مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (٣)

المعنى الدستوري لجوهر الحق
قراءة في المادة ٤٦ من
دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥

أ.م.د حسين جبر حسين الشويلي
عميد كلية القانون في جامعة سومر

المقدمة

أفرد المشرع الدستوري العراقي الباب الثاني من الدستور للحقوق والحريات , موزعا هذا الباب على فصلين . الفصل الاول يشتمل على الحقوق , موزعة على فرعين , فرع متعلق بالحقوق المدنية والسياسية وفرع متعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . أما الفصل الثاني فقد خصصه للحريات . وقد اختتم المشرع الدستوري هذا الباب بالمادة ٤٦ , التي تنص على أن ((لا يكون تقييد ممارسة اي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها الا بقانون أو باء عليه, على ألا يمس ذلك التحديد أو التقييد جوهر الحق أو الحرية))

والحقيقة ان نية المشرع الدستوري , في وضعه لهذه المادة, قد اتجهت الى توفير حد أدنى من الحماية للحقوق والحريات الواردة فيه على النحو الذي لا يجعل من سلطة المشرع التقديرية , في تنظيم بعض الحقوق التي لم ينص على محددات وشروط لها في متن الوثيقة الدستورية, سلطة مطلقة .

غير أن عبارة ((جوهر الحق)) التي أوردها المشرع في المادة ٤٦ , هي عبارة ذات معالم غير واضحة بصورة كاملة , وتحتاج الى بيان للحقوق المشمولة بالحماية التي توفرها وهذا ما سنحاول بيانه في المبحث الاول من هذا البحث , وتحتاج الى معايير للتعرف على كنه ومضمون جوهر الحق الذي قصده المشرع من هذه العبارة , وهذا ما سنحاول بيانه عبر ابراز بعض المعايير التي طرحها الفقه على مستوى العالم بهذا الخصوص.

المبحث الاول
تدرج الحماية الدستورية للحقوق

نحاول في هذا المبحث التعرف على نوع الحقوق المقصودة بالمادة (٤٦) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥. اي نوع الحقوق التي وردت عبارة ((جوهر الحق)) لتعطيها الحد غير المسموح بتجاوزه من الحماية .

فالحماية الدستورية للحقوق تنقسم على ثلاثة انواع :

النوع الاول هو تلك الحقوق التي يحميها وينظمها الدستور مباشرة , فلا يترك سلطة تقديرية للمشرع بتنظيمها او وضع حدود لها , فهي تحظى باقصى درجة من الحماية الدستورية . وجوهر الحق في مثل هذا النوع يستغرق الحق كله . وهذا ما سنتناوله في المطلب الاول من هذا المبحث .

أما **النوع الثاني** من الحماية الدستورية للحقوق فينصب على بعض انواع الحقوق التي يترك الدستور لسلطة المشرع التقديرية تنظيمها ولكن وفق شروط تكون مذكورة في صلب الدستور على نحو واضح . وعلى المشرع العادي عند تنظيمه لهذه الحقوق ان يتقيد بتلك الشروط التي وضعها الدستور . فاذا نظم المشرع احد هذه الحقوق دون اتباع شرط من الشروط التي وضعها الدستور , يعد مرتكبا لمخالفة دستورية . وذلك ما سنبينه في المطلب الثاني من هذا المبحث .

واخيرا , فهناك حقوق اخرى , ذكرها الدستور وترك مسألة تحديدها وتنظيمها لسلطة المشرع التقديرية دون شروط واضحة في متن الدستور . غير أن سلطة المشرع التقديرية في تنظيم وتحديد هذه الحقوق هي ليست سلطة مطلقة , وانما سلطة مقيدة بالمحافظة على جوهر الحق . وهذا النوع من الحقوق هو المقصود غالبا من ذكر عبارة ((جوهر الحق)) في المادة ٤٦ . وهذا ما سنبينه في المطلب الثالث من هذا المبحث .

المطلب الاول:الحقوق غير القابلة للتقييد او التحديد

هذا النوع من الحقوق تنظمه الوثيقة الدستورية على نحو مباشر , فلا يترك الدستور للمشرع العادي سلطة تقديرية في تقييدها او تحديدها . بعبارة اخرى هي حقوق غير قابلة للمس بها من قبل المشرع العادي بحجة المصلحة العامة. [١] وتسمى هذه الحقوق في الولايات المتحدة الامريكية بالحقوق المفضلة (Preferred Rights) أي الحقوق التي تحضى برقابة دستورية عالية (Strict Scrutiny) والتي يقع عبئ الاثبات فيها عند اقامة الدعاوى الدستورية بخصوصها على عاتق المدعى عليه وليس على عاتق الطاعن بعدم دستوريتها .[٢] ويعد الحق بالتصويت والحقوق الخاصة بالعدالة الجنائية وعدم

(١) ينظر بخصوص هذا النوع من الحقوق د. أحمد فتحي سرور, الحماية الدستوري للحقوق والحريات, دار الشروق , القاهرة , ١٩٩٩, ص ٤٥ حيث يشير الى ان الدستور الايطالي بر عن هذا النوع من الحقوق في المادة الثانية منه ب ((حقوق الانسان غير القابلة للمس)) مبينا ان الدستور الايطالي ذكرها صراحة في المادة ١٣ وما بعدها .

(٢) Brian Foley , Deference and the Presumption of Constitutionality , Institute of Public Administration , Dublin , Ireland , 2008, page 109

التمييز العنصري من بين هذا النوع من الحقوق.[٣] وقد بينت المحكمة العليا الامريكية مسألة التضييق على المشرع حين يظهر لها ان التشريع ينصب على تلك الحقوق التي يمنع النص الدستوري المساس بها .[٤] وذهبت الى أن مثل هذه التشريعات يجب ان تخضع لاشد انواع الرقابة.[٥]

ويمكن القول هنا ان هذه الحقوق يجوز تسميتها بالحقوق المطلقة التي لا يجوز للمشرع التدخل بتنظيمها او تقييدها لان الدستور هو الكفيل بذلك . فاذا قيد المشرع العادي منها بتشريع فان ذلك التشريع يعد باطلا ومخالفا للنص الدستوري .[٦] لان الدستور لم يقيد هذه الحقوق بشرط ولم يحل للمشرع مسألة تنظيمها بقانون , ولذلك فان سلطة المشرع بشأنها تعد منعدمة .[٧]

وهذا النوع من الحقوق هو النوع الذي يجب ان يكون موقف سلطات الدولة منه , سواء أكانت تشريعية أم تنفيذية , موقفا سلبيا . اي يجب ان تتجنب تقييدها او تحديدها عن طريق التشريع او القرارات التنظيمية . على عكس تلك الحقوق التي تتطلب تدخل الدولة لتنظيمها والمساعدة على تفعيلها .[٨]

ومن هذه الحقوق ما ورد في المادة ١٤ من دستور جمهورية العراق بخصوص تساوي العراقيين امام القانون دون تمييز. [٩] والحق في تكافؤ الفرص , [١٠] والحق في الجنسية لكل من ولد لاب عراقي او لام عراقية وعدم اسقاطها عنه لاي سبب من الاسباب,[١١] وكفالة حق التقاضي للجميع , وحق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة , وحق المعاملة العادلة في جميع الاجراءات القضائية والادارية .[١٢]كذلك تعد الحقوق السياسية ضمن هذا النوع من الحقوق بما في ذلك حقوق الانتخاب والتصويت والترشيح.[١٣]والحق في الحرية وصيانة الكرامة وعدم التعرض للتعذيب الجسدي او النفسي او المعاملة غير الانسانية ,[١٤] وعدم التعرض للاكراه الفكري أو السياسي أو الديني,[١٥] أو التعرض لاعمال السخرة أو العبودية.[١٦]والحق في حرية الفكر وحرية

(٣) Stephen A. Siegel , The origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny ,American Journal of Legal History , Vol . 48 N.2006 , 4 , page 358 .

(٤) United states V. Caroline Products , 304 U.S. (1938) .

(٥) Palmore v. Sidoti , 466 U.S. 1984

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري , مخالفة التشريع للدستور والانحراف باستعمال السلطة التشريعية , بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصرية , السنة الثالثة , ١٩٥٢

(٧) د. عبير حسين السيد حسين, دور القاضي في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع, دار النهضة العربية, القاهرة , ٢٠٠٩ , ص ١٣٣.

(٨) د. رافع خضر صالح شبر , النظرية العامة للقانون الدستوري – الجزء الثاني (نظرية الدستور) , ٢٠٠٨, ص ٩١.

(٩) دستور جمهورية العراق ,الباب الثاني, الفصل الاول , مادة ١٤

(١٠) المصدر السابق , مادة ١٦.

(١١) المصدر السابق مادة ١٨ , اولا وثانيا وثالثا.

(١٢) المصدر السابق , مادة ١٩, ثالثا ورابعا وسادسا

(١٣) المصدر السابق , المادة ٢٠

(١٤) المصدر السابق , الفصل الثاني , مادة ٣٧ أولا , أ و ج

(١٥) المصدر السابق , مادة ٣٧ , ثانيا

(١٦) المصدر السابق ,مادة ٣٧, ثالثا

الضمير وحرية العقيدة .[١٧] كما تعد من ضمن هذه الحقوق غير القابلة للتقييد من قبل المشرع حق العراقي بالسفر والتنقل والسكن داخل العراق او خارجه , وعدم جواز نفيه أو ابعاده او حرمانه من العودة للعراق.[١٨]

وقد اكدت المحكمة الاتحادية العليا في العراق حتمية تمتع العراقيين بهذه الحقوق دون تدخل أو تقييد من قبل المشرع . ومن ذلك الزام القضاء لوزير الداخلية اضافة لوظيفته بفرض الجنسية العراقية لاولاد سيدة عراقية من اب فلسطيني اعمالا للمادة ١٨ من الدستور .[١٩]كما قضت المحكمة بخصوص كفالة حق التقاضي للجميع بالغاء نص في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام يعطي استثناءا لبعض قرارات فرض العقوبة من الطعن امام القضاء.[٢٠] وبخصوص حق العراقي في السفر والتنقل داخل العراق وخارجه , باعتباره من طائفة الحقوق التي لا يجوز للسلطات , سواء اكانت تشريعية ام تنفيذية تقييدها, ذهبت المحكمة الى ان هذا الحق مكفول للعراقيين دون قيد او شرط في قانون او نظام او تعليمات.[٢١]

وبالرجوع الى الى المادة ٤٦ من دستور جمهورية العراق , بنصها على عبارة((جوهر الحق)) فان جوهر الحق في هذا النوع من الحقوق يستغرق الحق كله . فلا كلام هنا حول تقسيم الحق الى نواة تشكل جوهره تحيطها عناصر متروكة لسلطة المشرع التقديرية في تنظيمها . فاي مساس بهذا النوع من الحقوق بحجة التنظيم والموازنة مع المصلحة العامة يعد مصادرة لجوهر الحق ومن ثم مخالفة لاحكام الدستور.

المطلب الثاني:الحقوق القابلة للتحديد وفق شروط دستورية

هذا النوع من الحقوق تكون درجة حمايته اقل من درجة حماية النوع الاول . حيث ان سلطة المشرع التقديرية في تنظيم هذا النوع تكون موجودة على عكس انعدامها في النوع الاول . غير ان سلطة المشرع التقديرية في تنظيم هذه الحقوق يجب ان تمارس وفق شروط مذكورة في صلب الوثيقة الدستورية .[٢٢] أي ان المشرع , وهو بصدد تنظيم

---

(١٧) المصدر السابق , مادة ٤٢

(١٨) المصدر السابق , المادة ٤٤ , اولا وثانيا

(١٩) انظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٦/اتحادية/تمييز / ٢٠٠٩

(٢٠) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم ٤/اتحادية /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢ . وقد جاء فيه ((... وحيث إن قرار فرض العقوبة الانضباطية هو من القرارات الإدارية وفقا لما استقر عليه الفقه الإداري وحيث إن المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق نصت على « يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن « لذا فإن استثناء الفقرة (رابعا) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ وبقدر تعلق الأمر بعدم إخضاع عقوبتي لفت النظر والإنذار إلى الطعن مما يقتضي إلغاء هذه الفقرة من السلطة التشريعية حسب الاختصاص وإحلال فقرة جديدة محلها تخضع جميع العقوبات الانضباطية إلى الطعن تطبيقا لأحكام المادة ١٠٠ من دستور جمهورية العراق ...))

(٢١) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق , العدد ٣٩ / اتحادية / ٢٠٠٨ حيث جاء في قرار الحكم أن المحكمة قد وجدت أن موضوع الدعوى ((تحكمه المواد المتعلقة (بالحريات) الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني من دستور جمهورية العراق و منها المادة (٤٤/أولا) منه ونصها « للعراقي حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجه « ومن قراءة النص المتقدم تجد المحكمة أنه قد كفل الحرية للعراقي بالسفر والتنقل داخل العراق وخارجه دون قيد أو شرط ولا يجوز تقييد هذه الحرية بنص في قانون أو نظام أو تعليمات استنادا إلى أحكام المادة (٢- أولا- ج) من الدستور ...))

(٢٢) د. جورجي شفيق ساري, مصدر سابق, ص ٩١.

هذا النوع من الحقوق تكون له سلطة في المفاضلة بين خياراته في تحقيق الموازنة بين حفظ هذه الحقوق للافراد وبين المصلحة العامة على أن يحقق في تنظيمه لأي منها الشروط التي وضعها الدستور. فغاية المشرع من وضع تلك الشروط هي تحديد اختصاص المشرع ازاء حقوق معينة , فاذا تجاوز المشرع ذلك التحديد عبر خرقه لاحد الشروط يكون قد تجاوز سلطته وتعدى على اختصاص السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور.

ومثال هذه الحقوق في دستور الولايات المتحدة ١٧٨٧ ما ورد في التعديل الرابع منه حول حق الخصوصية بما يتعلق بالتفتيش أو الاحتجاز . فقد اعطى الدستور للكونغرس سلطة تنظيم هذا الحق ولكن وفق الشروط الآتية :[٢٣]

– أن تصدر مذكرة تفتيش مبنية على سبب معقول ومؤكد لذلك التفتيش او الاحتجاز.

– ان تبين المذكرة المكان المراد تفتيشه بالتحديد الدقيق .

– أن تبين المذكرة الأشخاص المراد احتجازهم والاشياء المراد احتجازها على سبيل الحصر.

ومن الامثلة من الدستور المذكور ايضا ما ورد في التعديل الخامس بخصوص عدم القبض على الاشخاص بجناية الا بعد اصدار هيئة المحلفين لقرار او مضبطة اتهام وكذلك شرط الاجراءات القانونية السليمة بخصوص تحديد حرية الاشخاص او حياتهم او ممتلكاتهم وشرط التعويض العادل في نزع الملكية للمصلحة العامة [٢٤]

ومن الامثلة على تلك الحقوق ,في دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥, التي يمكن ان ينظمها المشرع ولكن تحت شروط نص عليها الدستور ما جاء في المادة ١٥ من عدم تقييد الحق في الحياة والامن والحرية الا وفقا للقانون وبناءا على قرار صادر من جهة قضائية مختصة . وما جاء في المادة ١٧ (ثانيا) من عدم جواز دخول المنازل او تفتيشها أو التعرض لها الا وفقا للقانون وبأمر قضائي. وما جاء في المادة ١٩ (خامسا) من عدم جواز محاكمة المتهم عن تهمة سبق وان افرج عنه بخصوصها الا بعد ظهور أدلة جديدة, والبند (عاشرا) من المادة ذاتها بخصوص عدم سريان القانون الجزائي باثر رجعي الا اذا كان اصلح للمتهم.

ومثال ذلك ايضا شرط مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية بخصوص تنظيم العلاقة بين العمال واصحاب العمل وفق المادة ٢٢ (ثانيا) من الدستور . وشرط التعويض العادل عند انتزاع الملكية لاغراض المصلحة العامة وفق المادة ٢٣ (ثانيا) . وكذلك ما

(٢٣) Fourth Amendment of U.S, Constitution « The right of the people to be secure in their persons ,houses .papers , and effects , against unreasonable searches and seizures , shall not be violated, and no warrants shall issue but upon probable cause , supported by oath or affirmation and particularly described the place to be searched , and persons or things to be seized «

(٢٤) Fifth Amendment on U.S. Constitution : No person shall be held to answer for a capital , or otherwise infamous crime , unless on presentment or indictment of a Grand jury ….. nor be deprived of life , liberty ,or property without due process of law , nor shall be private property be taken for public use without just compensation «

جاء في المادة ٤٠ من عدم جواز مراقبة الاتصالات او التنصت عليها أو الكشف عنها الا لضرورة قانونية, وأمنية , وبقرار قضائي (واحب ان اركز هنا على ان الضرورة يجب ان تكون امنية وقانونية في الوقت ذاته, أي ان تجتمع بها الصفتان).

ومن الممكن ان نلاحظ تأكيد المحكمة الاتحادية العليا في العراق على ضرورة مراعاة هذه الشروط في التشريعات في قراراتها الخاصة بنزع الملكية . اذ ضمنت تلك القرارات ضرورة وجود آلية معينة لتحديد أجر المثل وتحديد التعويض العادل عند نزع الملكية و اعطت مجالا للمتضرر من قرار التعويض بان يطعن به امام جهة قضائية.[٢٥] كما الغت المحكمة الاتحادية العليا احد قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل لمخالفته للشروط التي نص عليها الدستور بخصوص مصادرة الملكية الخاصة.[٢٦]

وبخصوص ماورد في المادة ٤٦ من الدستور بخصوص عبارة ((جوهر الحق)) فان أي مخالفة لشرط من الشروط الدستورية التي وضعت على سلطة المشرع في تقييد هذه الحقوق يعد مساسا بجوهر الحق .

وبهذا الوضوح في ادراج تلك الشروط الدستورية على سلطة المشرع في تنظيم هذه الحقوق يتبين لنا ان ذكر عبارة ((جوهر الحق)) في المادة ٤٦ لم يكن الغرض منه الحفاظ على ذلك الجوهر في هذا النوع من الحقوق لان جوهر هذه الحقوق محمي دستوريا عن طريق وضع هذه الشروط . اما نوع الحقوق الذي يمكن ان يتعرض جوهرها للمس او المصادرة فهو ذلك النوع الذي يترك تنظيمه او تقييده لسلطة المشرع التقديرية , وهو ما سنتناوله في المطلب الآتي.

المطلب الثالث: الحقوق المحمية بعبارة ((جوهر الحق))

النوع الثالث من الحماية الدستورية للحقوق هو ذلك النوع المنصب على الحقوق المتروكة لسلطة المشرع التقديرية في تنظيمها وتحديدها . أي تلك الحقوق التي يترك الدستور تقدير تحديدها لسلطة المشرع دون ان يلزمه بقيود محددة ازاءها.

فالدساتير هي في الاساس تعبير عن ارادة الشعب عن مجموعة من القيود على سلطة الاغلبية المتمثلة في المشرع . ولكن هذه القيود لا تتعلق الا بابعاد بعض المسائل الرئيسية عن متناول الاغلبية التي تتكون داخل السلطة التشريعية في المراحل المستقبلية للدولة . ومن هذه المسائل الرئيسية جزء من حقوق وحريات الافراد التي لا يريد الشعب الذي وضع الدستور للاغلبية ان تنتقص منها او تقوضها . وهذه الحقوق والحريات هي

---

(٢٥) أنظر قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق العدد ٢٠ / اتحادية/ ٢٠٠٨ والعدد ١٩ /اتحادية / ٢٠٠٨ والعدد ١٨/ اتحادية / ٢٠٠٨ بتأريخ ٢٠٠٨/٧/٢٢

(٢٦) حكم المحكمة الاتحادية العليا في العراق العدد ٥/اتحادية / ٢٠٠٧ والذي ذهبت فيه المحكمة إلى ((أن الملكية الخاصة مصونة في ظل أحكام المادة السادسة عشر من دستور جمهورية العراق الصادر في ١٦/تموز/ ١٩٧٠ الملغي , وفي ظل المادة ٢٣ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ لذا لا يجوز لأي تشريع أن يخالف هذا الحكم الدستوري وينزع الملكية بدون سبب من أسباب نزع الملكية ... لذا يكون قرار مجلس قيادة الثورة الملغي رقم ٣٩ الصادر في ١٩٨٢/١/٥ قد صدر مخالفا للدستور مما يقتضي إلغاءه لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا بالإجماع إلغاء القرار المذكور ...))

تلك التي تطرقنا لها في المطلب الاول من هذا المبحث , حيث جعلتها السلطة التأسيسية بعيدة عن متناول الاغلبية التشريعية مطلقا , وتلك التي تطرقنا لها في المطلب الثاني والتي يسمح للاغلبية التشريعية بتنظيمها ولكن وفق شروط حرصت السلطة التأسيسية على عدم تجاوزها مستقبلا.

غير ان سلطة المشرع التقديرية , في باقي الحقوق التي لم تقيد الدساتير المشرع او تمنعه على نحو واضح من تنظيمها , تكون واسعة جدا. لكون سلطة المشرع التقديرية هي الاصل وتقييدها هو الاستثناء.(٢٧) وفي هذا السياق, فان غالبية الحقوق تخضع لتنظيم وتقييد المشرع دون ان يكون القانون الذي يضعه خاضعا لمحددات او شروط تنص عليها الوثيقة الدستورية.(٢٨)

وهذه الحقوق التي ينظمها المشرع وفق سلطته التقديرية هي في الغالب تلك الحقوق التي يكون التزام الدولة تجاهها التزاما ايجابيا , اي أن الدولة عليها ان تمهد السبل لتفعيلها.(٢٩)

واذا صح لنا القول , فان هذا النوع من الحقوق هو ما يسمى بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

الا ان سلطة المشرع التقديرية , ومهما كانت واسعة, فانها لا يمكن ان تكون مطلقة . ولذلك فانها مقيدة , في نهاية المطاف, ازاء هذا النوع من الحقوق , بعدم اهدار اصل الحق , أوما اطلق عليه المشرع الدستوري العراقي تسمية جوهر الحق.

غير ان عبارة جوهر الحق , التي وردت في المادة ٤٦ من دستور جمهورية العراق هي عبارة قابلة للجدل . فهي غير واضحة على النحو الذي يمكن ان يرتقي بها الى أن تكون قاعدة قانونية واضحة المعالم . ولكي نكون منصفين , فان هذه العبارة هي موضوع خلاف فقهي في البلدان التي وردت هذه العبارة في دساتيرها او في محاكمها الدستورية كبعض البلدان الاوربية.(٣٠)

ولذلك سنحاول في المبحث الثاني من هذا البحث ان نتعرف على بعض المعايير التي اقترحها الفقه وبعض الاراء التي طرحتها المحاكم بخصوص التعريف بعبارة جوهر الحق.

(٢٧) د. عوض المر, الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية, مركز رينيه- جان دبوي للقانون والتنمية, ٢٠٠٣, ص٥٦

(٢٨) جورجي شفيق ساري, مصدر سابق, ص ٨٩.

(٢٩) استاذنا الدكتور رافع خضر صالح شبر, مصدر سابق, ص٩١.

(٣٠) انظر حول جزء من ذلك الخلاف , البرت موزني , بحث نقدي في مفهوم نواة حق غير قابلة للمس(اجتهاد المحكمة الاتحادية السويسرية والمحكمة الاوربية لحقوق الانسان) , مجلة القانون العام وعلم السياسة, ٢٠٠٦ , ص ٩٨٧ وما بعدها.

المبحث الثاني
معايير جوهر الحق

لتحديد معنى عبارة جوهر الحق , وردت في الفقه العالمي مجموعة من المعايير يمكن حصر الرئيسية منها في ثلاث. فقد ذهب بعض الفقه الى الانطلاق بتعريف جوهر الحق من داخل الحق ذاته . فوصفوا كل حق من الحقوق الاجتماعية والاقتصادية بانه يتكون من نواة تشكل جوهر ذلك الحق , وان ما يحيط بتلك النواة هو مجموعة من العناصر الاضافية الاقل اهمية والتي تساعد على تفعيل ذلك الحق , ولذلك سنطلق على هذا المعيار تسمية معيار الحد الادنى للحق ونحاول بيان وجهات النظر حوله في المطلب الاول من هذا المبحث . أما المطلب الثاني فسنخصصه لمعيار الاجماع الذي ينطلق في تحديد جوهر الحق من مقدار ما متفق عليه من عناصر الحق , واستبعاد عناصر الحق المختلف عليها باعتبارها عناصر اقل اهمية ولا تدخل في جوهره. فيما سنخصص المطلب الثالث لما يسمى بمعيار مدى التزام الدولة تجاه تحقيق متطلبات الحق , مع تحفظنا على اطلاق مفهوم معيار على ذلك الالتزام , لانه يميل الى كونه أثرا للحق اكثر من كونه معيارا للتعريف بجوهره.

المطلب الاول: معيار الحد الادنى للحق

وهذا المعيار يعتمد على الربط بين عناصر الحق المتعلقة بالمسائل الاساسية المراد حمايتها . مثل حفظ حياة الانسان وانقاذه من عدم البقاء والحد الادنى من التعليم وازدهاره . فاذا احتوى الحق على عناصر اخرى ليست ذات اهمية قصوى في تحقيق ذلك او لا تقود مباشرة الى تحقيق ذلك فان هذه العناصر تعد اضافية . فما يعد جوهرا للحق هو فقط تلك العناصر التي بدونها لا يمكن تحقيق الغاية من الحماية المراد تحقيقها من وراءه.[٣١] أي ان القيمة الجوهرية لكل حق من حقوق الانسان تحتوي على العناصر الضرورية لوجود هذا الحق. أي ان جوهر الحق هو تلك العناصر المطلقة غير القابلة للتصرف او التقييد, وتشكل نواة للحق غير قابلة للالغاء , فهي علة وجود القاعدة القانونية الاساسية للحق والخصائص الضرورية لتعريفه . اما ما لايعد جوهرا له فهي تلك العناصر التي تحيط بهذه النواة والتي لا تشكل سوى حماية اضافية لها.[٣٢] فوفق هذا المعيار ينطلق التعريف بجوهر الحق من العمق , اي من الركائز الاساسية للحق صعودا الى ما يساعد على تدعيم تلك الركائز . فالحق في السكن مثلا يتركز جوهره في اهمية توفر مأوى للفرد بما يوفر له القدرة على البقاء دون ان يكون معرضا للعراء.[٣٣] اي توفر مكان يمكن ان يتاح للفرد فيه النوم ودخول الحمام والاغتسال وبخاصة عندما لا يتوفر

(٣١) Katharine G. Young, The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content, The Yale Journal of International Law, Vol. 113 :33, Page 126.

(٣٢) Esin Orucu, The Core of Rights and Freedoms: The Limits of Limits in Human Rights: From Rhetoric to Reality, Tom Compbell et al, 1986, page 52.

(٣٣) David Pilchitz, Poverty and Fundamental Rights: The justification and enforcement of socio-Economic Rights, Oxford, 2007, page 187.

ذلك في مكان عام.(٣٤)

وعلى الرغم من ان اصحاب هذا المعيار يتفقون على ان هناك عناصر اساسية في الحق تعد هي نواته الاساسية او جوهره , الا ان وجهات نظرهم تتضارب بحسب توجهاتهم السياسية والايديولوجية . فالبعض يذهب الى ان مثل هذا المعيار الذي يقيد التزامات الدولة بجوهر الحق في حده الادنى لا يتيح ضغطا على السلطات نحو مراعاة تطوير الحق . ولذلك فقد انقسم اصحاب هذا المعيار على طائفتين . الاولى ترجع عناصر جوهر الحق الى قيم مادية تتعلق بتوفير الاحتياجات الاساسية والثانية ترجع عناصر جوهر الحق الى قيم معنوية تتضمن الكرامة الانسانية والمساواة والحرية.

فوفق اصحاب وجهة نظر الطائفة الاولى يعد جوهر الحق هو ما يلبي الاحتياجات الاساسية للفرد وليس المتطلبات التكميلية او الاختيارية او الاكثر طموحا . اي المستوى الادنى الذي يمكن توفيره من الغذاء والسكن والصحة والتعليم . غير ان السؤال الذي سيواجههم هنا هو ما هو هذا الحد الادنى او ما هو مقدار ما يتوفر من تلك الاحتياجات وكيف تلبى ؟ هل تلبى بتوفير الماديات او الموارد اللازمة لاداء الوظائف الاساسية لبنية الفرد أم بتوفير ما يؤدي الى ازدهار الفرد ؟ (٣٥) ويجيب البعض بأنها تلك الاحتياجات لحياة صحية ولائقة على نحو معقول .(٣٦)

اما اصحاب وجهة النظر في الطائفة الثانية , فيذهبون الى ان جوهر الحق يقوم على قيم ابعد من تلك التي تقف عند توفير الاحتياجات الاساسية لاستمرار حياة الفرد . الى قيم تتعلق بنوع وكنه هذه الحياة . فوجهة نظرهم لجوهر الحق هي اعطاء معنى خاص لتلك الحياة التي يراد حفظها عبر توفير المقومات الاساسية. فالدساتير لا تقصد بالحق في الحياة مجرد وجود الفرد وجودا عضويا , ولكن تقصد الحق في الحياة البشرية ,الحق في الحياة كانسان يعيش بوصفه جزءا من مجتمع اوسع ويشارك في التجربة الانسانية . فالحق في الحياة يتعدى كينونة الوجود الى الحق في التعامل معه ككائن بشري بكرامة . فجوهر الحق هنا يؤكد بوضوح اكثر على كرامة الانسان والمساواة او الحرية , وتلك , بطبيعة الحال مسألة قابلة للجدل بحسب الايديولوجية السائدة في الدولة.(٣٧)

والملاحظ ان هذه القيم التي يرتكز اليها جوهر الحق وفق وجهة نظر هذه الطائفة تتوافق تماما مع ما اوردته الاديان السماوية وبخاصة ما ورد في الاسلام .(٣٨)

والذين يتبنون وجهة النظر هذه في تعريف جوهر الحق هم المدافعون عن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للفرد , حيث انهم يفسرون الكرامة الانسانية بامكانية الوصول

(٣٤) Jeremy Waldron, Homelessness and the Issue of Freedom, 39 UCLA L. REV, 1991, page 295

(٣٥) Katharine G. Young, Op. Cit., page 128.

(٣٦) Henry Shue, Basic Rights– Subsistence, Affluence, and U.S Foreign Policy, Princeton University Press, New Jersey,1980, page 28.

(٣٧) Louis Henkin , The Age of Rights, Columbia University Press, 1990, Pages 10-6.

(٣٨) انظر حول ما ورد بخصوص حقوق الانسان في الديانات السماوية , وبخاصة ما ورد في المذاهب الاسلامية , الدكتور محمود أمين الميداني , قضايا حقوق الانسان اللجان الدولية لحماية حقوق الانسان وآلياتها, المؤسسة الحديثة للكتاب, بيروت,لبنان, الصفحات ١٤-٢٣.

الى هذا النوع من الحقوق على النحو الذي يرون فيه ان حرمان الانسان منها هو امتهان لكرامته.[٣٩]

غير ان مفهوم الكرامة الانسانية لا يمكن ان يكون معيارا دقيقا لتعريف جوهر الحق في بعض الحالات. فالكرامة الانسانية من الممكن النظر اليها من الناحية الذاتية او من الناحية الموضوعية. فاذا نظرنا اليها من الناحية الذاتية فانها تعني ما يؤثر على مشاعر الفرد من تقدير واحترام للذات, وذلك سيقود حتما الى الاخذ بنظر الاعتبار الظروف المحيطة بذلك الفرد[٤٠] اما لو نظرنا اليها من الناحية الموضوعية فان ذلك من الممكن ان يتلافى عيب التعارض مع ايجاد معيار عام لتحديد جوهر الحق الا انه من الممكن ان يولد نوعا من السخط من قبل بعض الافراد الذين يتأثرون سلبا من البرامج الاجتماعية التي تركز على جمع الموارد لتوفير الحقوق الاجتماعية والاقتصادية عن طريق التركيز على الضرائب المتصاعدة على الدخل والميراث والعقار وغيرها.

ولذلك يذهب البعض الى ان جوهر الحق يتمثل في احترام المشرع للتناسب في وزن المصالح . فيفسر الاعتداء على جوهر الحق بانه عدم التكافؤ بين مقدار ما يقيده المشرع من الحق ومقدار ما يحققه ذلك التقييد من مصلحة.[٤١]

المطلب الثاني: معيار الاجماع

لتلافي صعوبة تحديد نواة او جوهر الحق والتعرف على العناصر الاساسية فيه, التجأ الفقه الى معيار ثان لتحديد تلك العناصر التي تشكل نواة الحق . وهذا المعيار يعتمد على اتفاق الاراء . فحيثما كان هناك اتفاق في الاراء على محتويات حق معين فان تلك المحتويات هي التي تشكل جوهر ذلك الحق . واما عناصر او محتويات الحق التي تختلف حولها الاراء فانها لا تشكل جوهرا للحق وانما عناصر اضافية له. فجوهر الحق هو ما تجمع عليه ممارسات النظم القانونية في الدول وما يتفق عليه الفقه .[٤٢]

فهذه الطريقة في تحديد جوهر الحق لها ايجابياتها في استبعاد العناصر التي تحيط بالحق بمجرد الاختلاف حولها , واعتبار ما هو جوهر للحق فقط تلك العناصر التي يتفق عليها لان هذا الاتفاق التام هو دليل قطعي على دخولها في جوهر الحق. لكن مع ذلك فان مثل هذا المعيار لا يمكن اعتماده بالكامل كطريق لتحديد جوهر الحق , لان هذا التوافق بين وجهات النظر السياسية لا يعبر دائما عن ما يريده الجمهور , ولان ذلك التوافق في الاراء مهما كان واسعا , لا يعبر احيانا عن الحقائق الاجتماعية التي تؤدي الى وضع القواعد القانونية ومنها القواعد المتعلقة بالحقوق.

اما عن مصادر هذا الاجماع على جوهر بعض الحقوق فانها تكمن بالدرجة الاولى في قواعد القانون الدولي , وبخاصة تلك المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية

(٣٩) Pierre De Vos, Substantive Equality After Grootboom, The Emergence of Social and Economic Context as Guiding Value in Equality Jurisprudence, ACTA JURIDICA, 2001, page 52.

(٤٠) Varun Gauri, Social Rights and Economic Claims to Health Care and Education in Developing Countries, World Bank Developing Research Group, 2003, page 5.

(٤١) بيتر موزني , المصدر السابق, ص٩٨٨.

(٤٢) Katharine Young, Op. Cit. Page 141.

والثقافية . فالبحث عن جوهر الحق يجد اهميته في هذا النوع من الحقوق . لان هذا النوع من الحقوق الذي يتطلب تدخلا ايجابيا من الدول يضع التزاما على الدول بالعمل على تفعيلها مع مراعاة الموارد المتاحة عند تلك الدول .

ولو راجعنا هذه المصادر الدولية , لوجدنا انها لا تختلف مع ما يذهب اليه المعيار الاول في شقه الثاني المتعلق بكرامة الانسان والمساواة والحرية . ففي ديباجة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية نجد ان الدول الاطراف في هذا العهد تقر بان هذه الحقوق تنبثق من كرامة الانسان الأصيلة فيه.(٤٣)ونجد ان الدول الاطراف في هذا العهد قد اتفقت في المادة الثانية منه بان تتخذ السبل المناسبة , وبخاصة السبل التشريعية , لاتاحة التمتع بالحقوق الواردة فيه , ولكن بحدود ما تسمح به مواردها المتاحة , سواءا بمفردها او بالتعاون مع المجتمع الدولي.(٤٤)وفي الجزء الثاني من هذه المادة تعهدت الدول الاطراف بعدم التمييز في منح هذه الحقوق بسبب العرق او اللون او الجنس او اي نوع من انواع التمييز غير الموضوعي .(٤٥) ولذلك يمكن ان نعد عدم التمييز المتفق عليه هنا بين الدول الاطراف عنصرا من عناصر جوهر الحق بحسب معيار الاجماع .

وقد نص العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على تعهد الدول بتفعيل مجموعة من الحقوق هي حق العمل وشروطه والضمانات المتعلقة به والتأمينات الاجتماعية للعاملين في المواد ٦ و ٧ و٨ و ٩ على التوالي. واقرت الدول في هذا العهد بوجوب منح الاسرة اكبر قدر من الحماية والمساعدة ووجوب توفير حماية خاصة للامهات واتخاذ تدابير لحماية ورعاية الاطفال في المادة ١٠ . واقرت الدول في المادة ١١ بضرورة تلبية حاجات الغذاء والمأوى والكساء والحق الاساسي لكل انسان بالتحرر من الجوع . وفي المادة ١٢ اقرت الدول الاطراف بالحق في اقصى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه . وفي المادة ١٣ المتعلقة بحق التعليم اجمعت الدول الاعضاء على ان التعليم الابتدائي يجب ان يكون الزاميا ومتاحا للجميع , ولذلك يمكن ان نستلخص من هذا الاجماع بان عنصر الزامية التعليم الابتدائي واتاحته للجميع يعد من عناصر جوهر الحق في التعليم.

وقد الزم هذا العهد في الجزء الرابع منه الدول الاطراف بان تقدم تقارير عن التدابير التي اتخذتها والتقدم الذي احرزته في مجال تفعيل هذه الحقوق الى الامين العام للامم المتحدة الذي يحيلها بدوره الى المجلس الاقتصادي والاجتماعي بحسب المادة ١٦ . وهذا المجلس له ان يحيل الى لجنة حقوق الانسان تقارير الدول للدراسة واعطاء التوصيات بحسب المادة ١٩.

---

(٤٣) انظر ديباجة العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي اعتمد وعرض للتوقيع والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة ٢٢٠٠ (د-٢١) في ١٦ كانون الاول ١٩٦٦ ودخل حيز النفاذ في ٣ كانون الثاني ١٩٧٦ . و انظر الدكتور عمر محمد شحادة , حقوق الانسان في الدستور والمواثيق الدولية , المؤسسة الحديثة للكتاب, بيروت, لبنان, ٢٠١٦ . ص٣٢١.

(٤٤) المصدر السابق ص ٣٢٢.

(٤٥) المصدر السابق , ص٣٢٣.

وقد قدم المجلس الاقتصادي والاجتماعي مجموعة من الاراء العامة التي تضمنت, في بعض الاحيان تحديدا لعناصر جوهر بعض هذه الحقوق . فقد بينت اللجنة التابعة للمجلس في بعض ارائها الحد الادنى الذي يمثل جوهر بعض الحقوق الخاصة بالصحة والتعليم .(٤٦)

ولا يفوتنا في هذا المجال ما للعرف الدولي ايضا من اهمية في تحقيق معيار الاجماع على العناصر التي تشكل جوهر الحق . فالعرف الدولي , الذي يشكل مصدرا مهما من مصادر القانون الدولي يعد أيضا اجماعا على جوهر حق من الحقوق اذا اتبع على نحو يحقق اركان ذلك العرف المادية والمعنوية.(٤٧)

غير ان معيار الاجماع لا يصلح ان يكون معيارا دقيقا لتحديد جوهر الحق. فالعيب الاول الذي يمكن ادراكه بسهولة بخصوص هذا المعيار انه يقلل من الحماية التي يمكن التمتع بها بخصوص الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية , لأنه يقصر الحماية على جوهر الحق الذي سيكون محدود جدا لانه يتطلب ذلك الاجماع . اي يجعل كل ما هو مختلف عليه من عناصر الحق عناصر ثانوية لا تدخل في نواة الحق او جوهره . والعيب الاخر الذي يمكن ان نواجهه في هذا المعيار هو مسألة صعوبة تحديد الجهات المختصة التي نبحث عن اجماعها بخصوص كل حق . فمرة نجد ان بعض الحقوق تتطلب اجماع الجهات القضائية واخرى نجد فيها بعض الحقوق تتطلب اجماع الجهات الحكومية سواء أكانت تشريعية أم تنفيذية , وفي بعض الاحيان نحتاج الى اجماع جهات متخصصة , اي جهات ذات دراية فنية ببعض الحقوق مثل الحق في ظروف صحية ملائمة والحق في التعليم او في بعض الحقوق الثقافية. وبالطبع فان تطلب الاجماع على جوهر الحق سيكون صعبا جدا باختلاف الايديولوجيات والثقافات بين مجتمعات العالم .(٤٨)

المطلب الثالث: معيار مدى التزام الدولة

وهذا المعيار ينطلق من تعريف جوهر الحق على انه الحد الادنى من الالتزام الملقى على عاتق الدولة في حمايته . ولكن مع الاخذ بنظر الاعتبار الموارد المتاحة للدولة في تفعيل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . ووفق هذا المعيار فان جوهر اي حق من هذه الحقوق سيختلف من دولة الى اخرى بحسب امكانيات الدول ومواردها المتاحة , وربما يختلف ايضا بحسب اختلاف ايديولوجية الدولة او حتى باختلاف نظامها الاجتماعي والسياسي والقانوني . وعلى الرغم من ان هذا المعيار يحقق بعض العدالة بمراعاته للظروف المختلفة للدول , الا انه لا يوفر تعريفا جامعا مانعا لمصطلح جوهر الحق . لانه يركز على الاثر الناتج عن ذلك الجوهر , وهو مدى التزام الدولة , دون التركيز على خصائص العناصر التي تبين جوهر الحق.

(٤٦) See U.N Economic and Social Council (ECOSOC) Comment On Economic and Social Rights Report on The Fifth Session Supp Number 3 . Available at https://www.un.org/en/ecosoc/news/ecosoc.newsletter.v3nr.1.pdf

(٤٧) Martti Koskenniemi, The Fate Of Public International Law: Between Technique and politics , Modern Law Review, 2007 ,(5-4)1, Page 70.

(٤٨) Katharine Young, Op. Cit. Page 149.

وعلى الرغم من ذلك فان لهذا المعيار ميزتين ايجابيتين . الأولى هي ان التركيز على التزامات وواجبات الدولة دون التركيز على عناصر الحق نفسه سيدفع مؤسسات الدولة الى وضع استرتيجيات وتحليل واقعي لدرء ما يمكن ان يقوض حقوق الافراد . والثانية , ان تركيز هذا المعيار على التزامات الدولة يشمل التزاماتها السلبية تجاه بعض الحقوق والتزاماتها الايجابية تجاه بعضها الاخر , ومن ثم فانه سيساوي بين هذين النوعين من الالتزامات , فلا يكون هناك اولوية لالتزامات الدولة السلبية , وذلك سيصب بمصلحة الافراد , لان اعطاء الاولية للالتزامات السلبية سيؤدي في بعض الاحيان الى نوع من التقاعس عن الالتزامات الايجابية المطلوبة لتفعيل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .[٤٩]

ومن الممكن التوصل الى التزامات الدول تجاه بعض الحقوق عبر مسلكين . المسلك الاول هو المسلك الدولي . وذلك من خلال ما الزمت به الدول نفسها عبر دخولها في المعاهدات والمواثيق الدولية كالاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وباقي المعاهدات الدولية المعقودة بخصوص حقوق المرأة وحقوق الطفل وغيرها . وهذا المسلك الدولي للتوصل الى التزامات الدولة يبين لنا الالتزامات بحدها الادنى , لان هذه المعاهدات والمواثيق الدولية تأخذ بنظر الاعتبار الموارد المتاحة للدول لتفعيل وحماية تلك الحقوق . ولذلك فان المسلك الاهم لبيان الالتزامات الملقاة على عاتق سلطات الدولة تجاه تلك الحقوق هو أحكام القضاء في مختلف الدول .

فقد وردت عبارة جوهر الحق بوصفها التزاما ملقى على عاتق سلطات الدولة , سواء أكانت هذه السلطات تشريعية أم تنفيذية في العديد من أحكام المحاكم , وبخاصة المحاكم الدستورية , في دول عدة .

ونورد هنا على سبيل المثال بعض القضايا المتعلقة بجوهر الحق من المحكمة الدستورية العليا في مصر .

ففي احد احكامها ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر الى ان الشروط التي يضعها المشرع لممارسة حق العمل تعد جوهر اسبابه , ومن ثم لا يجوز ان تصادر الدولة تلك الشروط التي تعد جوهر هذا الحق بحجة حمايته او تنظيمه .[٥٠] وفي حكم اخر ذهبت المحكمة الى ان تنظيم السلطة التشريعية لحق من الحقوق يجب ان يكون منصفا ومبررا والا كان هذا التنظيم اعتداءا على المجال الحيوي لتلك الحقوق . أي ان المحكمة هنا أخذت بنظر الاعتبار مسألة التبرير والانصاف في تنظيم الحق بوصفهما عنصرين من عناصر جوهره.[٥١]

وفي حكم اخر ذهبت المحكمة الى أن اهدار الحق بالاجازة السنوية, سواء

---

(٤٩) Henry Shue, Op. Cit, page 73

(٥٠) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ١٧ لسنة ٢٦ قضائية ((دستورية)) , ٢٠٠٧ , على موقع المكتبة العربية لحقوق الانسان في جامعة منيسوتا على الموقع الالكتروني
http://www.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/

(٥١) القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية , ١٩٩٧ , على الموقع ذاته.

بحجبها او منعها من قبل جهة العمل , او حتى بالتنازل عنها من قبل العامل ذاته , يعد تعطيلا لجوهر حق العمل . [٥٢] وبينت بان تجاوز تنظيم حق من الحقوق الغاية التي من اجلها شرع ذلك الحق ينقلب الى عيب يصيب الحق الدستوري في جوهر وجوده.[٥٣]

وبخصوص حق التعليم تبنت المحكمة الاسس والمعايير التي وضعتها المواثيق الدولية بوصفها محددات لجوهر حق التعليم .[٥٤]

(٥٢) المصدر ذاته , القضية رقم ٨٤ لسنة ٢٧ قضائية ((دستورية)) ٢٠٠٩.

(٥٣) المصدر السابق , القضية رقم ٩٨ لسنة ٢٠ قضائية ((دستورية)) ٢٠٠٢

(٥٤) المصدر السابق , القضية رقم ١٠٩ لسنة ٢٧ ضائية ((دستورية)) ٢٠٠٧ , والذي ذهبت فيه المحكمة الى أن الاسس التي تبنتها الدساتير المصرية بخصوص حق التعليم هي ذات الاسس ((التي تبنتها المواثيق الدولية، فالإعلان العالمى لحقوق الإنسان، يؤكد في ديباجته، أن الحقوق المنصوص عليها فيه، مرجعها إيمان شعوب الأمم المتحدة بالحقوق الأساسية للإنسان، وبقيمة كل فرد وكرامته، وضرورة أن يعامل مع غيره وفقا لمقاييس تتكافأ مضموناتها، وكان من بين هذه الحقوق، تلك المنصوص عليها في المادة (٢٦) من ذلك الإعلان في شأن التعليم، والتي جاء حكمها صريحا في أن لكل إنسان حقا فيه، ويجب أن يقدم مجانا على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية، ويكون التعليم الابتدائي إلزاميا، فإذا كان التعليم فنيا أو مهنيا، وجب أن يكون متاحا بوجه عام، ولا يتاح التعليم إلا على أساس من الجدارة والاستحقاق، كذلك يبين من الاتفاقية التي أقرها المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة في ١٤ ديسمبر لسنة ١٩٦٠ في شأن مناهضة التمييز في مجال التعليم، إن هذا التمييز، يمثل انتهاكا للحقوق التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأن التمييز وفقا لحكم هذه الاتفاقية، يعنى كل تفرقة أو تقييد أو استبعاد أو تفضيل يستند إلى لون الأشخاص أو جنسهم أو لغتهم أو عقائدهم أو آرائهم أو أصلهم الوطني أو الاجتماعي، أو حالتهم الاقتصادية، وهو ذات ما تردد في الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان، والميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان والشعوب.))

الخاتمة

تبين لنا من خلال البحث بان الهدف من عبارة ((جوهر الحق)) التي وردت في المادة ٤٦ من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ هو توفير الحماية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . وذلك لان هذه الحقوق التي وردت اساسا في الميثاق العالمي لحقوق الانسان وفي العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية , وفي بعض المعاهدات الدولية الساندة لها كاتفاقية حقوق المرأة واتفاقية حقوق الطفل ,هي بالاساس حقوق لا يتعامل معها دوليا على قدم المساواة مع جميع الدول الاعضاء في تلك المواثيق . اذ ان هذا النوع من الحقوق يراعى فيه الموارد المتاحة لكل دولة لغرض تفعيلها , حيث انها في الغالب تتطلب تدخلا ايجابيا من سلطات الدولة لتسهيل ممارستها من قبل الافراد . غير أن العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية قد حدد حدودا دنيا بينها المجلس الاقتصادي والاجتماعي في آرائه العامة لتوفير هذا النوع من الحقوق . ولذلك فان دساتير بعض الدول نصت على عبارة جوهر الحق كنوع من الحماية بالحد الادنى لهذه الحقوق .

ولمعرفة المقصود بعبارة جوهر الحق اجملنا ثلاثة انواع من المعايير التي اقترحها الفقه واخذت بها بعض احكام المحاكم الدستورية بوصفها ادوات للتعرف على مدلول او مضمون جوهر الحق الذي يقصده مشرعو الدساتير .

ومن جانبنا نرى أن القضاء الدستوري في كل بلد هو المرشح لان يكون معنيا ببيان معنى ((جوهر الحق)) المقصود , وبيان عناصر ذلك الجوهر . لان ذلك سيتيح لهذه العبارة نوعا من التطور المفهومي يواكب التطور الذي يمكن ان يحصل لكل بلد من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية . فكلما توافرت الموارد المتاحة لتفعيل الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية في بلد ما , يمكن عندها للقضاء الدستوري في ذلك البلد أن يضيف عناصر جديدة الى جوهر تلك الحقوق بما يتلائم مع التطور الحاصل في الموارد المتاحة . وبخاصة وان القضاء الدستوري هو صاحب الكلمة الفصل في تفسير نصوص الدستور , وهو صاحب الرؤية غير المعترض عليها في تطوير القواعد الدستورية ومفاهيم النصوص مع التغير الحاصل في واقع الدولة.