لن توجد قواعد عامة ملزمة لها السمو والاعلوية تُنشئ السلطات العامة وتُحدِّد أسس تكوينها والشروط اللازمة لقبول الأشخاص الطبيعيين كأعضاء فيها، ومؤدَّى هذا

الغياب أو عدم الوجود ضياع المعيار الذي يمكن على أساسه تحديد شرعية السلطات العامة من عدمها.

وباعتبار أن الدستور هو الذي يُحدّد اختصاصات كلّ سلطة من السلطات العامة، فيكون هو المعيار في بيان مشروعية الأعمال الصادرة عنها، فإذا كانت قد صدرت وفق الاختصاص الممنوح لها دستوريا فالعمل مشروع ولا مخالفة لمبدأ المشروعية، وإلا فغير مشروع، أما إذا غاب الدستور أو لم يوجد فإنّ معيار تحديد مشروعية الأعمال الصادرة عن السلطات العامة من عدمه يضيع ولا يمكن وصفه في هذه الحالة، بل لا موضوع لتتحقق الشرعية من عدمها أو المشروعية من عدمها، ومنه تتضح الأهمية الكبرى لوجود الدستور في تحقّق المبدأين.

### ثانيا: الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات

أن الأخذ بمبدأ تركيز السلطات لا يسمح بتعدد الهيئات العامة كما أنه قد يؤدي إلى إهدار مبدأ المشروعية، ذلك أنه يمنح الفرد أو الجهة القابضة على السلطة صلاحيات مطلقة في ممارسة الحكم، ويرفع حدود ممارستها لوظيفتها إلى أقصى ما يمكن من الصلاحيات، فاجتماع الوظيفة التشريعية والتنفيذية بيد واحدة يؤدي إلى وضع قوانين وتشريعات تُدعّم من السلطة المطلقة، مع عدم السماح لجهة ما بفرض رقابتها عليها<sup>(٢٩)</sup>، ولذلك يكون تحقّق مبدأي الشرعية والمشروعية مرهونا بتحقّق مبدأ الفصل بين السلطات، وبعبارة أخرى يمكن القول إنّ تركيز السلطات لا يفسح مجالا لإنشاء هيئات عامة، ومع عدم نشأة هيئات عامة لا وجود للحديث عن تكوينها والكيفية التي يعينها الدستور لذلك، ومن هنا لا موضوع لبحث تحقّق مبدأ الشرعية من عدمه، طبعا يمكن استثناء الجهة التي تتركز بيدها السلطات وهي غالبا ما تصل إلى الحكم عن طريق الوراثة وبحث الشرعية في مثلها عقيم غالبا.

وكذلك الحال بالنسبة إلى المشروعية لأنّ مبدأ توزيع السلطات يقضي بتقسيم وظائف الدولة على هيئات مختلفة بشكل يمنع من تركيزها بيد فرد أو هيئة واحدة، فهو الذي يوجّد حدود كلّ وظيفة من وظائف الدولة الثلاثة (التنفيذية والتشريعية والقضائية) ويفصلها عن الأخرى وظيفيا وعضويا، فيحول من دون السلطة المطلقة وفتح باب الصلاحيات للهيئات المختلفة على مصراعها، كما ويمنح السلطات القدرة على فرض رقابتها بعضها على بعضها الآخر وتدخل فيها الرقابة الإدارية والسياسية والقضائية، ومن خلال هذه الرقابة تُتمكّن من إيقاف الهيئة عند تجاوزها على مبدأ المشروعية، ولأهمية مبدأ الفصل بين السلطات قامت معظم الدساتير بالنص

عليه في متنها، مِنْ ذلك ما سطره الدستور اللبناني فقد نصَّ على أن "النظام قائم على مبدأ الفصل بين السلطات وتوازنها وتعاونها"<sup>(٣٠)</sup> ونصَّ الدستور العراقي على ما يأتي "تتكون السلطات الاتحادية مِنْ السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بَيْنَ السلطات"<sup>(٣١)</sup> كما نصَّ الدستور المصري على أن "يقوم النظام السياسي على أساس التعددية السياسية والحزبية، والتداول السلمي للسلطة، والفصل بَيْنَ السلطات والتوازن بَيْنَها، وتلازم المسؤولية مَعَ السلطة، واحترام حقوق الإنسان وحياته، على الوجه المبين في الدستور"<sup>(٣٢)</sup>.

### ثالثاً: تحديد اختصاصات السلطات العامّة

لا يكفي مجرد وجود دستور في دَوْلَة تَنبَتِي مبدأ الفصل بَيْنَ السلطات لتحقيق مَبْدَأِ المشروعيّة، لِأَنَّهُ مَعَ عدم معرفة كُلِّ سلطة بصلاحياتها واختصاصاتها لَنْ يكون الدستور وافياً بالحفاظ على مشروعيّة عمل السلطات، وَمِنْ هنا ينبغي المصير إِلَى تحديد واضح لاختصاصات وصلاحيات كُلِّ سلطة عامّة مِنْ سلطات الدَوْلَة، فَمِنْ دُونِ هذا التحديد الواضح لا وجود لمبدأ المشروعيّة، لِأَنَّهُ قد يعني عدم وجود قيود على ممارسة الهيئات العامّة لوظائفها، ممَّا يقود إِلَى تسلُّطها على شؤون الدَوْلَة المختلفة بل وتعسف كُلِّ مِنْها في استخدام هذه السلطات. والمصدر الأساس لاختصاصات الهيئات العامّة في الدَوْلَة هو الدستور، ثم مِنْ السلطة المُخْتَصَّصة قانوناً بالتشريع، وهي عادة ما تكون البرلمان الذي يقوم بإصدار التشريعات الاعتيادية بِشكْلِ مستقلٍ عَنِ السلطة التنفيذية فتفرض عليها ما تراه مناسباً مِنْ قيود<sup>(٣٣)</sup> ضمن حدود صلاحياتها الممنوحة لَهَا دستورياً، وتُسَمَّى مثل هذه التشريعات بالقوانين الأساسية أو العضوية وهي عبارة عَن مجموعة القوانين الصادرة عَنِ السلطة التشريعية (الاعتيادية) والمُتَعَلِّقة بتنظيم السلطات العامّة في الدَوْلَة واختصاصاتها وكيفية ممارستها لوظيفتها، فهي تَنصَّبُ ما ينتمي إِلَى القواعد الدستورية لِأَنَّهُ تعالج موضوعات دستورية في جوهرها، ولذا تُسَمَّى مثل هذه القوانين بالقوانين المُكَمِّلة للدستور<sup>(٣٤)</sup>.



## الفرع الثاني

### The second requirement

المجموعة الثانية لعناصر تحقق مبادئ الشرعية والمشروعية

### The second set of elements to verify the principles of legitimacy and licitly

أمّا هذه المجموعة فنضمّ عنصرين فحسب، وهما التقيّد بمبدأ تدرّج القواعد القانونية، والرقابة القضائية الفعّالة على أعمال السلطات العامّة، وفيما يأتي بيان موجز لكلّ منهما:

#### أولاً: مبدأ تدرّج القواعد القانونية

يذهب غالب الفقه إلى أن القواعد القانونية في الدوّلة تتدرّج فيما بينها نزولاً من القواعد الأسمى وهي القواعد القانونية الدستورية إلى القواعد الأدنى في هذا السلم والتي قد تُمثّلها القرارات الفردية للإدارة، أي أن القواعد في التنظيم القانوني للدوّلة تُشكّل ما يشبه الهرم الذي تستقر على قمته القواعد القانونية الدستورية، فلا تستطيع السلطة التشريعية إصدار قانون مخالف لها، وتليها التشريعات الاعتيادية، أي القوانين الصادرة عن البرلمان، والتي يجب على السلطة التنفيذية والإدارة الالتزام بها، ثم القرارات التنظيمية الصادرة عن الإدارة، وأخيراً القرارات الفردية، فيجب على جميع السلطات في الدوّلة بما فيها الإدارة الالتزام والتقيّد بهذا التدرّج للقواعد القانونية، إذ أن عدم التقيّد بها يُعدّ خروجاً على مبدأ المشروعية<sup>(٣٥)</sup>.

وقد يكون ما تقدّم واضحاً بالنسبة إلى مبدأ المشروعية إلا أنه يحتاج إلى مزيد توضيح فيما يتصل بمبدأ الشرعية فنقول للتوضيح ينبغي التفرقة هنا بين المبدأين، فمبدأ المشروعية يتعلّق بأعمال الهيئات العامّة أمّا مبدأ الشرعية فإنّه يتعلّق تعلقاً مباشراً بالدستور لأنّه هو الذي ينشئ الهيئات العامّة ويحدّد كيفية تكوينها فأبى مخالفة لهذه الكيفية تجعل من تلك الهيئة متصفة بعدم الشرعية، إلا أن هذا لا يعني أن المصدر الوحيد للشرعية هو الوثيقة الدستورية فحسب، بل يمكن أن يكون التشريع الاعتيادي مصدراً لها أيضاً (وسياتي لاحقاً بحث هذه المصادر بشكلٍ تفصيلي) وهو الذي عبّرنا عنه آنفاً بالقوانين الأساسية أو العضوية أو المُكمّلة، فعندما يمنح الدستور للسلطة التشريعية أن تقوم بتنظيم الهيئات العامّة من خلال التشريعات الاعتيادية فإنّ هذه التشريعات تتخلّل كميّار للمحافظة على مبدأ الشرعية، ومن ذلك مثلاً نصّ الدستور العراقي على أن "يتمّ إنشاء مجلس تشريعي يُدعى بمجلس الاتحاد يضمّ ممثّلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة

في إقليم، ويُنظَّم تكوينه، وشروط العضوية فيه، واختصاصاته، وكُلُّ ما يَتعلَّقُ بِهِ، بقانون يُسنُّ بأغلبية ثلثي أعضاء مَجْلِسِ النواب"<sup>(٣٦)</sup> ومثلها نصّه على أن "تُنظَّم بقانون أحكام الترشيح لمنصب رئيس الجمهوريّة"<sup>(٣٧)</sup> وكذلك "تُنظَّم بقانون أحكام اختيار نائب أو أكثر لرئيس الجمهوريّة"<sup>(٣٨)</sup> وغيرها من النصوص الأخرى، وهذا يُظهر بجلاء أن تدرّج القواعد القانونية يجري حتى بالنسبة إلى مبدأ الشرعية.

وهناك أمر لا بد من الانتباه إليه وهو أن كل ما ذكرناه بالنسبة إلى عنصر تدرّج القواعد القانونية بين التشريع الدستوري والتشريع الاعتيادي ينحصر في الدساتير الجامدة ولا يشمل الدساتير المرنة، وليتَّضحُ هذا التنبيه يحسن التعرُّض بشكلٍ موجز لبيان المراد من نوعي الدساتير الجامدة المرنة:

١ - الدساتير الجامدة: وهي الدساتير التي لا يمكن تعديلها بطريقة وإجراءات تعديل القانون الاعتيادي نفسها، وهذا يعني أن تعديل الدساتير الجامدة يتمُّ بإجراءات خاصّة تختلف عن إجراءات تعديل القانون الاعتيادي، وغالبا ما تكون إجراءات تعديل الدستور أصعب وأكثر تعقيدا من الإجراءات التي يتطلَّبها تعديل القانون الاعتيادي<sup>(٣٩)</sup>.

ومن خلال ما تقدّم يتَّضح أن الجمود يمكن أن يتحقَّق في إحدى حالات ثلاث:

الحالة الأولى: عندما يُمنح اختصاص تعديل الدستور إلى جهة مُعيَّنة غير الجهة التي لها اختصاص تعديل القانون الاعتيادي.

الحالة الثانية: عندما يُمنح اختصاص تعديل الدستور إلى الجهة ذاتها التي لها تعديل القانون الاعتيادي (البرلمان) ولكن يشترط في تعديل الدستور أن تُتبع إجراءات تختلف عن تلك التي تُتبعها في تعديل القانون الاعتيادي.

الحالة الثالثة: الجمع بين الطريقتين المُنفَّذتين، أي منح الاختصاص في تعديل الدستور إلى جهة تختلف عن الجهة التي لها الاختصاص في تعديل القانون الاعتيادي وبإجراءات تختلف عن الإجراءات التي تُتبع في تعديل القانون الاعتيادي.

واختلاف الإجراءات لها صور مُتعدِّدة، فقد يُشترط لتعديل الدستور اجتماع مجلسي البرلمان (إذا كان الدستور قد تبنّى نظام المجلسين التشريعيين) في هيئة مؤتمر لتعديل الدستور، أو يُشترط لتعديله حصول مقترح التعديل على أغلبية خاصّة هي أعلى من الأغلبية التي تُتطلَّب لتعديل القانون الاعتيادي، أو قد يُشترط لتعديل الدستور أخذ موافقة الشعب على مقترح تعديل الدستور في استفتاء شعبي<sup>(٤٠)</sup> (وهو ما يُسمّى بالاستفتاء الدستوري).

٢ - الدساتير المرنة: يُقصد بها الدساتير التي يتم تعديلها بواسطة السلطة التشريعية في الدولة، وتُعدّل بالطريقة المُتبعة في تعديل القوانين الاعتيادية<sup>(٤١)</sup>، فَمَا يُمَيِّز الدساتير المرنة أمران:

الأول: الجهة التي لها صلاحية تعديلها.

والثاني: الطريقة التي يتم فيها التعديل.

أما بالنسبة إلى الجهة التي لها صلاحية تعديل الدستور المرن فهي الجهة ذاتها التي يُخوّلها الدستور ممارسة الوظيفة التشريعية في الدولة (البرلمان)<sup>(٤٢)</sup>، أما الطريقة التي يتم فيها التعديل فهي الطريقة عينها التي يُعدّل فيها التشريع أو القانون الاعتيادي من البرلمان ذاته. والمثال الأكثر رواجاً للدساتير المرنة هو الدستور الإنكليزي، فهو يُعدّل من البرلمان الإنكليزي (مجلس العموم البريطاني) وباستخدام الإجراءات ذاتها التي تُستخدَم لتعديل القانون الاعتيادي.

ولكون الدستور الإنكليزي يتّسم بالمرونة من جهة وأنه دستور غير مُدَوّن من جهة أخرى، قد يُظنُّ أن الدساتير المرنة هي الدساتير غير المُدَوّنة، أي قد يُظنُّ أن كلَّ دستور مرن هو دستور غير مُدَوّن، وهذا الظن غير صحيح فليست هناك ملازمة بين كون الدستور مرنا وكونه غير مُدَوّن، بل الأمر بعكس ذلك، أي هناك ملازمة بين كون الدستور غير مُدَوّن وكونه مرنا، أما الدساتير المُدَوّنة فيمكن أن تكون مرنة أيضاً، وهناك أمثلة عديدة على الدساتير المُدَوّنة المرنة، منها الدستوران الفرنسيان لسنة (١٨١٤) و(١٨٣٠) فكلاهما دستور مرن مع أنّهما دستوران مُدَوّنان، وكذلك الحال في الدستور الإيطالي لسنة (١٩٤٨) والدستور السوفيتي لسنة (١٩١٨) ودستور إيرلندا الحرة لسنة (١٩٢٢) فهذه جميعاً دساتير مُدَوّنة ومع ذلك هي دساتير مرنة<sup>(٤٣)</sup>.

ومن أجل هذه الطريقة من التعديل، تتّميّز الدساتير المرنة بسهولة التعديل، فيقال أن الدساتير المرنة هي الأقدر على مسايرة التّطوّرات السياسية والاجتماعية، ولها القدرة على تجنب البلاد الأزمات والثورات التي تحدث جزاء صعوبة تعديل الدستور، ومع ما في هذه السهولة من ميزات إلا أنّها لا تخلو من عيوب، ذلك أن الدساتير المرنة تصبح مساوية للقانون الاعتيادي، فتختفي التفرقة الشكلية بينهما<sup>(٤٤)</sup>، وهذا يُؤثّر بشكلٍ سلبي على سموها، كما أن مرونة الدساتير تؤدي إلى أضعاف قدسيتهن لدى الحكام والمحكومين على حدٍ سواء، وقد تكون أداة طيعة بيد الحكام يستخدمونها لتحقيق مصالحهم والأغراض الشخصية لهم أو لأحزابهم ممّا يُؤثّر على الثقة بالدستور وكذلك على ثباته واستقراره<sup>(٤٥)</sup>.

تبيّن لنا من الاستعراض المُختصر لنوعي الدساتير الجامدة والمرنة أن التدرّج الذي يجب حفظه لا يتحقّق إلاّ بين قواعد التشريع الاعتيادي والدستوري عندما يكون الدستور جامداً لأنّه ليس من اختصاصات السلطة التشريعية الاعتيادية (البرلمان) إجراء أيّ تعديلٍ عليه إلاّ وفقاً لما رسمه الدستور من طريق وإجراءات لتعديله من الجهة التي اختصّها بسلطة التعديل وهذا يجعل من أيّ قاعدة قانونية أو تشريع اعتيادي غير مشروع إذا خالف قاعدة دستورية، بينما في الدساتير المرنة يمكن للمشرّع الاعتيادي تعديل القاعدة الدستورية من خلال قانون يقوم بإصداره وهذا لا يجعل للدستور أيّ سموّ أو علوية على التشريع الاعتيادي فلا موضوع لتدرّج القواعد القانونية بينهما، نعم يأتي التدرّج هنا بين التشريعين الدستوري والاعتيادي وبين التشريع الفرعي فتكون الأعلوية لهما عليه، ولكن هذا لا ينفع إلاّ في مجال مبدأ المشروعية إذ ليس للسلطة التنفيذية أو الإدارة إصدار قوانين.

### ثانياً: الرقابة القضائية الفعّالة على أعمال السلطات العامّة

يُمثّل القضاء إحدى الهيئات العامّة في الدوّلة التي يقوم الدستور بإنشائها ومنحها اختصاصاتها، وعندما نقول الرقابة القضائية فإننا نعني بها قيام هذه الهيئة العامّة بمباشرة الرقابة ولذا يمكن تعريفها بشكلٍ أولي بأنها الرقابة التي تمارسها السلطة القضائية المُختصة على السلطات العامّة.

وبعد ما تقدّم نقول لو افترضنا توافر العناصر المُتقدّمة من دون منح القضاء صلاحية حقيقية في فرض رقابته على أعمال السلطات العامّة فهل يبقى لتلك القيود التي وضعها الدستور والتشريع من أثر على تحقّق مبدأي الشرعيّة والمشروعيّة؟ من المؤكد أنّه سيكون الجواب عن هذا السؤال بالنفي، ذلك لأنّ السلطات العامّة أو الهيئات العامّة في الدوّلة لن تجد سلطة توقفها عندما تتجاوز مبدأ المشروعيّة ولن تجد سلطة تلغي قراراتها عندما تتعسف في إصدارها، ولن تجد قضاءً قادراً على انتزاع حقوق الأفراد وحرّياتهم من الإدارة وإرجاعها إليهم، وفقدان القضاء الفعّال في رقابته على أعمال السلطات العامّة يجعلها تستشعر قوتها ممّا قد يدفعها إلى تجاوز الحدود والقيود التي وضعها لها القانون، ولذا يجب من أجل تحقيق مبدأي الشرعيّة والمشروعيّة إيجاد قضاء يتّمتّع بسلطات حقيقية وفعّالة لفرض الرقابة على أعمال الإدارة، فيتمكّن من حماية الشرعيّة والمشروعيّة وسيادة القانون، بل والمحافظة على حقوق الأفراد وحرّياتهم بشكلٍ جاد

وموضوعي وإجبار السلطات العامة على الوقوف عند الحدود المرسومة لها في الدستور والقانون<sup>(٤٦)</sup>.

وما يدعوا إلى إقامة صرح الرقابة القضائية على السلطات (الهيئات) العامة وفحص الكيفية التي وصل أعضائها من خلالها إلى مناصبهم، وكذلك فحص ما تقوم به تلك السلطات أو الهيئات من أعمال لمعرفة مدى انسجامها مع مبادئ الشرعية والمشروعية، هو ما يميّز به القضاء من خصائص، والتي يمكن إجمالها فيما يأتي:

١. **رقابة محايدة:** فهذه الرقابة تتولّاها السلطة القضائية من خلال بعض محاكمها التي يمنحها الدستور أو القانون الاختصاص في نظر الدعاوى المتعلقة بشرعية إحدى السلطات العامة أو مشروعيتها عملها، وحسمها، ومن المعلوم أن السلطة القضائية هي سلطة موازية للسلطة التنفيذية والتشريعية، وليست جزءاً منها، ولذا لا تندرج ضمن الرقابة الداخلية على أعمال هاتين السلطتين، وإنما هي رقابة خارجية عليهما، فلا تخضع لنفوذهما وتأثيرهما لما تتمتع به هذه السلطة من استقلال تامّ عنهما، وهذا من الأسباب المهمة التي ترسم لحيادها<sup>(٤٧)</sup>.

٢. **حيادها ثنائي الاتجاه:** لاحظنا في الخبيصة السابقة أن القضاء في رقابته على السلطات العامة يكون طرفاً محايداً لا يتأثر بها، وفي الوقت ذاته لا يتأثر بخصمها أيضاً، ولا يسعى للتدخل في شؤونها، فلا يتحرك من تلقاء نفسه لمباشرة هذه الرقابة، وإنما حركته تنحصر في الطلب منه ذلك أي عند رفع دعوى أمامه من صاحب الشأن يطعن من خلالها بعمل السلطة المدعى عليها.

٣. **رقابة شرعية ومشروعية:** يفرض القضاء رقابته على مبدأ الشرعية في وصول الأفراد إلى السلطة والطعون الواردة كالبت في الطعون على قرارات البرلمان في صحة عضوية أعضائه<sup>(٤٨)</sup>، أو المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات<sup>(٤٩)</sup>، وكذلك الحال بالنسبة إلى مبدأ المشروعية حيث أن القضاء (الدستوري) يفحص أعمال السلطات العامة (وبتعبير أدقّ السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية) يفرض رقابته على دستورية القوانين والقرارات التنظيمية الصادرة عنها<sup>(٥٠)</sup>.

٤. **انتهائها بحكم قضائي:** تنتهي الرقابة القضائية بحسب الأصل بحكم قضائي مقتضاه شرعية وصول صاحب الشأن إلى السلطة أو عدمها، ومشروعية العمل الصادر عن السلطة المدعى عليها أي محلّ الطعن أو عدم مشروعيتها، وعند تقريره لعدم المشروعية

فإنَّ المُدَّعى عليه يُستبعد ولا يُمنح المنصب، وعِنْدَ تقريره لعدم المشروعية فإِنَّهُ يحكم بِالغائه العمل أو وجوب تعديله بما يرفع تجاوزه للدستور، كما وقد يفرض على السلطة العامة المُدَّعى عليها أو توابعها كالإدارة تعويضَ صاحب الشأن إذا وقع عليه ضررٌ ماديٌّ جرّاء العمل غير المشروع وطالب بالتعويض عَنْهُ<sup>(٥١)</sup>.

٥. تَمَتَّع أحكام القضاء بحجية الشيء المقضي: وَيَتَرْتَّبُ عليه أَنَّهُ بَعْدَ صيرورة الحكم القضائي بشأن النزاع الدستوري سواء أكان متعلِّقًا بالشرعية أو المشروعية باتًا لا يمكن أن يكون موضوعًا أو مَحَلًّا لمنازعة ما، كما ويجوز اللجوء إلى القوّة لتنفيذه إذا اقتضى الحال ذلك<sup>(٥٢)</sup> وله الحجية المطلقة، أي يكون حجة على الكافة.

## المبحث الثاني

### The second topic

#### مصادر مبدأى الشرعية والمشروعية

#### Sources of legitimacy and legitimacy

المصدر هو الأصل أو المنبع الذي يُستقى مِنْهُ الشيء، ولذا يمكن القول بالنسبة إلى القانون مثلا: أن مصدر القانون (بشكلٍ عامٍ) هو المنبع الذي تَسْتَمِدُّ مِنْهُ القاعدة القانونية مادتها ومضمونها وقوتها الملزمة، وللقانون جملة من المصادر يمكن إرجاعها إلى أربعة أنواع، وفيما يأتي بيان موجز لها:

اولا: المصادر المادية: وهي مجموعة العوامل المحيطة بالمجتمع والتي تُؤثِّرُ فيه وتُشكِّلُ المادة للقاعدة القانونية، كالعوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والجغرافية والدينية وغيرها.

ثانيا: المصادر التاريخية: وهي الأصل الذي تُسْتَقَى مِنْهُ بَعْضُ أحكام القانون الوضعي، فالشريعة الإسلامية والقانون المصري مثلا هما مصدران تاريخيان للقانون العراقي.

ثالثا: المصادر الرسمية للقانون: أي المصادر التي تَسْتَمِدُّ مِنْهَا القاعدة القانونية قوتها الإلزامية فتصبح واجبة التطبيق، وبعبارة أخرى، يُمَثِّلُ المصدر الرسمي للقانون قالب الذي تُفْرَعُ فِيهِ القاعدة وتخرج مِنْهُ إلى الأفراد حتى تصير ملزمة<sup>(٥٣)</sup>.

رابعا: المصادر التفسيرية: وهي التي تضطلع بدور تفسير القانون وشرحه مِنْ دُونِ أَنْ يكون لَهَا دور في عملية إنشائه.

هذه هي مصادر القانون بشكلٍ عامٍ، وهي تنطبق على مجمل فروع القانون وتفرعاته ولكنّها تأخذ الطابع الخاص لكلِّ فرعٍ من فروعه عندَ دراستها فيه، وما يتعلّقُ بوظيفة القضاء الدستوري من هذه المصادر هي مصادر القانون الدستوري، وبما أنّ القانون الدستوري هو أحد تفرعات القانون العام فإنّ هذه المصادر تسري عليه أيضاً، لذا يمكن القول إنّ مصادر القانون الدستوري أربعة أنواع وهي المادية والتاريخية والرسمية والتفسيرية.

والمصادر التي نهتمُّ بدراستها هنا هي الرسمية، لأنّ المنبع الذي تخرج منه القاعدة القانونية التي يعتمدها القضاء لا أهمية له، فلا ينظر القضاء إليه، بل يهتمُّ بصقع وجودها، وهو الذي تستمدُّ منه قوتها الملزمة، ولذا يهتمُّ بالمصادر الرسمية للدستور والتي تتضمّن أمرين وهما التشريع الدستوري والعرف الدستوري، أمّا المصادر المادية فعلى الرغم من أهمية بحثها إلا أنّ دراستها تتطلّب بحثاً شاملاً لأوضاع المجتمع وظروفه ونظمه وقيمه وتاريخه ومثله وهي أقرب إلى دراسات فلسفة القانون منها إلى دراسة القانون الوضعي<sup>(٥٤)</sup> أو الدستوري فلا تُمثّل محطّ اهتمام للقانون الدستوري فمن باب أولى لا يهتمُّ بها القضاء الدستوري، أمّا المصادر التاريخية فهي وإن يهتمُّ بدراستها القانون الدستوري ولكنّها لا تُمثّل منبعاً للقاعدة التي على القضاء الدستوري اعتمادها، وأمّا المصادر التفسيرية فيُصار إلى بحثها عند أخذ المصادر بمعنى المنبع الذي تُستقى منه القاعدة القانونية، أي من أين تأتي القاعدة الدستورية؟ فيدخل فيها الفقه الدستوري والقضاء الدستوري ولأنّ القضاء لا يطبّق سوى الأحكام النافذة والمبادئ الصادرة عنه فهو لا يعتني في مقام التطبيق بالرأي الفقهي إلا من باب الاستثناس أو الاتكاء عليه عند تأسيسه لمبدأً جديداً، ولذا سنستبعد بحثه.

ومسوّغ الاهتمام بالمصادر يأتي بناءً على أنّ سعي القضاء لصيانة مبادئ الشرعية والمشروعية يجب أن يتكأ على معيار ما، فهو عندما يفحص أمراً ما ليتبيّن موافقته للشرعية أو المشروعية من عدمها، فيجب عليه العودة إلى منبع ما يعرض عليه العمل ويقيسه بأدواته ليحكم عليه، ويمكن تقسيم مصادر المبادئ على مصادر مدونة ومصادر غير مدونة، وسندرس كلاً منهما في مطلب خاصّ به فيما يأتي:

## المطلب الأول

### The first requirement

#### المصادر المدونة

#### the written sources

هناك مصدران مُدَوَّنَانِ يعتمدهما القضاء الدستوري في فحص الشرعيّة والمشروعيّة وهما الوثيقة الدستورية والقوانين الأساسية، وسنستعرض فيما يأتي كلّاً منهما:

## الفرع الأول

### First branch

#### الوثيقة الدستورية

#### Constitutional Document

تُمثِّلُ الوثيقة الدستورية (في بلدان الدساتير المُدَوَّنة) المصدرَ الأوَّلَ للقضاء الدستوري الذي يعتمدُه لِمُحَاكَمَةِ النِّصِّ المُدَّعَى مخالفته لمبدأ الشرعيّة حَيْثُ يَتِمُّ عرضه على نصوصها لمعرفة مخالفته لَهَا مِنْ عَدَمِهِ، وكذلك الحال بالنسبة إلى مبدأ المشروعيّة، وَلَكِنْ ما المراد بالوثيقة الدستورية؟ فيما يأتي جواب موجز يوضح المراد مِنْهَا: إِنَّ وثيقة الدستور أو الوثيقة الدستورية (الدستور) لا تصدر عَنِ المُشَرِّعِ الاعتيادي (أي الذي يَسِينُ القوانين الاعتيادية) بل تصدر عَنِ مُشَرِّعٍ آخَرَ يُسَمَّى المُشَرِّعِ الدستوري أي تصدر عَنِ السلطة التأسيسية الأصلية، وتخضع في وضعها وتعديلها لإجراءات خاصّة تختلف عَنِ إجراءات وضع وتعديل القوانين الاعتيادية عادة. وما تقدّم يُمَثِّلُ القاعدة أو الأصل في وضع الوثيقة الدستورية ونصوصها المُدَوَّنة، ويمكن الخروج عَنِ هذا الأصل استثناءً، وعليه يمكن وجود بعض الوثائق الدستورية التي تصدر بالإجراءات نفسها التي تَتَّبِعُهَا السلطة التشريعية في إصدار القوانين الاعتيادية، أي أَنَّها لا تصدر عَنِ هيئة خاصّة أو بإجراءات مُعَيَّنَةٍ، كما وتختلف طريقة وضع هذه الوثيقة وتعديلها مِنْ دَوْلَةٍ لِأُخْرَى<sup>(٥٥)</sup>، ثُمَّ أَنَّ الوثيقة الدستورية تأتي في قمة الهرم التشريعي للدَّوْلَةِ لِأَنَّها هي التي تُمنح الصفة القانونيّة للقواعد الأخرى الصادرة عَنِ السلطة المُخْتَصَّة، كما وتُفِيضُ عليها شرعيّتها، مضافاً إلى أَنَّها هي التي تُنشئ السلطات العامّة وتَمْنَحُهَا اختصاصاتها وتُنظِّمُ علاقاتها فيما بينها، كما وتُقرِّرُ حقوق الأفراد وحرّياتهم<sup>(٥٦)</sup>.



## الفرع الثاني

### القوانين الأساسية أو العضوية

وهي عبارة عن مجموعة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية (الاعتيادية) والمتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة واختصاصاتها وكيفية ممارستها لوظيفتها، فهي تتضمن ما ينتمي إلى القواعد الدستورية لأنها تعالج موضوعات دستورية في جوهرها، ولذا تُسمى مثل هذه القوانين بالقوانين المُكَمِّلة للدستور، ولهذه القوانين أهميتها الكبيرة التي ترجع إلى مضمونها من جهة وإلى طبيعة الموضوعات التي تُعالجها من جهة أخرى، فمن حيث المضمون نجدها تتضمن قواعد تفصيلية مُنظمة لعمل السلطات العامة وتحديد اختصاصاتها وبيان كيفية مباشرة هذه السلطات لاختصاصاتها بالإضافة إلى بيانها تفاصيل الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد، أما من حيث طبيعة موضوعاتها فلأنها موضوعات دستورية في جوهرها لِتَعْلُقُها بتنظيم السلطات العامة في الدولة.

وَمِمَّا تَقَدَّمَ يَظْهَرُ أَنَّ هَذِهِ الْقَوَائِنَ تُصَدَّرُ عَنِ السُّلْطَةِ التَّشْرِيعِيَّةِ العَتِيَادِيَّةِ، وَالتِّي قَدْ تَقُومُ بِإِصْدَارِهَا بِنَاءً عَلَى تَكْلِيفٍ مِنَ المَشْرَعِ الدِّسْتُورِيِّ أَوْ تَقُومُ بِإِصْدَارِهَا مِنْ تَلْقَاءِ نَفْسِهَا، وَمِنْ أَمْتَلَةِ تَكْلِيفِ المَشْرَعِ الدِّسْتُورِيِّ لِّلسُّلْطَةِ التَّشْرِيعِيَّةِ العَتِيَادِيَّةِ فِي سَنِّ الْقَوَائِنِ الأَسَاسِيَّةِ مَا فَعَلَهُ دِسْتُورُ جُمهُورِيَّةِ العِرَاقِ لِسَنَةِ (٢٠٠٥) مِنْ تَكْلِيفِ مَجْلِسِ النُّوَابِ العِرَاقِيِّ بِإِصْدَارِ قَانُونِ يُنْظِمُ شُرُوطَ المُرَشَّحِ لِعُضُوبِيَّةِ مَجْلِسِ النُّوَابِ وَالنَّخَبِ وَكُلِّ مَا يَتَّعَلَّقُ بِالانتخابات كقانون الانتخابات<sup>(٥٧)</sup> رقم (١٦) لسنة (٢٠٠٥) المُعَدَّل، وَتَكْلِيفِهِ بِإِصْدَارِ قَانُونِ يَعالِجُ حَالَاتِ اسْتِبدَالِ أَعْضَائِهِ عِنْدَ الاستقالة أَوْ الإقالة أَوْ الوفاة<sup>(٥٨)</sup>، وَالتِّي أَصْدَرَهُ مَجْلِسُ النُّوَابِ بِرَقْمِ (٦) لِسَنَةِ (٢٠٠٦) المُعَدَّل، وَتَكْلِيفِهِ بِإِصْدَارِ قَانُونِ يُنْظِمُ كُلَّ مَا يَتَّعَلَّقُ بِمَجْلِسِ الاتِّحاد<sup>(٥٩)</sup>، وَمِنْ أَمْتَلَةِ الْقَوَائِنِ الأَسَاسِيَّةِ التِّي أَصْدَرْتَهَا السُّلْطَةُ التَّشْرِيعِيَّةِ مِنْ تَلْقَاءِ نَفْسِهَا فِي مِصرِ قَانُونِ رَقْمِ (٨١) لِسَنَةِ (١٩٦٩) الخَاصِ بِإِنشَاءِ المَحْكَمَةِ العَلِيَا، وَقَانُونِ رَقْمِ (٤٠) لِسَنَةِ (١٩٧٧) المُعَدَّلِ الخَاصِ بِتَنْظِيمِ الأَحْزَابِ السِّيَاسِيَّةِ<sup>(٦٠)</sup>.

## المطلب الثاني

### Second requirement

#### المصادر غير المُدَوَّنة

### Unregistered sources

إنَّ الاقتصار على المصادر المُدَوَّنة لمبدأي الشرعيَّة والمشروعيَّة مِنْ شأنه أَنْ يَثْبُلَ عمل القضاء الدستوري في العديد مِنْ المنازعات المعروضة عليه ويمنعه مِنْ حسمها، وفي هذا إخلال فادح بالعمل القضائي والمصلحتين العامَّة والخاصَّة كما ويمكن عدَّه مِنْ موارد إنكار العدالة، والسبب الذي يُوَدِّي إِلَى شَلْل عمل القضاء في مسائل عديدة ويمنعه مِنْ الحسم يعود إِلَى عدم قدرة القواعد الدستورية المُدَوَّنة على استيفاء موضوعات النزاعات جميعا لاسيَّما في المسائل المستحدثة بَعْد وضع التشريعات الدستورية المُدَوَّنة.

وحلَّ هذه المشكلة يدفع باتجاه عدم الوقوف عِنْد القواعد الدستورية المُدَوَّنة حال فقدان النصِّ الذي مِنْ شأنه معالجة النزاع الدستوري المعروض أمام القضاء الدستوري، وهذا يعني اللجوء إِلَى مصادر غير مُدَوَّنة، وهذا ما تَمَّ تَبْيِيهِ مِنْ الناحية الفعلية، حيثُ لجأ القضاء الدستوري إِلَى مصدرين غير مُدَوَّنين هما مبادئ القضاء والعرف الدستوري، وفيما يأتي استعراض كلاً مِنْهُما:

## الفرع الأوَّل

### First branch

#### مبادئ القضاء

### Principles of Judiciary

إنَّ ثالث أهمَّ وظيفة تمارسها الدَّولة هي وظيفة الفصل في المنازعات الناشئة عَنِ القانون، وتُسمى الوظيفة القضائية، وتُمنح في الدول التي تَبْنِي مبدأ الفصل بَيْن السلطات<sup>(٦١)</sup> إِلَى هيئة عامَّة مستقلة يُطلق عليها اسم السلطة القضائية، ويمكن التعبير عَنْها اختصارا بالقضاء.

ولما كان القضاء يمارس دور الجهة الحاسمة للدعاوى ويفصل في النزاعات فَإِنَّه يقوم بوظيفة غاية في الأهمية يتَوَقَّف عليها تحصيل الحقوق والحفاظ عليها، وصيانة حريات الأفراد ومنع الاعتداء عليها، بل يمكن الزعم بخطورة دوره في الدَّولة والمجتمع بِشكْلِ عامِّ لِمَا يَنَمُّع بِهِ مِنْ ولاية عامَّة لا تَتَوَقَّف على شمول الأفراد فحسب بل وتَمْتَدُّ لتشمل الحكام أيضا في وصولهم

إلى السلطة وفي أعمالهم الصادر عنهم بعنوانهم الوظيفي، بل وتخضع لها مؤسسات الدولة وهيئاتها كافة، وتتسم الأحكام والمبادئ الصادرة عنه بالصفة الرسمية وعلى هذا الأساس فإن لها قوة ملزمة على الكافة الانصياع لها<sup>(٦٢)</sup>.

و عندما يقوم القضاء بوظيفته تلك فإنه يفعل ذلك من خلال تطبيق القانون الذي صدر (بمرحلة سابقة على نظره المنازعة) عن السلطة المختصة، وهذا يعني أن القضاء عندما يقوم بوظيفته في حسم المنازعات المعروضة أمامه فإنه يعتمد في ذلك تشريعات صدرت عن سلطة أخرى وليس له إصدار مثلها، فليس من اختصاصه خلق قاعدة قانونية جديدة يضمها إلى سلسلة القواعد العامة في النظام القانوني للدولة، ولا إصدار لائحة تنظيمية، وأقصى ما يملكه القاضي في هذا المضمار هو منحه تفسير ما للنص القانوني الذي يروم تطبيقه على مورد النزاع، ولا يصير إلى مرحلة التفسير إلا إذا داخله شك في معنى النص، كما لا يقوم بالتفسير إلا وفقا لقواعد التفسير المقررة قانونا<sup>(٦٣)</sup>.

وما تقدم هو الدور الطبيعي للقاضي الاعتيادي والقاضي الدستوري أيضا الفارق بينهما هو أن القاضي الدستوري ليس له إلا اعتماد القواعد القانونية ذات الطبيعة الدستورية فحسب، وهو في سبيل حسم الدعوى المرفوعة أمامه إذا لم يجد نصا خاصا مدونا يمكن أن تكون الدعوى المنظورة منه صغرى لما يحمله من قاعدة عامة كلية، فعليه أن يعتمد قواعد غير مدونة كالمبادئ التي يضطلع بإنشائها والتي تحمل كليات الأحكام ويحسم الدعوى على وفقها، وهذا الدور يتمثل في واقعه علاج يلزم القاضي الإداري باتباعه، لأنه لو لم يقم بذلك فسوف لن يحسم الدعوى وتبقى من دون فصل في النزاع الذي أدى إلى إقامتها، وهو عندما يترك الدعوى من دون حسم يُعدُّ منكرًا للعدالة<sup>(٦٤)</sup>.

ولأجل ما يلعبه القضاء من دور في تأسيسه للمبادئ العامة فإنه يُعتبر مصدرا من مصادر القانون الدستوري والذي يعتمد قضاؤه، فليست تلك المبادئ شيئا آخر وراء تلك القواعد والأحكام والمبادئ والنظريات، وهنا ينبغي الإشارة إلى أن الفقه قد اختلف في المقصود بالقضاء كمصدر غير مدون للقانون الدستوري يلجأ إليه قضاؤه عند فقدان النص المدون، فظهر اتجاهان: **الاتجاه الأول:** يرى أن المقصود بالقضاء كمصدر غير مدون هو استنباط المبادئ والأحكام القانونية أو استخلاصها من النصوص، أو إنشاؤها بداءة بواسطة المحاكم المختصة<sup>(٦٥)</sup>، ولذا يمكن القول بأنه عبارة عن مجموعة المبادئ والقواعد العامة التي تُصدرها المحاكم.

**الاتجاه الثاني:** يأخذ القضاء (بشكل عام) بالمعنى العضوي، أي هو مجموع المحاكم القائمة في دولة ما<sup>(٦٦)</sup> وتطبيق هذا المعنى على بحثنا يكون معنى القضاء هنا هو مجموع محاكم القضاء الدستوري في حال تعددها في الدولة، أو هو محكمة القضاء الدستوري في حال عدم تعددها في الدولة، ومن ناحية تقويمية نقول أن أصحاب التفسير الثاني للقضاء لا يعدو تفسيرهم عن الخلط بين الأداة وفعلها، ذلك أن القضاء بالمعنى العضوي يُمثّل الأداة أو الفاعل لعملية استنباط المبادئ والأحكام القانونية أو استخلاصها من النصوص أو إنشاؤها ابتداءً بوساطة المحاكم، ولذا فالمقصود بالقضاء الذي هو مصدر للقانون الدستوري هو المعنى الأول فحسب.

ومع الأهمية الكبرى للقضاء الدستوري في إنشاء المبادئ إلا أنه ليس مطلق اليد في هذا الميدان، فهناك قيود عليه الالتزام بها خلال ممارسته لدوره الإنشائي هذا، فمثلا لا يستطيع أن يمارس هذا الدور ويُنشئ مبدأً عامًا مخالفًا لنصّ تشريعيّ مُدَوّن قائم سواء أكان وارداً في الوثيقة الدستورية أم في القوانين الأساسية، كما ليس له أن يخالف مبدأ قانونياً ذا طبيعة دستورية أقرّه المُشرّع<sup>(٦٧)</sup> الدستوري أو المُشرّع الاعتيادي، وأن الدور الإنشائي للقضاء الدستوري يتحدّد في مجالات فقدان النصّ الصالح لحسم النزاع المعروف أمامه، ومن أجل ألا يبقى في مقام الحكم مُتَحَيِّراً أو يترك حسم النزاع فيُعدّ منكراً للعدالة له أن يُنشئ مبدأ قانوني عام أو يعتمد مبدأ قانونياً عامًا موجود ليحسم به الدعوى، لاسيّما وأنّ ليس له إنشاء قاعدة قانونية تعالج موضوع النزاع كما يفعل القاضي الإداري.

والواقع يُشير إلى أن السبب في تمتّع القضاء الدستوري بسلطة إنشاء المبادئ العامة التي يحسم بها الدعوى (وهو فقدان النصّ المُدَوّن المؤهّل للانطباق على مورد الدعوى) لا يجعل منه سلطة مُختَصّة أي لا يقصر الإنشاء عليه فحسب من دون غيره من أنواع الأفضية المختلفة كالقضاء الإداري والقضاء الاعتيادي لأنّ المناط واحد، فأياً قاضٍ يُعتبر منكراً للعدالة عند ما يتوقّف عن حسم الدعوى وإن كان سبب توقّفه عدم وجود النصّ التشريعي في المصادر الأصلية والاحتياطية على حدّ سواء<sup>(٦٨)</sup>، وبعبارة أكثر دقّة يمكن القول إنّ هذا الحلّ إنّما تفرضه الأصول العملية لأنّ القاضي يعلم أنّه مشغول الذمّة بوجوب حسم الدعوى ممّا يُحتمّ عليه السعي لإفراغ ذمّته منه، وهذا يمنحه الحقّ في ابتكار قاعدة عامة يحسم بها الدعوى، إلا أن الفارق بين القاضي الدستوري والاعتيادي يكمن في موضع آخر فمنّ النادر للغاية فقدان القاضي الاعتيادي للقاعدة التشريعية التي بإمكانه حسم الدعوى على وفقها، لأنّ ما بين يديه من نصوص قانونية كافية جداً لذلك، ومن باب المثال لم يترك القانون المدني حالة (في الأغلب) إلا ووضع لها الحلول

التشريعية<sup>(٦٩)</sup> وهذا أمرٌ طبيعي إذ أن عمره الطويل سمح له بالتعرُّفِ على مواضع الخلل والثغرات في بنائه والنقص الذي يعتريه، فقام بمعالجته (غالباً) أمّا القانون الدستوري فلكونه حديث النشأة نجدُ أن النقصَ وفقدانَ النصِّ التشريعي والحاجة إلى إكمال قواعده أمرٌ يعتريه عادة، فنبرز حاجة القاضي إلى ابتكار القاعدة العامة التي يحتاجها لحسم الدعوى.

ولا ينحصر امتياز القضاء الدستوري عن الاعتيادي بما سبق، بل هناك امتيازات أخرى يَنتمَعُ بِهَا الأوَّل، وَمِنْ باب المِثَال نجدُ أن ما يصدر عن القاضي الاعتيادي لا يعني بحالٍ مِنَ الأحوال أَنَّهُ يكتسب الحجة على الكافة، بمعنى أَنَّهُ لَيْسَ مصدرًا رسميًا للقانون (مِنْ نافلة القول إنَّ عدم مصدرية الرسمية للقانون تَتَحَدَّدُ في الدول التي لا تأخذ بالسوابق القضائية) فَدور القاضي الاعتيادي يكاد ينحصر في تطبيق القانون على الوقائع، وأقصى ما يَنتمَعُ بِهِ مضافاً إلى التطبيق هو تفسير تلك القواعد أو النصوص عند غموضها، وإزالة التعارض المحتمل بينها<sup>(٧٠)</sup>، وَلَيْسَ لَهُ دور إنشائي في العادة، وهذا بخلاف القاضي الدستوري حيثُ أن أحكامه الصادرة عنه تَنتمَعُ بِكونها حجة على الكافة، وَمِنْ هنا يرتقي القضاء الدستوري ليحتل كونه مصدرًا رسميًا للقانون الدستوري.

وبعد إنشاء القاضي الدستوري لمبدأ عامٍ يصبح حجة على الكافة عند غياب النصِّ فللقضاء الدستوري اعتماده كمعيار يقيس عليه توافر مبدأ الشرعية والمشروعية مع عدمه.

## الفرع الثاني

### The second requirement

#### العُرف الدستوري

### Constitutional Custom

كان العُرف الدستوري هو المصدر الوحيد للقواعد الدستوري حتى قيام الثورة الأمريكية في أواخر القرن الثامن عشر حيثُ بدأت المستعمرات تضع لنفسها دساتير مُدَوَّنة، وعلى الرغم من أن التشريع الدستوري قد أخذ موقع الصدارة في مصادر القواعد الدستورية إلا أن دور العُرف كمصدر للقواعد الدستورية لا يُنكر ولا يمكن الاعراض عنه وإهماله، لأنَّ التشريع مهما بلغ من دقة وشمول إلا أَنَّهُ لا يَنتمَكُنُ مِنَ الإحاطة بالقواعد المُنظَّمة للسلطات العامة في الدولة جميعها، وكذلك لحقوق الأفراد وحرّياتهم لاسيما وأنَّ لِتَطوُّر المجتمعات المستمر تأثيراً مباشراً

على القواعد الدستورية التي يجب أن تواكب هذا التطور، فيأتي دور العرف هنا ليُسَدَّ النقص ويواكب التطور<sup>(٧١)</sup>.

ويُنشأ العرف الدستوري حين تجري الهيئات الحاكمة على عادة مُعَيَّنة في موضوع ما من موضوعات القانون الدستوري، ويقوم في ضمير جماعة هذه الهيئات ومشابهاتها الإحساس بوجوب احترام هذه العادة، ويستقر في ذهن أفرادها أنّها أصبحت قاعدة قانونية ملزمة<sup>(٧٢)</sup>، فيفيد العرف الدستوري معنى تواتر العمل على وفق مسلك مُعَيَّن في أحد الموضوعات الدستورية إلى أن يكتسب هذا المسلك صفة الإلزام<sup>(٧٣)</sup> أو يعني قاعدة ذات طبيعة دستورية تَقَرَّرَتْ بمقتضى العمل واستقر رأي الجماعة القانونية على اتباعها<sup>(٧٤)</sup>، ويُعرَف بأنه عادةٌ تَتَّصِلُ بِنِظَامِ الْحُكْمِ فِي الدَّوْلَةِ، دَرَجَتُ الهيئات الحاكمة على استعمالها، بحيثُ تصبح هذه العادة قاعدةً عامةً ملزمةً<sup>(٧٥)</sup>، وَمِنْ خِلالِ التعريف يَتَبَيَّنُ أن هناك عادةً يجب أن تَتَحَقَّقَ، كما يجب أن يَتَحَقَّقَ الشُّعُورُ بأنّها ملزمة وهذان الأمران هما ما يُعَبَّرُ عنهما بركني العرف، ومضافاً إلى ركنيه فإنَّ العرف الدستوري على ثلاثة أنواع، وهي المُفَسِّرُ وَالْمُكَمِّلُ وَالْمُعَدِّلُ، وفيما يأتي بيان لأركان العرف وأنواعه:

### أولاً: أركان العرف الدستوري

للعرف الدستوري ركنان يجب توافرها لِيَتَحَقَّقَ، وهما الركن المادي والركن المعنوي، وسنستعرض كلاً منهما فيما يأتي:

١ - الركن المادي: يُراد بالركن المادي السلوك أو التصرف أو العمل المادي الصادر عن إحدى الهيئات الحكومية<sup>(٧٦)</sup>، أي أن العرف الدستوري ينشأ عن سلوك السلطات العامة غالباً، أما دور الأفراد في تَحَقُّقِ العرف الدستوري فيقتصر على مُجَرَّدِ الرضا به وعدم الاعتراض عليه، أما إذا أعترض الأفراد أو بعض الهيئات الحكومية عليه فسوف تمنع هذه المعارضة قيام العرف الدستوري، ولا يكفي صدور ذلك السلوك بل يجب أن يَتَكَرَّرَ تطبيقه بانتظام لا انقطاع فيه، وأن تَسْتَقَرَّ الهيئة ذاتها على السير وفق ذات السلوك في الحالات المُماثِلة، كما يجب أن يَتِمَّ تَبْنِيهِ مِنْ هَيْئَةٍ أَوْ هَيْئَاتٍ أُخْرَى عِنْدَمَا تَوَاجَهَ ظَرْفَ النَّصْرِفِ نَفْسَهُ وَهُوَ مَا يَسْمَى بِعُمُومِيَةِ السُّلُوكِ، كما ينبغي أن يكون السلوك أو النَّصْرِفُ واضحاً في دلالاته بحيثُ لا يقبل التفسير والتأويل والخلاف واللبس، وأن تمضي عليه مُدَّةٌ معقولة، أي تكون المُدَّةُ كافيةً لاستقرار السلوك وأنّه لم يكن سلوكاً طارئاً أو نزعة عارضة مصيرها الزوال<sup>(٧٧)</sup>.

٢ - الركن المعنوي: يُمثّل الركن المعنوي الجانب الاعترافي للأطراف ذات العلاقة بالسلوك المادي للهيئة الحاكمة، لأنّه يجب أن تشعر أو تعتقد أطراف العلاقة التي نظمتها القاعدة العرفية الناشئة عن السلوك المادي بضرورة الالتزام بها والعمل بموجبها وسريانها في المستقبل على موضوع العلاقة وهو ما يؤدي إلى تكوين ما يسميه الفقه بعقيدة الإلزام<sup>(٧٨)</sup>. وينبغي الإشارة إلى أن تحقّق عقيدة الإلزام لدى الهيئات الحاكمة أي اعتقادها بوجوب الالتزام بالسلوك نفسه لا يمنعها عن العدول عنه متى ما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

### ثانياً: أنواع العرف الدستوري

يُقسّم الفقه الدستوري العرف إلى ثلاثة أقسام وهي العرف المُفسّر والمُكَمِّل والمُعَدِّل ولكنه اختلف في قيمة كلّ منها:

١ - العرف الدستوري المُفسّر: قد تشمل صياغة بعض القواعد الدستورية على الغموض وعدم الوضوح فنمّس الحاجة إلى رفع ما يشوبها من إبهام، والعملية التي تحقّق رفع الغموض وإزالة الإبهام عن القاعدة الدستورية هي التي تُسمّى بتفسير القاعدة الدستورية، إذن وظيفة التفسير إزاحة الغموض عن القاعدة، ولذا لا يُنشئ التفسير قاعدة قانونية. ويأتي العرف الدستوري المُفسّر عندما يشوب قاعدة دستورية ما نحو من الغموض فيتصدى العرف لإزالة ما فيها من غموض وإزاحته وإلباس القاعدة لبوس الوضوح، ويرى الفقه الدستوري أن العرف المُفسّر جزء من النصوص التي قام بتفسيرها ولذا فإنّه يقرّ له بالقيمة القانونية ذاتها التي تتمتع بها النصوص الدستورية<sup>(٧٩)</sup>.

٢ - العرف الدستوري المُكَمِّل: قد تقوم بعض القواعد الدستورية بمعالجة مسألة معينة تتعلّق بالسلطات العامة أو بحقوق الأفراد وحرّياتهم، ولكنها تعالجها معالجة غير مُكتملة يشوبها نحو من النقص، وهذه حالة تستدعي التصحيح من خلال استكمال مثل هذه النصوص، وقد يتصدى العرف الدستوري لمثل هذه المهمة فيأخذ على عاتقه سدّ ذلك النقص والقصور في القاعدة الدستورية، وهذا هو الذي يُسمّى العرف الدستوري المُكَمِّل، ومن هذا المعنى له يتبيّن أن العرف الدستوري المُكَمِّل يلتقي مع العرف الدستوري المُفسّر في أن كلاً منهما يستند إلى نصّ دستوري قائم، ويفترقان في أن الثاني يسعى لرفع ما في النصّ الدستوري من غموض، بينما يقوم الأول بتكميم النقص الذي شاب النصّ الدستوري.

وقد ذهب غالبية الفقه الدستوري إلى القول إنَّ للعرف المُكَمَّل قيمة قانونية مساوية للقيمة القانونية للقواعد الدستورية ذاتها بشرطين الأوَّل عدم مخالفته الصريحة لنصِّ دستوريٍّ، والثاني عدم تضمُّنه تعديلٍ أيِّ نصٍّ من نصوص الدستور أو أيِّ حكمٍ من أحكامه، وعندَ تخلفِ أيِّ من الشرطين يسقط مثل هذا العرف عن الاعتبار<sup>(٨٠)</sup>.

٣ - العرف الدستوري المُعدَّل: إنَّ الاسم الذي أُطلق على هذا العرف يوضح المراد منه، فهو يقوم بتعديل نصٍّ من نصوص الوثيقة الدستورية سواءً أكان التعديل من خلال إضافة نصٍّ جديدٍ أو من خلال حذف أحكام تضمَّنُها الوثيقة الدستورية.

والعرف الدستوري المُعدَّل بالإضافة يعني إضافة حكمٍ جديدٍ إلى النصوص الدستورية القائمة، أي إنَّه يقوم على معالجة مسألةٍ مُعيَّنة لم تُعالجها النصوص الدستورية القائمة، فلا يوجد فيه مخالفة لحكم موجود في الوثيقة الدستورية، ولذا أقرَّ بمشروعيته غالبية الفقه الدستوري.

وهذا بخلاف العرف الدستوري المُعدَّل بالالحذف والذي قد يُطلق عليه العرف المُسقط والذي يقوم على عدم تطبيق نصٍّ من نصوص الوثيقة الدستورية سواءً أكان النصُّ يحمل في طياته حقا من الحقوق أو صلاحية من الصلاحيات التي تُقرِّرها الوثيقة الدستورية لهيئة من الهيئات الحاكمة، فقد عدَّه غالبية الفقه الدستوري غير مشروعٍ ولم تقرَّ له بأي قيمة قانونية، ذلك أن عدم استعمال سلطة من السلطات لإحقِّق من حقوقها الدستورية لا يُسقط حَقَّها فيه، بمعنى أن حَقَّها الدستوري لا يسقط بالتقادم<sup>(٨١)</sup>.

إنَّ ما يصلح من الأنواع الثلاثة المُتقدِّمة ليكون معياراً أو مصدراً للقضاء الدستوري يعتمدُ في مقام حسم المنازعات عندَ فقدان النصِّ المدوَّن والمبادئ القضائية هما النوعين الأوَّلين أي العرفين المُفسِّر والمُكَمَّل، ولهما ذات القيمة القانونية التي يتمتَّع بها النصُّ الدستوري المُفسَّر والمُكَمَّل فيكونان ميزانين لقياس شرعية نَسَم السلطة ومشروعية العمل الصادر عن الهيئات العامة، أمَّا النوع الثالث فينبغي التفصيل فيه بجعل العرف المُعدَّل بالإضافة مصدراً من مصادر المبدأين، واستبعاد العرف المُسقط (المُعدَّل بالحذف).



## الخاتمة

### Conclusion

في نهاية البحث تَحَقَّقَتْ لدينا جملة من النتائج وعدد من التوصيات سنستعرض أهمها فيما يأتي:

#### أولاً: النتائج Sources

١. على الرغم من اختلاف الفقه حول مبدئي الشرعية والمشروعية وهل يعدان مبدأً واحداً أم يعبران عن مفومين مختلفين، إلا أن الاختلاف بينهما موجود بالفعل ولا ينبغي رفضه ولا بد من الالتزام به.
٢. إن مبدأ الشرعية يتعلّق بأمر واحد فقط وهو الكيفية التي يصل بها شخص ما إلى السُّلْطَة.
٣. ذُكِرَ لمبدأ المشروعية ثلاثة معانٍ، تختلف فيما بينها سعةً وضيقاً، فالأول يعني صدور الأعمال تنفيذاً للقانون، الثاني هو استناد الأعمال الصادرة إلى القانون، أما الثالث فيفيد عدم مخالفة الأعمال الصادرة للقانون، ونرى أنه يعني أن تكون الأعمال الصادرة عن الإدارة مستندة إلى القانون وغير مخالفة له.
٤. تنقسم عناصر تحقق مبدئي الشرعية والمشروعية إلى مجموعتين رئيسيتين، تضم الأولى ثلاثة عناصر يُوحدها التشريع الدستوري، وهي وجود دستور، والأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، وتحديد اختصاصات السلطات العامة، أما الثانية فتضم عنصرين فحسب، وهما التقيّد بمبدأ تدرّج القواعد القانونية، والرقابة القضائية الفعّالة على أعمال السلطات العامة.
٥. إن مصادر مبدئي الشرعية والمشروعية التي اهتمت هذه الدراسة ببيانها هي الرسمية فحسب دون المصادر المادية أو التاريخية أو التفسيرية.
٦. تنقسم المصادر الرسمية إلى قسمين رئيسيين، هما المصادر المدونة والتي تنقسم إلى قسمين فرعيين، هما: الوثيقة الدستورية والقوانين الأساسية، والقسم الرئيس الثاني المصادر غير المدونة، هما: مبادئ القضاء والعرف.

### ثانياً: التوصيات Proposals

١. نقترح على المُشرِّعِ الدُّستوري إقرار التمايز بين مبدأي الشرعيَّة والمشروعِيَّة.
٢. نقترح على المُشرِّعِ الدُّستوري التشديد في ضمانات المبدئين لاسيَّما مبدأ الشرعيَّة لِأَنَّ المحافظة على ما يُمثِّله هذا المبدأ وصيانته هو في الواقع محافظة على أعلى قواعد قانونية في الدولة وأكثرها سموا وهي الَّتِي تُمثِّلُ منبع الصفة القانونية لَمَّا دُوِّنها مِنْ قواعد التنظيم القانوني.
٣. نقترح على المُشرِّعِ الدُّستوري رفع ما يُرشِّحُ عَنْ القضاء كمصدر مِنْ مصادر المَبْدِئين وكذلك عَنْ العرفِ الدُّستوري، إلى مستوى التشريعِ الدُّستوري وَجَعَلَهَا قاعدة دُستورية تندمج مَعَ بقية القواعدِ فِي التشريعِ الدُّستوري.

## الهوامش

### Endnotes

- <sup>١</sup> انظر: د. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٥ - ص ١٩.
- <sup>٢</sup> د. محمد طه حسين الحسيني - مبادئ القانون الدستوري - ط ١ - مكتبة دار السلام القانونية - النجف الأشرف - ٢٠١٤ - ص ١٧، ود. رافع خضر صالح شبر - النظرية العامة للقانون الدستوري - المكتب الاستشاري - بابل - ٢٠٠٦ - ص ٢٤، ود. طه حميد العنبيكي - النظم السياسية والدستورية أسسها وتطبيقاتها - ط ١ - مركز حمورابي للبحوث والدراسات الاستراتيجية - بغداد - ٢٠١٣ - ص ٨٢.
- <sup>٣</sup> د. منذر الشاوي - دولة القانون - ط ١ - الذاكرة للنشر والتوزيع - بغداد - ٢٠١٣ - ص ٢١٥.
- <sup>٤</sup> د. منذر الشاوي - فلسفة الدولة - ط ٢ - الذاكرة للنشر والتوزيع - بغداد - ٢٠١٢ - ص ٥٤.
- <sup>٥</sup> د. سعاد الشرقاوي - النظم السياسية في العالم المعاصر - ط ٣ - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧ - ص ١١٠.
- <sup>6</sup> Maurice Duverger – Institutions Politiques et Droit Constitutionnel – Paris – 1965 – p. 179.
- <sup>٧</sup> انظر: د. محمود عاطف البنا - النظم السياسية - أسس التنظيم السياسي وصوره الرئيسية - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٠ - ص ٤١٨.
- <sup>8</sup> Cadart J - Institution Politiques ET Droit Const – Tome II. 2et – L.G.D.J – Paris – 1980 – p. 297.
- <sup>٩</sup> د. سليمان محمد الطماوي - السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي - ط ٦ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٩٦ - ص ٤٦٨.
- <sup>١٠</sup> د. سعاد الشرقاوي - مصدر سابق - ص ١١٠.
- <sup>١١</sup> انظر: المواد (٢) و(٣) و(٤) و(٥) من قانون أحكام الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية رقم (٨) لسنة (٢٠١٢).
- <sup>١٢</sup> انظر: الفقرة (أولاً) المادة (٧٠) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
- <sup>١٣</sup> كالنظام الألماني، انظر: د. علي يوسف الشكري - مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية - ط ١ - دار السلام الحديثة - القاهرة - ٢٠٠٨ - ص ١٥٩.

- <sup>١٤</sup> الفقرة (ثانيا/ ب) المادة (٧٢) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
- <sup>١٥</sup> انظر: المادتين (٦) و(٧) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
- <sup>١٦</sup> انظر: المادة (٧٠) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥)، والمادتين (٧) و(٨) من قانون أحكام الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية رقم (٨) لسنة (٢٠١٢).
- <sup>١٧</sup> انظر: د. إبراهيم عبد العزيز شيحا - تقوية دور السلطة التنفيذية في ميدان التشريع في دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٥ - ص ٨.
- <sup>١٨</sup> انظر: د. محمد علي جواد - القضاء الإداري - ط ٢ - المكتبة القانونية - بغداد - ٢٠١٠ - ص ٣٩.
- <sup>١٩</sup> د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - اطروحة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧١ - ص ٦١.
- <sup>٢٠</sup> انظر: د. محمد طه حسين الحسيني - معايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة ونطاقها - مجلة مركز دراسات الكوفة - العدد السابع والعشرون - ٢٠١٢ - ص ١٢٧.
- <sup>٢١</sup> انظر: د. محمود حافظ - القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣ - ص ٢٤.
- <sup>٢٢</sup> انظر: د. محمد علي جواد - مصدر سابق - ص ٣٥.
- <sup>٢٣</sup> انظر: د. سعيد عبد المنعم الحكيم - الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة - ط ١ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦ - ص ١٥.
- <sup>٢٤</sup> د. محمد علي جواد ود. نجيب خلف احمد - القضاء الإداري - مكتب الغفران - بغداد - ٢٠١٠ - ص ٢٩.
- <sup>٢٥</sup> د. إبراهيم عبد العزيز شيحا - القضاء الإداري - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ١٣.
- <sup>٢٦</sup> القانون بمعناه الواسع.
- <sup>٢٧</sup> انظر: د. سعيد عبد المنعم الحكيم - مصدر سابق - ص ١٧ وما بعدها.
- <sup>٢٨</sup> د. محمد طه حسين الحسيني - مبادئ القانون الدستوري - مصدر سابق - ص ١١٧.
- <sup>٢٩</sup> ميلود ذبيح - الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية - دار الهدى - عين مليلة - الجزائر - ٢٠٠٧ - ص ١١.
- <sup>٣٠</sup> الفقرة (٥) من المقدمة التي أضيفت إلى الدستور اللبناني في سنة (١٩٩٠).

<sup>٣١</sup> المادة (٤٧) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).

<sup>٣٢</sup> المادة (٥) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة (٢٠١٢) المُعدَّل.

<sup>33</sup> André de Laubadère – Traité Droit Administratif – 16 édition – Paris: Librairie gènèral de droit et de jurisprudence – 1999 – p240.

<sup>٣٤</sup> د. محمد طه حسين الحسيني - مبادئ القانون الدستوري - مصدر سابق - ص ٧٣.

<sup>٣٥</sup> انظر: د. محمد علي جواد - مصدر سابق - ص ٣٦.

<sup>٣٦</sup> المادة (٦٥) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).

<sup>٣٧</sup> الفقرة (أولاً) المادة (٦٩) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).

<sup>٣٨</sup> الفقرة (ثانياً) المادة (٦٩) من دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).

<sup>٣٩</sup> أنظر: د. إسماعيل مرزه - مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي - ط ٣ - دار الملاك للفنون والآداب والنشر - بغداد - ٢٠٠٤ - ص ١١٤.

<sup>٤٠</sup> أنظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله - النُظُم السياسية - ط ٤ - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٢ - ص ٣٧٦.

<sup>٤١</sup> د. محمد المجذوب - القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان - ط ٤ - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٢ - ص ٦٠.

<sup>٤٢</sup> وهذا لا يعني عدم إمكانية منح البرلمان السلطة في تعديل الدساتير غير المرنة، بل يمكن أن تُمنح صلاحيات تعديل الدساتير الجامدة، ولذا يتحدد المميّز بين نوعي الدساتير بالإجراءات المتبعة للتعديل.

<sup>٤٣</sup> أنظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله - الأنظمة السياسية والقانون الدستوري - مصدر سابق - ص ٣٧٥.

<sup>٤٤</sup> أنظر: د. محمد المجذوب - مصدر سابق - ص ٦٠.

<sup>٤٥</sup> أنظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله - الأنظمة السياسية والقانون الدستوري - مصدر سابق - ص ٣٧٥.

<sup>٤٦</sup> انظر: Charles debbash - science administrative - 2 édition - Dalloz - Paris 1972 - p620.

<sup>٤٧</sup> انظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب - القضاء الإداري - ط ١ - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ٢٠٠٥ - ص ٨١.

- ٤٨ انظر: الفقرة (ثانياً) المادة (٥٢) دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
- ٤٩ انظر: الفقرة (سابعاً) المادة (٩٣) دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
- ٥٠ انظر: الفقرة (أولاً) المادة (٩٣) دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
- ٥١ د. محمد رفعت عبد الوهاب - القضاء الإداري - الكتاب الأول - مصدر سابق - ص ٨١.
- ٥٢ انظر: د. سامي جمال الدين - القضاء الإداري - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٣ - ص ٣٠٥.
- ٥٣ د. عمرو طه بدوي محمد - المدخل لدراسة القانون - الكتاب الأول - نظرية القانون - لا يوجد اسم مطبعة - القاهرة - ٢٠٠٧ - ص ٦٧.
- ٥٤ د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - ط ٢ - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ٣٤.
- ٥٥ انظر: د. احمد محمد الرفاعي - المدخل للعلوم القانونيّة - نظرية القانون - الدار الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٨ - ص ١١٩.
- ٥٦ انظر: د. عمرو طه بدوي محمد - مصدر سابق - ص ٧٤.
- ٥٧ نصّت المادة (٤٩/ ثانياً) من دستور العراق لسنة (٢٠٠٥) على أن "تُنظّم بقانون شروط المرشح والناخب وكل ما يتعلّق بالانتخابات".
- ٥٨ نصّت المادة (٤٩/ خامساً) من دستور العراق لسنة (٢٠٠٥) على أن "يقوم مجلس النواب بسنّ قانون يعالج حالات استبدال أعضائه عند الاستقالة أو الإقالة أو الوفاة".
- ٥٩ نصّت المادة (٦٥) من دستور العراق لسنة (٢٠٠٥) على أن "يتم إنشاء مجلس تشريعي يُدعى بـ (مجلس الاتحاد) يضم ممثلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، ويُنظّم تكوينه وشروط العضوية فيه واختصاصاته وكل ما يتعلّق به بقانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب".
- ٦٠ انظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله - النُظْم السياسية والقانون الدستوري - مصدر سابق - ص ٣١٧.
- ٦١ بل حتى في الدول التي تأخذ بمبدأ تركيز السلطات تُمارس وظيفة الفصل في المنازعات من هيئة مُتخصّصة وليكنها تقع بشكل تام تحت رقابة وإشراف الجهة التي تتركز بيدها سلطات الدوّلة، ولتلك الجهة ممارسة الوظيفة القضائية متى ما أرادت، ألاّ أنّه بشكلٍ عامٍّ وغالب فإنّها تفسح المجال أمام الهيئة القضائية لتمارس هذا الدور غالباً.
- ٦٢ انظر: د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامّة - مكتبة القاهرة الحديثة - القاهرة - ١٩٧٠ - ص ٣١ وما بعدها.
- ٦٣ انظر: د. مازن ليلو راضي - القانون الإداري - منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك - ٢٠٠٨ - ص ١٦.
- ٦٤ انظر: المصدر نفسه.

<sup>٦٥</sup> د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة - دار المعارف - الإسكندرية - ١٩٧٨ - ص ٦٩.

<sup>٦٦</sup> انظر: د. عمار بوضياف - النظام القضائي الجزائري - داري ربحانة - الجزائر - ٢٠٠٣ - ص ١٨٨ وما بعدها.

<sup>٦٧</sup> انظر: د. حسام مرسي - أصول القانون الإداري - ط ١ - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠١٢ - ص ٦٣.

<sup>٦٨</sup> تُنظَّم التشريعات غالباً مصادر القانون وتقسّمها إلى مصادر أصليّة وأخرى احتياطية، وتذكرها حسب تسلسل أهميتها بحيث يكون بيّنها نوحاً من الترتيب فلا يصار إلى المصدر اللاحق ما لم يفقد المصدر السابق الحكم في الموضوع محط البحث، ومن ذلك ما فعله المُشرِّع العراقي مثلاً في القانون المدني والذي أوجب على القاضي اعتماد المصدر الأصلي للقانون فإذا لم يجد نصّاً قابلاً للتطبيق على موضوع النزاع المعروف أمامه فعليه الرجوع إلى المصادر الاحتياطية والتي يقدّمها العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلاميّة الأكثر ملائمة لنصوص القانون المدني من دُون التقيّد بمذهب إسلامي مُعيّن، وإذا لم يجد فيه ضالته فعليه الرجوع إلى قواعد العدالة، وهكذا نجد الترتيب بين هذه المصادر (انظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير - المدخل لدراسة القانون - مطبعة التعليم العالي - الموصل - ١٩٨٩ - ص ٨٣).

<sup>٦٩</sup> أو أحال القاضي بشأنها إلى مبادئ ما كمبادئ الشريعة الإسلاميّة.

<sup>٧٠</sup> د. محمد رفعت عبد الوهاب - مبادئ وأحكام القانون الإداري - مصدر سابق - ص ٦٣.

<sup>٧١</sup> انظر: د. ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٧ - ص ٨.

<sup>٧٢</sup> د. ثروت بدوي - النظم السياسية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٢ - ص ٦٨.

<sup>٧٣</sup> د. حسني بوديار - الوجيز في القانون الدستوري - دار العلوم للنشر والتوزيع - الجزائر - ٢٠٠٣ - ص ٢٦.

<sup>٧٤</sup> د. إسماعيل مرزه - مصدر سابق - ص ٤٣.

<sup>٧٥</sup> د. عبد الغني بسيوني عبد الله - النظم السياسية والقانون الدستوري - مصدر سابق - ص ٣٢٥.

<sup>٧٦</sup> د. حيدر طالب الأمانة ود. حنان محمد القيسي - القانون الدستوري - مكتبة السنهوري - بغداد - ٢٠١٢ - ص ١١٦.

<sup>٧٧</sup> انظر: د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - مصدر سابق - ص ٣٧.

<sup>٧٨</sup> انظر: المكان نفسه.

<sup>٧٩</sup> انظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله - النظم السياسية والقانون الدستوري - مصدر سابق - ص ٣٣٠.

<sup>٨٠</sup> انظر: د. رافع خضر صالح شير - النظرية العامة للقانون الدستوري - مصدر سابق - ص ٤٣.

<sup>٨١</sup> انظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله - النظم السياسية والقانون الدستوري - مصدر سابق - ص ٣٣٣.

المصادر

References

القرآن الكريم

أولاً: كتب القانون

- I. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا - القضاء الإداري - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٦.
- II. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا - تقوية دور السلطة التنفيذية في ميدان التشريع في دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٥.
- III. د. احمد محمد الرفاعي - المدخل للعلوم القانونيّة - نظرية القانون - الدار الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٨.
- IV. د. إسماعيل مرزه - مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي - ط ٣ - دار الملاك للفنون والآداب والنشر - بغداد - ٢٠٠٤.
- V. د. ثروت بدوي - النُظْم السياسية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٢.
- VI. د. حسام مرسي - أصول القانون الإداري - ط ١ - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠١٢.
- VII. د. حسني بوديار - الوجيز في القانون الدستوري - دار العلوم للنشر والتوزيع - الجزائر - ٢٠٠٣.
- VIII. د. حيدر طالب الأمانة ود. حنان محمد القيسي - القانون الدستوري - مكتبة السنهوري - بغداد - ٢٠١٢.
- IX. د. رافع خضر صالح شبر - النظرية العامّة للقانون الدستوري - المكتب الاستشاري - بابل - ٢٠٠٦.
- X. د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - ط ٢ - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٥.
- XI. د. سامي جمال الدين - القضاء الإداري - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٣.
- XII. د. سعاد الشرفاوي - النُظْم السياسية في العالم المعاصر - ط ٣ - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧.
- XIII. د. سعيد عبد المنعم الحكيم - الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنُظْم المعاصرة - ط ١ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦.
- XIV. د. سليمان محمد الطماوي - السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي - ط ٦ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٩٦.
- XV. د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامّة - مكتبة القاهرة الحديثة - القاهرة - ١٩٧٠.
- XVI. د. طه حميد العنكي - النُظْم السياسية والدستورية أسسها وتطبيقاتها - ط ١ - مركز حمورابي للبحوث والدراسات الاستراتيجية - بغداد - ٢٠١٣.



- .XVII د. عبد الغني بسيوني عبد الله - النُظْم السياسية - ط ٤ - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٢.
- .XVIII د. علي يوسف الشكري - مبادئ القانون الدستوري والنُظْم السياسية - ط ١ - دار السلام الحديثة - القاهرة - ٢٠٠٨.
- .XIX د. عمار بوضياف - النظام القضائي الجزائري - داري ريحانة - الجزائر - ٢٠٠٣.
- .XX د. عمرو طه بدوي محمد - المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون - لا يوجد اسم مطبعة - القاهرة - ٢٠٠٧.
- .XXI د. ماجد راغب الطلو - القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٧.
- .XXII د. ماجد راغب الطلو - القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٥.
- .XXIII د. مازن ليلو راضي - القانون الإداري - منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك - ٢٠٠٨.
- .XXIV د. محمد المجذوب - القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان - ط ٤ - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٢.
- .XXV د. محمد رفعت عبد الوهاب - القضاء الإداري - ط ١ - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ٢٠٠٥.
- .XXVI د. محمد طه حسين الحسيني - مبادئ القانون الدستوري - ط ١ - مكتبة دار السلام القانونية - النجف الأشرف - ٢٠١٤.
- .XXVII د. محمد علي جواد - القضاء الإداري - ط ٢ - المكتبة القانونية - بغداد - ٢٠١٠.
- .XXVIII د. محمد علي جواد ود. نجيب خلف احمد - القضاء الإداري - مكتب الغفران - بغداد - ٢٠١٠.
- .XXIX د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة - دار المعارف - الإسكندرية - ١٩٧٨.
- .XXX د. محمود حافظ - القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٣.
- .XXXI د. محمود عاطف البنا - النُظْم السياسية - أسس التنظيم السياسي وصوره الرئيسية - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٠.
- .XXXII د. منذر الشاوي - دَوْلَة القانون - ط ١ - الذاكرة للنشر والتوزيع - بغداد - ٢٠١٣.
- .XXXIII د. منذر الشاوي - فلسفة الدَوْلَة - ط ٢ - الذاكرة للنشر والتوزيع - بغداد - ٢٠١٢.
- .XXXIV د. الباقي البكري وزهير البشير - المدخل لدراسة القانون - مطبعة التعليم العالي - الموصل - ١٩٨٩.
- .XXXV ميلود ذبيح - الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية - دار الهدى - عين مليلة - الجزائر - ٢٠٠٧.

ثانيا: الكتب الأجنبية

- I. André de Laubadère – Traité Droit Administratif – 16 édition – Paris: Librairie gènèral de droit et de jurisprudence – 1999.
- II. Cadart J - Institution Politiques ET Droit Const – Tome II. 2et – L.G.D.J – Paris – 1980.
- III. Charles debbash - science administrative - 2 édition, Dalloz - Paris 1972.
- IV. Maurice Duverger – Institutions Politiques et Droit Constitutionel – Paris – 1965.

ثالثا: الرسائل والأطاريح الجامعية

- I. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - اطروحة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧١.

رابعا: البحوث

- I. د. محمد طه حسين الحسيني - معايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة ونطاقها - مجلة مركز دراسات الكوفة - العدد السابع والعشرون - ٢٠١٢.

خامسا: الدساتير

- I. دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).
- II. دستور جمهورية مصر العربية لسنة (٢٠١٢) المُعدّل.

سادسا: القوانين والأنظمة والقرارات القضائية

- I. قانون أحكام الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية رقم (٨) لسنة (٢٠١٢).