مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمس

جامعة المرقب

العدد الأول لسنة 2017

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379م.

دار الكتب الوطنية ببنغازي ـ ليبيا

هاتف:

9090509 – 9096379 – 9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

البريد الإلكتروني : iaelfared@elmergib.edu.ly

شروط النشر بالمجلة:

الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:

1. أن لا يكون قد تمَّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.

2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريبا بما فيها قائمة المراجع.

3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A 4. وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهوامش (12) وبين السطور (1).

4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.

العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيتان.

5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.

6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، وبرموز أسمائها بالخط العربي .

7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.

8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.

9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.

10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.

مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332

11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس» : ج 1، ص 12 ، رقم 1.

12. تخرَّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.

مثل: قال الله تعالى: ﴿۞ سَيَقُولُ ٱلسُّفَهَآءُ مِنَ ٱلنَّاسِ مَا وَلَّىٰهُمۡ عَن قِبۡلَتِهِمُ ٱلَّتِي كَانُواْ عَلَيۡهَاۚ قُل لِّلَّهِ ٱلۡمَشۡرِقُ وَٱلۡمَغۡرِبُۚ يَهۡدِي مَن يَشَآءُ إِلَىٰ صِرَٰطٖ مُّسۡتَقِيمٖ﴾ [البقرة: 142].

13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش فراغ واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التِي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.

14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالآتي:

ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ/ 1992م.

15. يرفق الباحث ملخصًا لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.

16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.

iaelfared@elmergib.edu.ly

17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.

18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.

19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما للكل التقدير والاحترام .

20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.

نأمل من السادة البحاث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فلله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمس - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيأة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم محمد الصرارعي

د. أحمد عثمان احميده

اللجنة الإستشارية:

أ. د. عبدالسلام أبوناجي.
أ. د. محمد عبدالسلام ابشيش.
أ. د. محمد رمضان بارة.
أ. د. سالم محمد مرشان.
د. عمر رمضان العبيد.
د. امحمد علي أبوسطاش.
د. علي أحمد اشكورفو.
د. عبدالحفيظ ديكنه.

فهرس الموضوعات

كلمة رئيس التحرير 8

عقوبة الحرابة في الإسلام (دراسة فقهية مقارنة)

د. محمد إبراهيم الكش 9

البعد المقاصدي من خلال كفارة اليمين

د. المبروك عون سالم 60

أحكام الرِّدَّة في الشريعة الإسلامية وإشكالياتٌ حول التقنين

د. مصطفى إبراهيم العربي 86

التحكيم بين الزوجين في الشريعة الإسلامية

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد 138

العصبية الحقوقية في مجال حقوق الإنسان (الموازنة بين الحقوق والقيود)

د. عادل عبد الحفيظ كنديس 157

فكرة الطعن في الأحكام التمهيدية بين القبول والرفض دراسة مقارنة

د. أبو جعفر عمر المنصوري 175

خيار العودة لدستور 1951م المعدل (آفاق واشكاليات)

د. محمد نجيب أحمد الكبتي 210

جريمة التنصت الهاتفي في القانونين الليبي والمصري "دراسة مقارنة"

د. علي محمد إبراهيم خليفة 225

التزامات المترجم أمام المحاكم الإماراتية
مريم أحمد خلفان الصندل 250
عقد المشاركة بالوقت "دراسة تحليلية مقارنة"
يوسف مختار المسنيري 282

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وجعله خليفة له في الأرض، وكرمه وفضله على كل الخلائق، حمدا يليق بجلال عظمته وعظيم سلطانه سبحانه وتعالى، والصلاة والسلام على نبينا محمد ـ صلى الله عليه وسلم ـ وعلى آله وأصحابه الكرام الأخيار، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إن الشعوب ترتقي بشبابها، فهم عماد الوطن، وعليهم المعول في النهوض بمجتمعاتهم، وإن أهم ما يحتاجه شعبنا في هذه الظروف، قوة الايمان بالله ـ تعالى ـ التي هي مصدر كل خير للناس وللأوطان، ومنها يبرز حب الوطن، ووجوب العمل لإصلاح ما فسد خلال هذه الايام في كل أنماط الحياة، واخراج الوطن من الازمات، والعودة به إلى طريق التقدم والبناء في أسرع وقت.

ولا تقدم ورقي إلا بالشباب، فالاهتمام بهم من أوجب الواجبات، فالتربية والتعليم، والرعاية الصحية والاجتماعية، فهي الادوات التي نبني بها أجيال المستقبل، والعودة بالشباب إلى أخلاق أهل الاسلام كما أمر الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز وسنة حبيبه المصطفى – صلى الله عليه وسلم – من خشية له عز وجل ، ورعاية له في السر والعلن، والصدق، وحسن الخلق، ومحبة الناس، وفعل الخيرات، والبعد عن الظلم، وتجنب الموبقات، والتوسط في كل الامور، وذلك باتباع أوامره واجتناب نواهيه سبحانه وتعالى.

كل هذا يرتقي ببلادنا إلى مصاف الدول المتقدمة فلا نجاح إلا بهذه المقدمات فمتى يُعنى بذلك ونعمل عليه شعوباً وحكومات.

والله ولي التوفيق وهو المستعان.

العصبية الحقوقية في مجال حقوق الإنسان

(الموازنة بين الحقوق والقيود)

إعداد الدكتور: عادل عبد الحفيظ كنـدير

أستاذ مساعد بكلية القانون جامعة طرابلس

مقـــدمـــة

كَثُر الحديث (هذه الأيام) عن العصبية القبيلة والجهوية وربما الفكرية أو الأيدلوجية، إلا أنه يندر بل وينعدم حول العصبية الحقوقية المنادية بتوفير حماية مطلقة – بدون أي قيد أو شرط – للحقوق والحريات الأساسية للإنسان، وتأتي هذه العصبية كرد فعلٍ على ما شهدته البلاد من انتهاكات جسيمة في مواجهة هذه الحقوق والحريات لفترة طويلة تعادل نصف قرن من الزمان.

وعليه، ولما كانت المادة 1 فقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 قضت بأن من مقاصد الأمم المتحدة "*تحقيق التعاون الدولي على حل المنازعات الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والانسانية* ***وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس*** *جميعا والتشجيع على ذلك إطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء*".

ولما كانت الدساتير الوطنية للدول تمثل أداةً قانونية فعّالة لتنفيذ الالتزام الدولي المشار إليه أعلاه بخصوص حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، كان من الطبيعي أن ينادي عدد من النشطاء الحقوقيين المهتمين بمسألة حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية – بمناسبة وضع دستور جديد للدولة الليبية – بضرورة إرساء ضمانات دستورية مطلقة تحمي الحقوق والحريات الأساسية للإنسان على نحو لا يجعل لأية سلطة القدرة على مخالفتها.

غير أنه يجب ألاّ يغيب عن بال الجميع بأنه من البديهي – عند الأخذ في الاعتبار حماية الدستور لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية – مناقشة القيود المفروضة على الحقوق والحريات؛ حيث تُقِرُ جُلّ العهود والمواثيق الدولية والوطنية ذات الصلة بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان بالحاجة الفعلية لتقييد بعضٍ من الحقوق والحريات لضمان الحفاظ على النظام العام والآداب العامة اجتماعيا وأمنيا وصحيا[1].

ومن هنا تأتي الاشكالية القانونية التي تعالجها هذه الدراسة بالحرص على ايجاد نوع من التوازن التشريعي عند صياغة القاعدة القانونية الوطنية الهادفة نحو تنفيذ الإلتزام الدولي المتعلق بحماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، هذا الالتزام الذي يستمد وجوده من قواعد قانونية دولية ذو طبيعة آمرة؛ بعبارة أخرى فإنه للتخفيف من حدة العصبية الحقوقية المنادية بحماية دستورية مطلقة لهذه الحقوق والحريات، فإن الأمر يتطلب وضع صيغة قانونية فنية تهدف إلى ايجاد نوع من الموازنة بين التمتع بالحق أو الحرية من جهة، وبين القيد الوارد على كلٍ منها من جهة أخرى، عند الإعداد لصياغة القاعدة القانونية الوطنية بالخصوص، وهو ما يتطلب تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو الآتي:

- المبحث الأول: الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الدولية ذات الصلة بحماية حقوق الانسان وحرياته الأساسية.
- المبحث الثاني: القيود الواردة على التمتع بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان.

(1) وهو ما يقضي به العهد الدولي الأول للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م على النحو الذي سيتم بيانه بشكل أكثر تفصيلا في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الأول
الطبيعة الآمرة

تتطلب دراسة موضوع الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتم في الأول التعرض لخاصية القاعدة القانونية الدولية كقاعدة رضائية، أما في المطلب الثاني سيتم التعرض للإستثناء الوارد على هذه الخاصية والمتعلق بالصفة الآمرة لبعض القواعد القانونية الدولية في مسائل محددة بذاتها.

المطلب الأول
القاعدة القانونية الدولية "قاعدة رضائية"

القاعدة العامة في النظام القانوني الدولي هي الرضائية في التزام حكم القاعدة القانونية الدولية[1]؛ لماذا؟

الإجابة ببساطة؛ لأن الدولة بما لها من سيادة لا تلتزم إلا بما ارتضت صراحة (الإتفاقيات الدولية) أو ضمنا (العرف الدولي) الإلتزام به، فبحكم أن المجتمع الدولي هو مجتمع أفقي بخلاف المجتمع الوطني – الذي هو مجتمع عمودي – فهو يفتقر إلى سلطة تشريعية تصدر القواعد القانونية ذات الصفة الإلزامية، أي بمعنى أن لا فرق بين صانع القانون وشخصه في النظام القانوني الدولي، وهو ما يستلزم أن تساهم أشخاص القانون الدولي عن طريق الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي في وضع هذه القواعد والخضوع لها والتقييد بها[2]، وعلى هذا النحو ذهبت صياغة المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، تلك المادة التي يوجد إجماعٌ فقهي في

(1) انظر، ضوي، علي عبد الرحمن، القانون الدولي العام، الجزء الأول: المصادر والأشخاص، الطبعة الثالثة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2008، ص 17.

(2) الطائي، عادل أحمد، القانون الدولي العام (التعريف المصادر الأشخاص)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 31.

القانون الدولي العام[1] على أن نصها هو أقرب النصوص تعبيرا على مصادر القاعدة القانونية الدولية، وقضى نص هذه المادة بما يلي :

" 1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

أ-** الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي **تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب-** العادات الدولية المرعية **المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال.

ج-** مبادئ القانون العامة **التي أقرتها الأمم المتمدنة.

***د-** أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 95 .*

*2- لا يترتب على النص المتقدم أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والإنصاف **متى وافق أطراف الدعوى على ذلك**"[2].*

ونتيجة لما تقدم تستطيع الدولة للحيلولة دون تطبيق أية قاعدة قانونية دولية عليها أن تحتج بأنه لم يسبق أن رضيت بها، وهو أمر طبيعي ما دام أشخاص القانون الدولي هم أنفسهم صانعيه، بل وتمتد الرضائية في النظام القانوني الدولي إلى

(1) انظر، ضوي، المرجع السابق، ص 69.

(2) يجب ملاحظة بأن نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يعد جزاء من معاهدة الدولية، وبالتالي فهو ذو طبيعة تعاقدية، أي نسبي الأثر؛ فلا يلزم إلا الدول الأطراف في المعاهدة التي تنص عليه والتي ارتضت صراحة قبوله وفقا لخاصية الرضائية للقاعدة القانونية الدولية، ولكن ما يقلل من أثر هذه الملاحظة أن كل دول العالم اليوم (تقريبا) هي أطراف في نظام محكمة العدل الدولية، فضلا عن مرور أكثر من 70 عاما على العمل به قد يجعل منه قاعدة عرفية. وانضمت ليبيا لمعاهدة النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في 14 ديسمبر 1955، ولم تنشر في الجريدة الرسمية، انظر:

- عرفة، عبد السلام صالح، الاتفاقيات الدولية والثنائية التي صادقت عليها ليبيا، الطبعة الأولى، 2008، الشركة الخضراء للطباعة والنشر، ص 9.

مسألة اللجوء إلى القضاء الدولي، فهو يضل اختياريا أيضا بالنسبة للدول عند الرغبة في حسم ما قد ينشأ بينها من منازعات أثناء تطبيق القاعدة القانونية الدولية[1].

المطلب الثاني

الاستثناء الوارد على خاصية الرضائية

يقع الاستثناء الوحيد على كون القاعدة القانونية الدولية قاعدة رضائية، عندما يتعلق الأمر بالقاعدة القانونية الدولية الآمرة؛ حيث تفرض مثل هذه القواعد نفسها على أشخاص القانون الدولي العام وإن لم تقبلها صراحة.

والقاعدة القانونية الدولية الآمرة هي: **تلك القاعدة القانونية الدولية التي لا يجوز لأشخاص القانون الدولي العام الاتفاق على خلاف ما تقضي به أو على الغائها أو تعديلها إلا بقاعدة قانونية دولية آمرة أخرى**[2]. أما اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م فقد نصت في المادة 53 منها على ما يلي:

"*تعتبر المعاهدة باطلة بطلان مطلق إذا كان موضوعها، وقت إبرامها، يتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام. ولأغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام* ***كل قاعدة تقبلها الجماعة الدولية***

(1) انظر: الطائي، المرجع السابق، ص 31.

(2) وفقا لأساسيات علم القانون فإن للقاعدة القانونية بشكل عام تقسيمات مختلفة ومتعددة ومن بينها تقسيم القاعدة من حيث ما تتركه للأشخاص من حرية في الاتفاق على خلاف ما تقضي به إلى قاعدة آمرة وقاعدة مخيرة، لمزيد التفصيل، انظر:

- الكوني، علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون 1، الطبعة 2، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1992، ص 81.

في مجموعها ويعترف بها باعتبارها قاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي لها ذات الصفة"[1].

ويذهب علي ضوي[2] إلى أن مفهوم القاعدة الآمرة من مستحدثات اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969م، وصار الآن جزءا من القانون الدولي الوضعي العرفي وفقا لرأي محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة-تراكش لعام 1970، وقرارها في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية لعام 1984م. وأنه استنادا إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية فيينا لعام 1969م وإلى أعمال القضاء الدولي التالية لظهور مفهوم القاعدة الآمرة، يمكن ذكر بعض الأمثلة للقواعد الآمرة، والمهِم في مجال هذه الدراسة هو القواعد المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية على النحو الوارد في قضية برشلونة-تراكش المشار إليها أعلاه؛ وبسبب من هذه الصفة تتميز قواعد الحماية الدولية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية بأنها موضوعية؛ أي أن انتهاكها من قبل دولة طرف لا يسمح لدولة أخرى طرف بالرد بعدم احترامها إعمالا لمبدأ المعاملة بالمثل[3].

وفي اطار عدم جواز المعاملة بالمثل عند انتهاك قواعد الحماية الدولية للحقوق والحريات الأساسية للإنسان، يذهب زهير الحسني[4] في اطار الحديث عن التدابير المضادة في القانون الدولي العام إلى أنه (.. *لا يمكن للتدابير المضادة أن توجه للغير*

(1) وأضافت المادة 64 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969م ما يلي: " إذا ظهرت قاعدة آمرة جديدة من قواعد القانون الدولي العام فإن أي معاهدة قائمة تتعارض مع هذه القاعدة تصبح باطلة وينتهي العمل بها. مع ملاحظة أن الدكتور عبد السلام صالح عرفة لم يجد تاريخا محددا لانظمام ليبيا لهذه المعاهدة على رغم نشرها في الجريدة الرسمية، العدد 3، السنة 2008. انظر، عرفة، المرجع السابق، ص 53.

(2) انظر، ضوي، المرجع السابق، ص 115 وما بعدها.

(3) انظر، ضوي المرجع السابق، ص 374.

(4) انظر، الحسني، زهير عبد الكريم، التدابير المضادة في القانون الدولي العام، منشورات جامعة بنغازي (قاريونس) ، 1988، ص 72-73.

حيث لا يوجد ضمان أداء تجاهه. وهناك نوعان من القواعد القانونية الدولية الأساسية التي تستبعد التدابير المضادة: الأولى، تتعلق بالقواعد الآمرة Jus congens وهي القواعد القانونية التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها والتي تضمنتها المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في 13 أيار مايو 1969 بالنظر لاشتمالها على التزامات أساسية لحماية المصالح الجوهرية للجماعة الدولية. ولما كان حكم الاتفاق على مخالفة القاعدة الآمرة هو البطلان المطلق فإنه لا يجوز مقابلة هذا الاتفاق باتفاق مثله. ولذلك فلا تخول المادة 60 /5 من اتفاقية فيينا المذكورة لأطرافها الدفع بعدم التنفيذ تجاه معاهدة تتعلق بحماية الأشخاص من معاهدات ذات طابع انساني وخاصة أحكامها المتعلقة بمنع نوع من أنواع الانتقام ضد الأشخاص الذين يتمتعون بحمايتها.

الثانية: تشمل القواعد المتعلقة بالجرائم الدولية، وهي التي يطلق عليها في الغالب قواعد القانون الدولي الإنساني التي تضم قواعد لاهاي بشأن سير العمليات الحربية وقواعد جنيف بشأن حماية ضحايا المنازعات المسلحة، وتنظم إليها الاتفاقيات التي أبرمت بشأن حظر ومعاقبة جريمة إبادة الجنس البشري والفصل العنصري والاسترقاق والقرصنة وغيرها..).

المبحث الثاني
القيود الواردة على التمتع بالحقوق والحريات

تتطلب دراسة موضوع القيود الواردة على التمتع بحقوق الانسان وحرياته الأساسية، تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتم في الأول تناول موضوع القيود الواردة في القواعد القانونية الدولية والوطنية ذات الصلة بحماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان. ثم يتم في المطلب الثاني دراسة الموزانة المطلوبة بين التمتع بالحقوق والحريات وبين القيود الواردة عليها.

المطلب الأول

القيود الدولية والوطنية

قضت المادة 29 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م بالآتي:

"*عند ممارسة الحقوق والحريات يكون كل شخص عرضة للقيود التي يحددها القانون وحده لأغراض ضمان الاعتراف بحقوق وحريات الآخرين واحترامها والإيفاء بالحقوق العادلة للفضيلة والنظام والرفاهية العامة في المجتمع الديمقراطي*".[1]

أما المادة 12 فقرة 3 من العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966[2] فقد جاء نصها وفق الآتي:

"*لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأي قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم، وتكون متمشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في العهد*"[3].

ومفاد النصوص السابقة هو أنه الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الدولية ذات الصلة بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لا تتعارض مع فرض قيود على

---

(1) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو عبارة عن توصية صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1948.12.10م، وبالرغم من أن التوصيات الصادرة عن الجمعية العامة لا تحمل إلا قيمة أدبية وليس لها أي صفة إلزامية، فإن مرور أكثر من 70 عام على العمل بالإعلان يجعل له قيمة عرفية ملزمة.

(2) انضمت ليبيا للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م بتاريخ 15 مايو 1970م ولم ينشر بالجريدة الرسمية، انظر: عرفة، المرجع السابق، ص 15.

(3) أما الفقرة 3 المادة 19 من العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمتعلقة بحرية الرأي فقد جاء فيها ما يلي:

" تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز اخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

أ- لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم،

ب- لحماية الأمن أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة".

التمتع بهذه الحقوق والحريات لأجل اعتبارات معينة حددت على سبيل الحصر، وتطبيقا لذلك نجد أن القواعد القانونية على الصعيد الوطني أو الداخلي للدول أقرت وضع عدد من القيود على الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، منها على سبيل نجد أن دستور جنوب أفريقيا يُوفِّر بنية أساسية متطورة ويطرح هذه القيود بالتفصيل، حيث تقضي المادة 3 منه بأن:

" *تخضع الحقوق الواردة بالدستور للقيود المنصوص عليها في الباب 36 أو في أي مكان من الدستور* "[1].

أما الدستور الألماني فيقضي في المادة 19 بأنه: " *طالما أمكن – في ظل هذا القانون الأساس – تقييد حق أساس، فيكون بموجب القانون بشكل عام وليس فقط على حالة فردية ..* "[2]. وعلى هذا النحو سار الدستور السويسري في المادة 36 الفقرات 1و2و3و4.[3]

ومفاذ ما تقدم أنه: بالرجوع إلى القواعد القانونية الدولية ذات الصفة الأمرة والمتعلقة بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية يتأكد بما لا يضع مجالا للشك أن هذه القواعد أجازت فرض قيود على الحقوق والحريات لعدة أسباب، أهمها:

1- حقوق الآخرين: تنتهي حقوق وحرية كل فرد عندما تبدأ حقوق وحرية الآخرين، فيجب احترام سمعة الآخرين وعدم المساس بحقوقهم وحريتهم التي كفلها لهم القانون. ولهذا قال أولفر هولمز وهو قاضٍ في المحكمة العليا

(1) القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، ورقة بحثية رقم 13، أكتوبر 2012، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية Democracy Reporting International، الفقرة 7، ص 5 وما بعدها.

(2) المرجع السابق، ص 6.

(3) المرجع السابق، ص 6.

بالولايات المتحدة الأمريكية بأن: "حقي في أرجحة معصمي ينتهي حيثما يبدأ أنف الرجل الآخر"[1].

2- النظام العام والآداب العامة: إنّ تقييد الحقوق والحريات بالنظام والآداب العامة معترف به في كافة المعاهدات الدولية وفي دساتير العالم، ومسألة تحديد المقصود بالنظام العام والآداب مسألة نسبية تختلف من مجتمع لآخر، فما هو من النظام العام والآداب العامة بالنسبة لمجتمع ما، قد لا يكون كذلك بالنسبة لمجتمع آخر. وفي كل الأحوال يمكن القول بأن المقصود بالنظام العام والآداب العامة: مجموعة القواعد التي بها تتحقق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، سواء أكانت هذه المصلحة اجتماعية أم اقتصادية أم سياسية. وهو ما يمكن القول معه باختصار أن: قواعد النظام العام والآداب العامة هي تلك القواعد المتعلقة بالأسس والدعامات التي لا غنى عنها في مجتمع ما لكي يسير بانتظام واستقرار، ولا شك في أن القيم الدينية والأخلاقية تشكل جوهر هذه الأسس أو الدعامات[2].

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى التعديل الأخير الذي أجراه المشرع الليبي على نص المادة 1 من القانون المدني الليبي بموجب القانون رقم 6 لسنة 2016م[3]؛ حيث جاء في الفقرة 3 من المادة 1 من القانون الأخير ما يلي:

(1) القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، ورقة بحثية رقم 13، أكتوبر 2012، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، المرجع السابق، الفقرة 1، ص 2، والفقرة 4، ص 3 وما بعدها.

(2) لمزيد التفصيل حول النظام العام والآداب العامة، انظر، الكوني، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها.

(3) أصدر المؤتمر الوطني العام في فبراير 2016م، القانون رقم 6 لسنة 2016م بشأن تعديل أحكام القانون المدني الليبي، بما يتطابق والشريعة الإسلامية، تطبيقا لما جاء في التعديل التاسع للإعلان الدستوري المؤقت، باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر التشريع واعتبار ما يخالفها باطلا.

" *يعد من النظام العام: أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نص قطعي أو أجماع أو قياس جلي، أو قاعدة فقهية*".

3- الصحة العامة والأمن القومي: تعتبر القيود التي تفرضها مقتضيات الصحة العامة والأمن القومي سبباً مقبولا لتقييد بعض الحقوق والحريات الأساسية للإنسان؛ فالمادتين 12 و19 من العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أجازتا تقييد حق النقل وحرية التعبير ببعض القيود المنصوص عليها بالقانون لأجل حماية الصحة العامة والأمن العام.

المطلب الثاني

الموازنة بين الحقوق والقيود

قد يرد بعض الحقوقيين على القول السابق بأن: السماح بفرض قيود على الحقوق والحريات الأساسية للإنسان من شأنه أن يضع ممارستها الفعلية تحت رحمة السلطات العامة في الدولة لاسيما التشريعية والتنفيذية، وهو ما يجعلها عرضة للانتهاك من قبل هاتين السلطتين.

للرد على ذلك يمكن القول بشكل عام: إن الناحية العملية أثبتت بأن أغلب الحقوق والحريات لها حدود، فحرية التجمع والتظاهر يجب ألاّ تصل بأية حال من الأحوال إلى قطع الطريق العام أو وقف عمل مدرج المطار[1]، كما أن حرية التعبير لا تحمي الخطاب المحرض على العنف، وحرية التنظيم لا تسمح بإقامة تنظيمات مسلحة إجرامية.

أما بشكل خاص فيمكن القول بأنه: يجب ألا يفسر الهدف من التقييد بأنه تخويل أو رخصة للسلطات العامة في الدولة لإضعاف الحقوق المحمية شرعاً وقانوناً وعرفاً، وحتى لا ينظر إلى القيود على أنها وسيلة لإضعاف الحماية الدولية المقررة

(1) وهو ما يحدث حاليا في ليبيا بسبب الإنفلات الأمني الذي تعيشه البلاد بعد ثورة 17 فبراير 2011.

لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية بموجب قواعد قانونية آمرة، فإن فرض القيود يتوقف على مبدأين هما: **مبدأ جوهر الحق** و**مبدأ التناسب القانوني**، وفق الآتي:

1- مبدأ جوهر الحق: يقضي بأن القيود على الحقوق والحريات الأساسية للإنسان يجب ألا تكون بدون قيود، وإلا لما كانت هناك حاجة للنص على الحق بالمطلق؛ فلكل حق وظيفة جوهرية راسخة يؤديها ويجب عدم المساس بها، ولذلك يجب على صانعي الدستور معالجة مسألة التقيّد بطريقة فنية من خلال إقرار صياغة قانونية تشمل على سبيل المثال العبارة التالية: "**على النحو الوارد بالقانون على ألا يمس ذلك بجوهر الحق**"[1] وألا تقتصر العبارة على جملة "**على النحو الوارد في القانون**" أو عبارة "**باستثناء الحالات الواردة في القانون**" دون إتباعها بعبارة "**مع عدم المساس بجوهر الحق أو الحرية**"، لأن استخدام مثل هذه العبارات الواسعة والمطاطة، وإن كانت تمنع تقييد الحقوق بموجب لوائح وقرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية على اعتبار أن التقييد لا يكون إلا بقانون، فإنه يمنح السلطة التشريعية صلاحية واسعة للمساس بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان ما يجعلها مؤهلة لأن تكون أداة للديكتاتورية،

(1) دأب واضعوا مشروع الدستور التونسي في البداية إلى صياغة مفهوم مبدأي جوهر الحق والتناسب القانوني في أكثر من مادة وذلك بالنظر إلى كل حق على حدة، الأمر الذي أدى إلى وجود صياغة متكررة لهما في نصوص المسودة الثالثة للدستور التونسي، إلا أنهم – في القراءة الأخيرة للمشروع – قرروا انتهاج صياغة فنية مغايرة بإدارج المبدأين في مادة واحدة (خاصة بهما) تنصرف أحكامها إلى كل الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور لتجنب عيب التكرار، وهو ما نجده تحديدا في الصياغة النهائية للفصل (أو المادة 49) من دستور الجمهورية التونسية لعام 2014.

وهذا هو أحد المآخذ المسجلة على الدستور الليبي الصادر عام 1951 في الفصل الثاني منه والمتعلق بحقوق الشعب.[1]

2- مبدأ التناسب القانوني: يقضي هذا المبدأ بألا تفرض قيود على الحقوق والحريات الأساسية للإنسان تتجاوز الحد اللازم لتحقيق الهدف الاجتماعي والسياسي والاقتصادي أو غيره المرجو من التقييد، فيجب أن تكون القيود على صلة بالحق أو الحرية محل القيد وأن تصمم على نطاق ضيق يفي بالغرض أو الهدف المنشود من وراء وضعها. وهو ما تم النص عليه صراحة في الدستور التونسي الجديد لعام 2014 في الفصل (المادة) 49 والذي جاء فيه:

*" يُحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال **من جوهرها**. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، **وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها**. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.*

(1) من ذلك – على سبيل المثال – ما نصت عليه المادة 15 من الفصل الثاني من دستور 1951 المعنون " حقوق الشعب" حيث جاء فيها : (كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا في محاكمة تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه وتكون المحاكمة علنية إلا في الأحوال الاستثنائية التي ينص عليها القانون). وكذلك ما نصت المادة 19 من ذات الدستور: (للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه). لمزيد التفصيل حول تقييم دستور 1951، انظر للباحث:

- دستور 1951 في ضوء المعايير الدولية للديمقراطية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون مصراتة، 14 سبتمبر 2015، www.misuratau.edu.ly.

لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور"[1].

وعليه، فإن أية محاولة وطنية تهدف نحو تنفيذ الالتزام الدولي المتعلق بتعزيز حماية حقوق الانسان وحرياته الأساسية ومنع أي انتهاك لها، لا تتم عبر توفير حماية دستورية وطنية مطلقة، وإنما تتحقق هذه الغاية باهتمام صانعي الدستور بمسألة المعالجة الفنية للموازنة بين التمتع بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان من جهة، وبين القيود الواردة على تلك الحقوق والحريات من جهة أخرى، وذلك بإعطاء كلٍ من **مبدأ جوهر الحق ومبدأ التناسب القانوني** الاعتبار اللازم عند العمل على كتابة صيغ النصوص الدستورية المتعلقة بحماية الحقوق والحريات.

الخاتمـــــة

يمكن القول بأنه: إذا كانت العصبية بشكل عام تعني الموالاة لأمر أو شيء ما، بصرف النظر عن كونه ظالما أو عادلا، فإن العصبية الحقوقية تعني الموالاة للحقوق والحريات الفردية للإنسان بشكل مطلق دونما قيد أو شرط، وبدون الأخذ في الاعتبار القيم والأسس التي تشكل دعامة المجتمع الذي يعيش فيه الفرد.

وعليه، فإنه كما يجب نبذ العصبية القبلية والجهوية وغيرها، وجب أيضا نبذ العصبية الحقوقية؛ لأنه وفقا للنظام القانوني الدولي لا يمكن التمسك بحماية مطلقة للحقوق والحريات الأساسية للإنسان، دون مناقشة القيود المفروضة على كلٍّ منها في حدود مبدأي جوهر الحق والتناسب القانوني، أو بدون مناقشة موضوع التحفظ عليها أيضا، وهو ما يُدخل ضمن هذا المفهوم عدم جواز الدعوة المطلقة لقبول القواعد القانونية الدولية المنظمة لحقوق الإنسان دون أي تحفظ، لاسيما إذا كان محتوى هذه القواعد الدولية يخالف بشكلٍ عام القيم والدعامات الأساسية في

(1) انظر، دستور الجمهورية التونسية 2014، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، طبعة 2014، ص18.

المجتمع، على نحوٍ يجعلها متنافية مع النظام العام والآداب العامة وفق ما هو مشار إليه أعلاه.

ومن ثمّ فإن تحفّظ دولة ما – لأسباب متعلقة بالقيم الدينية أو الأخلاقية المعتبرة في المجتمع – على أحكام معينة واردة في اتفاقية دولية ذات صلة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية سواء أكانت متعلقة بحقوق الطفل أو المرأة أو اللاجئين أو غير ذلك، لا يعد مخالفة أو انتهاكاً أو تقصيراً في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية طالما كانت الدولة معترفة بضرورة توفير مثل هذه الحماية للحقوق والحريات من حيث الأصل.

ولتأكيد هذا القول نشير – على سبيل المثال لا الحصر – إلى الموقف الأوربي من حق تكوين الأسرة المكفول في كلٍ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م، والعهد الثاني الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966م، إذ قضت المادة 10 من العهد الثاني الأخير الذكر بأن: " *ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضا كاملا لا إكراه فيه*"، خلافا لنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي حصرت طرفي الزواج بشكل صريح في الرجل والمرأة، وأن لكل منهما متى أدركا سن البلوغ الحق في الزواج بدون قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين؛ فالاختلاف في صياغة المادتين أثار جدلا في أوربا حول أطراف الزواج (الزواج المثلي) وسن الزواج ومسألة المختلفين في الدين. وحسماً لهذه المسألة قضت المادة 12 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على أن حق الزواج يكون طبقا للقوانين الوطنية الخاصة بمباشرة هذا الحق؛ لأن الدول الأوربية تختلف حول سن الزواج وأطرافه ومنها ما يحرم الزواج بين المختلفين في الدين، وهذا الموقف الأوروبي إن دل على شيء فإنما يدل على إمكانية عدم التقيّد النصي بالقواعد القانونية الدولية المنظمة لحقوق الإنسان ومن ثمّ إمكانية فرض قيود وطنية عليها والتحفّظ بشأن أحكامها ومواءمتها بما يتفق وظروف كل دولة.

وقبل ذلك كله يجب أن يترسخ في ذهن المشرع الوطني أن الالتزام الدولي بتعزيز الحقوق والحريات الأساسية للإنسان في القانون الوطني، لا يجعل من القواعد القانونية الدولية المنظمة لهذه حقوق والحريات مبادئ فوق الدستورية؛ لأن مرتبة القانون الدولي العام في النظام القانوني الوطني تتحدد في الدستور بعد كتابته لا قبل ذلك.

المـــــراجع

أولا/ الكتب:

– الباش، حسن مصطفى، حقوق الإنسان بين الفلسفة والأديان، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، بنغازي.

– الحسني، زهير عبد الكريم، التدابير المضادة في القانون الدولي العام،

– الطائي، عادل أحمد، القانون الدولي العام (التعريف المصادر الأشخاص)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

– العبودي، محسن، مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان، دراسة تحليلية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1995.

– الفتلاوي، سهيل حسين وآخر، القانون الدولي العام، الجزء الثاني، حقوق الدول وواجباتها– الإقليم– المنازعات الدولية — الدبلوماسية، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

– الكوني، علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون 1، الطبعة 2، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1992.

– الميداني، محمد أمين، النظام الأوربي لحماية حقوق الانسان، دار البشير للنشر والتوزيع، 1989.

– علي، حسن، حقوق الإنسان، وكالة المطبوعات، الكويت، 1982.

– ضوي، علي عبد الرحمن، القانون الدولي العام، الجزء الأول: المصادر والأشخاص، الطبعة الثالثة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2008.

ثانيا/ المقالات والبحوث العلمية:

- الحسيني، زهير عبد الكريم، الرقابة السياسية الدولية لحقوق الإنسان، ندوة الأبعاد الجديدة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، منشورات المركز القومي للدراسات وبحوث حقوق الإنسان، بنغازي، الجزء الأول، 2000.
- القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، ورقة بحثية رقم 13، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية Democracy Reporting International، أكتوبر 2012.
- الدروس المستفادة من تجارب سن الدساتير، العمليات القائمة على مشاركة شعبية واسعة، مذكرة اعلامية عدد 20، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية Democracy Reporting International، نوفمبر 2011.
- كندير، عادل عبد الحفيظ، دستور 1951 في ضوء المعايير الدولية للديمقراطية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون مصراتة، 14 سبتمبر 2015، www.misuratau.edu.ly.

ثالثا/ الوثائق:

- ميثاق منظمة الأمم المتحدة لعام 1945.
- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الملحق بميثاق منظمة الأمم المتحدة لعام 1945.
- العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.
- العهد الدولي الثاني الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لعام 1966.
- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
- دستور ليبيا لعام 1951م.
- دستور الجمهورية التونسية لعام 2014.
- نسخة المسودة الثالثة لمشروع دستور الجمهورية التونسية لعام 2014.
- القانون رقم 6 لسنة 2016م بشأن تعديل أحكام القانون المدني الليبي.
- دستور كل من جنوب أفريقيا وألمانيا وسويسرا، نقلا عن:
- عرفة، عبد السلام صالح، الاتفاقيات الدولية والثنائية التي صادقت عليها ليبيا، الشركة الخضراء للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2008.