Al-Mukhtar Journal of Legal sciences 03 (1): 115-137, 2025
Doi: https://doi.org/10.54172/dx3tpv07

Research Article **Open Access**

The Authority of Establishment and Constitution-Making: An In-Depth Study in Light of Public Law Jurisprudence

Mhmod H. O. Aead [1], Ezeddin B. A. Mohamed[2]

***Corresponding author:**

Mhmod.aead@omu.edu.ly
Public Law, Omar Al-Mukhtar University, Albaida, Libya.

Second Author:

ezeddin.abukrj@yahoo.com
Public Law, Omar Al-Mukhtar University, Albaida, Libya.

Received:

5 April 2025

Accepted:

15 May 2025

Publish online:

30 June 2025

Abstract: The constituent authority enjoys broad powers when drafting a new constitution. It can abandon an existing political system and adopt the economic approach it deems appropriate for society. The original constituent authority is extralegal in nature, which explains why it is not subject to any legal basis, given that it is established during periods of legal vacuum. Despite the spread of democratic ideas in the modern era, which advocate that sovereignty resides in the people or the nation, the truth of the ideas put forward regarding the definition of the holder of constituent authority cannot be denied and cannot be refuted in practice. This means that the constituent authority is not restricted to these methods. In other words, it is possible to use any of these methods, or it is possible to combine them, or to use a description that has not been used before.

Keywords: Founding Authority, Constitution-Making, Constitutional Authority.

سلطة التأسيس ووضع الدستور: دراسة معمقة في ضوء فقه القانون العام

المستخلص: السلطة التأسيسية تتمتع بصلاحيات واسعة عند وضع الدستور الجديد، إذ يمكنها هجر نظام سياسي متبع، ويمكنها أن تأخذ بالنهج الاقتصادي الذي تراه ملائماً للمجتمع. والسلطة التأسيسية الأصلية ذات طبيعة خارجه عن القانون، وهذا ما يفسر عدم خضوعها لأي قاعدة قانونية باعتبارها تنشئ في فترات الفراغ القانوني، وبالتالي تؤسس وتضع القواعد المؤطرة للنظام في الدولة الناشئة أو الجديدة. وإن كان لانتشار الأفكار الديمقراطية في العصر الحديث والتي تنادي بأن السيادة للشعب أو الأمة، فإنه لا يمكن إنكار حقيقة الأفكار التي طرحت في موضوع تحديد صاحب السلطة التأسيسية والتي لا يمكن دحضها في الواقع العملي، وخاصة في الحالات التي تكون للقوة دوراً في تغيير النظام في الدولة. كما أن أساليب وضع الدستور قد تكون مشتركة، ولكن ليست محددة قانونا، بمعنى أن السلطة التأسيسية ليست مقيدة بهذه الاساليب، بمعنى آخر يمكن استخدام أي من هذه الاساليب، كما يمكننا المزج بينها أو تستخدم وصفاً لم يتم استخدامه من قبل.

الكلمات المفتاحية: سلطة التأسيس، وضع الدستور، السلطة الدستورية.

The Author(s) 2025. This article is distributed under the terms of the *Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License*((http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, *for non-commercial purposes only*, provided you give appropriate credit to the original author(s) and the source, provide a link to the Creative Commons license, and indicate if changes were made.

المقدمة:

في هذه الدراسة ستكون سلطة التأسيس ووضع الدستور محور عملنا، ولذلك فإننا سنتناول هذا الموضوع من منظور عام وشامل، وذلك للإشكاليات التي يثيرها في مجال العلوم القانونية وخاصة القانون الدستوري، وهذا ما يملي علينا وجوب التعرض للموضوع من جانبه النظري والعملي، والتركيز بصفة أساسية على التأصيل الفقهي وأساسه في مدارس القانون العام المقارن.

أهمية الموضوع: لهذا الموضوع أهمية علمية تتضح جلياً في النقص الكبير أو إن صح التعبير ندرة الدراسات الفقهية التي تسلط الضوء على موضوعنا في مكتبتنا القانونية في ليبيا، بالإضافة للأهمية العملية خاصة الوضع في بلادنا وما تمر به من تجربة تعد حديثة في المجال التأسيسي والدستوري.

إشكالية الموضوع: يمكن تأطير إشكالية موضوعنا في التساؤلات التالية:

ماهي سلطة التأسيس الأصلية؟ وكيف تتم التفرقة بينها وبين سلطة التأسيس الفرعية؟ ومن هو صاحبها؟ وماهى ظروف نشأتها؟ وما أساسها القانوني؟

ماهي أشكالها؟ بمعنى آخر، كيف تضع هذه السلطة الدستور؟ وبناءً عليه يحق لنا التساؤل عن طريقة أو أسلوب وضع مشروع الدستور الليبي؟ كل هذه التساؤلات وغيرها ستكون محلاً للإجابة عليها عبر هذه الدراسة.

أسباب اختيار الموضوع: أضافةً إلى الهدف العلمي المتمثل في دراسة هذه الجزئية القانونية الدقيقة في مجال القانون الدستوري، فإنها تمثل جزءاً من أطروحة دكتوراه ستقدم لقسم القانون العام بكلية القانون جامعة عمر المختار متناولة موضوع الانحراف الدستوري أثناء وضع الدساتير، وتعتبر هذه الجزئية من أحد أركانها وتمهيدية لها.

منهج **الموضوع:** لكل دراسة علمية أن تعتمد منهجاً معيناً يوصلها في نهايتها للنتائج المرجوة منها، لذلك اعتمدنا المنهج التحليلي الوصفي وذلك لتحليل أراء الفقه الدستوري ذي العلاقة وبالأخص الفقهاء الفرنسيون في مسألة سلطة التأسيس ووضع الدستور، كما اعتمدنا المنهج المقارن وبالقدر اللازم لإيضاح الفكرة.

خطة الموضوع: سيتم دراسة الموضوع وفقاً لخطة البحث التالية:

المبحث الأول : ماهية السلطة التأسيسية

المطلب الأول : فكرة السلطة التأسيسية

المطلب الثاني : صاحب السلطة التأسيسية وظروف نشأتها

المبحث الثاني : أساليب وضع الدستور

المطلب الأول : أساليب وضع الدستور في القانون المقارن

المطلب الثاني: أسلوب وضع الدستور الليبي

المبحث الأول: ماهية السلطة التأسيسية

في هذا المبحث نسلط الضوء بشكل موسع لفكرة السلطة التأسيسية وكما يلي

المطلب الأول: فكرة السلطة التأسيسية

لزاماً علينا أولاً تحديد ماهية السلطة التأسيسية، وتميزها عن غيرها وتحديد طبيعتها القانونية وذلك في الفروع التالية وكما يلي:

الفرع : الأول : تعريف السلطة التأسيسية

السلطة التأسيسية في كل التنظيمات الدستورية هى أعلى السلطات، إذ لا تتلقاها من غيرها، ولذلك فهى صاحبة السيادة التي تتولى انشاء وتأسيس السلطات الأخرى، وتحدد اختصاصاتها ومجال عملها ، ومن هنا تمتاز بكونها غير مقيده أو مشروطة، أو تابعة لغيرها. ومن ثم يتمتع حائزها بالسلطة القانونية والسياسية الأعلى في الدولة. ويختص دون غيره بوضع القاعدة الدستورية والتي تعتبر تعبيراً عن إرادته الحرة والمطلقة، وعليه تتمتع القاعدة الدستورية التي أقرتها تلك السلطة التأسيسية بالمرتبة العليا في تدرج الهرم القانوني للدولة. وبالتالي خضوع كافة السلطات المنشأة المختصة بإصدار القواعد القانونية لأحكام تلك القاعدة الدستورية اعترافاً بمبدأ سمو الدستور[1]. ويستهل الأستاذ Pierre Packet دراسة l'établissement et revisions des constitutions ((إنشاء ومراجعة الدساتير)) بهذه الجملة " الدساتير هي مادة حية ، تولد، وتعيش، وتخضع لتشوهات الحياة السياسية ، وتكون موضوعاً لتعديلات أكثر أو أقل أهمية ، ويمكن أن تختفي[2]))

وعليه فإن ميلاد الدساتير واختفائها يحملان نفس المعنى، بعبارة أخرى، فإن ولادة الدساتير واختفاءها وجهان مختلفان لظاهرة واحدة. فالسلطة التى تلغي دستوراً ما تؤسس على الفور دستوراً جديداً. وبالتالي، يتبقى لنا أمران ، ولادة الدساتير أو بتعبير أكثر دقة إنشائها وتعديلها[3].

وعليه يمكننا تعريف السلطة التأسيسية بشكل عام للغاية بأنها السلطة المختصة بإنشاء أو تعديل الدستور .

عليه فإن السلطة التأسيسية هي التي تقوم بوضع دستور جديد في وقت لا يوجد فيه دستور يحكم الدولة، ولذلك سميت : هذه السلطة (بالأصلية)، تمييزاً لها عن السلطات (المشتقة) كما سنرى. هذا، وتكون الحاجة إلى وضع دستور جديد في حالات يمكن حصرها فيما يلي .

نشوء دولة جديدة . .

أو استقلال دولة عن غيرها .

أو حدوث إنقلاب أو ثورة يترتب عليها سقوط الدستور القائم .

او تفكك دولة وظهور شكل جديد لها[4].

ويمكن أن نضيف حالة اتحاد دول في شكل دولة واحدة.

"ويجمع الفقه الدستوري على أن السلطة التأسيسية تتمتع بصلاحيات واسعة عند وضع الدستور الجديد، إذ يمكنها هجر نظام سياسي متبع كالنظام الجمهوري وأتباع نظام آخر ملكي أو العكس، كما تستطيع أن تستبدل النظام البرلماني بالنظام الرئاسي، ويمكنها أن تأخذ بالنهج الاقتصادي الذي تراه ملائماً للمجتمع.

---

[1] . .د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية وفقاً لدستور 2014 ، منشأة المعارف الاسكندرية، 2018 .ص 96.

[2] .Pierre Pectet, Institutions. Politiques – Droit constitutionnel. . Paris, Masson, 1991, P69.

[3] Kemal Gözler, le pouvoir constituant originale. Mémoire du D.E.A. Bordeaux 1992. P3. .

[4] . نبيلة عبد الحليم، جابر نصار، الوجيز في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية – القاهرة، 2008، ص 49.

باختصار فإن السلطة التأسيسية الأصلية تتمتع بحرية مطلقة في اعتناق ما تراه ملائماً لظروف الدولة وواقعها"[1] .

الفرع الثاني : التمييز بين أنواع السلطة التأسيسية

وما يمكن ملاحظته أنا التعريف الذي تبنيناه للسلطة التأسيسية يتكون من محورين:

الأول هو إنشاء الدساتير **والثاني** هو تعديل الدساتير، ومن هنا يأتي التميز بين السلطة التأسيسية والسلطة التأسيسية المشتقة، وما يمكن فهمه ببساطة أن السلطة التأسيسية الأصلية هي سلطة وضع دستور جديد، بينما السلطة التأسيسية المشتقة هي سلطة تعديل ومراجعة دستور قائم، ومع ذلك تجدر الاشارة إلى أن هذه التفرقة تم إجراؤها بطريقة عامة للغاية.

ومن الواضح أنه لا يمكن التوصل إلى تعريفات وصفية تتضمن كافة خصوصيات هذه السلطات الا في نهاية هذا الفصل التمهيدي، ويجب علينا الاعتراف بأن تعريف السلطة التأسيسية المنشقة باعتبارها سلطة تعديل الدستور غير كافٍ، لان تغيير الدستور يمكن أن يتحقق بطرق مختلفة جداً، حيث يمكن تغيير معنى القاعدة الدستورية عن طريق التفسير في حين أن نص الدستور يبقى دون تغيير.

كذلك يمكن تعديل الدستور من خلال تطبيق الطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه ولذلك يمكن تعريف السلطة التأسيسية المشتقة للوهلة الأولى بأنها هي سلطة تعديل الدستور بالطريقة المنصوص عليها في ذلك الدستور نفسه[2].

وفي الحقيقة أن التمييز بين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية المشتقة يستدعي البحث عن معيار للتفرقة. وقد انقسم فقه القانون الدستوري إلى فريقين حول هذه المسألة: الأول وهم أنصار المعيار الشكلي ، أما الثاني فيقولون بوجود معيار موضوعي للتفرقة كما يلي :

أولاً : المعيار الشكلي : الفقيه carré de malberg هو أول من قال بهذا المعيار ثم ما لبثت أفكاره أن وجدت العديد من المناصرين[3] ويمكن اجمال العناصر التي تبرز أوجه الاختلاف وفقا للمعيار الشكلي فيما يلي :

1_ ظروف ممارسة كل من السلطتين لوظيفتهما: السلطة التأسيسية الأصلية تظهر وتباشر وظيفتها في إعداد الدستور في ظل الفراغ القانوني، ويظهر هذا الفراغ في حالتين[4]:

الحالة الأولى : عند ميلاد دولة جديدة، أو استقلال دولة ، وهنا تضع السلطة التأسيسية الدستور الأول للدولة وبالتالي يكون لها دور المنشئ للدولة .

الحالة الثانية : تغيير نظام الحكم في الدولة القائمة، وذلك إثر ثورة أو إنقلاب، أو بسبب تدخل خارجي، أو نشوب حرب ، فالسلطة التأسيسية الأصلية هنا وظيفتها مزدوجة ، فهي تلغي دستوراً وتقيم دستوراً جديداً. أما السلطة التأسيسية المشتقة فهي تعمل في ظل نظام قانوني قائم يؤطر اختصاصاتها وصلاحياتها وطرق مباشرتها لعملها بموجب قواعد دستورية موجودة سلفا.[5]

2 _ حدود السلطتين: يرى الفقه الدستوري أن سلطة التأسيس الأصلية هي سلطة مطلقة وغير مقيدة ، سواء نشأت في دولة قائمة جديدة، أم في حالة تغيير نظام في دولة قائمة سابقاً، ولذلك فهي تباشر وظيفتها دون التقيد أو الخضوع لأي قاعدة قانونية، في حين أن السلطة التأسيسية المشتقة فهي مقيدة بنصوص الدستور[6] .

---

[1] . أيمن عبد السيد السعدني، انحراف السلطة التأسيسية ، رسالة دكتوراه ، كليه الحقوق جامعة القاهرة ،2020 منشورة . ص 17.

[2] Kamal Gözler, le pouvoir constituant originale, op, cit. p3..

[3] . رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، دراسة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة، القاهرة، الطبعة الثانية، 2008، ص 17.

[4] . سعاد عبد العزيز عبد الخالق ، الطبيعية القانونية الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الليبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة عمر المختار، غير منشورة، ص 84.

5 . صباح جمعة الباوي، فكرة السلطة التأسيسية وتطبيقاتها في الدساتير العراقية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق 2007، ص 21 – 22 .

6 . المرجع ذاته ص 23 – 24 .

3 . طبيعة السلطتين : السلطة التأسيسية الأصلية لا تخضع لقواعد قانونية، وذلك لأنها سلطة أعلى من القانون، بينما السلطة التأسيسية المشتقة ذات طبيعة قانونية لأنها تعمل وفق قواعد الدستور وأحكامه، وعلو السلطة التأسيسية الأصلية على القانون يأتي من استحالة وجود تفسير قانوني لأعمالها التي تقوم بها لتنظيم الدولة، حيث لا يمكن تبرير وجود قواعد قانونية سابقة على وجود الدولة[1]، وسندرس هذا التحليل بشيء من التفصيل عند دراستنا للطبيعة القانونية للسلطة التأسيسية الأصلية.

4 .صاحب السلطتين : إن تحديد صاحب أو حامل السلطة الأصلية يثير جدل، كما سنرى عند دراستنا لصاحب سلطة التأسيس وعلى أية حال فإن الرأي الراجح هو أن الشعب هو صاحبها الشرعي، ولو لم يمارسها فعلاً . أما تحديد صاحب السلطة التأسيسية المشتقة فإنه لا ثير تحديد أي اشكالية، ذلك لأن الدستور ينظم كل ما يتعلق بها من شؤون، وبالتالي فهو الذي يحدد صاحبها والذي قد يكون برلماناً أو حكومةً أو رئيس الدولة أو الشعب عن طريق الاستفتاء وعلى مشاريع تعديل الدستور.[2]

ثانياً المعيار الموضوعي: يرى أنصار هذا المعيار أن هناك نصوص دستورية تتميز من حيث الموضوع ولا يمكن المساس بها إلا عن طريق السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعتها، وبالتالي لا يجوز للسلطة التأسيسية المشتقة تعديلها أو إلغاؤها من خلال التعديل الدستوري، وذلك لسبب بسيط وهو سمو تلك النصوص على غيرها من النصوص الدستورية الأخرى[3].

كما يرفضون أنصار هذا المعيار استخدام مصطلح السلطة التأسيسية للإشارة الأولى وسلطة التعديل الدستوري لتعبير عن السلطة المشتقة.

فالسلطة التأسيسية حسب رأيهم لا تتجزأ ويرون بالتمييز بين الدستور والقوانين الدستورية من ناحية التعديل، فالدستور لا يمكن تعديله بواسطة الاجراءات المطلوبة في تعديل القانون الدستوري، فتعديل الدستور لا يعدو أن يكون إلا تعديلاً لنصوص القانون السارية وليس تعديلاً للدستور نفسه؛ لأن سلطة التعديل لا يمكن أن تتساوى مع السلطة التأسيسية، وبالتالي هناك تدرج بين السلطة التأسيسية وسلطة التعديل يقوم على أساس موضوعي، فالسلطة الأولى هي سلطة عليا ذات سيادة بينما سلطة التعديل لا تتمتع بمثل هذه الخصائص[4] .

الفرع الثالث : الأصل العقائدي لفكرة السلطة التأسيسية

الجدير بالذكر في هذا المقام هو أننا لا نحلل أفكار الفقهاء بشأن السلطة التأسيسية، بل نحن نبحث عن الآثار الأولى لفكرة السلطة التأسيسية في تاريخ الأفكار السياسية.

وكما لاحظ Carré de Malberg إن القانون العام الإنجليزي لا يعترف بالسلطة التأسيسية[5]؛ لأنه في انجلترا كما يقول المثل ((البرلمان قادر على فعل أي شئ)) "le Parlement Peut tout falre" وهذا يعني أنه يستطيع تعديل القوانين المتعلقة بتنظيم السلطات العامة بنفس الطريقة التي يقر بها القانون العادي، وبالتالي حال هذا الوضع دون ولادة فكرة السلطة التأسيسية في انجلترا، ولهذا السبب سيكون من غير المجدي البحث عن أصول فكرة السلطة التأسيسية في الفكر الانجليزي. ومن جانب آخر، نجد أن فكرة السلطة التأسيسية معبر عنها بوضوح في الفكر السياسي الفرنسي في العصر الثوري.[6]

---

[1] . رجب محمود طاجن، مرجع سبق ذكره، ص 24 –25.

[2] . صباح جمعة الباوي، مرجع سبق ذكره، ص 23 .

[3] . رجب محمود طاجن، مرجع سبق ذكره، ص 31 .

[4] . رجب محمود طاجن،المرجع ذاته ص 34 – 35 .

[5] . carée de malberg, contribution al a théorie générale de l'Etat, Paris, sirey 1922 (Réimpression C.N.R S 1962, tomeFI, P541.

[6] . Burdeau, traité de science politique L.G.D.J 3e édition. 1983. tome IV.P 175.

وهنا نذكر خطاب sieyès . في السنة الثانية للثورة ((فكرة صحية ومفيدة تم تأسيسها في عام 1789 وهي تقسيم السلطة التأسيسية والسلطات المؤسسة وسوف تكون واحدة من الاكتشافات التي ستدفع العلم إلى الأمام وهي بفضل الفرنسيين))[1]

une idée saine et utile fut établie en 1789 c'est la division du pouvoir constituant et des . pouvoirs constitués. Elle comptera parmi les découvertes qui font faire un pas à la science elle due aux français

صحيح أن فكرة السلطة التأسيسية المتميزة عن السلطات الدستورية والمتفوقة عليها كانت قد تم تصورها وتطبيقها في أمريكيا حتى قبل الثورة الفرنسية . حيث تم ترسيخ هذه الفكرة في الدستور الاتحادي لعام 1787 .[2]

وفي اتفاقية فيلادلفيا تم النص على أنه ستكون هناك قوانين دستورية بسبب ممارسة السلطة التأسيسية، متميزة في القوانين العادية ومتفوقة عليها[3]، وباختصار فإن فكرة السلطة التأسيسية ليست ذات أصل فرنسي زمنياً[4] .

وأياً كانت أسباب ظهور فكرة السلطة التأسيسية فلا أحد يستطيع أن ينكر فضل أفكار الفقهاء الفرنسيون في ترسيخ هذه الفكرة، ولذلك وجب علينا الإشارة إلى نظريات هؤلاء الفقهاء أمثال

روسو، مونتيكو ، وسيس.

أ . روسو ROUSSEAU

نظرية روسو تبدو وكأنها تستبعد امكانية التمييز الدقيق بين الوظيفة التأسيسية والوظيفة التشريعية وذلك للأسباب التالية:

أولاً: في هذه النظرية لا يوجد فرق بين القاعدة التشريعية والقاعدة الدستورية ، لأنها هي أيضاً جانب من الإرادة العامة[5]، بمعنى آخر الإرادة العامة مهما كان موضوعها. فهى إرادة الجميع، لذلك لا يوجد مجال في نظرية روسو لسلطة منفصلة عن السلطات الدستورية لأنه في جميع الأحوال الحاكم هو الذي يتدخل[6].

ثانياً : في هذه النظرية لا توجد سلطة عليا فوق الهيئة التشريعية، التي هي المسؤولة عن تشكيل أجهزة الدولة. وبما أن الشعب هو صاحب السيادة فإنه يستطيع أن يتصرف كهيئة تشريعية أو تأسيسية[7].

ثالثا : إن نظرية العقد الاجتماعي برمتها تعارض منطق السلطة التأسيسية؛ لأن فكرة السلطة التأسيسية تعني ضمناً تقييد السلطة التشريعية، أما في نظرية روسو فإن المشرع هو الشعب، وبالتالي ليس هناك قانون أساسي ملزم لهم، لأن الإرادة العامة لا تستطيع أن تلزم وتقيد نفسها[8] لهذا السبيب أعلن روسو أنه لا يوجد ولا يمكن أن يوجد أي نوع من القانون الأساسي الملزم للشعب من العقد الاجتماعي ذاته[9].

ب مونتيسكيو MONTESQUIU

يقسم مونتيسكيو السلطة الحكومية إلى ثلاث سلطات، ولا يهتم بوحدة هذه السلطات، ولكنه من ناحية أخرى؛ كان لا بد أن يؤدي هذا الفصل بين السلطات بالضرورة إلى نظرية السلطة التأسيسية[10].

---

1. carré de malberg. op. cit. t.II. P.512.
2. carré de malberg. op. cit. t.II. P.s 512.
3. Georges Berlia, "de la compétence des assemblées constituantes, Revue de droit Public, 1945, P.355. .
4. carré de malberg, op, cit, t. II, P513.
5. Burdeau, op, cit, T;IV. P175.
6. Burdeau, op, cit, T;IV. P175.
7. carré de malberg, op. cit, til, P513.
8. Ibid. المرجع ذاته.
9. Rousseau Du contrat social, livre 1, chapitre vII .
10. carré de malberg, op. cit. t.II. P515.

فمثل هذا الانفصال لا يمكن تفسيره دون قبول سلطة أعلى وأقدم. ومن المنطقي إذن أن نعترف بوجود تلك السلطة العليا والتي تكون قادرة على تنفيذ تقاسم السلطات[1] .

ومن ثم يمكننا القول أن نظرية الفصل بين السلطات فتحت الطريق أمام نظرية السلطة التأسيسية[2].

ج . سييس (SIEYES)

بنى سيس نظريته في فصل السلطات التأسيسية على أساس فصل السلطات كما أسسه مونتيسكيو، وأكد أن كلمة الدستور تتعلق بالكل وفصل السلطات العامة[3] .

وبالتالي فإن جميع السلطات التي أنشأها الدستور دون تمييز، هي انبثاق عن الإرادة العامة، وكلها تأتي من الشعب، بمعنى تنبع من سلطة متفوقة وفريدة من نوعها، ولهذا السبب يطرح sieyés هذه الفكرة الأساسية "إن الدستور يفترض قبل كل شيء سلطة تأسيسية "[4]

une constitution suppose avant tout un pouvoir constituant ،وعليه فإن sieyés يميز بين السلطات الدستورية والسلطة التأسيسية.

الفرع الرابع : الطبيعة القانونية للسلطة التأسيسية الأصلية

إن تحديد الطبيعة القانونية للسلطة التأسيسية الأصلية يعتبر مشكلة تثير الكثير من الجدل، وفي هذا الصدد طرحت نظريتان متناقضات، الأولى ويدعمها أنصار مدرسة القانون الطبيعي والتي ترى بأن السلطة التأسيسية الأصلية هي سلطة ذات طبيعة قانونية .

بينما تطرح النظرية الثانية فكرة أن السلطة التأسيسية سلطة خارجة عن القانون وهي حقيقة محضة ويدعم هذه النظرية أنصار المدرسة الوضعية.

بناء على ما تقدم فإننا سنعرض تلك الفكرتين تباعاً وكما يلي :

أولاً : نظرية السلطة الخارجة عن القانون

وفقاً لأصحاب المدرسة الوضعية السلطة التأسيسية الأصلية هي سلطة خارجة عن القانون، وحقيقة محضة ولا تخضع للتأصيل القانوني، وبحسب نظريتهم فإن دراسة السلطة التأسيسية لا يقع على عاتق رجال القانون، لأنه من المستحيل إجراء تفسير قانوني للمسائل التي حددت التنظيم الأول للدولة، وعليه لكي تكون السلطة التأسيسية الأصلية خاضعة للتأهيل القانوني، يجب الاعتراف بأن القانون موجود قبل ولادة الدولة[5] .

وسوف نعرض آراء أنصار هذا الاتجاه تباعاً وكما يلي:

أ . carré de malberg

حيث يرى أن القانون ليس سوى مجموعة القواعد المفروضة على الأفراد في إقليم معين من قبل السلطة العليا، التي تكون قادرة على فرض سيطرتها بالقوة والإكراه، ولا توجد هذه السلطة إلا في الدولة، ومن ثم يبدو أن القانون نفسه لا يمكن تصوره

---

1. Burdeau, op. cit. t. IV. P 175.

2. carré de maberg, op. cit t. II. P515.

3. Ibid. "المرجع ذاته" .P516

4. Ibid P516.

5. Carre de malberg, op, cit, t, II, p 490.

إلا في الدولة بعد تشكيلها، وبالتالي من غير المجدي البحث في الأساس القانوني أو أصل الدولة، فالدولة كونها مصدر القانون لا يمكن أن يكون لها مصدرها في القانون[1] ؟

ثم يبني الفقيه على ما سبق ليصل إلى أن التكوين الأولى للدولة وتنظيمها الأول لا يمكن اعتبارها إلا حقيقة محضة وغير قابلة للحكم بمبادئ القانون[2].

وعليه فإن الحركات الثورية والانقلابات تشكل أعمال عنف وبالتالي تحدث خارج القانون الذي يقره الدستور الساري، وفي اعقاب الاضطرابات السياسية الناجمة عن هذه الأحداث لم تعد هناك أي مبادئ أو قواعد قانونية أو دستورية، ولكن في وجود القوة ستقع السلطة التأسيسية في قبضة الأقوى[3].

ب . منذر الشاوي .

ويختزل طبيعة السلطة التأسيسية في طبيعة السلطة السياسية، لأنه وفقا لآرائه السلطة التأسيسية هى قبل كل شيء سلطة سياسية، ولا تصبح سلطة تأسيس إلا من وقت لآخر، وبالتالي فإن ظهورها أحيانا في شكل السلطة التأسيسية لا يمنع بأي حال من الأحوال أن تكون طبيعتها مطابقة دائماً لشكلها الأول السياسي، بمعنى أنها سلطة سياسية قبل كل شيء.

وفي الواقع كما يمكن للسلطة أن تتخذ الشكل التشريعي أو التنفيذي، يمكنها أن تتخذ شكل التأسيس، وبالتالي فإن السلطة التأسيسية لا تثير أي مشكلة وإنما المشكلة الحقيقة هي شكل السلطة السياسية[4].

ويضيف قائلاً أن القوة السياسية ليست ظاهرة قانونية بل هي ظاهرة واقعية محضة، فكل مجتمع يتميز سياسياً بوجود فئه تمتلك القوة المادية، وبالتالي يأمرون و آخرين يطيعونهم، وليس هناك أي أهمية لسبب الطاعة أو سبب قوة الحاكم، وهكذا ينتهي إلى أن السلطة التأسيسية هي ظاهرة قوة[5].

ثانياً / نظرية السلطة ذات الطبيعة القانونية .

ووفقاً لأنصار مدرسة القانون الطبيعي حيث يرون أن السلطة التأسيسية ذات طبيعية قانونية، في حقيقة الحال لا يسعنا المجال هنا للتعرض لجميع آراء أصحاب هذه المدرسة ولكن سنقتصر على آراء الفقيه[6] Burdeau.

حيث يوجه الفقيه Burdeau أولاً النقد للنظرية التي ترى في السلطة التأسيسية الأصلية حقيقة محضة، وبحسب رأيه فإن هذه النظرية تؤدي إلى نتيجة خطيرة للغاية لأنها تؤدي إلى رفض القانون ليس فقط الفعل المكون للدستور الأول للدولة، بل وأي ممارسة كاملة للسلطة التأسيسية[7]

وبعد انتقاده للمذهب الوضعي، بدأ في شرح الطبيعة القانونية للسلطة التأسيسية في مفهومها، وبحسب رأيه ((فإن وراء النقاش حول قيمة العمل التأسيسي خارج أي نظام قانوني قائم مسبقاً، هناك بالضرورة موقف بشأن معنى الثورات[8]، بعبارة أخرى فإن مسألة الطبيعة القانونية للسلطة التأسيسية الأصلية مرتبطة بمسألة الطبيعة القانونية للثورات، لأنها العمل الذي أسس به واضعوها النظام الجديد للدولة لا يمكن اعتبارها إلا حقيقة وظاهرة تاريخية بعيدة عن تأثير القانون ويقترح تسليط الضوء على

---

[1] I bid, . المرجع ذاته

[2] . I bid , p 490 , 491.

[3] . I bid , p 496.

[4] . منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، الطبعة الثانية ، 2013، ص 348-349 أنظر أيضاً رسالته للدكتوراه :

"contribution á l'étude du pouvoir constituent thèse. Faculté de droit de toulouse, A. G.E.T 1961. P21-

[5] . منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، مرجع سبق ذكره ، ص 349 .

[6] . أنصار هذه النظرية الفقيه (Maurice Duverger) وكذلك الفقيه (Guy Héravd) بخصوص آرائهم انظر :

Kamal Gözler, le pouvoir constituent originaire, op.cit.t.II. P18-23.

[7] . Burdeau, Traité.,.,., op. cit. t,v, P202.

[8] . I bid.

الطابع القانوني للثورة.

ويرى أن الثورة إنشاء نظام جديد، وإن صحة هذا النظام ليست نتيجة لنجاح الحركة الثورية التي حولت الواقع إلى قانون. بل إنها تستند إلى تغيير في الفكرة السائدة عن القانون في الجماعة. وبالتالي فإن الثورة ليست كسراً للقانون بل هي تحول في بنية القانون[1].

و يختم قائلاً إن عمل سلطة التأسيس الأصلية هو عمل قانوني في المقام الأول، لأنه يتلخص في إعادة إدخال القانون في منظومة سياسية واجتماعية جففها تصلب فكرة القانون القديمة[2]،

إن ربط الفقيه Burdeau نجاح الثورة بتغيير فكرة القانون السائدة في المجتمع، ومن ثم أن عمل السلطة التأسيسية الأصلية هو عمل قانوني تعرض للنقد، حيث من الممكن أن يكون ذلك صحيحاً بالسنبة للثورات الكبرى، مثل الثورة الفرنسية 1789 ويمكن القول إن مثل هذه الثورة تتزامن مع التغير في فكرة القانون، ولكن من الصعوبة بمكان أن نؤكد ذلك بالنسبة لكل الثورات والانقلابات التي أدت إلى نشوء السلطة التأسيسية، وقائمة الانقلابات العسكرية والثورات في أفريقيا وأمريكا خير دليل على ذلك[3]. بمعنى إنها لم تتزامن مع التغيير في فكرة القانون السائدة في تلك البلدان بالضرورة.

رأينا في الموضوع :

نؤيد أنصار المذهب الوضعي فيما ذهب إليه باعتبار أن السلطة التأسيسية الأصلية ذات طبيعة خارجه عن القانون، لأن هذا التأصيل يفسر عدم خضوع السلطة التأسيسية الأصلية لأي قاعدة قانونية باعتبارها تنشئ في فترات الفراغ القانوني، وبالتالي تؤسس وتضع القواعد المؤطرة للنظام في الدولة الناشئة أو الجديدة....

المطلب الثاني: صاحب السلطة التأسيسية الأصلية وظروف نشوؤها

سنحاول في هذا المطلب تحديد صاحب السلطة التأسيسية الأصلية، والتعرض للجدل الفقهي

الذي قيل في هذا الموضوع ثم نتعرف لظروف نشأتها كما يلي.

الفرع الأول : صاحب السلطة التأسيسية الأصلية

بعد تحديدنا للطبيعة القانونية للسلطة التأسيسية الأصلية؛ علينا في هذا المقام تحديد صاحب هذه السلطة، بمعنى آخر، علينا الإجابة على التساؤل الآتي : من هو صاحب هذه السلطة ؟.

في الحقيقة أن إشكالية تحديد صاحب السلطة التأسيسية الأصلية تثير الكثير من الجدل.

فوفقاً لأنصار المذهب الوضعي فإن صاحب السلطة التأسيسية الأصلية يتحدد من خلال ظروف القوة . فعلى سبيل المثال Carré de Malberg. يرى أن الحركات الثورية والانقلابات تشكل أعمال عنف، ومن ثم تحدث خارج إطار القانون الذي يرسمه الدستور الساري، ولذلك فمن العبث التساؤل في مثل هذه الحالة عمن يكون مسؤولاً من الممارسة الشرعية للسلطة التأسيسية.

فبعد الاضطرابات السياسية الناجمة عن القوة والعنف لم تعد هناك مبادئ قانونية أو قواعد دستورية، بمعنى لم نعد نعتمد على القانون بل على القوة ، وبالتالي ستقع سلطة التأسيس في يد الأقوى . بل في بعض الحالات سنرى في اليوم التالي للانقلاب ديكتاتور يفرض على البلاد دستوراً من صنعه الشخصي[4]. ويرى أن «الدستور الأول للدولة ينتج بالضرورة عن

---

1. Burdeau, droit constitutionnel, op. cit, P80.

2. Ibid.

3. Kamal Gözler , le pouvoir constituent originaire, op.cit.t.II. P 15 . 16.

4. carré de malberg op, cit, t.II, p496.

ظروف لا تشأ من نظرية قانونية .[1]ويرى آخرون أن السلطة التأسيسية قد تنتمي إلى الحكومة الفعلية التي أنشئت بشكل عفوي عند سقوط النظام السياسي الذي أطاحت به الثورة[2].

ولكن لكي يحدث هذا يجب أن تكون هناك حاجة ملحة إلى حكومة في البلاد، وليس هناك وقت لإقامة نظام سياسي يتبع شكلاً منتضمناً، هكذا ففي ظل هذه الظروف؛ تستطيع حكومة الواقع أن تحتفظ بالسلطة التأسيسية الأصلية وتمارسها[3].

وبحسب الدكتور منذر الشاري، فإن تحديد طبيعة السلطة التأسيسية الأصلية يقتصر على السلطة السياسية. لأن السلطة التأسيسية ليست سوى السلطة السياسية من منظورها التنظيمي، وبذلك تصبح إشكالية تحديد صاحب السلطة التأسيسية الأصلية أسهل للحل، وهو يرى (يكفي ببساطة البحث عن صاحب السلطة السياسية الحقيقي في كل فئة سياسية، وبالتالي سيكون هذا الصاحب أو بالأحرى صاحب السلطة السياسية هذا هو الذي سيكون في الوقت نفسه صاحب السلطة التأسيسية، ومن ثم فإن السلطة التأسيسية تنتمي تلقائياً إلى أصاحب السلطة السياسية الحقيقيين دون أي اعتبارا آخر. عليه فإن الحكام هم أصحاب سلطة التأسيس الأصلية.[4]

ومن ناحية أخرى، فإن مؤيدو نظرية السيادة ينسبون السلطة التأسيسية إلى صاحب يتحدد وفقاً لمفهومهم[5]، فعلى سبيل المثال وفقاً" للقائلين بنظرية الحق الإلهي، فإن أصل القوة تكمن في إرادة الله وصاحب القوة هو الملك المقدس ، ومن هنا يتبين أن أصل السلطة التأسيسية الأصلية موجود في إرادة الله ، من جانب آخر، ووفقاً لنظرية السيادة الشعبية فإن صاحب السلطة التأسيسية الأصلية لا يمكن أن يكون إلا الشعب، في حين يرى أنصار نظرية السيادة الوطنية أن هذه السلطة ملك للأمة[6].

رأينا في الموضوع:

إن كان لانتشار الأفكار الديمقراطية في العصر الحديث، والتي تنادي بأن السيادة للشعب أو الأمة، فإنه لا يمكن إنكار حقيقة الأفكار التي طرحت في موضوع تحديد صاحب السلطة التأسيسية والتي لا يمكن دحضها في الواقع العملي، وخاصة في الحالات التي تكون للقوة دوراً في تغيير النظام في الدولة ، فكما يقول الفقيه carré de malberg من العبث هنا التساؤل عن صاحب السلطة التأسيسية في الحالات التي يكون للقوة الدور البارز في تغيير النظام السياسي في الدولة.

الفرع الثاني : ظروف نشوء السلطة التأسيسية

القاعدة هي أن السلطة التأسيسية الأصلية هى سلطة وضع دستور جديد، بينما السلطة التأسيسية المشتقة هي سلطة التعديل الدستوري ضمن الإطار الذي يحدده الدستور نفسه، وبالتالي تظهر السلطة التأسيسية الأصلية في كل الظروف التي يتم فيها وضع دستور جديد، أو إذا تم تعديل الدستور خارج الأسس أو الأطر التي حددها الدستور ذاته، وفي التجارب العملية يمكن أن تحدث هذه الظروف بوسائل مختلفة، وسنحاول فيما يأتي عرض لهذه الظروف ولكن يجب الاشارة إلى أنه يصعب نظرياً وضع قائمة شاملة مانعة لكافة ظروف نشوء السلطة التأسيسية الأصلية والمهم هنا أننا يجب أن نعرف أن السلطة

---

[1] . Burdeau, Essaie d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles, oP. cit. P22.

[2] . Roger Bonnard. les actes constitutionnels de 1940 Revue du droit Public, P. 58.

[3] . Ibid.p59.

[4] . منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، مرجع سبق ذكره، ص 349 وما بعدها.

[5] . من أصحاب هذا الرأي walter .Leisner وبحسب قوله ((إن المظهر الرئيسي للسيادة في القانون الداخلي هو السلطة التأسيسية)) أنظر :
walter leisner, le Pouvoir constituent thèse, université de Paris, faculté de droit 1956 P112.

[6] . على سبيل المثال وفقاً لـ siéyes فإن السلطة التأسيسية تنتمي إلى الأمة، وبحسب قوله فإن الأمه هي المصدر والسيد الأعلى لكل قانون وضعي، ومع ذلك قبل الفقيه النظام التمثيلي.

التأسيسية الأصلية تنشأ في كل الظروف خارج الأطار الدستوري، وهذا الخروج يعني الدخول فيما يعرف بالفراغ القانوني، لأنه لم يعد هناك أي قاعدة قانونية.

وفي الحقيقة تمكين تقسيم حالات الفراغ القانوني القائم إلى نوعان كما يلي:

أولاً : الفراغ القانوني القائم (ولادة دولة جديدة)

الفراغ القانوني القائم بالفعل ينشأ عند ولادة دولة جديدة، في هذه الحالة، السلطة التأسيسية الأصلية تنشئ دولة جديدة ليس لها سلف ، وبالتالي لا يوجد دستور يجب على السلطة التأسيسية الأصلية إلغاؤها، وبالتالي فهي سلطة بناء وليس إلغاء، وتقوم بملء الفراغ القانوني من خلال وضع دستور جديد، وتأسيس دولة جديدة لم تكن موجودة من قبل على الإطلاق، والدستور الذي تضعه هو أول دستور للدولة، ويحدث هذا في الظروف التالية:

أ . الانتقال من الإقطاع إلى الملكيات المطلقة في العصور الوسطى.

إن الدولة الأمة هي تنظيم يجمع الناس حول مفاهيم الإقليم والأمة التي كانت مشتركة بين السلطات المتفرقة، ولاغرو أن الدولة بهذا المعنى هي مؤسسة جديدة ولدت نهاية العصور الوسطى مع انهيار الاقطاع وضعف الكنيسة، وهكذا في أوربا ومع تفكك التنظيم في العصور الوسطى ولدت عدة دول جديدة مستقلة[1].

ب . الحرب : أحياناً تنشئ دول جديدة في ظروف ما بعد الحرب على سبيل المثال نشأة الدول بعد الحرب العالمية الأولى مثل : يوغوسلافيا – تشيكو سلوفاكيا.

ج . الاستقلال : الحالة الأخرى لنشوء الدولة الجديدة هي حصول الدول المستعمرة سابقاً على الاستقلال، وفي الحقيقة هناك نوعان رئيسيين من الانضمام إلى الاستقلال:

1 . **حرب الاستقلال:** في هذه الحالة تشن الدولة المُستعمرة حرب استقلال ضد الدولة المستعمرة وبعد تحقيق النصر يؤسس زعماء النضال الاستقلالي دولة جديدة لم تكن موجودة من قبل، ويكتبون أول دستور للبلاد[2]. على سبيل المثال تم انشاء الولايات المتحدة الأمريكية عقب حرب استقلال وكذلك تأسست العديد من الدول الأفريقية في ستينيات القرن الماضي.

2 . الانفصال السلمي: في هذه الحالة تتنازل الدول المستعمرة عن امتيازاتها على الدول المستعمرة ، بل في بعض الحالات تقوم الدول المستعمرة بنفسها تأسيس الدولة الجديدة، وإعطائها دستوراً. على وجه الخصوص استخدمت بريطانيا هذه الطريقة، فعلى سبيل المثال الدستور الاسترالي والنيوزيليندي هما في الأصل قوانين بريطانية[3].

د . اتحاد الدول المستقلة : وهنا يتم تشكيل دولة جديدة عندما تقرر عدة دول مستقلة اتحادها من خلال اعتماد دستور جديد، على سبيل المثال الدستور الفيدرالي السويسري في عام 1848 نشى بهذه الطريقة.

هـ . تفكيك الدولة: في هذه الحالة تنقسم الدولة الفيدرالية أو الدولة الموحدة إلى عدة دول مستقلة إما سلمياً أو عن طريق استخدام العنف، وبعد التقسيم نقدم كل ولاية التي أصبحت مستقلة بوضع أول دستور لها.

والمثال الواضح على ذلك هو تفكك الاتحاد السوفيتي ويوغوسلافيا.

ثانياً : الفراغ القانوني الناتج ((تغيير النظام في دولة قائمة بالفعل))

ويظهر هذا النوع من الفراغ القانوني عند تغيير النظام في دولة قائمة بالفعل، في هذه الحالة هناك قانون ساري المفعول، أي أن السلطة التأسيسية الأصلية تخلق فراغاً قانونياً أولا عن إلغاء الدستور الحالي، ثم عن طريق وضع دستور جديد، فإنها تملأ الفراغ القانوني ، وهذا يعني أن سلطة التأسيس تقوم بالهدم أولاً ثم إعادة البناء وبهذا المعنى يمكننا القول أن للسلطة

---

1. Charles cadoux, Droit constitutionnel et institutions Politiques, Paris, cujas, 3e éd, 1988 t,I, P. 106.

2. Bernard chantebout, Droit constitutionnel et science Politique, Paris armand colin, 9e édition, 1989, P,32.

3. I bid, p 33.

التأسيسية الأصلية وجهين : أحدهما سلبي ((إلغاء الدستور)) والآخر ايجابي ((وضع الدستور)) .

إن تجديد أسس الدولة أو تغيير النظام يمكن أن يحدث في ظروف مختلفة ، سلمية، أو عنيفة ، كما يلي :

أ . الثورة والانقلاب: إن الفراغ القانوني الذي ينشأ في أعقاب ثورة أو انقلاب يقلب النظام السياسي والقانوني القائم ، بمعنى أن الثوار على السلطة يخلقون فراغاً قانونياً بإلغاء الدستور الحالي ، ثم يملؤونه بصنع دستور جديد[1].

ب . الحرب: الفراغ القانوني قد يحدث أثناء الحرب ، بمعنى إن البلاد التي كانت تحت الاحتلال الأجنبي لفترة من الزمن، تجد نفسها الآن في فراغ قانوني بعد تحريرها، وفي هذه الحالة هناك فرضيتين: أولاً يمكنها أن تضع دستوراً جديداً، وهذا ما حدث في العديد من الدول على سبيل المثال فرنسا بعد الحرب العالمية الثانية، وثانياً : من الممكن بكل بساطة إعادة العمل بالدستور السابق كما حصل بالنسبة لدولة النمسا التي فضلت عام 1945اعادة العمل بدستور 1920 والذي توقف تطبيقه في عام 1936بسبب ضم النمسا[2] .

المبحث الثاني: أساليب وضع الدستور

في هذا المبحث سنحاول الإجابة على تساؤل معين : هل هناك طرق معينة لإنشاء الدستور؟ بمعنى آخر كيف يتم وضع الدستور؟ وهل طرق وضعه واحدة؟.

في البداية يمكننا القول أن استثارة أي كتاب منهجي للقانون الدستوري، فإننا نستطيع إيجاد المعلومات الكافية حول إجراءات وضع الدساتير، بمعنى آخر أن معظم كتب القانون الدستوري تدرس هذه الطرق وتحللها بنفس الطريقة تقريبا، وهذا ما قد يقودنا إلى الاعتقاد بأن طرق وضع الدساتير يمكن تحديدها. ولكن هذا الاعتقاد حسب رأينا قد يكون جانبه الصواب.

فمن غير الممكن أن نقبل بأن فكرة تحديد طرق وضع الدساتير، وذلك بسبب الفرضية التي توصلت إليها عند دراسة طبيعة السلطة التأسيسية بأنها سلطات خارجة عن الإطار القانوني، ومن ثم علينا الاعتراف أن الاساليب التي تستخدمها السلطة التأسيسية الأصلية لوضع الدستور لا يمكن تحديدها قانوناً.

لذلك فإننا نختصر فكرتنا أن هناك أساليب قد تكون مشتركة في وضع الدساتير ولكن هذه الأساليب ليست محددة قانونا، بمعنى أن السلطة التأسيسية ليست مقيدة بهذه الاساليب ، بمعنى آخر يمكن استخدام أي من هذه الاساليب ، كما يمكننا المزج بينها أو يستخدم وصفاً لم يتم استخدامه من قبل.

و سندرس في هدا المبحث أساليب وضع الدساتير في القانون المقارن ، ثم ندرس أسلوب وضع الدستور الليبي باعتباره محلاً لدراستنا.

---

[1] . وهنا تجدر الملاحظة أن هناك فارقاً بين مفهومي إلغاء الدستور وإلغاء الدستورية من خلال تأثير الثورات.

يكون إلغاء الدستور عندما لا يكون للنص الدستوري أي قيمة ملزمة، بمعنى لم يعد للدستور الملغى أي قيمة قانونية. ومع ذلك فإن الفقه الدستوري يقبل استثناء للإلغاء الكامل. وصور نجاة القوانين العادية من الثورات وتظل سارية المفعول ما لم يتم إلغاؤها صراحة. ومن ناحية أخرى فمن المعروف أن الدساتير تتضمن أحكاماً ليس لها أي علاقة ضرورية بنظام الحكم وهي أحكام تتعلق بالقانون الإداري ، الجنائي، المالي.وفي العادة يمكن حل هذه القضايا بالقوانين العادية، وإذا كانت هذه الأحكام موضوع قانون عادي فإنها لن تتأثر بالثورة، لذلك فإن معاملة هذه الأحكام بشكل مختلف لمجرد أنها مدرجة في الدستور سيكون غير منطقي وغير عملي أيضاً . ولهذا السبب أن الثورة لا تؤدي إلى إلغاء هذه القواعد ، ولكن تفقد قيمتها الدستورية، بمعنى أن تتحول إلى أحكام القانون العادي ولا تستفيد من التفوق الذي يمنحه مبدأ سمو الدستور. لذلك ممكن تعديله بموجب القانون العادي، باختصار الدستور لا يلغي هذه الأحكام بل يبطل دستوريتها ، ولهذا السبب فإننا في القانون الدستوري نسمي هذه العملية ((إلغاء الدستور من خلال تأثير الثورات.

لتفصيل أكثر ونقد هذا الرأي أنظر:

Liet – veaux. Essai d'une théorie juridique des révolutions, (thèse, Fac de droit de Rennes) P46-52.

[2] . Liet – veaux. Op, cit, P323.

المطلب الأول: أساليب وضع الدستور في القانون المقارن

يمكن تصنيف أساليب وضع الدساتير على أساس معيار السيادة، وفي هذه المقام تعتمد أساليب وضع الدساتير على نظريات السيادة، بعبارة أخرى إن الإجابة على السؤال حول أي هيئة ستضع الدستور، وبأي إجراء تتغير تبعاً للتساؤل حول من يملك السيادة ، لأن الذي يملك السيادة هو الذي يضع الدستور.

فإذا كانت السيادة للملك فسيتم وضع الدستور من خلال المنحة ، وإذا كان الدستور مشترك بين ملك وجمعية فسيتم وضعه عن طريق العقد، وهذه الطرق تسمى بالطرق غير الديمقراطية لوضع الدساتير.

وهناك أيضا الطرق الديمقراطية والتي لا يمكن أن تكون السيادة إلا للأمة أو للشعب فإذا كانت السيادة للأمة فسيتم وضع الدستور بطريقة الجمعية التأسيسية، أما إذا كانت السيادة للشعب فسيتم وضعه في طريق الاستفتاء.

الفرع الأول: الأساليب غير الديمقراطية

هذه الأساليب تستخدم في البلدان والأزمنة حيث تكون السيادة للملك، وفي هذه الحالة تظل سلطة التأسيس للملك وحده " أسلوب المنحة " أو يتقاسمها بينه وبين الجمعيات أسلوب العقد، كما يلي.

أولاً : المنحة (l'octroi).

وضع الدستور وفقاً لهذه الطريقة يتم وفقا للعمل الأحادي الذي يقوم به الملك، الذي يقر ممارسته الحرة لسيادته غير المحدودة بمنح دستور لرعاياه في الملكية المطلقة يمتلك[1] الملك السلطة الكاملة ، وبالتالي لديه الحق في تعديل وتقييد سلطته[2].

بمعنى آخر الملك يستطيع أن يفعل كل شيء ، لذلك فهو يستطيع أن يعطي الرعية دستوراً مثل أي قانون آخر، ولكن أي تدخل من قبل الشعب مستبعد[3].

أي أن المنحة عمل أحادي الجانب، ومن الأمثلة على هذا الأسلوب في الدستور الذي منحه لويس الثامن عشر عام (1814) حيث جاء في ديباجة هذا الدستور ((لقد منحنا طواعية وبموجب الممارسة الحرة لسلطتنا الملكية، لقد منحنا ونمنح لرعايانا بكامل إرادتنا وسلطات الملكية وباسمنا وبالنيابة عمن يخلفنا وإلى الأبد العهد الدستوري التالي.....))

ويلاحظ أنه استخدم مصطلح الرعايا وليس المواطنين، باعتبار أن الرعايا هم اتباع الملك الذين لا يشاركون في ممارسة السلطة، بينما المواطن هو مصطلح أتت به الثورة الفرنسية ويعني تتمتع الأفراد بحق المشاركة في ممارسة الحياة السياسية على قدم المساواة[4] .

وهناك أمثلة عديدة على الدستور الممنوح بالإضافة الى ميثاق 1814المشار اليه ، دستور بافاريا لعام 1818والنظام الأساسي الإيطالي لعام 1848م ، و دستور موناكو لعام 1811، والدستور الياباني لعام 1884، والدستور الروسي .[5] 1905إعلان قيام سلطة الشعب الليبي 1977.

وفي هذا المقام يثار التساؤل هل المنحة باعتبارها عمل منفرد من الملك، فهل هي ملزمة له ؟ بمعنى آخر، هل يستطيع الملك إلغاءه وسحبه ؟ للإجابة على هذا التساؤل نذكر أن الفقه انقسم إلى اتجاهين، وكما يلي:

الاتجاه الأول : ويذهب إلى قدرة الحاكم على سحب وإلغاء دستوره، باعتباره صادراً بالإرادة المنفردة ، لأنه من يملك المنح يملك السحب، ويقوم هذا الرأي على أساس قاعدة توازي الأشكال والتي تقضى بأن من يملك حق المنح يملك حق الإلغاء ،

---

1. Marcel Prélot, Jean Boulouis, institutions Politiques et droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 14e Edition1990 /P221.

2. Pactet, op, cit, P70.

3. Jean-cloud Zarka. Introduction au droit constitutionnel, 6e édition, Ellpses.2020, p122.

4 . د. منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، الطبعة الثانية ، 2013، ص 137.

5 . د. حنان محمد القيسي ، النظرية العامة في القانون الدستوري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015م، ص 98/97.

ويورد أصحاب هذا الرأي أمثلة حدثت فعلاً ، إذ أصدر شارك العاشر ملك فرنسا قرار ملكياً عام 1830م بإلغاء دستور 1814م[1]

الاتجاه الثاني : أن الحاكم لا يستطيع سحب أو إلغاء الدستور الذي منحه للشعب ، باعتبار أن الحاكم لم يعط للشعب حقاً جديداً وإنما أعاد له سلطته الأصلية .

ويبررون ذلك أن الدستور ولو كان قد صدر في شكل منحة ، إلا أنه صدر نتيجة ضغوط شعبية أجبرت الحاكم على تنازل لصالح الشعب، كما أن المنحة تعتبر التزام بالإرادة المنفردة من جانب الحاكم، ومن المقرر قانوناً أن الالتزام إذا صدر بالإرادة المنفردة يكون منتجا لكافة آثاره القانونية، ومن ثم فإن الرجوع عنه باطل قانوناً[2].

ويمثل هذا الرأي بعدم امكانية سحب أو الإلغاء للدستور الذي تم وضعه عن طريق المنحة من قبل الحاكم غالبية الفقه الدستوري .

ثانيا : العقد (le pacte)

لا ينفرد الحاكم أو الملك في هذا الأسلوب بممارسة سلطة التأسيس التي تملك وضع الدستور وانما يشاركه فيها الشعب، بمعنى أن يتم وضع الدستور بالاتفاق في صورة عقد يتم بين الحاكم والشعب، وقد ظهر هذا الأسلوب في مرحلة التوازن بين قوة الملك التي ضعفت وقوة الشعب التي تعاظمت. [3]

أن عملية التعاقد تاريخيا هي عملية انتقالية حيث ضعف مبدأ سيادة الملك، ومن ناحية أخرى بدأ مبدأ سيادة الأمة في تأكيد نفسه، ولكن دون أن يصل بعد إلى تطوره الكامل[4].

ويمثل هذا الأسلوب خطوة مهمة في طريق الوصول إلى الحكم الديمقراطي، وكان هذا التطور نتيجة لكتابات مفكري عصر النهضة أمثال جون لوك، و جان جاك روسو، الذين نادوا بإن السيادة هي صفة طبيعية لصيقة بالانسان، ولا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها، وبناءً على ذلك أن العقد الذي يتم بين الحاكم وشعبه لا ينقل السيادة إلى المالك، ولكنه مجرد تفويض في حق ممارستها باسم الشعب والحساب[5] .

وتشير الأحداث التاريخية على أن هذا الأسلوب برز في الفترات التي ناضلت فيها الشعوب من أجل حقوقها وحرياتها في وجه الحكم المطلق والاستبدادي للملوك في كل من فرنسا وانجلترا[6] .

ففي انجلترا ثار الأشراف ضد الملك جون واجبروه على توقيع وثيقة Magna carta العهد الأعظم عام 1215 م ، وبنفس الطريقة تم وضع وثيقة الحقوق Bill of Rights 1989 بعد اندلاع الثورة ضد الملك جيمس الثاني، إذا اجتمع ممثلو الشعب ووضعوا هذه الوثيقة التي قيدت سلطات الملك وضمنت الحقوق والحريات. أما في فرنسا فقد صدر دستور عام 1830 عندما اجتمع المجلس النيابي بعد تنازل شارل العاشر عن العرش، ووضع دستورا جديداً ودعا الدوق أوليان(لويس فليب) لتولي العرش على أساس الالتزام بأحكام الدستور الجديد فقبل ذلك دون قيد أو شرط، واعتلى عرش فرنسا تحت اسم ((ملك الفرنسيين))[7].

الفرع الثاني : الأساليب الديمقراطية

---

[1] . المرجع نفسه ص 98 .

[2] . د . حنان محمد القيسي، مرجع سبق ذكره ، ص 99.

[3] . د. حسن البحري، القانون الدستوري والنظم السياسية ، بلا ناشر ، سوريا ،الطبعة الثانية، 2013 ،ص 89.

[4] Kamal Gözler, le pouvoir constituant originale, op, cit. p56..

[5] . د. منصور ميلاد يونس، مرجع سبق، ذكره ، ص 139.

[6] . د. حنان محمد القيسي، مرجع سبق ذكره ، ص 102.

[7] . د. حسن مصطفى البحرين ، مرجع سبق فكرة . ص 90.

هذه الأساليب تعبر عن انتصار إرادة الشعوب وانتقال السيادة من الحاكم إلى الأمة أو الشعب الذي أصبح صاحب السيادة، ولذلك فإن وضع الدستور أصبح يمتاز بطابعه الديمقراطي نظراً لإنفراد الشعب بممارسة السلطة التأسيسية الأصلية[1].

ففي الديمقراطية السيادة لا يمكن أن تكون إلا للشعب أو للأمة ومن ثم هناك فرضيتين للإجابة على اشكالية وضع الدستور وفقاً لنظرية سيادة الأمة أو سيادة الشعب.

وفقاً لنظرية سيادة الأمة، فإن السيادة ملك لها، حيث إن الدولة هي شخص قانوني حقيقي يتجاوز المواطنين الذين يعيشون فيها، وبالتالي يمكن للمواطنين ممارسة السيادة بعبارةٍ أخرى، تحتاج الأمة إلى أشخاص مكلفين بممارسة السيادة باسمها ، وهذا يعني أن إرادة الأمة لا يمكن التعبير عنها إلا من خلال ممثليها، ومن ثم فإن مبدأ السيادة لأنه يفرض الديمقراطية التمثيلية[2] . عليه فإنه ووفقاً لهذه النظرية يجب تطبيق النظام التمثيلي في وضع الدستور كما هو الحال في وضع الدستور يؤدي إلى طريق الجمعية التأسيسية .

أما وفقاً لنظرية سيادة الشعب فإن السيادة ملك له، ومن ثم فإن سلطة وضع الدستور للشعب، وتجد هذه النظرية أساسها في نظرية العقد الاجتماعي، التي تفرض ممارسة الديمقراطية المباشرة أو على الأقل الديمقراطية شبه المباشرة[3] .

وهذا يعني أن مجال وضع الدستور يؤدي إلى طريق الاستفتاء ، وتسمى هذه العملية في القانون الدستوري بالاستفتاء التأسيسي.

أولاً : الجمعية التأسيسية l'assemblée constituante

كما أشارنا أن مبدأ سيادة الأمة هو أساس طريقة الجمعية التأسيسية، أو كما تسمى أيضاً بالمؤتمر التأسيسي أو التجمع التأسيسي، وهي جمعية منتخبة خصيصاً لوضع الدستور[4] .

والجدير بالملاحظة أن أسلوب الجمعية التأسيسية يعود تاريخياً للولايات المتحدة الأمريكية، فقد وضعت معظم الدساتير الخاصة التي وضعتها المستعمرات الثائرة لنفسها منذ عام 1776 عن طريق هذه الجمعيات (المؤتمرات التأسيسية) .

حيث كان الدستور الفيدرالي لعام 1787 نتاجاً لمؤتمر فيلادلفيا، بعد قيام الثورة الفرنسية انتقل المصطلح إلى اللغة الفرنسية، وقد استخدمت هذه الطريقة في وضع دساتير (1791 / 1848 / 1875) مع فارق وحيد هو ان مصطلح الجمعية التأسيسية حل محل مصطلح المؤتمر[5].

ومن الناحية الشكلية يوجد نوعان من الجمعية التأسيسية:[6]

أ . الجمعية التأسيسية على النمط الأمريكي: حيث أن هذه الجمعية مسؤوليتها ووظيفتها الوحيدة هي صياغة الدستور واقراره، وليس لها أي مسؤوليات أو صلاحيات أخرى، وبالتالي هى لا تستطيع ممارسة السلطة التشريعية[7]. وبالتالي هي جمعية مؤقتة تنتهي وظيفتها بوضع الدستور. فهذا النظام يسعى حقيقة إلى عدم تركيز السلطات في يد جمعية واحدة .

ب الجمعية التأسيسية على النمط الفرنسي: في الحقيقة هذا الأسلوب له غرض مزدوج ، من ناحية يقوم بإعداد الدستور، ومن جانب آخر، يقوم بالعمل التشريعي ويراقب الحكومة، وفي الحقيقة إن التجمع التأسيسي ذو الوظيفة المزدوجة له عدة

---

[1] . حسن مصطفى البحري، مرجع سبق ذكره، ص 93.

[2] . simoinan Gineste, Hèllene, introduction ou droit constitutionnel, ellipses édition 2020, P122.

[3] . . Rousseau Du contrat social, livre 1, chapitre vII

[4] . Ardant, philippe, institutions politiques et droit constitutionnel, Paris L.G. D. J. 2e Edition, 1990, P.69.

[5] . Kamal Gözler, le pouvoir constituant originale, op, cit. p51.

[6] . هناك من يعتمد تقسيم الجمعيات التأسيسية إلى جمعيات تأسيسية المخصصة والجمعيات التأسيسية العامة انظر على سبيل المثال: د. عز الدين أبو بكر اخريج ،"الضوابط القانونية للهيئة التأسيسية، مشروع الدستور الليبي"، دراسة مقارنة، مجلة المختار للعلوم الانسانية، العدد (33) خريف 2016، ص 120.

[7] . simoinan Gineste, Hèllene, op,cit, P123.

مثالب، أولهما أن تراكم السلطات التشريعية والتأسيسية على يد ذات السلطة يمكن أن يؤدى إلى يسمى بدكتاتورية الجمعية[1].
والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هو ما الفارق بين الجمعية التأسيسية والتشريعية العادية؟ في الممارسة العملية قد تكون هيا كل هذه التجمعات وتشكيلها متطابقة، ويتم انتخاب كلا المجلسين بالاقتراع العام المباشر ، ولكن في الواقع أن الجمعية التأسيسية تتميز عن التشريعية بمدى المهمة الموكلة لها وقت انتخابها[2].
كما لاحظ الفقيه " carré de Malberg "لم تتلقى الهيئة التشريعية العادية من ناحيتها سوى تفويض تشريعي ممن ليس لديها تفويض للنظام التأسيسي، وعندما عين الشعب نوابه لم يمنحهم سوى سلطتهم التشريعية ، واحتفظ بسلطته التأسيسية[3]".
ولا غرو أن طريقة الجمعية التأسيسية هى تطبيق للنظام التمثيلي في صياغة الدساتير، وفي هذه الطريقة تفوض الأمة ممارسة سلطتها التأسيسية إلى ممثيلها، لذلك فإنه هؤلاء الممثلين ليسوا مندوبين أو وكلاء للشعب، بل يقررون نيابة عنه، لذلك فإن الدستور الذي تضعه الجمعية التأسيسية لا يحتاج إلى تصديق الشعب .
ومن الأهمية بمكان في هذا المقام، التمييز بين الجمعية التأسيسية، واللجنة أو المجلس أو الهيئة المسؤولة عن إعداد مسودة الدستور.
ففي الممارسة العملية، نرى في كثير من الأحيان أن صاحب السلطة التأسيسية الأصلية بعد الانقلاب يعهدون بمهمة إعداد مسودة الدستور إلى لجنة قاموا بتعيينها، علاوة على ذلك يمكن لهذه اللجنة أن تأخذ بشكل رسمي أسم ((الجمعية التأسيسية)) لكنها في الواقع ليست كذلك، وبما أن هذه اللجنة معينة من قبل مفكري الانقلاب فهي لا تمتلك اي سلطة خاصة بها، أي أنها تقوم بإعداد مشروع عمل بسيط، حيث أن النص الذي أعدته ليس له أي قوة قانونية ، لأنه في كل حال من الأحوال أصحاب الانقلاب هم الذين سيكتبون الدستور أو بمعنى أصح هم من يقرون الدستور، في حين أن الجمعية التأسيسية تتمتع بسلطة صياغة الدستور وهي تعدها وتتبناها بنفسها ومدى أن تحظى بموافقة من قام بالانقلاب ولا موافقة الشعب .[4]

ثانياً : الاستفتاء التأسيسي : le referendum constituant

عملية الاستفتاء التأسيسي هي تطبيق للديمقراطية شبه المباشرة في صياغة الدساتير، وفي هذه العملية يتم إعداد مسودة الدستور من قبل هيئة أو فرد ، ثم تقديمها إلى الشعب للتصديق عليها[5].
وفي هذا الوضع، يستمد الدستور قيمته القانونية من التصويت الشعبي، وليس من الجهة التي صاغته سواء أكان هيئة أو لجنة أو فرد، بمعنى لا يكون الدستور نافذاً إلا بعد قبوله من قبل الشعب.
في الواقع أن المشروع الذي يطرح للاستفتاء قد يكون له أصول مختلفة، بحيث يمكن أعداده من قبل جمعية تأسيسية، أو لجنة خاصة، أو الحكومة، أو الملك، أو الدكتاتور.
ويميل جانب كبير من الفقه الدستوري[6]، إلى أن هذه الطريقة هي الأكثر ديمقراطية لوضع الدساتير لأن فكرة الديمقراطية تتطلب أن يمارس الشعب السيادة بنفسه.
وقد ظهرت هذه الطريقة نتيجة لعدم كفاية أسلوب الجمعية التأسيسية ، وكما أشار البعض أن أسلوب الجمعية التأسيسية يعتبر الآن في العديد من البلدان غير كافٍ، ويبدو من غير الطبيعي اليوم اعتماد دستور دون موافقته الشعب الذي يعبر عن

---

[1] . أحمد سليمان ريحان، الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، غير منشورة، 2014، ص 79 وما بعدها .
[2] . carré de Malberg, op. cit, t, II, P536.
[3] .Ibid.
[4] . Kemal Gözler, le Pouvoir constituat originaire, Op. cit. 954.
[5] . د . ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية، 1983 ، ص179.
[6] . cadeux, op.cit P 147, chantebout, op. cit. P34 .

نفسه عن طريق الاستفتاء[1].

وبحسب الفقيه Burdeau " في عملية الجمعية التأسيسية يتعلق الأمر بمسألة السيادة الاسمية souveraineté nominale ( ) بينما في عملية الاستفتاء التأسيسي يتعلق الأمر بمسألة السيادة الحقيقية[2] ؟ Souveraineté réelle، ويتم الاستفتاء التأسيسي على مشروع الدستور بإحدى طريقتين :

الطريقة الأولى : حيث تنتخب جمعية تأسيسية يقتصر دورها على أعداد مشروع الدستور وصياغة فقط، على أن يتم الاقرار النهائي بموافقة أغلبية الشعب في الاستفتاء[3] ؟ فاذا وافق الشعب عليه صار دستوراً نافذاً، إما إذا تم رفضه كان كأن لم يكن ، ويعتبر بعض الفقهاء هذه الطريقة مزيجاً بين النظام النيابي والديمقراطية شبه المباشرة، وفي الدساتير التي وضعت لهذه الطريقة الدساتير الفرنسية (1793 ، 1795 ، 1946) والدستور المصرى عام (1971)[4] .

الطريقة الثانية : وهى أن يتم أو تعيين أو تكليف لجنة حكومية بإعداد مشروع الدستور ، حيث يتم تشكيلها من الحكومة ؛ لأن أغلب أعضائها من ذوي الخبرة في الشأن القانوني والمختصين في الشؤون الدستورية وبعد الإنتهاء من عملية تحضير المشروع يقر عن طريق الاستفتاء الشعبي[5]

المطلب الثاني: أسلوب وضع الدستور الليبي

سنحاول في هذا المطلب إسقاط القواعد العامة التي قمنا بدراستها في ما سبق فيما يتعلق بسلطة التأسيس، وأساليب وضع الدساتير في القانون المقارن، على السلطة المختصة بإعداد الدستور الليبي ، حيث أن التحديد القانوني السليم للأسلوب المتبع من قبل المشرع الليبي في وضع الدستور، يترتب عليه نتائج غاية في الأهمية، حيث أن ذلك التحديد يقودنا للتكييف المركز القانوني للهيئة، ((التأسيسية)) التي قامت بإعداد مشروع الدستور الليبي وما يترتب على ذلك من نتائج باعتبارها سلطة تأسيس أصلية ،أم سلطة تأسيس مشتقة، كما أن الأسلوب المتبع بنتائج قانونية، فإذا كان ذلك الأسلوب هو أسلوب الجمعية فإن لهما صياغة الدستور وإقراره.

أما إذا كان الأسلوب هو الاستفتاء، فهنا بطبيعة الحال صاحب السيادة " الشعب " هو من يقر الدستور الذي وضعته هذه الهيئة، وعلى أي حال فإننا في هذا المطلب يتوجب علينا التعرض لموقف المشرع الليبي في الاعلان الدستوري وذلك لتحليل وتمحيص القواعد المتعلقة بمركز الهيئة التأسيسية، ومعرفة الأسلوب المتبع في وضع الدستور الليبي ، كما يجب علينا التعرض للموقف القضائي والفقهي حول تلك المسألة وكما يلي :

الفرع الأول : الموقف التشريعي

في هذا الفرع نتعرض بالتحليل للنصوص الواردة في الإعلان الدستوري الصادر عن المجلس الانتقالي في الثالث من أغسطس عام 2011 م ، وذلك من بغية تحديد السلطة سلطة المختصة بوضع الدستور، حيث جاء النص على أن يقدم المؤتمر الوطني العام المنتخب بوصفه السلطة التشريعية في البلاد بما يلي :

1 .....

---

[1] . تأكد ظهور الاستفتاء التأسيسي كوسيلة من الوسائل الديمقراطية لوضع الدساتير في الإعلان الذي أصدرته الجمعية التأسيسية الفرنسية عام1792 وقررت فيه أن لا وجود لأي دستور إلا ذلك الذي يقبله الشعب.

[2] . Burdeau, traité de science Politique, op.cit, P32.

[3] . د . مفيدة لمزوي، "نشأة الدساتير في منظور التجربة الجزائرية" ، مجلة ميلان للبحوث والدراسات، المركز الجامعي عبد الحفيظ بو الصفوف ميلة، الجزائر، العدد الخامس، جوان، 2017، ص493.

[4] . د . عز الدين أبو بكر أخريح، مرجع سبق ذكره، ص 122 .

[5] . سعاد عبد العزيز عبد الخالق، الطبيعة القانونية لأعمال الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الليبي، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة عمر المختار، 2024م ص 17.

2 . "اختيار هيئة تأسيسية لصياغة مشروع دستور للبلاد تسمى الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور، على أن تنتهي من تقديم مشروع الدستور للمؤتمر في مدة لا تتجاوز ستين يوماً من انعقاد اجتماعها الأول[1].

من الملاحظ أن المشرع أعطى للهيئة اختصاصاً أصيلاً في إعداد مشروع الدستور، إلا أنه لم يوضح هل هذه الهيئة تشكل من داخل المؤتمر الوطني العام أم من خارجه[2]، وهذا ما حذا بالمشرع لتعديل هذا النص حيث جرى التعديل كما يلي :

" يقوم المؤتمر الوطني العام في مدة لا تتجاوز 30 يوماً من أو اجتماع له

"اختيار هيئة تأسيسية من غير أعضاء المؤتمر"، وبالتالي هنا أوضح المشرع أن تشكيل الهيئة من غير أعضاء المؤتمر الوطني، ولكنه أضاف عبارة ((تتكون من ستين عضواً ، على غرار لجنة الستين التي شكلت لإعداد دستور استقلال ليبيا عام 1951....)).

ويعلق جانب من الفقه الليبي[3] ، "أن عبارة على غرار لجنة الستين التي شكلت لأعداد دستور استقلال ليبيا عام 1951 زادت الأمر غموضاً ، ويطرح التساؤل التالي :

هل المقصود ان تتماثل طريقة تشكيل الهيئة التأسيسية مع طريقة تشكيل لجنة الستين التي وضعت 1951م".

ويجيب على هذا التساؤل أنه بالرجوع للأصل التاريخي كونت اللجنة التحضيرية " لجنة الواحد والعشرين)) على أساس التساوي بين الأقاليم طرابلس، برقة ، فزان، والتي قدمت اقتراح باختيار الجمعية التأسيسية من ستين عضواً، وذلك لتحقيق التوافق الوطني.

وعلى غرار لجنة الستين التي شكلت لإعداد دستور استقلال ليبيا قد قصد بها تحقيق مبدأ المساواة وليس طريقة التشكيل.

ثم صدر التعديل الدستوري الثالث[4] حيث عدل نص الفقرة 2 من البند 6 من التعديل الدستوري رقم (1) حيث أصبح النص ((انتخاب هيئة تأسيسية)) بطريق الاقتراع الحر المباشر من غير أعضائه لصياغة مشروع دستور دائم للبلاد تسمى الهيئة التأسيسية من ستين عضواً على غرار لجنة الستين التي شكلت لإعداد دستور استقلال ليبيا عام 1951، ويتولى المؤتمر الوطني العام تحديد معايير وضوابط انتخابها يراعي فيها وجوب تمثيل مكونات المجتمع الليبي ذات الخصوصية والثقافية واللغوية[5] .

ووفقا لهذا التعديل غيرت طريقة اختيار الهيئة إلى انتخاب بطريق الاقتراع الحر المباشر من غير أعضاء المؤتمر[6].

ثم جاء التعديل الدستوري الخامس والذي نص على ذات التسمية والاختصاص وأن يتولى المؤتمر الوطني العام بموجب قانون تحديد ضوابط ومعايير انتخاب الهيئة التأسيسية، وهو ما تم تأكيده بموجب التعديل السادس للإعلان الدستوري وهو ما تم تأكيده في التعديلات اللاحقة .

الفرع الثاني: الموقف الفقهي والقضائي. ((التكييف القانوني للهيئة التأسيسية))

هناك بعض الآراء التي قيلت في وصف الهيئة التأسيسية وتحديد مركزها القانوني وبيان الأسلوب الذي اعتمده المشرع في وضع الدستور، منها الرأي القائل بأن المشرع قد دمج بين أسلوب الجمعية المنتخبة وأسلوب الاستفتاء، وعليه فإنهم يرون

---

[1] . المادة 30 فقرة من الإعلان الدستوري الصادر في أغسطس (2011وتعديلاته متاح على الرابط : https://law society. 14/legislation%D8% 77

[2] . عز الدين ابوبكر اخريج ، مرجع سبق ذكره ص 123 .

[3] . المرجع ذاته، 123 .

[4] . التعديل الدستوري الثالث رقم 3 لسنة 2012 الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت الموافق5 / 7 / 2012م متاح على الرابط : https://security-legislation.ly

[5] . قضت المحكمة العليا ((الدائرة الدستورية)) بعدم دستورية هذا التعديل . انظر الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59ق بتاريخ 26 / 2 / 2013م متاح على الرابط : https://lawsociety.ly

[6] . سعاد عبد العزيز عبد الخالق ، مرجع سبق ذكره، ص 105.

بأن الهيئة التأسيسية هى أعلى سلطة في البلاد وهي لا تتقيد بأي سلطة قائمة ولا تخضع القوانين المرحلة الانتقالية[1] بينما يرى جانب آخر[2] ، أن السلطة التأسيسية الأصلية تستمد وجدوها من سلطة أخرى، ولا تنظمها نصوص خاصة، حيث تضع الدستور عقب نشأة الدولة أو حدوث انقلاب أو ثورة باختصار فهي لا تعمل ضمن إطار قانوني مسبق ، ويرى أنا الهيئة التأسيسية سلطة تأسيس منشأة بنص دستوري وهو نص المادة 30 من الإعلان الدستوري، كما أن دورها يقتضي على صياغة الدستور دون الذهاب أبعد من ذلك ، فهي ليست سلطة تأسيس أصلية للقول بعدم تقيدها بأية قوانين سابقة على وجودها، وهى أيضاً لسين جمعية تأسيسية حيث أن نفاذ الدستور يتوقف على استفتاء الشعب .

ونحن نرى أن هذا الرأي هو الأقرب والارجح ولذلك بالرجوع للقواعد العامة والتأصيل الفقهي الذي سبق بيانه في ظروف نشأة سلطة التأسيس الأصلية، حيث نجد أنها تنشأ في ظروف ما يسمى ((الفراغ القانوني)) ، سواء الفراغ القائم ، أو الناتج ، بمعنى آخر أن السلطة التأسيسية الأصلية تنشأ في كل الظروف خارج الإطار الدستوري ، وهذا لا نجده في الظروف التي تنشأ فيها الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الليبي والتي نشأت في ظل القاعدة الدستورية الممثلة في الاعلان الدستوري.

ونضيف أيضا أن الفقه الدستوري، قد فصل في موضوع الطبيعية القانونية للسلطة التأسيسية الأصلية والتي أقر بأنها ذات طبيعة خارجة عن القانون ، بمعنى أن سلطة التأسيس الأصلية التي تنشأ أعقاب الثورات والاضطرابات السياسية التأسيس فإنها تنشئ في حال تعطل كل القواعد القانونية السابقة، وفي الحالة الراهنة فالهيئة التأسيسية نشأت عقب ثورة السابع عشر ولكن بعد إعادة التأخير القانوني عن طريق سلطة سابقة عليها في الوجود وهو المجلس الوطني الانتقالي .

كما أن الفقه قد أسهب في وضع معايير للتفرقة بين سلطة التأسيس الأصلية والمنشئة والتي لم يتعرض لها من قال بأن الهيئة التأسيسية هي سلطة تأسيس أصلية والتي سبق الاشارة اليها سابقاً ولا مجال لإعادة عرضها من جديد .

وتجب الإشارة في هذا المقام أن القضاء الليبي حاول أن يحدد المركز القانوني للهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الليبي دون أن تكون محاولاته مكتملة، بمعنى أنه لم يصل إلى التكييف القانوني الدقيق ، وذلك لعدة أسباب في رأينا أن السبب الأهم هو أن القضاء الليبي وخاصة دوائر القضاء الإداري بوصفها. قاضي القانون العام ، هو قضاء غير متخصص، بالإضافة إلى حداثة التجربة الدستورية إن صح التعبير في بلادنا.

وعلى أية حال نتعرض لمحاولات القضاء في تحديد الوصف القانوني للهيئة التأسيسية ، من حكم دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف البيضاء في الجلسة المنعقدة بتاريخ 9 / 5/ 2016م

((إن هذا الدفع قد جانبه الصواب، وذلك أن فصل الحطاب في هذا الدفاع هو الطبيعة القانونية للهيئة التاسيسية لصياغة مشروع الدستور، تلك الهيأة التي أتى بها الإعلان الدستوري النافذ الصادر عن المجلس الانتقالي المؤقت في 3 / 11 / 2011م في مادته رقم (30) المعدلة، والتي أناطت بها صياغة مشروع الدستور الدائم للبلاد بطريقة معينة وفي ميعاد محدد، فهذه الهيئة ليست جسماً تشريعي أو إحدى هيئاته، بل هيئة مستقلة، ولا يصح إلحاقها بالهيئة أو السلطة التشريعية (مجلس النواب)، فلا تندرج هذه الهيئة تحت أي من السلطات الثلاث، وإنما هي هيئة مكلفة وفق الإعلان الدستوري المذكور لصياغة مشروع الدستور، ثم تحيله إلى الجسم التشريعي ليطرح بعده على الشعب للاستفتاء عليه، ومعلوم أن التشريع العادي لا يخضع لهذه الإجراءات، فهو نافذ منذ صدوره ونشره في الجريدة الرسمية، كما أن الفقه يورد مبررات عدة لعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، ومن ثم عدم اختصاص القضاء به، ومن ضمنها الحفاظ على مبدأ الفصل بين السلطات،

---

[1] . من تلك الآراء : انظر عمر النعاس، اوراق بشأن الطبيعة الدستورية للهيئة التأسيسية لصياغة الدستور الليبي، مثال متاح على الرابط : https://www.libya-al. mostakl- org تاريخ الاطلاع 23 / 5 / 2025م الساعة 10:00 صباحاً.

[2] . د. عز الدين أبوبكر اخريج ، مرجع سبق ذكره ، ص 125 .

وبالتالي عدم إخضاع السلطة التشريعية للسلطة القضائية، وهو أمر لا يتحقق في الهيئة المطعون ضدها على نحو ما تقدم، كما قيل إن (البرلمان) هو صاحب السيادة، وبالتالي فلا يسأل عن أعماله، والحقيقة أن كل المعايير التي أتى بها الفقه في هذا المقام – الذي لا يتسع لها – لا تنطبق على الهيئة المطعون ضدها، كما أن الإعلان الدستوري الذي جاء بها لم يلحقها بجسم تشريعي، وبالتالي فإن القول بأنها هيئة تشريعية تعوزه الدقة والسند وتبقى هيئة عامة ذات شخصية معنوية عامة مستقلة تخضع قراراتها للطعن عليها، وهي قرارات إدارية وبالتالي ينعقد الاختصاص لهذه الدائرة بالنظر في الطعن الماثل عملاً بالمعيارين العضوي والمادي للقرار المطعون فيه، وبالتالي تلتفت المحكمة عن الدفع بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الطعن)).[1]

المحكمة حاولت أنزال وصف قانوني للهيئة التأسيسية وتعتبر محاولة جريئة، إلا أنها غير مكتملة؛ فالمحكمة ركزت على نفي صفة السلطة التشريعية عن الهيئة، وعلى إثبات عدم علاقتها بالسلطات الثلاث، كما وصفتها بأنها هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية، وفقاً للقواعد المعمول بها في تحديد الاشخاص المعنوية العامة، كونها ذات ذمة مالية مستقلة، وأموالها عامة، ولها الأهلية القانونية، وتملك حق التقاضي ولها ممثلوها، ولكنها لم تسبغ عليها الوصف القانوني المناسب[2].

وعليه فإن الأسلوب الذي اعتمده المشرع الليبي هو أسلوب الاستفتاء التاسيسي، حيث يتم أعداد وصياغة نصوص الدستور من قبل الهيئة التأسيسية، ومن ثم يعرض على الشعب للاستفتاء عليه، والهيئة لا يمكن تكييفها بأنها جمعية تأسيسية؛ وذلك لأنها لا تملك أقرار الدستور فهى ليست صاحب للسلطة التأسيسية الأصلية، بالإضافة إلى أنها وأن سميت بالتأسيسية فهى سلطة تأسيس ولكن مشتقة وليست أصلية؛ وذلك نظرا لطبيعتها الخاضعة للقواعد القانونية المتمثلة في الإعلان الدستوري، وليست سلطة خارجة عن الإطار القانوني لوصفها بالسلطة التأسيسية الأصلية. كما أن ظروف نشأتها تكشف عن حقيقتها القانونية فهي لم تنشأ في حالات الفراغ القانوني الناتج أو الطارئ وبالتالي وصفها بالسلطة الأصلية يعد مجافِ للقواعد المستقرة في فقه القانون الدستوري.

الخاتمة

في نهاية هذا العمل المتواضع في تأصيل سلطة التأسيس والغوص في كل جزئياتها وعرض الأراء الفقهية التي طرحت في تبرير أساسها وطبيعتها القانونية، نتوصل إلى جملة من النتائج والتوصيات.

أولا: النتائج:

- أن السلطة التأسيسية الأصلية ذات طبيعة خارجة عن القانون، وهو مايفسر نشأتها في فترات الفراغ القانوني بنوعيه القائم والطارئ.
- أن كان نظريا يمكن تحديد صاحب السلطة التأسيسية وفقا لنظرية السيادة، فإن الواقع العملي قد يفرض تحديدا آخر والمثال الأبرز الاستناد إلى نظرية القوة.
- يصعب نظرياً وضع قائمة شاملة مانعة لكافة ظروف نشوء السلطة التأسيسية الأصلية والمهم هنا أننا يجب أن نعرف أن السلطة التأسيسية الأصلية تنشأ في كل الظروف خارج الأطار الدستوري، وهذا الخروج يعني الدخول فيما يعرف بالفراغ القانوني، لأنه ببساطة لم يعد هناك أي قاعدة قانونية.
- من غير الممكن أن نقبل بأن فكرة تحديد طرق وضع الدساتير، وذلك بسبب الفرضية التي توصلت إليها الدراسة بإن طبيعة السلطة التأسيسية سلطة خارجة عن الإطار القانوني، ومن ثم علينا الاعتراف أن الاساليب التي تستخدمها السلطة التأسيسية الأصلية لوضع الدستور لا يمكن تحديدها قانوناً.

---

[1] . حكم دائرة القضاء الإداري بمحكة استئناف البيضاء في الطعن رقم 65 لسنة 2016م، ص 4 / 5 .

[2] . د . عز الدين ابوبكر اخريج، الضوابط القانونية للهيئة التأسيسية، ص 127.

- إن الأسلوب الذي اعتمده المشرع الليبي هو أسلوب الاستفتاء التاسيسي، حيث يتم أعداد وصياغة نصوص الدستور من قبل الهيئة التأسيسية، ومن ثم يعرض على الشعب للاستفتاء عليه، والهيئة لا يمكن تكييفها بأنها جمعية تأسيسية؛ وذلك لأنها لا تملك أقرار الدستور فهى ليست صاحب للسلطة التأسيسية الأصلية، بالإضافة إلى أنها وأن سميت بالتأسيسية فهى سلطة تأسيس ولكن مشتقة وليست أصلية؛ وذلك نظرا لطبيعتها الخاضعة للقواعد القانونية المتمثلة في الإعلان الدستوري، وليست سلطة خارجة عن الإطار القانوني لوصفها بالسلطة التأسيسية الأصلية. كما أن ظروف نشأتها تكشف عن حقيقتها القانونية فهي لم تنشأ في حالات الفراغ القانوني الناتج أو الطارئ وبالتالي وصفها بالسلطة الأصلية يعد مجافٍ للقواعد المستقرة في فقه القانون الدستوري.

التوصيات:

- نوصي القضاء الليبي عند تصديه للقضايا المعروضة عليه وخاصة تلك التي تثير اشكالات قانونية تتعلق بمسائل المسار الدستوري، محاولة الاجتهاد وايجاد التكييف القانوني السليم وعدم الاكتفاء بالإيحاء ضمنا كما هو الحال في مسألة تحديد الطبيعة القانونية للهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الليبي.

قائمة المصادر

أولا: باللغة العربية

أ- الكتب:

1 . د. حسن البحري، القانون الدستوري والنظم السياسية ، بلا ناشر ، سوريا ،الطبعة الثانية، 2013.

2 . رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، دراسة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة، القاهرة، الطبعة الثانية ، 2008.

3. د. حنان محمد القيسي ، النظرية العامة في القانون الدستوري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015م .

4.د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية وفقاً لدستور 2014 ، منشأة المعارف الاسكندرية 2018 – ص 96.

5 . د . ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية، 1983.

6 . منذر الشاوي ، فلسفة الدولة ، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، الطبعة الثانية ، 2013.

7 . د. منصور ميلاد يونس، القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، الطبعة الثانية ، 2013.

8 . نبيلة عبد الحليم، جابر نصار، الوجيز في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية – القاهرة، 2008.

ب- الرسائل العلمية:

1 . أحمد سليمان ريحان، الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، غير منشورة، 2014 .

2 . أيمن عبد السيد السعدني، انحراف السلطة التأسيسية ، رسالة دكتوراه ، كليه الحقوق جامعة القاهرة ،2020.

3 . سعاد عبد العزيز عبد الخالق، الطبيعة القانونية لأعمال الهيئة التأسيسية لصياغة مشروع الدستور الليبي، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة عمر المختار، 2024.

4. صباح جمعة الباوي، فكرة السلطة التأسيسية وتطبيقاتها في الدساتير العراقية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2007 .

ج- البحوث والمقالات:

1 . د . مفيدة لمزوي، "نشأة الدساتير في منظور التجربة الجزائرية" ، مجلة ميلان للبحوث والدراسات، المركز الجامعي عبد الحفيظ بو الصفوف ميلة، الجزائر، العدد الخامس، جوان، 2017.

2. عمر النعاس، اوراق بشأن الطبيعة الدستورية للهيئة التأسيسية لصياغة الدستور الليبي، مثال متاح على الرابط : https://www.libya-al. mostakl- org تاريخ الاطلاع 23 / 5 / 2025م الساعة 10:00 صباحاً.

3. د. عز الدين أبو بكر اخريج ،"الضوابط القانونية للهيئة التأسيسية، مشروع الدستور الليبي"، دراسة مقارنة، مجلة المختار للعلوم الانسانية، العدد (33) خريف 2016.

د. الأحكام والتشريعات:

1 . حكم دائرة القضاء الإداري بمحكة استئناف البيضاء في الطعن رقم 65 لسنة 2016م .

2. الطعن الدستوري رقم 28 لسنة 59ق بتاريخ 26 / 2 / 2013م متاح على الرابط : https://lawsociety.ly

3. المادة 30 فقرة من الإعلان الدستوري الصادر في أغسطس (2011وتعديلاته متاح على الرابط : https://law 77 %D8% 14/legislation. 89society .

4. التعديل الدستوري الثالث رقم 3 لسنة 2012 الصادر عن المجلس الوطني الانتقالي المؤقت الموافق5 / 7 / 2012م متاح على الرابط : https://security-legislation.ly.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1. Ardant, philippe, institutions politiques et droit constitutionnel, Paris L.G. D. J. 2e Edition, 1990.

2.Pierre Pectet, Institutions. Politiques – Droit constitutionnel. . Paris, Masson, 1991.

3.Kemal Gözler, le pouvoir constituant originale. Mémoire du D.E.A. Bordeaux 1992.

4. carée de malberg, contribution al a théorie générale de l'Etat, Paris, sirey.

5.Burdeau, Essaie d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles. .(Réimpression C.N.R S 1962, tomeFI.

6. Bureau, traité de science politique L.G.D.J 3e édition. 1983. tome IV. .

7. Georges Berlia, "de la compétence des assemblées constituantes, Revue de droit Public, 1945.

8.Roger Bonnard. les actes constitutionnels de 1940 Revue du droit Public.

9. walter leisner, le Pouvoir constituent thèse, université de Paris, faculté de droit 1956 .

10 .Charles cadoux, Droit constitutionnel et institutions Politiques, Paris, cujas, 3e éd, 1988 t,I.

11. Bernard chantebout, Droit constitutionnel et science Politique, Paris armand colin, 9e édition, 1989.

12. Liet – veaux. Essai d'une théorie juridique des révolutions, (thèse, Fac de droit de Rennes) .

13. Marcel Prélot, Jean Boulouis, institutions Politiques et droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 14e Edition1990.

14. Jean-cloud Zarka. Introduction au droit constitutionnel, 6e édition, Ellpses.2020.

15. simoinan Gineste, Hèllene, introduction ou droit constitutionnel, ellipses édition 2020