تنازع القوانين في حماية الأموال الثقافية

م. باسم ذهيب خلف
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ دائرة البحث والتطوير

Conflict of laws in the protection of cultural funds

Lecturer. Basem Dahab Khalaf
Ministry of Higher Education and Higher Education / Department of Research and Development

المستخلص

تعدّ الأموال الثقافية والآثار تعبيراً عن ماضي أمة وحضارتها التي تحرص كل الدول على حمايتها عندما تكون محلاً للتصرفات المشروعة أو الوقائع غير المشروعة، لاسيما عندما تكون العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي، إذ لابد هنا من اعمال قواعد الاسناد التي تتولى تحديد القانون واجب التطبيق، والذي بدوره يوفر الحماية لهذه الأموال، إلا إن منهج تنازع القوانين لا يكفي أحيانا لتوفير الحماية لهذه الطائفة المهمة من الأموال، الأمر الذي يتطلب اعمال منهج القواعد المادية الى جانب منهج تنازع القوانين.

الكلمات المفتاحية: حماية, الاموال الثقافية, تنازع القوانين

ABSTRACT

Cultural funds and antiquities are an expression of the past of a nation and its civilization that all states are keen to protect when they are the subject of legitimate actions or illegal facts, especially when the relationship is tainted with a foreign element, as it is necessary here to implement the rules of attribution that determine the applicable law, which in turn provides Protection for these funds, but the conflict of laws approach is sometimes not sufficient to provide protection for this important group of funds, which requires the work of the material rules approach in addition to the conflict of laws approach.

Keywords: Protection, cultural funds, conflict of laws

مقدمة

إن للأموال الثقافية قيمة حضارية وفنية لكونها تتصل بماضي وتراث شعب معين، فإنها باتت تعدّ كياناً خاصاً يمثل أحد عناصر التراث الثقافي للشعوب، وبسبب الاهمية الخاصة التي يتمتع بها هذا النوع من الاموال فقد اضحت محلاً للأغراض والتعاملات الدولية والداخلية.

إذ بدأ التعامل بها لأول مرة يتم بشكل هبات تقدم لدول الاحتلال والاستعمار، اذ تنقل الاموال الثقافية من دولة الأصل ثم يجري بيعها خارج الدولة لمحبي جمع التحف الفنية والمتاحف والمعارض المعنية بهذا الأمر فظهرت التجارة غير المشروعة بها على مستوى العالم، فتم تداول ونقل الأموال الأثرية والتراثية عبر الحدود فاكتسبت الصفة الدولية وظهرت لدينا مشكلة تنازع القوانين في مجال حماية الأموال الثقافية، وهذا ما سيتم دراسته من خلال هذا البحث.

هدف البحث : نهدف من خلال هذه الدراسة الى بيان كيفية حماية الأموال الثقافية وذلك عندما تكون هذه الأموال محلاً لعلاقة ذات عنصر أجنبي، ومن ثم تصبح محلاً لتنازع القوانين، الأمر الذي يتطلب حل هذا التنازع.

وقبل أن نلج في معالجة هذا الموضوع رُبَّ سائل يسأل: وهل يمكن للأموال الثقافية إلا أن تكون مملوكة للدولة؟ وطالما الأمر كذلك فكيف لنا أن نتصور أن تكون هذه الأموال محلاً لتصرفات الأفراد، ومن ثم تتناقلها الأيدي كغيرها من الأموال المنقولة؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول إن الأموال الثقافية منها ما يكون مالاً ثقافياً محمياً أي تضفي الدولة عليها الحماية، ومن ثم تخرج هذه الأموال من نطاق التعامل نهائياً، ومنها ما يكون خاضعاً للرقابة، أي يمكن أن يكون محلاً للتصرفات القانونية، ولكن وفق شروط وقيود معينة أهمها أن يكون المتعامل بها حاصلاً على ترخيص بصحة التعامل من الجهات المختصة.

اشكالية البحث: تتمحور مشكلة البحث الرئيسية في عدم وجود قاعدة اسناد خاصة بالأموال الثقافية والتراثية والآثار، إذ أغفلت معظم التشريعات الوطنية النص على قاعدة محددة بهذا الشأن، وإن قواعد الاسناد الخاصة بالتصرفات القانونية وتلك المتعلقة

بالأموال المنقولة لا تعدّ كافية في الوقت الذي اصبحت حماية الاموال الثقافية واجب الدولة و من ثم لا بد من وجود آلية معينة تسمح للدولة بالتدخل وتحمل المسؤولية لاتخاذ الاجراءات المناسبة للمحافظة على كنوزها الاثرية وذلك من خلال تطبيق قواعدها الوطنية دون اللجوء الى قاعدة الاسناد.

ومن الاشكاليات المهمة التي واجهت الباحث هو خلط الكثيرين بين مصطلحات قد تبدو متشابهة مثل الآثار وعناصر التراث الثقافي، الأمر الذي يقتضي تحديد منطقة بحثنا، لكي لا يكتنف الموضوع ابهام أو غموض لدى القارئ الكريم، وفي هذا الصدد نشير ابتداء الى إنه يخرج من نطاق بحثنا الآثار، إذ إن القانون يمنع التعامل بها أو تداولها بأي شكل من الأشكال، كما يخرج من نطاق بحثنا ما يعرف بعناصر التراث الثقافي نظراً لاختلافها عن الأموال الثقافية من حيث النطاق ومن حيث المفهوم، وإن الأموال الثقافية التي تسمح الدول بالتعامل بها، الا إن التعامل بها يكون خاضعاً لرقابتها هي التي ستكون محلاً لدراستنا.

خطة البحث: للإجابة ووضع الحلول لإشكالية البحث ارتأينا تقسيمه الى مبحثين نبين في الأول منهما مدى كفاية قواعد الاسناد في تحديد القانون واجب التطبيق بشأن الأموال الثقافية، ونبحث في الثاني دور القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد الموضوعية في مجال حماية الأموال الثقافية، وكما يأتي: مقدمة/ المبحث الأول: مدى كفاية قواعد الاسناد في تحديد القانون واجب التطبيق بشأن الأموال الثقافية

المطلب الأول: قاعدة الاسناد في العقد الدولي/ المطلب الثاني: قاعدة الأسناد في الأموال المنقولة

المبحث الثاني: دور القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد الموضوعية في مجال الأموال الثقافية

المطلب الأول: دور القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال حماية الأموال الثقافية

المطلب الثاني: دور القواعد الموضوعية في الاتفاقيات الدولية في حماية الأموال الثقافية

خاتمة

المبحث الاول

مدى كفاية قواعد الاسناد في تحديد القانون واجب التطبيق بشأن الأموال الثقافية

تعرف قواعد الاسناد بأنها تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة، مهمتها اسناد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها[١]، ولأهمية كل من العقود الدولية والأموال المنقولة في تحريك العلاقات ذات العنصر الأجنبي وبالتالي فتحها مجالاً واسعاً لإعمال قواعد الاسناد لذلك حرص فقهاء القانون الدولي الخاص وكذلك القوانين الوطنية على تمييز كل طائفة منهما بقاعدة اسناد خاصة تميزها عن غيرها من أنواع الأموال أو التصرفات القانونية الأخرى، لذلك سوف نتناول في مبحثنا هذا بحث قاعدة الاسناد في العقد الدولي وذلك في المطلب الأول، في حين سوف نبحث قاعدة الاسناد في الأموال المنقولة في المطلب الثاني، وكما يأتي:

المطلب الأول

قاعدة الاسناد في العقد الدولي

عرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي النافذ[٢] العقد بصورة عامة بأنه (ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)، و يُعدّ العقد أهم وسيلة لإجراء المعاملات أو التصرفات القانونية سواء على المستوى الدولي أو الداخلي و ان ضبط مفهوم العقد الدولي يشكل ضرورة لا بد منها للأهمية التي يتمتع بها هذا العقد لأنه يحتل مكان الصدارة في النظم القانونية المختلفة سواء كان وطنياً ام دولياً على وجه الخصوص.

فالاعتراف بالعقد بأنه دولي هو اقرار لمميزات غير موجودة في العقد الداخلي فيعدّ العقد داخليا اذا اجتمعت كل عناصره القانونية في أطار دولة واحدة بحيث لو اثير نزاع حول هذا العقد أمام القاضي فأنه يلتزم بتطبيق قواعد قانونه الوطني مباشرة.

[١] د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٨، ص٢٥٨.
[٢] القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

اما العقد الدولي فهو عقد يشوبه عنصر اجنبي و تمتد اثاره الى أكثر من دولة و من بعد ذلك يخضع لقواعد قانونية تتفق مع طبيعته من خلال البحث عن انسب القوانين و اكثرها ملائمة عن طريق المفاضلة بين قواعد النظم القانونية التي يحتمل تطبيقها[١].

و لم يحدد المشرع العراقي المقصود بالعقد الدولي بل تركه لاجتهاد الفقه و القضاء بما يستجد من صور للعقود الدولية و كل ما ورد هو نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي التي بينت القانون واجب التطبيق فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية في اطار تنازع القوانين من حيث المكان و التي نصت على انه (تسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدى موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه) و قد اورد المشرع العراقي للبيوع البحرية بوصفها من العقود الدولية بابا خاصاً في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩١٤ النافذ تحت عنوان البيوع الدولية.

وبالنظر لاختلاف وجهات النظر حول تحديد المقصود بالعقد الدولي فقد اعتمد الفقه المعيارين القانوني والاقتصادي معاً تحت ما يسمى بالمعيار المختلط، ووفقاً لهذا المعيار لا يُعَدّ العقد دولياً الا إذا كان مرتبطاً بأكثر من نظام قانوني ومحققاً لمصالح التجارة الدولية في نفس الوقت[٢].

ان المشرع العراقي اخذ بقاعدة الاسناد التي اخذت بها غالبية القوانين في حل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية والقاعدة هي اخضاع العقد لقانون المتعاقدين، أو قانون موطنهما المشترك، أو قانون محل ابرام العقد.

أي إن القانون الذي اختاره المتعاقدان سواء بصورة صريحة أو ضمنية هو الذي يحكم العلاقة التعاقدية ونصت على هذه القاعدة الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع العراقي وضع ضابطين

[١] ينظر: م.م أزهار محمود لهمود جامعة تكريت ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد٩، العدد ٣٤، ٢٠٢٠.

[٢] ينظر: ازهار محمود لهمود، مصدر سابق، ص ١٨٤

اصليين للإسناد وهما الارادة الصريحة والارادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما انه وضع ضابطين احتياطيين للإسناد وهما قانون موطن المتعاقدين المشترك وقانون محل ابرام العقد.

وهذا يعني ان امام قاضي النزاع العراقي خيارات الاول يتمثل بقانون الارادة الصريحة او الضمنية، والثاني قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، والثالث قانون محل ابرام العقد، ويستعمل القاضي الخيار الثاني في ظل عدم تحقق الخيار الاول، ولا يستعمل الخيار الثالث الا اذا لم يتحقق الخيار الثاني، اي انه يطبق الخيارات على سبيل التدرج لا التخيير[١].

وفيما يتعلق بنطاق تطبيق قانون الارادة فإنه وبموجب قواعد اسناد دولة قاضي النزاع يطبق على شروط تكوين العقد واثاره كما يدخل ضمن هذا النطاق اوصاف الارادة من جانب كونها ظاهرة ام باطنة وكذلك مدى اعتبار السكوت قبولاً وحالات التعبير عن الارادة وكذلك وجود المحل وصحته ووجود السبب، كما يشمل نطاق قانون الارادة أوصاف الالتزام الشرط والأجل وتعدد الملتزمين وحالات الضمان، كما يطبق على اسباب انتهاء الالتزام بالإبراء أو الوفاء والمقاصة، ويخرج عن اختصاص قانون الارادة الرضا وعيوبه لأنه يلحق بمسائل الاهلية ومن ثم تخضع لقانون الجنسية وذلك حسب نص المادة (١٨) من القانون المدني العراقي، وكذلك شكل التصرف فيخضع لقانون محل ابرام العقد وهذا ما اشارت اليه المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي إذ نصت على أن (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)[٢].

المطلب الثاني

قاعدة الأسناد في الأموال المنقولة

يقصد بالمنقول كما عرفه المشرع العراقي (كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف)[٣]، أي ان الأموال المنقولة هي تلك الأموال التي ليس من ضمن خصائصها الثبات

[١] ينظر: د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص ٣٤٢.
[٢] ينظر: د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص٣٣٩.
[٣] م/ من القانون المدني العراقي.

والاستقرار في مكان واحد بل يمكن نقلها وتحويلها من مكان الى آخر دون أن يصيبها ضرر يؤدي الى تلفها او هلاكها, وقد مرّت قاعدة الاسناد الخاصة بالأموال المنقولة بمراحل متعددة انتهت الى اخضاع هذه الأموال لقانون موقعها الفعلي.

و إن ما يدخل في نطاق تطبيق قاعدة موقع المال المنقول كل ما يتعلق بالمنقول من تصرفات قانونية ووقائع وكان من شأنه ان يرتب على الشيء المنقول حقوق عينية سواء كانت حقوقاً عينية اصلية او تبعية وايضاً ما يرتب عليه من حقوق شخصية بالإضافة الى آلية انتقال هذه الحقوق او زوالها وانتهاءها بين الأطراف المعنية، تحديد الطبيعة القانونية للمنقول وهل انه يعدّ منقولاً بطبيعته مثل المركبات ام انه يعد منقول حسب المآل كالثمار قبل قطفها، تحديد أسباب كسب ملكية المال المنقول وهل تمت عن طريق العقد ام الميراث ام الوصية ام الحيازة ومدى قابليتها للانتقال، تحديد حقوق المالك على الشيء المنقول وبيان التزاماته واهلية وجوبه, اما بالنسبة لأهلية الأداء فتخضع لقانون جنسية المالك بحسب القانون العراقي وباقي القوانين العربية[1].

وبقدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا المتمثل بالأموال الثقافية، ونظراً للأهمية الكبيرة للمال الثقافي باعتباره وحياً معبراً عن ماضي الامة وتاريخها وواجهة حضارية واقتصادية مهمة للدولة بما يحمله من قيم ثقافية وروحية تتصل بشعور الافراد، ولما كان المال الثقافي يتضمن في جزء كبير منه اموالاً منقولة يسهل تداولها بين أقاليم متعددة بصورة مشروعة أو غير مشروعة مما يقتضي خضوعها لأكثر من قانون يتنافس في تطبيق احكامه عليها، وإن تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالمنقول وهي قاعدة موقع المال المنقول قد تؤدي في بعض الأحيان الى خروج مال ثقافي مهم من عهدة دولة تملكه وذات صلة به الى دولة أخرى لا تربطها به أي علاقة تاريخية او ثقافية سوى انه قد وجد فيها اثناء وقوع التصرف الذي ورد عليه، لذلك ذهب جانب من الفقه[2] الى ابتداع قاعدة اسناد خاصة تطبق على المال الثقافي على وجه الخصوص استثناءً من قاعدة

[1] عبد الرسول عبد الرضا الاسدي , مصدر سابق , ص ٣٢٦ .

[2] نقلاً عن د: نافع بحر سلطان، فكرة المال الثقافي في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد ٣، الجزء ١،المجلد ١٩، ص١٥٧.

الاسناد التي تطبق على الأموال المنقولة بصورة عامة واطلقوا على هذه القاعدة مسمى (البلد الأصل للمال الثقافي) ويعرف معهد القانون الدولي بلد الأصل للمال الثقافي بأنه (الدولة التي من وجهة النظر الثقافية يعتبر الشيء المتواجد على اقليمها مرتبطاً برابطة اكثر وثوقاً بينه وبين الإقليم).

وهنا يثور تساؤل مهم حول كيفية تحديد الدولة الأكثر صلة بالمال الثقافي أو ما هي المعايير التي يمكن اعتمادها للتوصل الى هذه الدولة؟ في الحقيقة ظهرت عدة معايير لذلك سنقوم بتبيانها وفقاً لما يأتي:

أولاً: معيار جنسية مبدع العمل الثقافي أو مكان ولادة المال الثقافي : يلاحظ ان هذين المعيارين قد اعتمدا في اتفاقية اليونسكو لعام ١٩٧٠ إذ نصت المادة الرابعة منها على إنه (تعترف الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بأن الممتلكات الثقافية الداخلة في الفئات التالية تشكل لأغراض هذه الاتفاقية جزءاً من التراث الثقافي لكل دولة, أ- الممتلكات الثقافية التي يبتدعها فرد أو مجموعة افراد من أبناء الدولة المعنية والممتلكات الثقافية التي تهم الدولة المعنية والتي يبتدعها داخل أراضي تلك الدولة رعايا أجانب أو اشخاص بلا جنسية مقيمون في تلك الأراضي ...).

ان تطبيق هذين المعيارين بشكل مطلق يؤدي الى اهمال العديد من الأموال الثقافية وذلك في حالة اذا ما كان مبدع هذه الأموال يتنقل بين عدة دول ويترك اثراً له في كل دولة منها الا انه في النهاية يتمسك بجنسية دولة واحدة دون غيرها، وبالتالي عند تطبيق هذه القاعدة سوف تحصل الدولة التي تمسك بجنسيتها على الحق في تملك وحيازة هذه الأموال اما الدول الأخرى فأنها بالتأكد ستحرم منها[١].

ثانياً: معيار الرابطة الأكثر صلة : على الرغم من صعوبة تحديد هذا المعيار من الناحية العملية لما يكتنفه من غموض الا انه، وكما يرى بعض الفقه[٢] بأن الدولة الأكثر صلة بالمال الثقافي هي الدولة التي يرتبط المال الثقافي بمصالحها الوطنية

[١] ينظر: نافع بحر سلطان، مصدر سابق، ص١٥٨.

[٢] ينظر: د. وليد محمد رشاد، حماية الآثار وعناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص١٦١.

وحجم الاهتمام الثقافي والتاريخي والعلمي والفني الذي توليه هذه الدولة لهذا المال, والواقع ان تحديد الرابطة الأكثر صلة يرجع به الى قانون الدولة طالبة الاسترداد ويمكن تحديدها كذلك عن طريق التحكيم[١].

ثالثاً : معيار مكان التصدير غير المشروع: وفقاً لهذا المعيار فإن قيام دولة ما بحظر تصدير أموال ثقافية معينة يحدد هوية هذه الأموال، إذ ان ذلك يعد قرينة على انتماءها الى الدولة التي أصدرت قانوناً يحظر تصديرهاً[٢].

اما بالنسبة لنطاق تطبيق قانون بلد الأصل ففي الحقيقية ان هذا القانون يزيح قانون موقع المال المنقول ويطبق بدلاً عنه في جميع المسائل التي كان يحكمها طالما ان المنقول يعد مالاً ثقافياً، وبذلك فأن قانون بلد الأصل للمال الثقافي يحكم نقل ملكية هذا المال وكل ما يتعلق بالملكية من طرق وأسباب اكتسابها وكذلك بيان حدود محل حق الملكية وما يتفرع عنها والسلطات التي يتمتع بها المالك وقيود سلطات المالك في استعمال المال الثقافي واستغلاله و وجود قيد منع التصرف او عدم وجوده, الا انه لا يطبق على شهر التصرفات الواردة على المنقول انما تبقى خاضعة لقانون الموقع وذلك لغاية اعلام الغير بالتصرفات الواردة عليه[٣]، ويخرج ايضا من دائرة تطبيق قانون موقع بلد الأصل تكييف المال الثقافي وتكييف التصرف الذي ورد عليه, ذلك ان التكييف في الغالب يخضع لقانون القاضي وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (١٧) من القانون المدني[٤].

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي من الاخذ بقاعد اسناد قانون بلد الأصل للمال الثقافي فلم يرد في قانون الاثار والتراث رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ ما يدل على الاخذ بها، وكذلك لم يرد لها ذكر في قانوننا المدني، الا انه لا يوجد مانع من تطبيقها وذلك

---

[١] المادة (٢/٨) من اتفاقية توحيد القانون الدولي. ويذكر إن العراق انضم الى هذه الاتفاقية التي دخلت حيز النفاذ في ١٩٩٨/٧/١ وذلك بموجب القانون رقم (٥) سنة ٢٠١٢.

[٢] ينظر: د. نافع بحر سلطان، مصدر سابق، ص١٥٩.

[٣] ينظر: د. وليد محمد رشاد، مصدر سابق، ص١٦٦.

[٤] تنص م/١٧ على إنه(١- القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).

بدلالة نص المادة (٣٠) من القانون المدني (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).

المبحث الثاني

دور القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد الموضوعية في مجال حماية الأموال الثقافية

نتيجة تطور علاقات التجارة الدولية وتأثيرها في العلاقات الدولية ذات الطابع الخاص، لذلك ظهرت وسائل فنية جديدة لحل تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة التي فيها عنصر اجنبي، ومن هذه الوسائل الجديدة التي ظهرت لحل ازمة تنازع القوانين هي القواعد الموضوعية والقواعد ذات التطبيق الضروري، ونظراً لما للأموال الثقافية من أهمية كبرى بين الدول، الأمر الذي جعل حماية هذه الأموال من واجبات الدولة التي تحتم عليها التدخل من خلال تطبيق هذه القواعد التي تسمح لها باتخاذ الاجراءات المناسبة للمحافظة على آثارها وعناصر التراث الثقافي فيها، وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، نبين في الأول منهما دور القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال حماية الأموال الثقافية، ونخصص الثاني لدراسة دور القواعد الموضوعية في حماية الأموال الثقافية، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

دور القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال حماية الأموال الثقافية

ان القواعد ذات التطبيق الضروري كما يعرفها بعض الفقه[١] هي (القواعد التي تلازم تدخل الدولة والتي ترمي الى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية لجماعة والتي يترتب على عدم احترامها اهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها اياً كانت طبيعتها، وطنية أم ذات طابع دولي) فهذه القواعد هي قوانين للنظام الحمائي التي

[١] ينظر: د. د. احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام, دار النهضة العربية ١٩٨٥، ص٧٢.

تسمح للدولة بحق التدخل وتحمل مسؤوليتها في اتخاذ الاجراءات المناسبة للحفاظ على مواردها البيئية وكنوزها الاثرية والثقافية.

ان وجود القواعد ذات التطبيق الضروري يرتبط بالقوانين التي تتماشى مع تدخل الدولة وتوجيهها، وأن هدف القوانين التي تحمل قواعد ذات تطبيق ضروري هو حماية المصلحة العامة وحماية الاقتصاد الوطني، من خلال سريانها خارج حدود الدولة وانطباقها مباشرة على التصرفات الناقلة لملكية الآثار وعناصر التراث، ودون أن تأبه بالقانون الذي اختارته الإرادة، ومن ثم لها اهمية كبيرة في حماية هذه الاموال، فيما لو كانت غير مباح التعامل بها، و في الوقت نفسه تنظم الاحكام الخاصة بالعقود الدولية الناقلة لملكية هذه الاثار المباح التعامل بها [1], ولعل من أبرز القواعد في هذا المجال هي قاعدة حظر التصرف بالأموال الثقافية وعدم تملكها بالتقادم، وقد وردت هذه القاعدة في المادة (٤٢) من قانون الآثار و التراث الثقافي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ النافذ التي نصت على عقوبة السجن لمدة لا تزيد عن (١٠) سنوات من باشر بالتنقيب عن الآثار أو حاول الكشف عنها من دون موافقة تحريرية من السلطة الاثارية مع فرض التعويض مقداره ضعف قيمة المقدرة للضرر و ضبط الآثار المستخرجة و تشدد العقوبة لمدة لا تزيد على (١٥) سنة إذا كان مسبب الضرر من موظفي السلطة الاثارية. إذ تعدّ هذه القاعدة من القواعد التي يتم تطبيقها بالضرورة وبشكل فوري عندما يتعلق التصرف بالآثار العراقية التي يحرم التعامل بها.

ويُعدّ من قبيل القواعد فورية التطبيق أيضا وفقاً لما نصت عليه م/٣ من قرار مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في ١٩٩١/١٢/٣ النصوص القانونية التي تحكم إجراءات تصدير الاموال الثقافية والفنية، فهذا النص يعزز التوجه الحديث في القانون الدولي الخاص الذي يلزم الدول بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري للدول الأخرى، تحقيقاً لما يقتضيه التعاون الدولي، من خلال قبول القاضي الاجنبي تطبيق القوانين وصولاً لقرار بطلان التصرف الوارد على الآثار أو الأموال الثقافية الوطنية

[1] A. chapelle : lesfonctions de lordre public endroit international prive , these paris 1979. N299 est p -320

ومن حق الدولة صاحبة تلك الأموال طلب استردادها، ويبدو التعاون الدولي من خلال تطبيق القانون الجنائي الاجنبي كما تقتضي فكرة الاسناد الاجمالي[١]، كما يُعد من القواعد ذات التطبيق الضروريّ الجزاء الذي يقرره قانون دولة الاصل للمال الثقافي على التصدير غير الشرعي لتلك الأموال، مما يدعم فرصة دولة الاصل في استعادة آثارها وأموالها الثقافية فور إثباتها مصلحتها في أعادة تلك الاموال.

لقد كان لنصوص قرار مجمع القانون الدولي الدور الكبير في حسم مسألة التصدير غير الشرعي للآثار والموال الثقافية، بيد إن اعمال هذه النصوص كان مقيداً بشرط ان تثبت الدولة التي تدعي انها دولة الأصل إن غياب تلك الاموال يسبب الضرر لميراثها الثقافي، ويكون طلب الاسترداد خلال مدة زمنية محددة، و إذا أثبت الحائز حسن نيته فينبغي على دولة الاصل عندئذ ان تعوضه تعويضاً عادلاً[٢].

المطلب الثاني

دور القواعد الموضوعية في الاتفاقيات الدولية في حماية الأموال الثقافية

من ابرز مظاهر التطور الذي لحق القانون الدولي الخاص هو غلبة القواعد الموضوعية عليه والتي يسميها البعض بالقواعد المادية،

بحيث صارت تنافس قواعد الإسناد إن لم تحل محلها، ومما ساهم في بروز منهج القواعد الموضوعية كثرة الاتفاقيات الدولية التي سادت العلاقات بين الدول لتنظيم المسائل القانونية الهامة بين مجموعة من الدول إحياء لمبادئ التعاون الدولي، وظهرت هذه في العديد من الميادين كحق المؤلف والبيوع الدولية والآثار والأموال الثقافية [٣].

---

[١] ينظر: د. سوسن صافي، الحماية الدولية للبيئة الأثرية والممتلكات الثقافية في ظل أحكام القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٧، ص٢٣٠. أشارت له هبة محمد عبدالرحيم، تنازع القوانين في نقل ملكية المال الثقافي دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٨، ص ١٠٢.

[٢] يعد الحائز حسن النية اذا لم يكن ان يعرف او بإمكانه ان يعرف ان هذه الاشياء تم التعرف عليها بطريقة غير مشروعة من دولة الاصل وعلى دولة الاصل ان تطالب باسترداد المال الثقافي المسروق, خلال مدة ثلاث سنوات من وقت حدوث السرقة.

[٣] د. وليد محمد رشاد إبراهيم, مصدر سابق, ص٢٣٧-٢٣٩.

وعليه سوف نتناول مسألتين كلاهما تشكل قاعدة موضوعية منصوص عليها في الاتفاقيات الدولية المعقودة في مجال حماية الآثار و الأموال الثقافية ويطبقها القضاء الوطني وقضاء التحكيم في منازعات الاسترداد التي ترفع إليه، فالأولى: قاعدة تعويض الحائز حسن النية عند استرداد الأثر أو المال الثقافي من تحت يده. والثانية: قاعدة اعتبار اهذه الأموال خارج دائرة التعامل وسنبحث كلا منهما في فرع مستقل وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

تعويض الحائز حسن النية عند استرداد الأموال

ويعدّ هذا المبدأ من القواعد الموضوعية التي نصت عليها سائر الاتفاقيات الدولية المعقودة في مجال حماية الآثار والأموال الثقافية، إذ يقابل حق الدولة المالكة باسترداد أموالها بحق الحائز حسن النية بالتعويض، بحيث انه التزام يقابل إعمال ذلك الحق، وذلك انطلاقا من إن لكل منهما حق على شيء يملكه[1].

إذ إن المال الثقافي بعد خروجه من الدولة المالكة بأي طريق سواء عن طريق بيعه أو نقله أو سرقته أو تهريبه يمكن أن يكون محلاً لتصرف قانوني لشخص لا يعلم بالطريق غير المشروع الذي خرج من خلاله المال من دولته المالكة، الأمر الذي يعتبر معه هذا الحائز للمال حسن النية ومن ثم يستحق الحماية القانونية التي تظهر في صورة تعويض بقدر المقابل الذي دفعه عند شراء ذلك المال يدفع له من الدولة المالكة نظير استردادها لأموالها الثقافية، وقد صار هذا التعويض قاعدة من القواعد الموحدة والمقررة في سائر الاتفاقيات الدولية، ويبقى للدولة المالكة أن ترجع بما دفعته للحائز حسن النية على الشخص المسؤول عن خروج المال بطريق غير مشروع استناداً الى أحكام المسؤولية التقصيرية، أو على أساس الاثراء بلا سبب، وهذا ما قرره أيضا مجمع القانون الدولي في المادة (٤/٣).

ويبقى تقدير حسن نية الحائز مسألة موضوعية تقدر وفقاً لمعيار الرجل المعتاد

[1] ينظر: د. وليد محمد رشاد إبراهيم، مصدر سابق، ص٢٤٠.

لو وجد محل الحائز، لذلك لا يؤخذ بادعاء الحائز حسن نيته بهذه السهولة، بل لا بد أن يثبت قيامه بالإجراءات التي تثبت حرصه وحذره عند اقدامه على التصرف، كأن يطالب البائع بشهادة التصدير التي تشترطها الدولة المالكة كشرط لشرعية التصدير أو يثبت سعيه وحرصه على معرفة أصل المال وفيما إذا كان مسجلاً لدى الهيئات المختصة من عدمه، وهذا ما يتضح من نص المادة (٦) من اتفاقية unidorit التي نصت على تعهد الأطراف بوضع شهادة تبين أن تصدير الأثر أو المال الثقافي مرخص به ويجب أن تصاحب هذه الشهادة كل ممتلك ثقافي يصدر بترخيص من دولة[١].

ووفقاً لنص المادة (١٠) من اتفاقية اليونسكو فإن تقدير حسن نية الحائز لا يكون بالضرورة من خلال حيازة البائع لسند ملكية المال محل التصرف، وإنما يعتبر الحائز حسن النية إذا أثبت انه لم يكن يعلم أن المال قد غادر إقليم الدولة العضو بطريق غير مشروع كالسرقة أو التهريب، وإنما خرج بطريق مشروع كحالة الترخيص بالتصدير أو الترخيص المؤقت بعرض المال الثقافي في متاحف الدول الأجنبية أو في الحدود الجائز فيها التصرف في الأموال الثقافية أو الفنية.

هذا ويشترط وفقاً لنص المادة (٧) من هذه الاتفاقية لقبول ادعاء دولة ما بأنها المالكة للمال أن تقوم بدورها بإرسال المعلومات والوثائق التاريخية وكل دليل من شأنه اثبات ملكيتها للمال محل التصرف، إذ تنص هذه المادة على إنه (بناءً على طلب أي دولة من الدول الأطراف في حالة ما إذا كانت دولة المنشأ، يمكن لدولة طرف أخرى مصادرة وإعادة الممتلكات المسروقة من متحف أو مؤسسة دينية أو أثر عام إلى أراضيها, تقديم الطلب من خلال القنوات الدبلوماسية, توثيق القطعة الأثرية كجزء من قائمة جرد المؤسسة, يتعين على الدولة المتقدمة بالطلب دفع تعويض منصف لأي مالك في حالة ما إذا كان قد قام بشراء قطعة عن حسن نية أو في حالة حمله لقباً معتمداً وفقاً للقانون الوطني, يتعين على الدولة المتقدمة بالطلب توفير جميع الأدلة

[١] د. وليد محمد رشاد إبراهيم, المصدر السابق, ص ٢٤٩.

الداعمة لمطالبتها)، ومثال ذلك تم استرجاع اثر (حلم كلكامش) للدولة العراقية والذي يعود تاريخه لأكثر من ٣٥٠٠عام، وذلك في ٢٠٢١/١٢/٧.

كما نصت المادة (٧ ف/٢) على ضرورة (اتخاذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لإعادة الممتلكات الثقافية بناء على طلب دولة الأصل العضو في الاتفاقية شريطة أن تدفع الدولة تعويضاً للحائز أو المشتري الذي يثبت حسن نيته وتوافر السند الصحيح تعويضاً عادلاً) ويتم تقديم الطلب بالطرق الدبلوماسية، كما في المثال السابق من (حلم كلكامش) حيث تم استرجاعه عن طريق وزارة الخارجية.

ويتضح مما تقدم إن قاعدة تعويض الحائز حسن النية تعويضا عادلاً هي قاعدة مادية اتفاقية، فهي تنطبق مباشرة في العلاقة بين الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات بعيداً عن منهج قواعد الاسناد و القانون واجب التطبيق الذي تشير إليه.

الفرع الثاني

قاعدة اعتبار الأموال الثقافية خارج دائرة التعامل

إن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية بصورة عامةاستقرت على اعتبار الأموال الثقافية والآثار من الأموال الخارجة من دائرة التعامل، ومن ثم تعدّ هذه القاعدة من القواعد الموضوعية التي تم النص عليها في مختلف الاتفاقيات الدولية، ومن ثم تنطبق بصورة مباشرة على كل نزاع يثور بين الدول الأعضاء ويكون محله هذه الأموال، وتقضي بعدم جواز التصرف بهذه الأموال أو تصديرها و تقر بحق الدولة المالكة باستردادها طالما إن تصدير هذه الأموال تم دون ترخيص منها، وذلك بصرف النظر عن قانون العقد وموقع المال المنقول الذي تشير له قاعدة الاسناد[1]، إذ نصت المادة (١٢) من الاتفاقية على انطباق قانون الدولة العضو المطالبة بما يتضمنه مبدأ اعتبار الآثار خارج دائرة التعامل وبالتالي تخرج المسألة من نطاق تطبيق تنازع القوانين.

ويترتب على هذه القاعدة المادية إمكانية تطبيق القانون الجنائي الأجنبي، حسب ما أقرت اتفاقية اليونسكو، وما أكده ايضا قانون الآثار والتراث العراقي في المادة (٢٠) (

[1] ينظر: د. وليد محمد رشاد، مصدر سابق، ص٢١٣.

رابعا – تصادر السلطة الأثر المنقول أو المادة التراثية الداخلة إلى العراق إذا ثبت أنها خرجت من موطنها بصورة غير مشروعة وتعيدها إلى بلدها الأصلي مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل).

وبناء على اعتبار الآثار و الأموال الثقافية من الأموال التي تخرج عن التعامل فإن كل العقود التي ترد عليها خلال فترة خروجها من اقليم الدولة المالكة حتى لحظة استرداداها تعتبر باطلة وذلك لأنه من الشروط الواجب توافرها في محل العقد أن يكون قابلاً للتعامل فيه أي مشروعاً، وإن المادة (٦١) من القانون المدني العراقي تنص على(٢- ...والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية). كما نصت المادة (١٣٠) على إنه (١- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطل...)

ومن هنا يتضح أنه عندما تكون الأموال الثقافية محلاً للعقد فإن العقد الذي يرد عليها يعتبر باطلاً نظراً لأن محله معدوماً ومستحيلاً، وهناك استثناء يرد على هذا عندما تجيز بعض القوانين التصرف بالأموال الثقافية بشرطين هما، موافقة كتابية من هيئة الآثار، وأن لا يترتب على التصرف إخراج المال من البلاد.[١]

وهنا في حال تم التصرف بهذه الأموال بدون مراعاة هذه الشروط فأن التصرف يكون باطل ويستحيل على المتصرف تنفيذ التزامه.

كما يبطل التصرف القانوني الذي تكون الأموال الثقافية محله من جهة السبب، ويعرف سبب العقد بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه، والسبب يعد ركناً من أركان العقد ومن ثم هو الدافع الباعث للتعاقد[٢]، وإذا طبقنا هذا في العقد الوارد على المال الثقافي فيكون السبب غير مشروع ومخالف للنظام العام إذا كان الغرض منه هو تهريبه للخارج أو تمليكه لنفسه أو لشخص آخر أو نية الكسب لتحقيق الربح والاتجار بهذه الأموال وهذا هو الغرض المباشر دوماً من التعامل في الآثار سواء ببيعه أو بتصديره للخارج، ولذلك كان سبب العقد عليها دائما غير مشروع

[١] ينظر: د. أنور سلطان، العقود المسماة شرح البيع والمقايضة، ط٢،دار الثقافة، ١٩٥٢، ص١٥٥
[٢] ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ، الموجز ، مصادر الالتزام، ص ١٣٢

عدا الاستثناء السالف الذكر، ومن ثم يكون غير مشروع ويعاقب عليه في ظل القوانين الوطنية، وهذا ما نص عليه قانون الآثار والتراث العراقي في المادة (٤٤) التي جاء فيها (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ١٠ عشر سنوات وبغرامة مقدارها (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار من يتاجر بالمواد الأثرية مع مصادرة المواد المتاجر بها، وتكون العقوبة بالسجن وبغرامة مقدارها (٢٠٠٠٠٠٠) مليونا دينار إذا كان مرتكب الجريمة من منتسبي السلطة الأثرية) والمادة (٤٥) التي نصت على إنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ٣ ثلاث سنوات وبغرامة مقدارها (١٠٠٠٠٠) مئة إلف دينار من قام دون ترخيص من السلطة الاثارية بالمتاجرة في مادة أثرية مزورة أو مقلدة ومصادرة الأدوات والمواد المستعملة في الجريمة وتكون العقوبة الحبس إذا كان مرتكب الجريمة من منتسبي السلطة الاثارية).

خاتمة

في ختام بحثنا هذا نوجز اهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل اليها:

اولاً: النتائج

١- ظهور قاعدة اسناد جديدة خاصة بالمال الثقافي وهي قاعدة البلد الأصل لهذا المال وذلك استثناءً من قاعدة موقع المال المنقول لتزيحها وتطبق بدلاً عنها متى ما كان للمال المنقول أهمية لتراث الامة وثقافتها.

٢- أورد الفقه عدة معايير لتحديد بلد الأصل للمال الثقافي إلا ان المعيار الراجح يتمثل بالرابطة الأكثر صلة بالمال الثقافي وهي الدولة التي تتصل مصلحها الوطنية بحماية المال الثقافي وتوليه اهتمامها الثقافي والعلمي والفني.

٣- من القواعد الموضوعية التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية في مجال حماية الأموال الثقافية هي قاعدة التعويض حسب مبدأ حسن النية وفيها تلتزم الدولة الطالبة بدفع التعويض دون أن يخل ذلك بحقها في الرجوع على أي شخص آخر يكون مسؤولاً عن التصرف غير المشروع، ونصت جميع الاتفاقيات على أن يكون التعويض تعويضاً عادلاً للحائز الذي استرد منه الأثر متى ثبت حسن نيته.

٤- القاعدة الموضوعية الثانية التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية في مجال حماية الأموال الثقافية هي قاعدة اعتبار الآثار خارج دائرة التعامل وهذه القاعدة المادية تقوم على المنع من التصرف الذي يقيد من سلطات حق الملكية بالنظر إلى طبيعة محل العقد الذي يخرج من دائرة التعامل بحكم القانون، ويجب احترام هذا القيد في قانوني العقد والموقع، فهو يتعلق بالآثار العينية للتصرف القانوني.

٥- أن منهج القواعد الموضوعية لازال في طور التكوين ولا يمكن الاعتماد عليه وحده دون منهج قاعدة الإسناد, فلا يمكن الاستغناء عن قانون بلد الأصل خاصة ولا عن غيره من القوانين الوطنية لإكمال النقص في قواعد التعويض وخروج الأموال الثقافية عن دائرة التعامل والمصادرة, فالأنظمة القانونية الوطنية هي المرجع دوماً في كل نقص من أحكام لحل المنازعات ذات الطابع الدولي.

التوصيات:

١- نوصي المشرع العراقي أن يأخذ بقاعدة اسناد " بلد الأصل للمال الثقافي " وتنظيم احكامها ونطاق ما تنطبق عليه وذلك ضمن ما افرده من نصوص خاصة بتنازع القوانين في متن قانوننا المدني والتأكيد عليها ضمن قانون الاثار والتراث لما لهذه القاعدة من اهمية في المحافظة على اموالنا الثقافية وتراثنا واسترداده من ايادي الغرباء والطامعين.

٢- ينبغي على الدولة تدعيم ثقافة حماية الأموال الثقافية و الآثار، باعتبارها عنصراً من عناصر الاستمرار الثقافي والحضاري وذلك من خلال المدارس والجامعات والجمعيات الأهلية، وأيضاً من خلال وسائل الإعلام المقروءة والمسموعة والمرئية، وإعداد الكوادر البشرية المؤهلة والخبيرة بحماية الآثار وترميمها.

٣- ضرورة عقد الاتفاقيات مع الدول التي يوجد لديها كم كبير من الأموال الثقافية المهربة لاستعادة هذه الأموال, نظراً لما تمثله من قيمة تاريخية عريقة تعبر عن حضارة البلاد وعراقتها.

٤- نقترح على المشرع تعديل قانون الآثار والتراث الثقافي العراقي النافذ رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ على نحو يتضمن التعديل الأحكام الخاصة بالمال الثقافي العراقي وعلى الوجه الآتي: تعديل المادة (٣) من القانون المذكور بإضافة فقرة ثالثة وعلى الوجه الاتي: (يمنع التصرف ونقل ملكية الاموال الثقافية العراقية خارج البلاد الا في الحالات التي يسمح القانون بها).

المصادر:

أولاً: الكتب القانونية

١- احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام, دار النهضة العربية ١٩٨٥.
٢- د. أنور سلطان، العقود المسماة شرح البيع والمقايضة، ط٢،دار الثقافة، ١٩٥٢.
٣- سوسن صافي، الحماية الدولية للبيئة الأثرية والممتلكات الثقافية في ظل أحكام القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٧.
٤- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٨.
٥- : د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، ، الموجز ، مصادر الالتزام،
٦- وليد محمد رشاد، حماية الآثار وعناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

ثانياً: الرسائل والأطاريح الجامعية

١- هبة محمد عبدالرحيم، تنازع القوانين في نقل ملكية المال الثقافي دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٨.

ثالثاً: البحوث والمقالات

١- م.م أزهار محمود لهمود جامعة تكريت ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد٩، العدد ٣٤، ٢٠٢٠.
٢- نافع بحر سلطان، فكرة المال الثقافي في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد ٣، الجزء ١،المجلد ١٩.

رابعاً: القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢- قانون الآثار والتراث الثقافي العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢.

خامساً: المصادر الأجنبية

1- A. chapelle : lesfonctions de lordre public endroit international prive , these paris 1979.