# الهامش التقديري للدول الاطراف في اتفاقيات حقوق الانسان بين التوجه الاممي ورؤية القضاء الدستوري العراقي

ا.م عبد الباسط عبد الرحيم عباس
جامعة ديالى -كلية القانون والعلوم السياسية

# Estimated margin for states party to human rights conventions Between the international orientation and the vision of the Iraqi constitutional judiciary

A. M. Abdel Basit Abdel Rahim Abbas
University of Diyala - College of Law and Political Science

**المستخلص:** ينصرف مفهوم الهامش التقديري في اطار القانون الدولي لحقوق الانسان الى مساحة الحرية المتاحة للدول الاطراف في معاهدات حقوق الانسان لتنفيذ واعمال الحقوق المحمية ، فالهامش التقديري يرتبط كمفهوم بتقاسم السلطات والصلاحيات بين الدول الاطراف في اتفاقيات حقوق الانسان ولجان الرقابة التعاقدية بشان احترام وتطبيق الالتزامات الناشئة عن اتفاقيات حقوق الانسان ، فالأصل ان ضمان وتنفيذ احترام الحقوق والحريات المحمية يترك لسلطات الدول الاطراف العامة ، فان اخفقت او عجزت او تراخت في تامين احترامها اضحت هذه المهمة الواقعة على عاتق هيئات الرقابة الاتفاقية ،فهنالك مسؤولية مشتركة تقع على عاتق السلطات الوطنية وهيئات الرقابة لتامين احترام احكام اتفاقيات حقوق الانسان . الا انه غالبا ما تبرز عقبات امام بعض الدول الاطراف تحول دون الموائمة التامة ما بين تدابيرها وما تسعى الاتفاقية الى تحقيقه ،ومن ابرز هذه العقبات التي تقف امام عالمية حقوق الانسان هي حفاظ الدول على خصوصيتها الثقافية والدينية، هذا من جانب ومن جانب اخر ، فان الدول تضطر احيانا في الظروف الاستثنائية الى التوقف مؤقتا عن اعمال بعض الحقوق في حال الخطر الذي يهدد كيان الدولة ووجودها، ومن هنا تبرز الحاجة الى استخدام الدول الاطراف سلطتها التقديرية للتوفيق بينهما. وفي ذلك ترى مفوضية حقوق الانسان ،ان التقاليد مفهوم معقد ، فلا يمكن القول عن اي مجتمع ، ايا كان موقعه الجغرافي او مستواه من التمية الاقتصادية ، انه تمثله مجموعة واحدة وشاملة من القيم المشتركة التي تهيمن على كافة المسائل الاجتماعية ، فالتقاليد والقيم تتغير مع مرور الزمن ، وتختلف نظرة مختلف الفاعلين في المجتمع اليها وتأويلهم لها، ومثلما توجد تقاليد تتماشى وحقوق الانسان ، توجد تقاليد تتعارض معها. وفي ذات

الشان ومن خلال تتبع حالة حقوق الانسان في العراق وفقا لمؤشرات المراقبين الدوليين والمنظمات غير الحكومية الدولية، ان بعض النصوص الواردة في قانون العقوبات وقانون الاحوال الشخصية المنبثقة من مراعاة القيم الدينية والتقاليد المجتمعية تتعارض ومبادئ حقوق الانسان العالمية، وهذا ما دعى المحكمة الاتحادية العليا، الى بيان موقفها تجاه ذلك لاجل بيان الاسس التي بنيت عليها تلك النصوص القانونية من حيث مراعاتها لثوابت احكام الشريعة الاسلامية والتقاليد الاجتماعية. **الكلمات المفتاحية:** الهامش التقديري، الخصوصية الثقافية، حقوق الانسان.

## Abstract

The concept of margin of state discretion in the framework of international human rights law refers to the space of freedom available to states parties to human rights conventions to apply and implement the protected rights. The concept related to the distribution of powers and terms of reference between the states parties to the human rights conventions and the contractual oversight bodies with regard to respecting and implementing the obligations arising from the human rights conventions. The principle is that implementing and ensuring respect for protected rights and freedoms had left to the public authorities of the state parties. If they fail, are incapable, or lax in ensuring their respect, this task becomes the responsibility of the convention oversight bodies. There is a joint responsibility on the shoulders of the national authorities and oversight bodies to ensure respect for the provisions of human rights conventions. However, obstacles often arise in front of some party states that prevent full harmonization between their measures and what the Convention seeks to achieve. Among the most prominent of these obstacles that stand in front of the universality of human rights is the preservation of countries' cultural and religious specificity. On the other hand, states were forced

in exceptional circumstances, to stop temporarily, exercising some rights in the event of a threat to the state's entity and existence. Hence, the need for state parties to use their discretion to reconcile them arise.The Office of the High Commissioner for Human Rights believes that traditions are a complex concept. We cannot say about any society, regardless of its geographical location or level of economic affiliation, it represented by a single and comprehensive set of common values that dominate all social issues. Traditions and values change with the passage of time. The view and interpretation of it by the various actors in society differs, and just as there are traditions that are in line with human rights, there are traditions that contradict them. In this regard, and by tracking the situation of human rights in Iraq according to the indicators of international observers and international non-governmental organizations, we find that some of the provisions contained in the Penal Code and the Personal Status Law emanating from observance of religious values and societal traditions are inconsistent with the principles of universal human rights. That is what prompted the Federal Supreme Court to state its position on this issue in order to clarify the foundations on which these legal texts were built in terms of their observance of the constants of the provisions of Islamic law and social traditions. **Keywords**: discretionary margin, cultural privacy, human rights.

**المقدمة**

ان الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان وحرياته العامة تبحث عن انشاء قاعدة حد ادنى لحماية الحقوق والحريات ، وتطلب من المشرع الداخلي ان يكفل هذه الحماية ،اذ ان تنظيم الحقوق والحريات في القانون الداخلي بعود تقليديا الى المشرع الوطني ، وبصورة عامة، فأن مسؤولية ضمان حقوق الافراد تفرض الالتزام باحترام هذه الحقوق وحمايتها وانفاذها . وتتحمل الدول الاطراف مسؤولية ضمان عدم اعاقة التمتع بالحقوق من قبل الجهات الفاعلة.

ان اتساع الميادين التي مستها الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الانسان تتطلب تعديل او اعتماد القوانين في حقل واسع من النشاط ،وان هذه الالتزامات التعاقدية للدول بموجب هذه الاتفاقيات هي غالبا التزامات بتحقيق نتيجة ، ولكنها حرة باختيار الوسائل المناسبة للوصول الى هذه النتيجة، وغالبا ما تحدد الاتفاقات الدولية نموذج التدابير الاكثر ملائمة ، وهي تدابير تشريعية وتدابير اخرى ، يفترض ان تتيح اعمال الحقوق المعترف بها للافراد. ومن الضروري ان تنتج التشريعات قواعد قانونية تضمنتها الاتفاقات الدولية لحماية الحقوق التي يمكن ان توضع موضع التنفيذ. بيد أن العالم مترابط ولكنه ليس متجانسً،فليس هناك بلد أو حضارة لا تكتسي فيها الحريات وحقوق الإنسان والمساواة أهمية كبرى، لكن هناك تصورات مختلفة لهذه القضايا. وفي ذلك يشير قرار مجلس حقوق الإنسان ٢١/١٢ في الديباجة بالتحديد إلى أن جميع الثقافات والحضارات، في عاداتها و اعرافها ومعتقداتها واديانها ، مجموعة مشتركة من القيم التي تتمسك بها البشرية جمعاء، و هذه القيم هي التي اسهمت مساهمة فاعلة في تطوير قواعد ومعايير حقوق الإنسان. ولكن ليس بالضرورة ان تتوافق محتوى الاتفاقيات مع القيم الدينية والاجتماعية لبعض الدول الاطراف فيها ، وهنا تبرز اشكالية انحياز هذه الدول لصالح تلك القيم على حساب مضمون الاتفاقيات ، وبالتالي يكون التساؤل عن امكانية الدول الاطراف في هذه الاتفاقيات من التحلل عن بعض التزاماتها مراعاتا لخصوصيتها الثقافية ؟ ام انها ملزمة ببنود تلك الاتفاقيات وان كانت تتعارض مع تلك الخصوصية ؟ واذا كان من الثابت ان اختصاص القضاء الدستوري ، اختصاص تكاملي ، ومن ذلك الرقابة على دستورية القوانين ، وتفسير المعاهدات الدولية ، مما يقتضي معرفة موقف القضاء الدستوري في العراق والمتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا ،من مراعاة القيم التقليدية في سياق حقوق الانسان ؟. وبهدف الوصول الى اجابات عن تلك التساؤلات ، لابد من تحديد مفهوم الهامش التقديري للدول الاطراف وبيان حالات استخدامه في المبحث الاول ، ومن ثم الوقوف على تحديات الهامش التقديري وموقف القضاء الدستوري العراقي منه، في المبحث الثاني.

**المبحث الأول: مفهوم الهامش التقديري وحالات استخدامه**

اذا كانت تدابير الدول الاطراف في معاهدات حقوق الانسان سواء التشريعية او غير التشريعية القائمة لا تكفل اعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقيات، فانها تتعهد باتخاذ مايلزم وفقا لاجراءاتها الدستورية ولأحكام هذه المعاهدات، ما يكون ضروريا لاجل هذا الاعمال من تدابير ادارية او تشريعية او قضائية او اية اجراءات اخرى. وفي مسعى الدول الاطراف لتحقيق المثل

العليا المشتركة التي تسعى الى تحقيقها مواثيق حقوق الانسان، تبرز عقبات امام بعض الدول الاطراف تحول دون الموائمة التامة ما بين تدابيرها وما تسعى الاتفاقية الى تحقيقه ،ومن ابرز هذه العقبات التي تقف امام عالمية حقوق الانسان هي حفاظ الدول على خصوصيتها الثقافية والدينية، هذا من جانب ومن جانب اخر ، فان الدول تضطر احيانا في الظروف الاستثنائية الى التوقف مؤقتا عن اعمال بعض الحقوق في حال الخطر الذي يهدد كيان الدولة ووجودها، ومن هنا تبرز الحاجة الى استخدام الدول الاطراف سلطتها التقديرية للتوفيق بينهما ، وهذا يدعونا الى تحديد مفهوم الهامش التقديري ، وابرز حالات استخدامه ،في مطلبين نتناول في الاول ؛المفهوم ونخصص الثاني لحالات استخدام الهامش التقديري، وفقا للاتي :

**المطلب الاول : مفهوم الهامش التقديري للدول الاطراف.**

استقر الفقه والقضاء الدوليان على عد القواعد المتعلقة بحماية حقوق الانسان وحرياته العامة من بين القواعد الدولية ذات الصفة الامرة ، كما استقر كذلك على عد الالتزامات الناتجة عن هذه القواعد من الالتزامات الموضوعية التي تسري تجاه الكافة ولا يطبق بشأنها مبدأ المعاملة بالمثل .[١]وعلى الرغم من ان هذه القواعد تم وضعها كواجبات بالتساوي بين دولة واخرى، الا انها تستهدف في المقام الأول ضمان حماية الافراد ، بوصفهم المستفيدين الحقيقين والوحيدين من هذه الحقوق .ومن هنا يبرز الطابع الالزامي للمعاهدات متعددة الاطراف التي تنظم حقوق الانسان مقارنة بالوسائل الاخرى للقانون الدولي ، فهي لا تستهدف تبادل الحقوق والواجبات بين الدول المتعاهدة . فالهدف من هذه الاتفاقيات هو حماية حقوق الافراد.[٢]

لقد تكفلت معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الانسان وحرياته العامة بالنص على انشاء اجهزة للرقابة على تطبيق احكامها عن طريق وسائل معينة نصت عليها ، وتسمى بالأجهزة التعاهدية او الاجهزة المكلفة بمراقبة تنفيذ الاتفاقيات من قبل الدول الاطراف.[٣]

يواجه المشرع الوطني في مهمته الدقيقة للتوافق بين الالتزامات المدونة في موضوع حقوق الانسان مع مبادئ نظامه القانوني المتعلق بحقوق الافراد في المجتمع ،وهذه المبادئ يمكنها ان تشكل معوقات حقيقية لتعديل التشريع الداخلي الضروري لا عمال الالتزامات الدولية .[٤]

---

[١] باسم غناوي علوان ، اثر العرف في المعاهدات الدولية ، اطروحة دكتوراه قدمت الى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٢٠ ، ص ١٦٠.وللمزيد ينظر : Louis Henkin and others,I.L.,cases and M aterials,U.S.A.1987,p.988.

[٢] كلوديو زانغي ، الحماية الدولية لحقوق الانسان ، نقله عن اللغة الايطالية فوزي عيسى، مكتبة لبنان ناشرون ، لبنان ، ٢٠٠٦، ص ٣٩.

[٣] عمر الحفصي فرحاتي واخرون ، اليات الحماية الدولية لحقوق الانسان حرياته الاساسية – دراسة في اجهزة الحماية العالمية والاقليمية واجراءاتها ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٢، ص ١٢٣.

[٤] هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية ، ترجمة : باسيل يوسف ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٤، ص ٥٣٦.

ينصرف مفهوم الهامش التقديري في اطار القانون الدولي لحقوق الانسان؛ الى مساحة الحرية المعطاة للدول الاطراف في معاهدات حقوق الانسان لنفاذ واعمال الحقوق والحريات المحمية ، فهذا الهامش، يرتبط بتوزيع السلطات والصلاحيات بين الدول الاطراف في معاهدات حقوق الانسان ولجان الرقابة والاشراف التعاهدية بشان تطبيق واحترام الالتزامات الناشئة عن اتفاقيات حقوق الانسان ، فالأصل ان ضمان وتنفيذ احترام الحقوق والحريات يترك لسلطات الدول الاطراف العامة فان اخفقت او عجزت او تراخت في تامين احترامها اضحت هذه المهمة الواقعة على عاتق هيئات الرقابة الاتفاقية فهنالك مسؤولية مشتركة تقع على عاتق السلطات الوطنية وهيئات الرقابة لتامين احترام احكام اتفاقيات حقوق الانسان ،وهنالك خطا فاصلا بين عمل السلطات الوطنية وهيئات الرقابة هو الذي يطلق عليه الهامش التقديري، وهو لا يعدو كونه الحد الذي تتنحى عنده هيئات الرقابة الاتفاقية لصالح السلطات الوطنية للدول الاطراف في اتفاقيات حقوق الانسان كي تمارس هذه الاخيرة سلطة تقديرية في تطبيق احكام اتفاقيات حقوق الانسان .[1]ان اتفاقيات حقوق الانسان ، هي تعاقدات جماعية لا تظهر فيها ارادات الدول المنفردة بصورة واضحة، ولأجل ابراز الصفة التعاقدية فيها ، فقد تمتعت الدول بسلطة تقديرية تستطيع بمقتضاها ان تحدد مضمون الحقوق الواردة فيها ووفقا للأيديولوجية السائدة في كل دولة .[2]

تمت الاشارة الى الهامش التقديري للمرة الاولى ،من قبل المحكمة الاوربية لحقوق الانسان في عام ١٩٧٦، عند نظرها في قضية ( هاندي سايد ضد المملكة المتحدة )،اذاعربت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان؛ ان مصادرة كتاب مخصص للمراهقين يحتوي على معلومات حول الجنس ،مثل ممارسة العادة السرية والعادة الشهرية ووسائل منع الحمل والشذوذ الجنسي والاجهاض والافلام الاباحية ،كما اشتمل على نصائح حول مشكل جنسية لا يشكل انتهاكا لحرية التعبير عن الراي ،كما اعتبرت المحكمة ان غياب الاجماع الاوروبي بصدد حماية الاخلاق العامة ولا سيما الاطفال ،لذلك ينبغي ترك هامشا تقديريا للدول في تفسير ضرورة الاجراءات المعنية . [3]وهو ما تم التأكيد عليه ايضا ، من قبل اللجنة المعنية بحقوق الانسان ،

[1] محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الانسان – الحقوق المحمية ، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١١، ص ٩١- ٩٢.

[2] Fattma-zohra Ksentiti ,H.R.,Environment and Development .UNEP,N(1995)p.108, وللمزيد ينظر : لمى عبدالباقي محمود العزاوي ، القيمة القانونية لقرارات مجلس الامن الدولي في مجال حماية حقوق الانسان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٠١.

[3] وقائع القضية كان ريشارد هاندي سايد مالك دار النشر "ستيدج وان" قد قام بشراء حقوق النشر البريطانية لكتاب "ذا ليتل ريد سكول بوك" الذي شارك في تأليفه سورين هانسن وجيسبر جينسن. وقع نشر الكتاب في البداية سنة ١٩٦٩ في الدنمارك ونُشرت نسخ مترجمة لهذا الكتاب لاحقا في بلجيكا وفنلندا وفرنسا وألمانيا الغربية واليونان وأيسلندا وإيطاليا وهولندا والنرويج والسويد وسويسرا وعديد البلدان غير الأوروبية.يحتوي أحد فصول الكتاب على قسم يتركّب من ٢٦

ففي تعليق اللجنة العام رقم ١٠ لعام ١٩٨٣، في معرض تعليقها على المادة(١٩)[١] من العد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ ،والخاصة بحرية التعبير عن الراي ، اكدت اللجنة على ان " الفقرة الثالثة من المادة التاسعة عشرة، تؤكد بشكل صريح على ان ممارسة حرية التعبير عن الراي تستتبع مسؤوليات وواجبات ، وعلى هذا يجوز اخضاع هذه الحرية لبعض القيود ، قد تتصل بمصالح افراد اخرين او بمصلحة المجتمع ".[٢] وفي ذات السياق، اكدت اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية في دورتها الخامسة والثلاثون لعام ١٩٨٣، وفي مستهل تعليقها السابع عشر بشان المادة الرابعة والعشرون من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمتعلقة بحقوق الطفل ،[٣] ان لكل طفل الحق في تدابير خاصة لحمايته لكونه قاصر، غير ان سن الرشد غير محددة في هذا العهد . وقد ترك تحديد هذا السن لكل دولة طرف وفقا لاحوالها الاجتماعية والثقافية ذات الصلة ، ولهذا يجب ان تحدد في التقارير المقدمة من قبلها سن الرشد فيما يتعلق بالاحوال المدنية او تحمل المسؤولية الجزائية. كما ينبغي من الدول الاطراف ان تحدد السن القانوني لعمل الطفل ، والسن التي يعامل بها معاملة

---

صفحة يتضمّن مواضيعا حول "الجنس". أرسل هاندي سايد مئات النسخ لمراجعة الكتاب وقام ببحث صحفي لتنقية المنشورات من صحف محلية ووطنية إلى صحف تعليمية وطبية. كما وقع تخصيص إعلانات لترويج الكتاب الذي صار موضع تعاليق صحفية كثيرة وكانت ردود الأفعال متباينة حول محتواه.وبعد تلقي عديد الشكاوى، طلب مدير النيابة العامة من شرطة المدينة التحقيق في الكتاب والتثبت من انتهاكه لقوانين الإباحية. وكانت النتيجة حجز أكثر من ألف نسخة للكتاب بموجب قانون المنشورات الإباحية إلى جانب أوراق الإعلانات والملصقات والرسائل المتعلقة بنشر وبيع الكتاب. وعقب ذلك، وقع إصدار مذكرات حضور ضدّ هاندي سايد لامتلاكه كتبا إباحية الغرض منها النشر للربح. أوقف هاندي سايد التوزيع وأمر المكتبات بفعل ذلك. وفي المحاكمة وُجد هاندي سايد مذنبا لامتلاكه منشورات إباحية لغرض الربح وغُرّمَ وأُمر بدفع النفقات. كما خسر القضية في الاستئناف. وعلّقت المحكمة أهمية خاصّة لحقيقة أنّ نشر الكتاب كان موجّها قبل كلّ شيء للأطفال والمراهقين الذين تتراوح أعمارهم بين ١٢ و١٨. ونظرا لمحتواه المباشر والمختزل في الأساسيات من حيث الأسلوب، كان من السهل فهمه حتّى من طرف قارئيه الأصغر سنّا. وأوضح المدّعي مخططه لتسويق الكتاب وإشهاره على نطاق واسع، كما أنّه حدّد سعرا منخفضا لبيعه واختار عنوانا يوحي بأنّه نوع من الكتيبات المخصصة للاستعمال المدرسي. بينما يحتوي الكتاب على معلومات واقعية بحتة صحيحة ومهمّة بصفة عامّة فهو يتضمّن أيضا مقاطعا كان من الممكن أن يفسرها الأشخاص الذين هم في سن مبكرة وفي مرحلة حرجة من نموهم كتشجيع على انغماسهم في أنشطة مبكرة تضرّ بهم أو حتّى على ارتكاب جرائم. كما اعتبرت المحكمة أنّ عدم اتّخاذ إجراءات ضدّ النسخة المنقحة التي اختلفت كثيرا عن النسخة الأصلية في النقاط التي هي محلّ القضية يوحي برغبة السلطات في الاكتفاء بما هو ضرورة قصوى. ولهذه الأسباب لم تجد المحكمة أيّ انتهاك لحق حرية التعبير.

[١] المادة ١٩"١. لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة.٢. لكل إنسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها.

٣. تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة ٢ من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

(أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم،

(ب) لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة".

[٢] وثيقة الأمم المتحدة.HRI\GEN\1\Rev.1

[٣] المادة ٢٤"١. يكون لكل ولد، دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب، حق على أسرته وعلى المجتمع وعلى الدولة في اتخاذ تدابير الحماية التي يقتضيها كونه قاصرا. ٢. يتوجب تسجيل كل طفل فور ولادته ويعطى اسما يعرف به. ٣. لكل طفل حق في اكتساب جنسية".

الافراد البالغين بموجب قوانين العمل. ومن الضروري ان تبين الدول كذلك السن التي يعد فيها الطفل بالغا، لأغراض الفقرتين (٢ و٣) من المادة ( ١٠). كما على عدم تحديد السن لهذه الاغراض بسن غير معقولة ، وانه لا يمكن للدول – باي حال من الاحوال – ان تتحلل من التزامها التعاهدي بموجب هذا العهد فيما يتعلق بالاطفال دون سن الثامنة عشرة بغض النظر عن بلوغهم سن الرشد بموجب قوانينها الوطنية من عدمه.

وفي معرض تعليقها رقم ١٩ لسنة ١٩٩٠،على( المادة ٢٣ –الاسرة)[١] اكدت اللجنة ان مفهوم الاسرة قد يختلف بين دولة ودولة اخرى ، وربما يختلف بين منطقة واخرى في ذات الدولة ، مما يتعذر والحالة هذه تقديم تعريف موحد لهذا المفهوم . ومع ذلك ، تشدد اللجنة على انه اذا ما اعتبرت مجموعة اشخاص وفقا للقانون والممارسة في دولة ما بمثابة اسرة ، فينبغي ان تتمتع بالحماية التي نصت عليها المادة الثالثة والعشرون . وبناء عليه، ينبغي أن تعرض الدول الأطراف في تقاريرها التعريف او التفسير الذي اعطي لمفهوم الأسرة في مجتمعها وفي نظامها القانوني. وإذا وجدت مفاهيم متعددة للأسرة في دولة ما، كالأسرة (النواة) والأسرة (الموسعة)، فينبغي الإشارة إلى ذلك مع تفسير لدرجة الحماية التي تسبغ على هذه وتلك. ونظرا لوجود أنواع مختلفة من الأسر، كالأب أو الأم المنفردين وأولادهما او كالرفيقين غير المتزوجين وأولادهما ، وينبغي للدول الأطراف أن توضح أيضا ما إذا كان القانون والممارسة الوطنيان يعترفان بهذه الأنواع من الأسر ومدى حمايتها.

وفي تعليقها العام رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٣ ، ترى اللجنة ان المادة ١٠ من العهد ،لا تتضمن اية إشارة لتحديد سن الاحداث ، في حين أنه ينبغي على كل دولة طرف أن تحدد ذلك في ضوء الظروف الثقافية و الاجتماعية والظروف الاخرى ذات الصلة.[٢]

[١] المادة ٢٣"١. الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة. ٢. يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة. ٣. لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه. ٤. تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفى حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم".

[٢] المادة ١٠من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية "١. يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية، تحترم الكرامة الأصيلة في الشخص الإنساني.٢. (أ) يفصل الأشخاص المتهمون عن الأشخاص المدانين، إلا في ظروف استثنائية، ويكونون محل معاملة على حدة تتفق مع كونهم أشخاصا غير مدانين،(ب) يفصل المتهمون الأحداث عن البالغين. ويحالون بالسرعة الممكنة إلى القضاء للفصل في قضاياهم.٣. يجب أن يراعى نظام السجون معاملة المسجونين معاملة يكون هدفها الأساسي إصلاحهم وإعادة تأهيلهم الاجتماعي. ويفصل المذنبون الأحداث عن البالغين ويعاملون معاملة تتفق مع سنهم ومركزهم القانوني".

فضلا عن ذلك ، فقد جاء التأكيد على ذلك من خلال صدور المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المعقود في فينا لعام ١٩٩٣، والذي ان حماية حقوق الإنسان و تعزيزها، مسألة ذات أولوية بالنسبة إلي المجتمع الدولي، وأن المؤتمر يتيح فرصة نوعية لإجراء تحليل شامل لنظام حقوق الإنسان الدولي ولآليات الحماية لاجل زيادة مراعاة تلك الحقوق على وجه أكمل وبالتالي تعزيزها، على نحو منصف ومتوازن. والذي جعل من مادته الاولى ، تذكيرا وتأكيدا لجميع الدول بمراعاة حماية وتعزيز حقوق الانسان ،والتي جاءت بالنص على تاكيد المؤتمر بالتزام جميع الدول بالوفاء بالتزاماتها المتعلقة بتعزيز و احترام حقوق الإنسان والحريات العامة ومراعاتها وحمايتها علي الصعيد العالمي وفقا لميثاق منظمة الأمم المتحدة والصكوك الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان. ولا تقبل الطبيعة العالمية لهذه الحقوق والحريات أي نقاش.وفي هذا الإطار، يعتبر تعزيز التعاون الدولي في مجال حقوق الإنسان أساسيا لتحقيق مقاصد الأمم المتحدة تحقيقا كاملا. وإن حقوق الإنسان والحريات الأساسية هي حقوق يكتسبها جميع الافراد بالولادة، وإن حمايتها وتعزيزها هما المسؤولية الأولى الملقاة على عاتق الدول. ونراه قد اقر بالسلطة التقديرية للدول الاطراف لتنفيذ التزاماتها التعاهدية وفقا لاعتبارات القيم التقليدية وموروثها الثقافي ، فقد نصت المادة الخامسة منه ، على ان جميع حقوق الإنسان عالمية و متشابكة ومترابطة وغير قابلة للتجزئة ، وينبغي علي المجتمع الدولي أن يعامل حقوق الإنسان علي نحو شامل وبطريقة متكافئةومنصفة ، وعلي قدم المساواة، وبنفس القدر من التركيز. ويجب ان توضع في الاعتبار الخصوصية الوطنية والإقليمية ومختلف الخلفيات الدينية والثقافية والتاريخية، وانه من واجب الدول و بصرف النظر عن نظمها السياسية والثقافية والاقتصادية، حماية وتعزيز حقوق الانسان وحريات العامة .

**المطلب الثاني: حالات استخدام الدول الاطراف للهامش التقديري**

ان التزامات الدول في مجال حقوق الانسان هي التزامات قانونية ناتجة عن المعاهدات التي صادقت عليها او انضمت اليها، وليس عن التزامات ادبية . وينبغي على جميع الدول ، بصرف النظر عن توجهاتها الفلسفية تجاه حقوق الانسان ، ان تحترم الالتزامات المتعلقة بحقوق الانسان التي تعهدت بها .ويمكنها ان تبقى وفية لمعتقداتها الفلسفية الخاصة بها بقدر ما يسمح به هذا النظام القانوني،[١]وهو ما سوف نسلط الضوء عليه وفقا للاتي :

**اولا– الخصوصية الثقافية والدينية**

[١] Merrills ,"The development of international law by the euoropen Court of humen rights ",Manchester :Manchester university press,1995,p.221.

للقيم خصوصية في الحياة الانسانية ، فالناس نمو قدراتهم على الظاهر والاشياء التي تحيط بهم وتلبي احتياجاتهم والتي يتصرفون ازائها على نحو يقيمونها ويقدسونها ، ويسترشدون بها ، وللقيم اهمية اساسية في الوقت الراهن ، وسبب ذلك يعود الى عملية التجديد الجارية في جميع مناحي الحياة الاجتماعية حملت الكثير من الظواهر الايجابية ،وفي ذات الوقت ظواهر سلبية ، فقد نتج عن التقدم العلمي والتكنولوجي و خصوصا الانترنيت مواقف سلبية متزايدة تجاه التقاليد والتاريخ والثقافة ، وبدأ يتمخض عن ذلك فقدان القيم ، مما يستعي هذا الوضع ان يكون دور القيم هو الحفاظ على استقرار المجتمع ، وتستخدم القيم بعدها احد المفاهيم الاساسية في الفكر الاجتماعي الحديث ، للدلالة على الظاهر والاشياء ، وخصائصهما ، والافكار التي تجسد المثل العليا الاجتماعية ومن ثم تشكل محور مرجعية ضرورية .

ويؤكد اعلان الالفية ، الذي تم اعتماده اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة ٢/٥٥ لعام ٢٠٠٠، ان هناك قيما اساسية ذات اهمية فاعلة في العلاقات الدولية ويتمثل ذلك ؛ في قيم الحرية والمساواة والتسامح والتضامن واحترام البيئة ، وتوزيع المسؤولية بين دول العالم في ادارة التنمية الاقتصادية والاجتماعية على المستوى العالمي .[١]

لعل ما يزيد تعريف الثقافة عسرا بالإضافة الى صيغتها المجردة واتساع حدودها ، كثرة التعريفات الناجمة بدورها عن ذلك ، اذ يذكر ان عددها بلغ حوالي ثلاثمائة تعريف منذ القرن التاسع عشر حتى الان ، والتي تدور جميعها حول مجمل القيم والمؤسسات وانماط التفكير والسلوك والاحساس التي تشترك فيها مجموعة بشرية وتتناقلها اجتماعيا فتكرس النشاط الانساني في علاقته الثلاثية بالانسان والطبيعة والمقدس.[٢]

إن العالم تعددي بطبيعته ،ويحتوي على العديد من النماذج التنافسية من المجموعات البشرية، التي تعبر عن نفسها في منظومات متباينة من القيم الثقافية والحضارية والدينية وللدين دورا بارزا في كل حضارة. ويتمتع الدين في الغالب بالهيمنة في الثقافة ،كما ان في احيانا كثيرة لا يمكن فصل الاحكام القانونية عن تعاليم الدين .وللعامل الديني ادوار مختلفة في تطور الحضارات والمجتمعات ،فنجده مؤثرا وحاسما كما هو الحال في الشريعة الاسلامية ،الا

[١] دراسة أولية بشأن تعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية عن طريق تحسين فهم القيم التقليدية للبشرية أعدها البروفيسور فلاديمير كارتاشكين، مقرر فريق الصياغة التابع للجنة الاستشارية وثيقة الامم المتحدة A/HRC/AC/8/4

[٢] الطيب البكوشي، حقوق الانسان – مفاهيمها واسسها، منشورات المعهد العربي لحقوق الانسان ، تونس ، ٢٠٠٣، ص ٩٣-٩٦.

انه يتمتع بوضع مستقل في البلدان الاوربية الغربية ،فضلا عن محاولات الغاء الدين بشكل كامل في الفكر الشيوعي .

وبالمقابل، يعد الدين احد المتغيرات الرئيسة في المجتمعات الانسانية ، الى درجة ان بعض الفلاسفة اتخذ من الدين عنصرا للتفرقة بين الانسان وما عداه من الكائنات ، فلانسان عند هيجل ((حيوان متدين )) لان الانسان الوحيد الذي يمكن ان يكون له ديانه، اما الحيوانات فانها تفتقر لذلك قدر افتقارها للقانون وللأخلاق.[١]

ومثلما تثور اشكالية تحديد مفهوم القيم الثقافية ، تبرز ذات الاشكالية في تعريف الدين ، اذ يرى جوناثان سميث ، انه لا يمكن تعريف الدين ، بل يمكن تعريفه بوسائل عدة تصل الى خمسين وسيلة تتراوح بين النجاح والاخفاق .[٢] كما ان النصوص الدينية تتصف بالطابع الابداعي ، مما يجعل نصوصها قابلة للتأويل ويتطلب الاجتهاد لفهمها ، وبالاخص المطلق الذي يتصل بالمقاصد العامة ، وبعضها ظرفي يتعلق باسباب النزول ، وان الولوج الى اللب يستدعي الوقوف على المقاصد التي تثير ما يعد ظرفيا وتضفي عليه بعدا نسبيا .[٣] وتفترض المعرفة التقليدية ان الدين في حالة تراجع في المجتمعات الغربية ، لان قوى التجديد (الحداثة) ، والعلمانية بالذات ، قوية جدا ، ولان القوة الدينية التي كانت سابقا مسيطرة في الحياة العامة قد تعرضت لتدهور وتقلص شديدين .[٤]

وفي هذا الصدد ،تؤكد اليونسكو من خلال الاعلان العالمي الخاص بالتغاير الثقافي لعام ٢٠٠١، انه ينبغي ان ينظر الى الثقافة بانها السمات المادية والفكرية والروحية والعاطفية التي يتصف بها مجتمع ما او مجموعة اجتماعية ،وهي تضم نظم القيم والتقاليد والمعتقدات . واكد الاعلان في مادته الرابعة على ان حقوق الانسان ضمانة للتنوع الثقافي ،وان الدفاع عن هذا التنوع واجب أخلاقي لا يمكن فصله عن احترام الكرامة الانسانية، فهو يفترض الالتزام باحترام حقوق الإنسان وحرياته العامة، وخاصة حقوق الاقليات والسكان الاصليين. ولا يتخذ التنوع الثقافي مسوغا للتضييق اوانتهاك حقوق الانسان المكفولة بموجب المواثيق الدولية .

وفي ذات التوجه ،اكد ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لعام ٢٠٠٠، على ان الاتحاد الاوربي ، يسهم في المحافظة على القيم المشتركة وتطويرها والتي تتمثل بالحرية

---

[١] محمد عاشور مهدي ، التعددية الاثنية –ادارة الصراعات واستراتيجيات التسوية ، المركز العلمي للدراسات السياسية ، عمان ، ٢٠٠٢، ص ٤٥ – ٤٦.

[٢] مالوري ناي ، الدين الاسس ، ترجمة : هند عبدالستار ، الشبكة العربية للابحاث والنشر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩، ص ٣٧.

[٣] الطيب البكوش ، مصدر سبق ذكرة ، ص ١٠٦.

[٤] المصدر نفسه، ص ٢٩١.

والمساواة وسيادة القانون والديمقراطية والكرامة ،مع ايلاء الاحترام للتنوع الثقافي ومختلف التقاليد للشعوب الاوربية.

اذا كانت كافة الشعوب تقر بغالبية مبادئ حقوق الانسان ،فان هناك جانبا منها تختلف حيالها نظرة الشعوب باختلاف السمات الثقافية المميزة لها وديانتها وتقاليدها الثقافية .

ان حقوق الانسان حتى وان كان لها نزعة عالمية ، تتطلب غالبا اسسا ذات طابع اقليمي ، والتأكيد على وجود حد ادنى لا يمكن اغفاله ،و التأكيد على ان ما لا يمكن قبوله داخل مجتمع متقدم ومزدهر يمكن ان يصبح مقبولا داخل مجتمع يكافح في صراعه ضد الجوع ليس الا برهانا على ان حقوق الانسان التي قبلت عالميا ، يمكن ان تتأثر بالوضع الراهن في اقليم معين او حتى في مجتمع بعينه وهذه الملاحظة ينبغي قبولها بحذر لا نه اذا اخذت على عوانها فأنها يمكن ان تقودنا الى انكار وجود حقوق عالمية للإنسان لتبرير حقوق معينة فقط ، تخص كل مجتمع على حده، ولتقديم بعض الامثلة على ذلك تكفي الاشارة الى الوضع في بعض الدول الافريقية التي لا تزال تسود فيها حتى اليوم عادات وتقاليد القبائل المختلفة ، وهي بالطبع لا تتفق وحقوق الانسان بمفهومها العالمي ،وبالمثل ليس من الصعب الكشف عن سلسلة من القواعد الخاصة بالقانون الجنائي والعلاقات الاسرية ، التي تنبع من الشريعة الاسلامية ، وتمثل اليوم القانون الوطني للعديد من الدول العربية .[1]بل ان الدول الغربية ذاتها، ترفض احترام جميع الحقوق ، ويتضح ذلك جليا في ديباجة اتفاقية حقوق الانسان والحريات الاساسية الاوربية لعام ١٩٥٠،التي اكدت على ان الدول الاوربية ذات التراث المشترك في الحرية والتقاليد السياسية وسيادة القانون ، عقدت العزم على اتخاذ خطوات اولى بشان التنفيذ الجمعي لبعض الحقوق التي نص عليها الاعلان العالمي .[2]

وهنا ينبغي الحذر من الانزلاق الذهني للخلط مبين الهامش التقديري للدول الاطراف ونظام التحفظ على بنود الاتفاقية ، ويقصد بالتحفظ وفقا لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ ، بأنه اعلان من جانب واحد ،ايا كانت صيغته او تسميته ،تصدره دولة ما عند توقيعها او تصديقها او قبولها او اقرارها او انضمامها الة معاهدة ، مستهدفة به استبعاد او تغيير الاثر القانوني لبعض احكام المعاهدة من حيث سريانها على تلك الدولة .

[1] كلوديو زانغي ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٢٤.

[2] سرور طالبي الملا ، عالمية حقوق الانسان والخصوصية العربية الاسلامية، مجلة الجنان لحقوق الانسان ، طرابلس ، لبنان ، العدد الثالث ، ٢٠١٢، ص ٤.

كما حددت وقت ابداء التحفظات وموانعه في المادة التاسعة عشرة ، ان للدول ان تبدي تحفظها عند التوقيع او التصديق او قبولها او اقرارها او الانضمام اليها ، الا اذا حظرت المعاهدة هذا التحفظ او اذا نصت المعاهدة على جواز وضع تحفظات محددة ليس من بينها التحفظ المعني ، او ان يكون التحفظ منافيا لموضوع المعاهدة غرضها . الا ان اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية اعربت في تعليقها العام رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٤ ، وبالنظر الى الطبيعة الخاصة لمعاهدات حقوق الانسان ، فان توافق تحفظ ما مع موضوع المعاهدة وهدفها ينبغي ان يحدد بصورة موضوعية من خلال الرجوع الى المبادئ القانونية ، وان اللجنة مؤهلة لاداء ذلك ، وان ما يترتب على عدم قبول التحفظ لا يعني عدم سريان العهد بصورة مطلقة بالنسبة للطرف المتحفظ بل ان هذا التحفظ يكون قابلا للفصل ، ومعنى ذلك نفاذ التعهد تجاه الطرف المتحفظ وعدم استفادته من التحفظ . [١]

ولكون اتفاقيات حقوق الانسان تتسم بطابع خاص فان تحفظ دولة ما ينبغي ان يتوافق وهدف الاتفاقية ، ومدى هذا التوافق ينبغي ان يحدد بصورة موضوعية بالرجوع الى المبادئ القانونية ، واللجان التعاقدية لها من الميزات ما يجعلها مؤهلة الاداء هذه المهمة، لكون طبيعة معاهدات حقوق الانسان تختلف عن باقي المعاهدات الاخرى ، لكونه الغاية منها ليس ترتيب التزامات على دولة ما تجاه الدول الاخرى، وانما حماية الافراد الخاضعين للولاية القضائية للدول الاطراف .

وقد اعربت اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية ، في تعليقها العام رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٤ ،. ان النتيجة التي تترتب بشكل عام على عدم قبول التحفظ لا تتمثل في عدم سريان العهد تماما تجاه الطرف المتحفظ ، بل ان هذا التحفظ قابلاً للفصل ، مما يعني ذلك؛ ان العهد يكون نافذاً تجاه الطرف المتحفظ دون استفادته من التحفظ .وفي ذات الصدد ،و لاجل ان يتفق التحفظ مع موضوع العهد واهدافه ، مما ينبغي على الدول استحداث اجراءات لضمان ذلك .

ومن المستحسن على الدول التي تبدي تحفظا ان تشير بعبارات محددة الى التشريعات او الممارسات الوطنية التي ترى انها لا تتوافق والتزامات العهد التي تحفظت عليها ، مع تحديد المدة الزمنية التي تحتاجها لموائمة تشريعاتها مع بنود العهد ، او بيان موانع ذلك ،فضلا عن ذلك ،يقتضي من الدول ايضا ،ان تعيد النظر في ضرورة الابقاء على هذه التحفظات بشكل دوري ومراعاة الملاحظات والتوصيات المقدمة من اللجنة عند نظرها في تقارير الدول. وان

[١] وثيقة الأمم المتحدة A/50/40، المرفق الخامس.

تسحب الدول التحفظات في اقرب فرصة ممكنة ، ويجب على الدول ان تضمن تقاريرها المقدمة الى اللجنة جميع الاجراءات التي اتخذتها لمراجعة هذه التحفظات او اعادة النظر فيها او سحبها.[١]

**ثانيا- حالة الطوارئ:**

لا يوجد تعريف فقهي متفق عليه لحالة الطوارئ ، ولكن جميع التعاريف التي سيقت بشأنها تدور حول فكرة واحدة تتمثل في كونها، نظام دستوري يخول السلطة المختصة بموجب القانون صلاحيات استثنائية خاصة لمواجهة الحالة الطارئة التي تمر بها البلاد حماية للصالح العام .[٢]

وتقسم حالة الطوارئ الى نوعين: حالة الطوارئ او الاحكام العرفية الحقيقية ( حالة الطوارئ او الاحكام العرفية العسكرية ) وتعلن في حالة وقوع حرب فعلية او حينما يحاصر العدو الدولة او اراضي منها ، او ما شاكل من هذه المخاطر .اما النوع الثاني ؛ هو حالة الطوارئ او الاحكام العرفية الصورية ( حالة الطوارئ او الاحكام العرفية السياسية ) ويسعى هذا النوع الى تقوية السلطة التنفيذية ، وتعلن هذه الحالة حين قيام خطر داهم يهدد امن وسلامة الدولة ، كالتهديد بقيام حرب او حدوث اضطرابات داخلية ، او وقوع كارثة طبيعية كالفيضان ، ويعمل هذا النظام على تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطتين التشريعية والقضائية من خلال انتزاع بعض صلاحياتهما ومنحها استثناء للسلطة التنفيذية .[٣]

ولكون حالة الطوارئ تبيح للدول سلطة تقديرية في عدم التقيد بالالتزامات المترتبة عليها بموجب المواثيق الدولية ،كان ذلك مدعاة للجنة المعنية بحقوق الانسان ،لان توضح وتوكد ضوابط وشروط اعلان حالة الطوارئ ، والضمانات اللازمة لحماية حقوق الافراد وحرياتهم العامة ،وفي ذلك تؤكد اللجنة المعنية بحقوق الإنسان تعليقها العام رقم ٢٩ لعام ٢٠٠١، بخصوص المادة الرابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، والمتضمنة التحلل من التزامات العهد اثناء حالة الطوارئ ،[٤] لكون هذه المادة تجيز للدول الاطراف في العهد ،عدم التقيد

---

[١] وثيقة الأمم المتحدة A/50/40، المرفق الخامس.

[٢] اضين خالد عبدالرحمن ، ضمانات حقوق الانسان في ظل قانون الطوارئ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان، الاردن ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٧ .

[٣] علي يوسف الشكري ، الزمان والمكان في النص الدستوري – دراسة مقارنة ، العلمين للنشر ، النجف الاشرف ، العراق ، ٢٠٢٢، ص ١٥٤-١٥٥.

[٤] المادة ٤: ١. في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي. ٢. لا يجيز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد ٦ و ٧ و ٨ (الفقرتين ١ و ٢) و ١١ و ١٥ و ١٦ و ١٨. ٣. على أية دولة طرف في هذا العهد استخدمت

بصورة منفردة ومؤقتة ببعض التزاماتها المترتبة وفقا للعهد. الا ان عدم التقيد ينبغي ان يكون استثنائيا ومؤقتا. وانه يجب على الدول وقبل ان تلجئ الى المادة الرابعة ان يتوافر شرطان اساسيان هما : ان تكون هناك حالة طوارئ عامة تهدد حياة الامة ،على ان يتم الاعلان عنها رسميا، والاخير ضروري جدا للحفاظ على مبدأي سيادة القانون والمشروعية ، كما يتعين على الدول اثناء حالة الطوارئ ان تتصرف في سلطاتها الاستثنائية المحددة دستوريا ، وهنا يتمثل دور اللجنة في رصد فيما اذا كانت القوانين الوطنية تمتثل وتكفل المادة الرابعة.مما تكون الدول والحالة هذه ملزمة ان تضمن تقاريرها المقدمة الى اللجنة معلومات مفصلة ودقيقة عن تلك القوانين والممارسات عند ركونها لسلطتها الاستثنائية اثناء حالة الطوارئ.

كما تعتقد اللجنة ؛ انه من المحتمل جدا تقييد بعض حقوق العهد مثل حرية الاجتماع وحرية التنقل التي تكون كافية بوجه عام في مثل هذه الحالات ،واما عن باقي الحقوق المكفولة بموجب العهد ، فقد اكدت اللجنة في الفقرة السابعة من التعليق على لا يجوز عدم التقيد بالمواد التي تكفل الحق في الحياة ، وتحريم التعذيب والمعاملات القاسية واللاانسانية او المهينة ، او الخضوع الى تجارب طبية او علمية دون موافقة ، وكذلك المواد التي تكفل حظر الرق والعبودية والاتجار بالرقيق وحظر سلب حرية أي انسان بسبب عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي ، مبدأ المساواة في مجال القانون الجنائي، اي اشتراط أن يقتصر الاستناد في تقرير كل من المسؤولية عن ارتكاب الجريمة والعقاب عليها على أحكام واضحة ودقيقة في القانون الذي كان موجوداً وساري المفعول وقت حدوث الفعل أو الامتناع عنه، باستثناء الحالات التي يصدر فيها قانون ينص على عقوبة أخف(م. ١٥ ) ، ولكل إنسان الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية(م.١٦)، وحرية الفكر والوجدان والدين(م.١٨). فهذه الحقوق المكفولة بموجب تلك الاحكام هي حقوق لا يجوز التحلل منها لكونها منصوص عليها في المادة (٤/ ٢). وينطبق ذات الامر ، بالنسبة للدول الاطراف في البروتوكول الثاني الملحق بالعهد ، بشان تعهدها بالغاء عقوبة الاعدام ، واما من الجانب المفاهيمي، فإن وصف أي حكم من أحكام العهد بانه حكم لا يجوز تقييده لا يعني عدم امكانية تبرير فرض اية قيود او حدود بشأنه على الاطلاق. وتبين الإشارة الواردة في المادة( ٤ / ٢) الى المادة ١٨، وهي حكم يتضمن نصاً محدداً بشأن القيود الواردة في فقرتها ٣، أن جواز فرض القيود لا علاقة له بمسألة عدم التقيد. وحتى في الأوقات التي تحدث فيها أشد حالات الطوارئ العامة خطورة، يجب على الدول التي تتدخل في حرية

حق عدم التقيد أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فورا، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، بالأحكام التي لم تتقيد بها وبالأسباب التي دفعتها إلى ذلك. وعليها، في التاريخ الذي تنهى فيه عدم التقيد، أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطريق ذاته.

الفرد في المجاهرة بدينه أو معتقده أن تبرر أفعالها بالرجوع الى الشروط المحددة في (م١٨/ ٣). وقد أعربت اللجنة في مناسبات عديدة عن قلقلها إزاء الحقوق التي لا يجوز تقييدها وفقاً للمادة( ٤/ ٢ )، ذلك اما لانه لم يتم التقيد بها او لوجود خطر عدم التقيد بها بسبب اوجه القصور في النظام القانوني للدولة الطرف.[١]

وعلاوة على ذلك، اشارة اللجنة على ان ينبغي عدم تعارض التدابير التي لا تتقيد ببنود العهد مع التزامات الدولة الطرف بموجب القانون الدولي ولا سيما قواعد القانون الدولي الانساني .

كما اكدت على انه اعتبار المادة الرابعة من العهد، بمثابة تبرير لعدم الالتزام بالعهد في حال انطواء عدم الالتزام المذكور على خرق للالتزامات الدولية الأخرى المفروضة على الدولة، سواء اكانت هذه الالتزامات قد فرضت بموجب اتفاقية او القانون الدولي العام. ويتجلى ذلك أيضاً في (٥ / ٢)من العهد التي تضمنت عدم جواز فرض أي تضييق او قيود على حقوق الانسان الاساسية المكفولة بموجب معاهدات اخرى بذريعة ان العهد لا يعترف بهذه الحقوق او ان اعترافه بها في اضيق الحدود .

كما اكدت في ذات التقرير ، في الفقرة ١٧ منه على ؛ التزام الدول الاطراف في حال عدم التقيد بنظام الاخطار الدولي ،فيجب على الدولة التي تستخدم عدم التقيد ينبغي ان تعلم الدول الاطراف الاخرى على وجه الفور ، عن طريق الامين العام للامم المتحدة ، بالبنود التي لا تتقيد بها واسباب اتخاذها هذه التدابير ،وتكمن اهمية هذا الاخطار ليس لمهام اللجنة في تقييم ما اذا كانت الدولة الطرف قد اتخذت هذه التدابير في اضيق نطاق يتطلبه الوضع ، وانما لكي تتمكن باقي الدول الاطراف من رصد الامتثال لبنود العهد ،وبسبب الطابع الموجز لاخطارات ماضية ، اكدت اللجنة على انه ينبغي ان يتضمن الاخطار المقدم من الدول الاطراف معلومات وافية بشان التدابير المتخذة من قبلها وان يتضمن تفسيرا واضحا لاسباب ذلك مشفوعا بجميع الوثائق حول قوانينها ، كما تلتزم الدول بتقديم اخطارات اضافية فيما اذا اتخذت تدابير اخرى وفقا للمادة الرابعة ،كان تمدد حالة الطوارئ لفترة اخرى ،كما ان هذا الاشتراط بالاخطار الفوري ينطبق كذلك على حالة انهاء حالة الطوارئ، الا ان المؤشر عدم احترام الدول لهذه الالتزامات ؛ فاغلب

[١] انظر التعليقات/الملاحظات الختامية التالية: الجمهورية الدومينيكية (١٩٩٣)، CCPR/C/79/Add.18، الفقرة ٤؛ الأردن (١٩٩٤)، CCPR/C/79/Add.35، الفقرة ٦؛ نيبال (١٩٩٤)، CCPR/.C/79/Add.42، الفقرة ٩؛ الاتحاد الروسي (١٩٩٥)، CCPR/C/79/Add.54، الفقرة ٢٧؛ زامبيا (١٩٩٦)، CCPR/C/79/Add.62، الفقرة ١١؛ غابون (١٩٩٦)، CCPR/C/79/Add.71، الفقرة ١٠؛ كولومبيا (١٩٩٧)، CCPR/C/79/Add.76، الفقرة ٢٥؛ إسرائيل (١٩٩٨)، CCPR/C/79/Add.93، الفقرة ١١؛ العراق، (١٩٩٧) CCPR/C/79/Add.84، الفقرة ٩؛ أوروغواي (١٩٩٨)، CCPR/C/79/Add.90، الفقرة ٨؛ أرمينيا (١٩٩٨)، CCPR/C/79/Add.100، الفقرة ٧؛ منغوليا (٢٠٠٠)، CCPR/C/79/Add.120، الفقرة ١٤؛ قيرغيزستان (٢٠٠٠) CCPR/CO/69/KGZ، الفقرة ١٢.

الدول الاطراف لم تخطر باقي الدول الاطراف عن طريق الامين العام للامم المتحدة عند الانها لحالة الطوارئ وما ترتب عليها من تدابير عدم التقيد ببعض احكام العهد ،كما اهملت في احيان كثيرة تقديم اخطار بالتغييرات الحاصة اثناء اعلان حالة الطوارئ ،وقد تأكد للجنة في احيان كثيرة و بصورة عرضية اثناء نظرها في تقارير الدول الاطراف وجود حالة طوارئ وان الدولة الطرف لم تتقيد بالتزامات العهد ،كما تؤكد اللجنة ان واجبها رصد تشريعات وممارسات الدولة الطرف لتحديد مدى امتثالها للمادة الرابعة بغض النظر عن تقديم الدولة لهذا الاخطار من عدمه .

**المبحث الثاني :تحديات الهامش التقديري وموقف القضاء الدستوري العراقي منه**

تشكل الخصوصية الثقافية التي لا تتوافق في كثير من الاحيان مع عالمية نصوص ومبادئ حقوق الانسان التي تتضمنه المواثيق الدولية تحديا كبيرا ،وفي خضم هذا التنازع يظهر دور القضاء الدستوري ليقرر الكلمة الفصل في التوافق والتضاد بين محتوى النصوص التشريعية الواردة في الدساتير والتشريعات العادية والمبادئ الواردة في المواثيق الدولية ،وهذا يوعونا الى تقسيم المبحث الى مطلبين ، نخصص الاول للبحث في عالمية حقوق الانسان والخصوصية الثقافية ،ومن ثم البحث في موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من ذلك في المطلب الثاني ، وفقا للاتي :

**المطلب الاول : الخصوصية الثقافية وعالمية حقوق الانسان**

ان مراعاة القيم التقليدية في سياق حقوق الإنسان تثير مسألتين: تتمثل الاولى في مدى توافق تنوع القيم مع عالمية حقوق الانسان؟ وهل يمكن ان يتوافق أخذ التقاليد في الحسبان مع الحريات الشخصية، في المسالة الثانية؟ وهذا يدعونا الى تحديد المقصود بعالمية حقوق الانسان ، والتي تعني وجود مبادئ دولية لحماية حقوق الانسان تلزم جميع الدول بتطبيقها .[١] اي توجهها الى جميع افراد البشرية دون تمييز او استثناء لأي سبب ، كما تعني ايضا انها اصبحت جزءا من ثقافة وفكر ونظام جميع شعوب الارض ، وان هذه العالمية والشمولية لا تنفي الخصوصية ، اذ ان اي صك من صكوك حقوق الانسان اذا اريد له ان يطبق لا بد ان يكون متسقا وثقافة الشعوب وهويتها الخاصة ، والطابع العالمي لحقوق الانسان لا يغفل الثقافات الخاصة المتنوعة لشعوب العالم ، بل المسألة مسألة تواصل وحوار ،اذ ان كل ثقافة قومية

[١] سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الانسان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩، ص ٥٢.

جديرة باسمها لا بد من ان تكون عالمية الغاية بالضرورة ، ولا سيما وان حقوق الانسان ليست من عطاء شعب دون اخر .[١]

ان الارتباط بالقيم التقليدية هام في ضمان الا يكون احترام حقوق الانسان قائما على الخوف من العقوبة فقط، وانما على قناعات راسخة الجذور ويمكن للتقاليد ان تكون احد افضل الوسائل ، لكونها تؤثر على السلوك من الداخل من غير اكراه ، وهذا مدعاة للربط بين حقوق الانسان والقيم التقليدية.[٢]

ان التضاد الكائن بين عالمية حقوق الانسان وخصوصية الشعوب الثقافية ، ليس مجرد تعارض صوري او صراع يتم توظيفه سياسيا او ايديولوجيا ، بل هو تضاد قد يضيق او يتسع بين مرجعيتين متناقضتين ، ففي مرحلة اولى تدخل مرجعية الخصوصية الثقافية في حالة تنافس لاثبات تفوقها وقدرتها في تنصيص حقوق الانسان وحرياته العامة ،واللجوء الى التأويل والاجتهاد والبحث في تراثها للتكيف مع التوجه العالمي الذي تفرضه الثقافة الحديثة ، وبالمقابل وفي مستوى ثاني ، تجد هذه المرجعية نفسها مجبرة الى تحصين نفسها والدفاع عن وجودها تجاه عالمية حقوق الانسان فتنغمس في تصفية القيم العالمية للدفاع عن الذات وترسيخ الخصوصية .[٣]ومن خلال اعمال حلقة العمل الخاصة بالقيم التقليدية التي عقدت في سويسرا عام ٢٠١٠، عملا بقرار مجلس حقوق الإنسان ٢١/١٢بمشاركة خبراء يمثلون حضارات ونظمًا قانونية مختلفة، وكذا موفدين من جهات معنية من دول وأكاديميين ومنظمات حكومية دولية ومنظمات المجتمع المدني.،ذكر مندوب من الولايات المتحدة الأمريكية أن تصور" القيم التقليدية " الفضفاض لا يزال تصورا مثيرا للإرباك . فمفهوم" القيم التقليدية"، وهو مفهوم غريب عن قانون حقوق الإنسان، يمكن أن يقوض المبادئ العالمية المنصوص عليها في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، مثل حقوق المرأة وحقوق الأقليات وغيرها من الفئات المستضعفة . فمصطلح" القيم التقليدية "لم يعرَّف ولم يُفسَّر بوضوح، ولذلك فهو مبهم ومفتوح على مصراعيه إلى درجة إمكانية استخدامه لشرعنة الاعتداءات على حقوق الإنسان . فالطابع المتأصل لتقليد من التقاليد هو أنه يتطور ، فما يعتبر تقليديًا يُعترض عليه ويُعاد تعريفه باستمرار .ففي وقت من الأوقات، كانت العبودية وحرمان المرأة من حقوقها من التقاليد؛ أما اليوم، فقد اعتمدت معظم

[١] طارق زيادة ، حقوق الانسان – مفاهيمها واسسها ، منشورات المعهد العربي لحقوق الانسان ، تونس، ٢٠٠٣، ص ٤٧.
[٢] وثيقة الامم المتحدة :AlHRCl16l37
[٣] صوفي كهيينه وروني نذير ، حقوق الانسان بين العالمية والخصوصية الثقافية ،رسالة ماجستير قدمت الى مجلس جامعة عبدالرحمن ميرة ، بجاية ، الجزائر ، ٢٠١٤، ص ٦٠.

البلدان تقاليد مختلفة الى حد بعيد إزاء الأقليات العرقية والمرأة . وقد أساء البعض استخدام فكرة القيم التقليدية لتبرير المعاملة التقييدية وغير العادلة لمجموعات المثليات أو المثليين ومزدوجي الميل الجنسي ومغايري الهوية الجنسية[١]..

وترى مفوضية حقوق الانسان ،ان التقاليد مفهوم معقد ، فلا يمكن القول عن اي مجتمع ، ايا كان موقعه الجغرافي او مستواه من التمية الاقتصادية ، انه تمثله مجموعة واحدة وشاملة من القيم المشتركة التي تهيمن على كافة المسائل الاجتماعية ، فالتقاليد والقيم تتغير مع مرور الزمن ، وتختلف نظرة مختلف الفاعلين في المجتمع اليها وتأويلهم لها، ومثلما توجد تقاليد تتماشى وحقوق الانسان ، توجد تقاليد تتعارض معها .[٢]

وفي ذات السياق؛ اكدت اللجنة المعنية بالقضاء على اشكال التمييز ضد المرأة بموجب التوصية العامة التاسعة عشرة ، على ان المواقف التقليدية حيال تبعية المرأة للرجل ، والادوار النمطية ، تديم الممارسات التي تنطوي على العنف والاكراه ، مثال ذلك الزواج بالاكراه ، وختان الاناث ، والاعتداء بمواد حارقة ، وهذه الممارسات والتعصب قد تبرر العنف على اساس الجنس بوصفه مظهرا من مظاهر تبعية النساء للرجال والتحكم بهن [٣].

وفي موقف غير بعيد عما سبقه ، تؤكد منظمة (هيومن رايتس ووتش) ،عندما تعلو القيم التقليدية على مبادئ حقوق الانسان يتحمل تبعات ذلك كثير من الجماعات والفئات ، وخصوصا النساء اللائي يقع على عاتقهن عبئ علو احترام المعايير الحضارية والقيم ، مما ينعكس سلبا على حقوقهن ، اذ غالبا ما تستخدم القيم لتبرير الاكراه على الزواج في افغانستان ، وجرائم بداف الشرف في العراق ، وكشوف العذرية في اندونيسيا . وتؤكد اضا ان الغاء تحديد الحدود الدنيا للزواج في بنغلادش عام ١٩٩٩ ،بأسانيد دينية كان له الاثر الواضح على تزويج فتيات بعمر دون الثامنة من رجال اكبر سنا [٤]

كما يرى الاتحاد الاوربي؛ ان فكرة القيم التقليدية تخضع لتأويل فضفاض ، ومع غياب تعريف عالمي لمفهومها يجعل من الصعب التعبير عنها بلغة حقوق الانسان ، وانه ينبغي التشبث بعالمية حقوق الانسان وانه لا يمكن لأية تقاليد تبرير انتهاكات حقوق الانسان او رسم حدود لها

[١] حلقة عمل عن القيم التقليدية للبشرية، وثيقة الامم المتحدة : A/HRC/16/ 37

[٢] المصدر نفسه، ص ٤.

[٣] دراسة للجنة الاستشارية لمجلس حقوق الإنسان بشأن تعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية عن طريق تحسين فهم القيم التقليدية للبشرية، وثيقة الامم المتحدة ، A/HRC/22/ 71

[٤] مشكلة القيم التقليدية، متاح على الموقع: **https://www.hrw.org**

.[1]ويلاحظ مما تقدم ؛ ان اجهزة الامم المتحدة المعنية بحماية وتعزيز حقوق الانسان ،وكذلك المنظمات غير الحكومية العالمية ، فضلا عن الاتحاد الاوربي ، تؤكد على ان اتفاقيات حقوق الانسان تعد قيما مشتركة للجماعة الدولية وان حقوق الانسان ذات طبيعة عالمية مما يجعلها من اهم القيم العامة المشتركة للجماعة الدولية التي تقيد سيادة الدول ويجب على جميع الدول الالتزام بحمايتها دون ان يتوقف ذلك على ارادتها، وبذلك فانها ترجح عالمية حقوق الانسان على الخصوصية الثقافية للدول ،مما يعني ذلك تضييقا او محوا للسلطة التقديرية للدول الاطراف في اتفاقيات حقوق الانسان في عدم الالتزام ببعض بنودها ،لاجل المحافظة على قيمها الدينية وتقاليدها الاجتماعية.[2]

**المطلب الثاني: رؤية المحكمة الاتحادية العليا تجاه القيم الدينية والعادات المجتمعية**

يلاحظ المتتبع لحالة حقوق الانسان في العراق من خلال مؤشرات المراقبين الدوليين والمنظمات غير الحكومية الدولية ، ان بعض النصوص الواردة في قانون العقوبات وقانون الاحوال الشخصية المنبثقة من مراعاة القيم الدينية والتقاليد المجتمعية تتعارض ومبادئ حقوق الانسان العالمية ، ونرى ان هذا التضاد بين توجه المشرع العراقي والتوجه الاممي مرده اختلاف الرؤى بين الجانبين لاختلاف الثقافات والاسس التي انطلق منها كل فريق ،وهذا ما دعى القضاء الدستوري في العراق والمتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا الى بيان رؤيتها تجاه ذلك لاجل فك اللبس وبيان الاسس التي بنيت عليها تلك النصوص محل الخلاف .وهذا ما سوف يتم استعراضه ، من خلال تسليط الضوء على بعض قرارات المحكمة في هذا الخصوص .

إن الوقوف على مظاهر التفرقة وعدم المساواة في النصوص الواردة في قانون الاحوال الشخصية, لا يعطي أبعاداً كاملة مالم يتم تحليل نصوص باقي القوانين ذات الصلة بالموضوع وخصوصاً قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لعام ١٩٦٩ المعدل, ويتضح من خلال التمعن وتحليل نصوصه ,إن المادة(١/٤١) التي اكدت على انه "لا جريمة أذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون, ويعتبر استعمالاً للحق ١. تأديب الزوج لزوجته و ...في حدود ما هو مقرر شرعا أو قانونا أو عرفاً" ,والذي تم الطعن امام المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية المادة اعلاه بموجب الدعوى (٢٧/ اتحادية / ٢٠١٩) ، ويعلل المدعي طلبه بان الفقرة (١) من

[1] المصدر نفسه ، ص ١٧.
[2] للمزيد ينظر :القاضي سالم روضان الموسوي ، دراسات في القضاء الدستوري العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٩، ص ٨٥.

المادة (٤١) محل الطعن تنطوي على الاباحة لاستعمال العنف الاسري من الزوج ضد زوجته ومسوغا لضربها تحت عنوان التأديب ، وهو ما يخالف المواد (١٤ و ٢٩ / رابعا و٣٠ / اولا ) من الدستور والتي تتضمن مبدا المساواة دون تمييز بسبب الجنس ،وان الاسرة اساس المجتمع وتؤمن الحياة الكريمة للمرأة وتمنع اشكال التعسف والعنف في الاسرة والمدرسة والمجتمع .

وبشأنه ترى المحكمة الاتحادية العليا ؛ان الفقرة (١٩ من المادة (٤١) ق.ع.ع موضوع الطعن انها نصت على حق التأديب للزوج على زوجته والاباء على ابنائهم والمعلمين على تلاميذهم االقصر، على ان يكون ذلك في حدود القانون والشرع والعرف ، وعملية التأديب المقصودة في هذه المادة كما متفق عليه متغيرة في مفهومها واسلوبها زمانا ومكانا وبشكل واضح ، ولا تعني باي حال من الاحوال مفهوم العنف الاسري المقصود وانما عملية تقويم واصلاح وهي مقيدة بموجب النص موضوع الطعن بحدود ما يقرره القانون والشرع والعرف فاذا ما تجاوزت هذه الحدود فأنها تنطوي على فعل تجرمه القوانين العقابية ومنها قانون العقوبات .[١]

واما بخصوص جرائم الشرف ؛ التي نصت عليها المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن الثلاث سنوات من فاجأ زوجته او أحد محارمه في حالة تلبسها بالزنا او وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال او قتل أحدهما او اعتدى عليهما او..."، ولدى الطعن بعدم دستورية المادة (٤٠٩) من قبل المدعي المحامي (أ. ن. ع) امام المحكمة الاتحادية العليا, لأسباب عدة منها ان نص هذه المادة يتعارض مع المادة (١٤) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.[٢]وكذلك مخالفة المادة الصريحة لأحكام الشريعة الاسلامية التي ساوت في العقوبة بين الزاني والزانية بالجلد مائة جلدة في الآية (٢٠) سورة النور, كما إن العذر الذي أستند عليه المشرع في تخفيف العقوبة عن الزوج في حال قتله زوجته المتلبسة بالزنا والذي يتمثل بغياب الشعور والارادة في هذا الظرف العصيب, هو ذاته ينطبق على المرأة التي تشاهد زوجها في حالة التلبس بالزنا مع امرأة أجنبية أخرى , وبالتالي فإن الحالة العصيبة وغياب الارادة وحسن التصرف يصيب الطرفين ولا يمكن التمييز بينهما على الاطلاق, طلب المدعي بالحكم بعدم دستورية المادة القانونية بموجب الدعوى (١٣٢/اتحادية/٢٠١٧) , وشانه تجد المحكمة الاتحادية العليا ،ان موضوع الطعن للسبب

[١] القرار رقم(١٠/تمييزية/ ٦٧) , تاريخ ١٩٦٧/١/٣. نقلا عن: د. علي السماك , الموسوعة الجنائية في القضاء الجنائي العراقي , مطبعة الارشاد , ١٩٦٨, ص١٤٢.

[٢] المادة ١٤ من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥" العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي ".

المتقدم يعني حرمان الزوج من العذر المخفف للعقوبة وهذا يتعارض مع توجه المشرع بتشريع المادة القانونية موضوع الطعن، والذي راعى اعراف وواقع المجتمع العراقي بشأن ذلك .[١]

وهذا التمييز في قانون العقوبات العراقي اكدت عليه لجنة حقوق الانسان العربية في ملاحظاتها وتوصياتها الختامية عن تقرير الدوري الاول لجمهورية العراق لسنة ٢٠٠٨, [٢]بعد أن لاحظت استمرار التمييز على أساس الجنس, أوصت اللجنة على أهمية إلغاء أي تمييز على أساس الجنس في قانون العقوبات العراقي، وتحديداً المواد (٣٧٧ ), و(٤٠٩) إعمالاً لأحكام المادتين (٣ و١١) من الميثاق . ولابد من الاشارة الى انه تم تعديل هذه المادة بموجب المادة الثانية من قانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠١ الصادر عن برلمان اقليم كردستان العراق والتي نصت على؛ " يعاقب الزوج الزاني ومن زنا بها بالعقوبة الواردة في الفقرة(١) من المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات رقم(١١١) لسنة١٩٦٩".[٣]

واما في مجال الاحوال الشخصية ، فان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة١٩٥٩ وان كان يمتاز بميزات ايجابية في تنظيم الاسرة وحقوق المرأة مقارنة بغيره من القوانين المناظرة له في المنطقة العربية ، الا انه كان ومازال تثار حوله العديد من الاشكالات ، خصوصا ما تعلق منها بسن الزواج وتعدد الزوجات, ففي مسألة تعدد الزوجات ,فقد عالجتها المادة (٣) من قانون الاحوال الشخصية:[٤] وقد تم تعديل القانون بموجب قانون تعديل قانون

[١] نص القرار على"...تجد المحكمة الاتحادية العليا أن المساواة بين المرأة والرجل حق كفله الدستور في المادة (١٤) منه الا أن طلب المدعي بالحكم بعدم دستورية المادة القانونية موضوع الطعن للسبب المتقدم يعني حرمان الزوج من العذر المخفف للعقوبة وهذا يتعارض مع توجه المشرع بتشريع المادة القانونية موضوع الطعن، والذي راعى واقع المجتمع العراقي وأعرافه في هذا المجال، واذا شاء المدعي أن يشمل الزوجة بما شمل به الزوج بالعذر المخفف للعقوبة، فبالإمكان التوجه إلى طلب تشريع نص قانوني بذلك أو تعديل النص موضوع الطعن بما طلب بمساواة الزوجة بالزوج في الحالة المعروضة موضوع المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات ، ... لأن مهمة تشريع نص جديد أو تعديل نص في قانون ما يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا المنصوص عليه (٣٠) لسنة قانونها رقم في ٢٠٠٥ والمادة (٩٣) من الدستور ... ".مجلس القضاء الاعلى , المحكمة الاتحادية العليا, القرار المرقم(٢٧/اتحادية/اعلام/٢٠١٧), بتاريخ ٢٠١٩/٤/٨.

[٢] وثائق جامعة الدول العربية, الملاحظات والتوصيات الختامية الصادرة عن لجنة حقوق الانسان العربية عن تقرير الدوري الاول لجمهورية العراق,٢٠١٨, متاح على الموقع الالكتروني : http://www.leagueofarabstates.net , تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٢/٠٤

[٣] قانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠١, منشور في جريدة وقائع كوردستان, بالعدد (١٩),بتاريخ(٢٠٠١/٨/١)

[٤] المادة الثالثة- " :الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل- 2 .إذا تحقق انعقاد الزوجية لزم الطرفين أحكامها المترتبة عليه حين انعقاده- 3 .الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً . - 4لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين :أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة- 5 .إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي- 6 .كل من أجرى عقداً بالزواج باكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في الفقرتين ٤ و٥ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عل سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما- 7 .استثناء من أحكام الفقرتين ٤ و٥ من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزواج بها أرملة".

الاحوال الشخصية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ في اقليم كوردستان [١].والذي تم الطعن امام المحكمة الاتحادية العليا ،بعدم دستورية المادة الثامنة عشر منه، المعدلة للفقرة الخامسة من المادة الاربعين من قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ، حيث نصت المادة محل الطعن على " يوقف العمل بالفقرة (٥) من المادة الاربعين من القانون ويحل محلها ما يلي : ٥- اذا تزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الاولى طلب التفريق "، على اساس مخالفتها احكام الشريعة الاسلامية الغراء وعدم وجود راي فقهي في المذاهب الاسلامية يؤيد ما جاء فيها مما يفقد النص دستوريته لمخالفته احكام الشرع الاسلامي .وبشأنه قررت المحكمة الاتحادية العليا بموجب قرارها (٢٣٠/ اتحادية / ٢٠٢٢)[٢]،الحكم بعدم دستورية المادة الثامنة عشر من قانون رقم ((١٥ لسنة ٢٠٠٨ – قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في اقليم كوردستان العراق، وقد اعربت المحكمة في حيثيات قرارها ،ان دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وضع قيدا جوهريا على اختصاص السلطة التشريعية عند ممارستها لاختصاصها بتشريع القوانين ، وهو عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام بعد ان قرر ان الاسلام دين دين الدولة الرسمي وهو مصدر اساس للتشريع استنادا لاحكام المادة ( ٢/ اولا) من الدستور ، وبذلك فان الدستور اقر ثلاثة مبادئ ؛ وهي اعتبار الاسلام دين الدولة الرسمي واعتبار الاسلام مصدرا اساسيا للتشريع وعدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام ، واستنادا الى احكام المادة ( ١٣ / ثانيا ) من الدستور والتي اوجبت عدم جواز سن قانون يتعارض مع الدستور ويعد باطلا كل نص يرد في دساتير الاقاليم او اي نص قانوني اخر يتعارض معه ، وان ذلك يشمل القوانين سواء كانت مشرعة قبل نفاذ الدستور ام بعده . ويترشح من ذلك ؛ان ما اخذت به المحكمة الاتحادية العليا في قرارها انف الذكر، من حيث تعارض قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية مع ثوابت احكام الاسلام ، الوارد النص عليها المادة ٢ / اولاً /ب من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥،" لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام"، يتقاطع ورؤيتها السابقة في مستهل نظرها في الدعوى المقامة اماها بالعدد (٥٨/ اتحادية / ٢٠١٩)، والذي طعن فيها المدعي بعدم دستورية قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩،لمخالفة بعض نصوصه لثوابت احكام الاسلام ، والتي قررت في حينها بانها غير مخولة بتحديد تلك الثوابت وان ذلك يستلزم ان تقرره جهة مخولة تثبت المخالفة لثوابت تعتمدها ، ومرد هذا التأرجح ،هو عدم الانصياع للنص الدستوري

[١] قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨, منشور في جريدة وقائع كردستان, بالعدد(٩٥) بتاريخ(٢٠٠٨/١٢/٣٠).
[٢] المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٧٠٠ في ٢٠٢٢/١٢/١٩

الذي يستلزم الاستعانة بخبراء الفقه الاسلامي لتمحيص مطابقته او تعارضه مع ثوابت الاسلام وهي ضرورة لا غنى عنها ، بلحاظ ان جل القوانين ذات صلة بالإسلام وثوابته.[1]

**الخاتمة:** بعد البحث في موضوع (الهامش التقديري للدول الاطراف في اتفاقيات حقوق الانسان بين التوجه الاممي ورؤية القضاء الدستوري العراقي)،توصلنا الى جملة من النتائج التي تكللت بتاشير مواطن الخلل والقصور التي بحاجة الى تقديم حلول ومعالجات يمكن ان تفضي الى سلسلة اصلاحات تكون عونا في ردم فجوات التضاد ما بين مواثيق حقوق الانسان والخصوصية الثقافية للدول المخاطبة بالقواعد القانونية التي تتضمنها تلك المواثيق ، وصولا الى

[1] علي يوسف الشكري ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين ، الذاكرة للتوزيع والنشر ، بغداد ، ٢٠١٦، ص ٢٠٣.

حالة التسامي فيما بينهما ،لتحقيق اكبر قدر ممكن من المقبولية من قبل جميع الدول لاشاعة احترام وتعزيز حقوق الانسان وحرياته العامة ، والتي سوف نوضحها في الاتي :

**اولا : النتائج:**

١- أن الدول الاطراف في اتفاقيات حقوق الانسان ،حرة في اختيار ترتيباتها الاجتماعية الخاصة بها لتنفيذ التزاماتها الدولية وتتمتع بموجب القانون الدولي، بالسلطة التقديرية فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات التعاهدية داخل نظامها الوطن، ويجوز للدول، ما دامت موفية بالتزاماتها المبينة في المعاهدات المعنية، اختيار أنسب الطرق للقيام بذلك على الصعيد المحلي.

٢- إن الارتباط بالقيم التقليدية هام في ضمان ألا يكون احترام حقوق الإنسان قائمًا على الخوف من العقوبة القانونية فقط، وإنما على قناعات راسخة الجذور، ويمكن للتقاليد أن تكون أحد أفضل الوسائل لانها تؤثر على السلوك من الداخل ومن دون إكراه.

٣- هناك علاقة وثيقة ما بين حقوق الإنسان والقيم الدينية ، و انه من الخطأ اعتبار القيم الدينية على انها تتعارض مع حقوق الإنسان، لأن هذه القيم شكل من أشكال تجسُّد القيم العالمية، بما فيها حقوق الإنسان والحرية الكرامة، في تجربة أمة أو مجموعة من الناس بعينهم .

٤- ويمكن أن تُعتبر التقاليد تراثًا ثقافيا، ومرجعيات ثقافية تتيح لبني البشر تحديد هويتهم على أساسها، فرديًا وجماعيا، والتواصل مع بعضهم البعض . وبهذا يجب التعامل مع التقاليد باحترام، ولكن بموقف نقدي أيضًا لأنها ليست جامدة لا تقبل التغيير. على أن تطوير الأصول الثقافية يتطلب ظروفًا تسمح بالتفوق و التطوير ، وان فشل الأشخاص في الوصول إلى الموارد الثقافية الضرورية لهويتهم و حرياتهم ومسؤولياتهم وروابطهم الاجتماعية،ما هو الا فقرا ثقافيا .ويمكن اعتبار الممارسات المجحفة التي تنتهك حقوق الإنسان وكرامته مؤشرات على الافتقار الثقافي، وانتقادها هي مسؤولية مشتركة لجميع المواطنين .ويمكن لهذه العملية أن تكون نقدا مراعيًا للقيم التقليدية و في الوقت ذاته مسعىً لإعادة الكرامة .

**ثانيا : المقترحات**

بناء على ما وصل اليه البحث من نتائج ،يمكن صياغة المقترحات الاتية :

١- ينبغي مراعاة النهج المتغاير الذي تتبعه الدول في طريقة ادراكها بعض قواعد القانون الدولي الحالي. ففي الغالب تستغرق عملية الإدراك وقتا ليس بالقصير. ولا جدوى من محاولات فرض هذه العملية قسرا. وينبغي اتخاذ موقفاً يراعي مواقف مختلف الدول والثقافات وتشجيع اعضاء المجتمع الدولي على الاعتماد التدريجي لتلك المعايير ، ومن المؤكد ان فرض هذه العمليات عنوة لا يمكن ان تسفر عن نتائج مرضية وسيكون مالها الفشل .

٢- ينبغي على جميع الدول ان تنتهج نهجا مسؤولا عندما تاخذ على عاتقها التزاما دوليا . وينبغي لها أن تعمل على اساس ان حقوق الانسان في الوقت الراهن تخضع لكل من القانون الوطني والقانون الدولي ، غير أن دور القانون الدولي اخذ ينمو، على الخصوص منذ اعتماد الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، وكذلك انشاء المنظمات الدولية والإقليمية. وتواجه سيادة الدول ونطاق الولاية الوطنية قيودا ليست يسيرة عندما تأخذ الدول على عاتقها بعض الالتزامات الدولية بشكل طوعي ،أو عندما تنضم إلى اتفاق متعدد الأطراف او ثنائي، أو عندما تنضم إلى احدى المنظمات الدولية، بقبول الالتزامات التي ينص عليها نظامها الاساسي ؛ أو عندما تتخذ المنظمات الدولية أو الإقليمية قرارات ملزمة لاعضائها .

٣- ان حفظ التنوع الثقافي وكفالة الاعمال الكامل لحقوق الانسان وحرياته العامة ،يتوجب ايجاد حوار بين مختلف الحضارات واحترام قيمها الايجابية ومسارات تطورها المختلفة مع الاخذ بعين الاعتبار مسؤولية جميع الدول عن حماية وتعزيز حقوق الانسان .

٤- يمكن للأكاديميين الجامعيين وواضعي السياسات والنشطاء وهيئات الرصد الدولية أن يكوّنوا صورة افضل عن الجهود المبذولة لتنفيذ الالتزامات بموجب معاهدات حقوق الإنسان . ويتطلب الإصلاح الداخلي تحديد المؤسسات الاجتماعية المكّلفة بالوفاء بالالتزامات في مجال حقوق الإنسان ليسترشد بها الذين يؤمنون بأن حقوق الإنسان تتطلب اصلاحا محليا وان يقوم نهج المستقِبل على فكرة مفادها، أن الإصلاحات ينبغي أن تضيف شيئا إلى الترتيبات الاجتماعية القائمة لا أن تحل محلها. وهي تعارض إدخال مفاهيم أجنبية في القانون العرفي إذا أمكن إيجاد سبل انتصاف محلية، تكون وفية للعلاقات الاجتماعية القائمة في ذلك المجتمع بعينه و قادرة في الوقت

نفسه على معالجة الانتهاكات وحظوظ التغييرات التي تعزز الترتيبات القائمة في أن تلقى دعم المجتمع المحلي وأن ينفذها أكبر من تلك التي تُفرَض بطريقة فوقية.

## المصادر


**اولا- الكتب:**

١- اضين خالد عبدالرحمن ، ضمانات حقوق الانسان في ظل قانون الطوارئ ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان، الاردن ، ٢٠٠٩
٢- الطيب البكوشي، حقوق الانسان – مفاهيمها واسسها، منشورات المعهد العربي لحقوق الانسان ، تونس ، ٢٠٠٣
٣- سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الانسان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩
٤- سالم روضان الموسوي ، دراسات في القضاء الدستوري العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٩
٥- طارق زيادة ، حقوق الانسان – مفاهيمها واسسها ، منشورات المعهد العربي لحقوق الانسان ، تونس، ٢٠٠٣.

٦- علي السماك , الموسوعة الجنائية في القضاء الجنائي العراقي , مطبعة الارشاد , ١٩٦٨
٧- علي يوسف الشكري ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين ، الذاكرة للتوزيع والنشر ، بغداد ، ٢٠١٦.
٨- عمر الحفصي فرحاتي واخرون ، اليات الحماية الدولية لحقوق الانسان حرياته الاساسية – دراسة في اجهزة الحماية العالمية والاقليمية واجراءاتها ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٢
٩- كلوديو زانغي ، الحماية الدولية لحقوق الانسان ، نقله عن اللغة الايطالية فوزي عيسى، مكتبة لبنان ناشرون ، لبنان ، ٢٠٠٦
١٠- لمى عبدالباقي محمود العزاوي ، القيمة القانونية لقرارات مجلس الامن الدولي في مجال حماية حقوق الانسان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٩
١١- محمد عاشور مهدي ، التعددية الاثنية –ادارة الصراعات واستراتيجيات التسوية ، المركز العلمي للدراسات السياسية ، عمان ، ٢٠٠٢
١٢- محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الانسان – الحقوق المحمية ، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١١

١٣- مالوري ناي ، الدين الاسس ، ترجمة : هند عبدالستار ، الشبكة العربية للابحاث والنشر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩

١٤- هيلين تورار، تدويل الدساتير الوطنية ، ترجمة : باسيل يوسف ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٤

**ثانيا- الرسائل والاطاريح:**

١- صوفي كهيينه وروني نذير ، حقوق الانسان بين العالمية والخصوصية الثقافية ،رسالة ماجستير قدمت الى مجلس جامعة عبدالرحمن ميرة ، بجاية ، الجزائر ، ٢٠١٤.
٢- باسم غناوي علوان ، اثر العرف في المعاهدات الدولية ، اطروحة دكتوراه قدمت الى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٢٠.

**ثالثا- البحوث:**

١- سرور طالبي الملّ ، عالمية حقوق الانسان والخصوصية العربية الاسلامية، مجلة الجنان لحقوق الانسان ، طرابلس ، لبنان ، العدد الثالث ، ٢٠١٢.

**رابعا- الدساتير والقوانين:**

١- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥

٢- قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨, منشور في جريدة وقائع كردستان, بالعدد(٩٥) بتاريخ(٢٠٠٨/١٢/٣٠).
٣- قانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠١, منشور في جريدة وقائع كوردستان, بالعدد (١٩),بتاريخ(٢٠٠١/٨/١).

**خامسا- وثائق الامم المتحدة:**

١- وثيقة الامم المتحدة ، A/HRC/22/ 71
٢- وثيقة الامم المتحدة : A/HRC/16/ 37
٣- وثيقة الأمم المتحدة A/50/40، المرفق الخامس.
٤- وثيقة الامم المتحدة A/HRC/AC/8/4
٥- وثيقة الأمم المتحدة.HRI\GEN\1\Rev.1

**سادسا- المصادر الاجنبية:**

1- Louis Henkin and others,I.L.,cases and M aterials,U.S.A.1987
2- Fattma-zohra Ksentiti ,H.R.,Environment and Development.UNEP,N(1995

3 Merrills ,"The development of international law by the euoropen Court of humen - rights ",Manchester :Manchester university press,1995

**سابعا- المواقع الالكترونية:**

١- http://www.leagueofarabstates.net
٢- **https://www.hrw.org**