ISSN(Print): 1813-4521 OnLine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.mabdaa.edu.iq

دور النظام العام في أحكام نقل ملكية المال الثقافي

علي عبدالكريم خلف
إشـــــراف الاستاذ الدكتور محمد عبده
الجامعة الإسلامية في لبنان كلية الحقوق قسم القانون الخاص
Alkinany911@gmail.com

ملخص البحث

ان مفهوم النظام العام مرن ومتغير من بلد لأخر تبعا للمصلحة العليا للدولة، فالنظام العام في مجال نقل ملكية المال الثقافي يعدّ أحد أهم أسباب استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قواعد تنازع القوانين في بلد القاضي الذي ينظر في النزاع على اعتباره صمام الأمان المسؤول عن حماية المبادئ والأسس الجوهرية السائدة في ذلك البلد.وفي نقل ملكية المال الثقافي تظهر الإشكاليات في معرض الدفع بالنظام العام، لما لهذا النوع من الأموال من أهمية بالغة كونه مرتبط بثقافة الشعوب وحضارتها الموروثة واهميتها المادية والمعنوية في دولة بلد المال، من هذه الاشكاليات ما يتعلق بغموضه وبصعوبة تحديد مضمونه على نحو جامع ودقيق، ومنها ما يتعلق باختلاف مفهومه من دولة إلى أخرى، ومن زمن إلى أخر في الدولة الواحدة، ومنها ما يتعلق باختلاف نطاق تدخله في العلاقات القانونية التي على أساسها تمت عملية نقل ملكية المال الثقافي. وعليه لا بد من دراسة مفهومي المال الثقافي والنظام العام وبيان الطرق التي تمت عن طريقها نقل ملكية المال الثقافي وما هو دور الدفع بالنظام العام واثاره على انتقال الملكية للخلف الخاص.

المقدمة

أولا : موضوع الدراسة

للمال الثقافي قيمة ثقافية وفنية وحضارية كونه يتصل بتراث الشعوب، فيعد كيان خاص له قيمة معنوية كبيرة للبلد الأصل الذي ينتمي اليه، وبسبب هذه الأهمية الخاصة اصبح محلا للتعاملات التجارية الدولية والداخلية وقيمته الكبيرة تجعله من اهم الممتلكات والأموال التركة التي يمكن للفرد ان يورثها او يوصي بها للغير، فيكون انتقال ملكيته الى اشخاص اخرين من داخل البلد اصل المال ومن خارجه، مما يثير إشكالية حماية مصلحة الدولة العليا لموروثها الثقافي ومنع خروجه خارج البلاد، وهنا يظهر دور الدفع بالنظام العام لمنع تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني لحماية المال الثقافي، ولكن لا يمكن ممارسة هذا الدفع دائما وانما بشروط معينة يجب ان تتحقق ، لان اثر الدفع بالنظام العام قد يؤدي الى منع انتقال ملكية المال الثقافي او يمنع انشاء مركز قانوني عليه، وعليه سنقوم بدارسة دور النظام العام في انتقال ملكية المال الثقافي واثر الدفع به.

ثانيا : إشكالية الدراسة

يمكن لنا بيان إشكالية الدراسة من خلال طرح عدد من التساؤلات هي:

-ما هو المال الثقافي؟ وكيف يتم انتقال الملكية فيه؟

-ما هو النظام العام؟

- هو اثر الدفع بالنظام العام في الاحكام الخاصة بنقل ملكية المال الثقافي؟

ثالثا: أهمية الدراسة

بسبب زيادة الوعي والاهتمام بالاموال الثقافية لدى الدول والافراد على حد سواء جعل منها محلا للكثير من التعاملات التجارية والعلاقات القانونية، فانتقال ملكية الأموال الثقافية سواء عن طريق التجارة او الطرق الأخرى له أهمية كبيرة زيادة التنوع الثقافي للشعوب عن طريق ادخال أموال ثقافية لشعوب أخرى، الا ان الخوف من انتقال ملكية الأموال الثقافية خارج البلاد قد يؤدي الى افتقار البلد لهذا المال الوطني مما يؤدي الى خسارة كبيرة للبلد، وهنا يظهر دور النظام العام لحماية المصلحة العليا للبلاد ومنعه من تطبيق القانون الأجنبي ونقل ملكية المال الثقافي.

رابعا: خطة الدراسة

سنقوم في هذا البحث بدراسة دور النظام العام في احكام نقل ملكية المال الثقافي من خلال تقسيم الموضوع الى مبحثين الأول سيتناول مفهومي المال الثقافي والنظام العام، والمبحث الثاني سيتناول اثر الدفع بالنظام العام في انتقال ملكية المال الثقافي.

المبحث الاول مفهوم النظام العام والمال الثقافي

ان فكرة المال الثقافي في مفهومها الحديث فكرة جديدة على النظام التشريعي العراقي، فالمال الثقافي مرتبط بحضارة الشعوب وثقافتها وسبب هذه الحالة الخاصة المهمة له فان فكرة النظام العام تثار بكثرة عند التداول والتعامل بالمال الثقافي، وعليه ستقوم في هذه المبحث ببان مفهومي النظام العام والمال الثقافي وكما يأتي :

المبحث الأول : مفهوم المال الثقافي

المبحث الثاني : مفهوم النظام العام

المطلب الأول مفهوم المال الثقافي

سنقسم هذا المطلب بدراسة تعريف المال الثقافي وانواعه في الفرع الأول، اما الفرع الثاني فسوف نبين طرق نقل ملكية المال الثقافي.

الفرع الأول تعريف المال الثقافي

أولا: تعريف المال الثقافي وفق الاتفاقيات الدولية

١. وفق اتفاقية لاهاي لحماية التراث الثقافي العالمي في حالات النزاع المسلح[١] .

عرفت المادة الأولى من هذه الاتفاقية (الملكية الثقافية) بشكل عام بأنها ((يقصد من الممتلكات الثقافية، بموجب هذه الاتفاقية، مهما كان أصلها أو مالكها ما يأتي: (أ) الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة و المحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها؛ (ب) المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة "أ"، كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) في حالة نزاع مسلح؛(ج) المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين (أ) و(ب) والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية)).

٢. اتفاقية روما الخاصة بحماية الأموال الثقافية لسنة ١٩٥٧.

عرفت المادة (٩) من الاتفاقية الأموال الثقافية بانها ((الشيء الثقافي الذي له أهمية التاريخية او الفنية التي تحوز التقدير الاقتصادي للأمم وتكون محلا لحماية التشريعات الوطنية واهتمام الدول ذات المجموعة الواحدة في ضوء فكرة حرية التجارة وحركة السلع عبر الحدود)). [٢]

٣. اتفاقية اليونسكو بشأن التدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع واستيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعه. [٣] : والتي عرفت المادة الأولى منها الأموال الثقافية بانها ((الأموال التي تقرر كل دولة لاعتبارات دينية او علمانية أهميتها لعلم الاثار، او ما قبل التاريخ او التاريخ والادب او الفن او العلم التي تدخل احدى الفئات التالية ...)) [٤] . وهنالك اتفاقيات كثيرة عرفت الأموال الثقافية منها اتفاقية حماية التراث الثقافي غير المادي لسنة ٢٠٠٣، ومؤتمر دلهي الخاص بالحفريات لسنة ١٩٥٦ الا انها لم تاتي بجديد في وضع تعريف للاموال الثقافية.

ثانيا: تعريف المال الثقافي في التشريعات

١. في القانون الفرنسي

لم يضع المشرع الفرنسي تعريفا محددا للاموال الثقافية حتى لا ينحصر مصطلح المال الثقافي بنوع معين من الأموال دون غيرها، وانما ترك المجال مفتوحا للإدارة المختصة في ان تعتبر ما تراه مناسبا من الأموال أموالا ثقافية. [٥]

وترك الفقه ويوسع ويضيق في تعريف الأموال الثقافية بحسب الظروف والاحوال. [٦] لكنه وضع تصنيفات للاموال الثقافية وقسمها لثلاث اقسام هي:

النوع الأول : الأموال الثقافية التي لا يجوز التعامل بها ونقل ملكيتها، ولا تخرج خارج البلاد على سبيل الإعارة او الاقتراض لإقامة معرض مثلا الا بشروط صارمة جدا وتشمل (الأموال الاثرية المحمية وفق قانون (١٣ ديسمبر /١٩١٣) ، والمحفوظات التاريخية المحمية وفق قانون (٣/ يناير/ ١٩٧٩)، الأموال الثقافية في المتحف الفرنسي والمحمية بقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢). [٧]

النوع الثاني: الأموال الثقافية التي تخضع للرقابة والمحددة في قائمة ومرتبة حسب قيمة والاهمية والاقدمية التي تتمتع بها وفق المرسوم الصادر في ٢٧/سبتمبر/ ٢٠٠١. [٨]

النوع الثالث ويشمل الأموال التي لا تصل الى الحدود القصوى من الحماية والمباح التعامل بها دون قيد او شرط. [٩]

٢. في القانون العراقي

عرف المشرع العراقي الاثار والتراث في قانون الاثار رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ في المفقرتين السابعة والثامنة من المادة الرابعة بان الاثار هي ((الأشياء المنقولة وغير المنقولة لا يقل عمرها عن مئتي سنة دون ان يكون لها قيمة بحد ذاتها، أي انها مجرد أموال قديمة وان كانت لا تمت بصلة للرموز الوطنية او الثقافية في الدولة))، وعرف التراث بانه ((الأموال المنقولة وغير المنقولة التي يقل عمرها عن ٢٠٠ سنه ولها قيمة تاريخية ووطنية وقومية)).

وبالرغم من ان المشرع العراقي لم يصنف الأموال الثقافية كما فعل المشرع الفرنسي الا اننا بتطبيق القواعد الفرنسية على الأموال الثقافية العراقية يمكن لنا ان نقول ان الأموال التي يزيد عمرها عن ٢٠٠ سنة (الاثار) تعتبر من النوع الأول ولا يجوز التعامل بها، اما الأموال الثقافية التي تدخل ضمن النوع الثاني هي الأموال التي يقل عمرها عن ٢٠٠ سنه ومحمية من قبل الدولة مثل شناشيل بغداد، اما النوع الثالث من الأموال الثقافية والتي يكون مباح التعامل بها فتطبق على الأموال التي يقل عمرها عن ١٠٠ عام والتي يطلق عليها ما يسمى بالنتيكات.

الفرع الثاني طرق نقل ملكية الأموال الثقافية

يمكن نقل ملكية الأموال الثقافية بطريقتين هما :

١. نقل ملكية الأموال الثقافية عن طريق العقود الدولية

يتم نقل ملكية الأموال الثقافية عن طريق عقود البيع والشراء والهبة داخل البلاد وخارجها، وفي حالة نقل ملكية الأموال الثقافية داخل البلاد فالقانون المحلي يكون هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وهو خارج نطاق دراستنا هذه، كما وان هذا النقل للملكية يكون في النوع الثاني والثالث للاموال الثقافية ولا ينطبق على الأموال من النوع الأول كونه محرم التعامل بها، ونقل الحيازه هنا الى خارج البلاد يعد جريمة دولية خاضعة لإحكام الاتفاقيات الدولة [١٠] ولا تنطبق عليه مفاهيم دراستنا هذه.

٢. انتقال ملكية المال الثقافي بالوصية او الميراث

يشترط في انتقال ملكية بالمال الثقافي بالوصية او الميراث تحقق شرطين الأول: ان يكون المال المورث او الوصى به من النوع الثاني والثالث من الأموال الثقافية أي الأموال التي يجوز التعامل بها بقيود والأموال المباح التعامل بها دون قيد او شرط.

الشرط الثاني متعلق بصحة احكام الوصية والميراث كان تكون الوصية بما لا يزيد عن حدود ثلث التركة ومبدا المعاملة بالمثل في انتقال الأموال الثقافية خارج البلاد. [١١] ومن الجدير بالذكر هنا هو ان المال الثقافي وان كان من النوع الثاني والثالث فان ملكيته لا تنتقل بالوصية اذا كان عقاراً ويطبق عليه نص المادة (٧١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ ((وتصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل)).

المطلب الثاني مفهوم النظام العام

لفكرة النظام العام ارتباط بلا شعور عند المجتمعات والشعوب وتختلف باختلاف الموروث الثقافي والمبدى المجتمعي فيه وكل مجتمع له نظام عام خاص فيه مما جعل فكرة النظام العام فكرة واسعة وفضفاضة ومختلف عليها بين الدول والشعوب ومما يجعل الجهل بها كقاعدة تعاملات بين الافراد امر وارد وواسع الانتشار لذلك سنقوم في هذا المطلب بتعريف النظام العام في مجال تنازع القوانين فقهيا , وهذا ما يتناوله الفرع الأول اما الفرع الثاني فسيتناول فكرة النظام العام في القانون الوطني العراقي والقوانين المقارنة وكما يأتي :

الفرع الأول تعريف النظام العام في الفقه

في الفقه، يصعب الاحاطة بمفهوم النظام العام وخلق اطر ونطاقات خاصه به , حيث لا نجد تعريف جامع مانع ومنضبط يمكن من خلاله إعطاء صورة دقيقه عن ماهية النظام العام [١٢] فقد عُرِف بأنه ((مجموعة من المبادئ والاسس الضرورية لتعايش افراد المجموعة فيما بينهم وكذلك انه المصلحة العامة المقيدة للأفراد)) [١٣] . وقد عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه ((القواعد القانونية التي تعتبر في النظام العام هي القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية او فيها تنمية او اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على المصلحة الافراد فيجب على جميع الافراد مراعا هذه المصلحة وتحقيقها , ولا يجوز لهم ان يناهضوها بأتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصلحة فردية , فالمصالح الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة)). [١٤] ويعرف أيضا بأنه ((مجموع ما يعتبر مهما نوعا ما في المجتمع وزحف معينين كي يتعف بالالزامية ولو حصل ذلك خلافا لارادة الافراد وهو اقتصادية , خلفية ام مجتمعية)) . [١٥] وفي فقه القانون الدولي فقد تم تعريف النظام العام بأنه ((مجموعة الأسس والمعتقدات السامة للمجتمع والتي يقوم الاجتماع فيه بضرورة حمايتها وعدم انتهاكها وتحريم اتفاق الافراد على خلافها في نطاق القانون الداخلي وتتيح للقاضي الوطني استبعاد القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد في قانون دولته ويطبق قانونه اذا خالفها نطاق القانون الدولي)). [١٦] قابل بنشأ تنازع القوانين بنشأ عند وجود علاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي , كأن احد الطرفين المتعاقدين اجنبي اذا كانت العلاقة عقدية او اختيار قانون اجنبي اتفق الطرفين على سريانه على عقد المبرم بينهما او ان المتعاقد عليه في مكان اجنبي يختلف عن موطن المتعاقدين [١٧] مما يضطر القاضي الى تطبيق القانون الأجنبي المتفق عليه من طرف العقد ولكن سريان القانون الأجنبي الذي اتفق عليه الطرفان (المشار اليه بقواعد الاسناد) لا يكون مطلقا بل هوه مقيد بعدم تعلقه بقواعد امرة ففي هذه الحالة يتم الدفع بالنظام العام لمنع تطبيق القانون الأجنبي المشار اليه بقواعد الاسناد من قبل القاضي وانما ينعقد الاختصاص على قانون القاضي . [١٨] وعليه فأن اعمال فكرة النظام العام عند تنازع القوانين لنقل ملكية المال الثقافي (المقيد التعامل به، ومباح التعامل به) من النوع الثاني والثالث يؤدي الى استبعاد القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد والذي يفرض تطبيقها القانون مما يستوجب الحذر والدقة من قبل القاضي والتأكد من تحقيق ضوابط تطبيق على القضية المعروضة امامه. [١٩] وفق ما سبق يمكن لنا تعريف النظام العام بأنه ((الاحكام التي نفرضها لحماية المصلحة العام في زمان ومكان معينين ولتحقيق اهداف وغايات ومصالح عامة على حساب المصلحة الفردية)) .

الفرع الثاني تعريف النظام العام في القانون العراقي والقوانين المقارنة

لم يعرف القانون العراقي النظام العام وتحاشى وضع تعريف متكامل له لصعوبة الامر إضافة الى تقيده وبالتالي سيفقد النظام العام صفة المرونة الخاصة به، والتي تميزه وتجعله قابل للتطبيق في كل زمان ومكان ومتغير بتغير الأموال والقيم المصالح العامة للمجتمع . حيث ورد ذكر النظام العام في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) في تسع مواد هي (١٠,٣٢,٥٩,٧٥,١٣٠,١٣١,١٣٢,٢٨٧,٧٠٤) على سبيل المثال. [٢٠] وكذلك فعل المشروع الأردني، [٢١] والمشروع اللبناني الذي ترك تعريف النظام العام للاجتهاد القضائي. [٢٢]اما على مستوى التشريع الأمريكي فلم يعرف النظام العام لحين صدور تشريع فيجي لسنة ٢٠٠١ والذي عرف النظام العام بأنه ((أي تعبيرات نحوية تؤدي الى اظهار سيادة الدولة في مكان ما سواء كان هذا الاظهار عن طريق السلطات التنفيذية او القضائية او التشريعية . [٢٣]وفي مجال تنازع القوانين في نقل ملكية المال الثقافي فأن النظام العام يظهر بشكل واضح في الاحكام القانونية التي تحرم او تقيد التعامل به . فأذا تعاقد طرفين على بيع مال ثقافي لا يجوز التعامل به في بلد ويجوز التعامل به في بلد اخر فأن احكام النظام العام في بلد صاحب المال الثقافي الذي يقدم التعامل به يسري على العقد وان جرى التعاقد في بلد اخر يتيح التعامل بمثل هذا النوع من الأموال وكذلك الحال بالنسبة لقاعدة الاسناد التي وضعها الطرفين المتعاقدين لتقدير القانون الواجب التطبيق وانما يكون الاختصاص لقانون بلد المال الثقافي حيث نصت المادة (٣٢) في القانون المدني العراقي على : (لايجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الاداب في العراق) .

المبحث الثاني الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الواجب التطبيق في نقل ملكية المال الثقافي

تظهر فكرة استبعاد القانون الأجنبي في العقود الدولية لنقل ملكية المال الثقافي جلبا في النوع الأول من الأموال الثقافية (الأموال التي لايجوز التعامل بها) فهذا النوع من الأموال تطبق عليه الاحكام الخاصة ببلد الأصل المال الثقافي [٢٤]. ويصبح العقد باطلا ولا يعمد به وان التعامل به يعد جريمة .اما بالنسبة للنوعين الاخرين من الأموال الثقافية (النوع الثاني والثالث) فأن هناك شروط يجب ان تتوفر في العلاقة الخاصة بتعامل ملكية يجب ان يدرسها القاضي لاستبعاد القانون الواجب التطبيق وهذا ما سندرسه في المطلب الأول اما المطلب الثاني فسوف نبين فيه اثر الدفع بالنظام العام على هذه العلاقة العقدية وكما يأتي

المطلب الأول شروط الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الواجب في نقل ملكية المال الثقافي

على تنازع القوانين لنقل ملكية المال الثقافي يطبق القانون الذي اشارت اليه قواعد الاسناد ولكن في بعض الأحيان يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي اما بالاستبعاد (اي استبعاد القانون الأجنبي) او يطبق قانونه وذلك بعد التحقق من توفر شروط الدفع بالنظام العام وهذه الشروط هي :

١_ ان تكون العلاقة القانونية في القضية المعروضة على القاضي مشوبة بعنصر اجنبي فيكون هناك اكثر قانون يحكم العلاقة القانونية نفسها وتصبح هذه العلاقة عابرة للحدود كان يكون نقل الملكية المال الثقافي بعقود دولية او عن طريق ميزات او وصية. (٢٥)

٢_ ان تكون العلاقة القانونية متعلقة بالقانون الخاص.

سبق وان بينا ان نقل ملكية المال الثقافي المشوبة بعنصر اجنبي تكون عن طريق عقود دولية مبرمة بين اطراف قد تكون احد الأطراف اجنبي او كلاهما او مكان التعاقد او قد يكون عن طريق وصية او ميراث مشوبة بعنصر اجنبي كان يكون الموصى به او الموصي له اجنبي او كلاهما . ولا يمكن تصور حدوث نقل ملكية للمال الثقافي في القانون الدولي الخاص الا في النوع الثاني والثالث من الأموال الثقافية . وان نقل ملكية المال الثقافي من النوع الأول بعد جريمة ويحكم فئة من قبل احكام القانون الدولي العام .

٣_ وجود اختلاف بين قواعد الاسناد والقاعدة الأخيرة .

ويقصد به ان يكون هناك احكام مختلفة بين القانون الذي تشير اليه قواعد الاسناد وبين القاعدة الأخيرة لقانون القاضي وهذا الاختلاف متعلق بمسائل جوهرية تحكم العلاقة القانونية وتتعلق بالمصالح العليا للدولة . (٢٦)

٤_ان يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه ذا مساس بمصلحة عليا وطنية ومخالف للمثل والقيم العليا لدولة القاضي (٢٧)

٥_ ان يكون القانون المشار اليه بقواعد الاسناد مخالف لاحكام قانون القاضي بشكل محسوس وحالي: أي ان لا يكون التعارض نظري في احكام النصوص القانونية وانما يكون التعارض جوهري له اثر فعلي في التطبيق لحظة الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء الحق النافع لملكية المال الثقافي او المركز القانوني ينقل ملكية المال الثقافي. (٢٨)

المطلب الثاني اثر الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الواجب التطبيق في نقل ملكية المال الثقافي

يمكن لنا ان نقول ان دور النظام العام في نقل ملكية المال الثقافي يتمثل بمنع تطبق القانون الأجنبي على العلاقة القانونية والذي اشارت اليه قواعد الاسناد في مهمة تعارضها مع النظام العام البلد المعروضة فيه النزاع .

وهناك اختلاف في اثر الدفع بالنظام العام لمنع تطبق القانون المشار اليه بقواعد الاسناد في مراحل العلاقة القانونية وعليه سنقوم في هذا المطلب بدراسة اثر الدفع بالنظام العام عند انشاء الحق في الدولة المعروض فيها النزاع (دولة القاضي) في الفرع الأول اما الفرع الثاني فسوف يدرس اثر الدفع بالنظام العام عند النفاذ الدولي لحق نقل ملكية المال الثقافي في دولة القاضي

الفرع الأول اثر الدفع بالنظام العام عند انشاء حق ملكية المال الثقافي في دولة القاضي

ان الدفع بالنظام العام في العلاقة القانونية سواء ينقل ملكية المال الثقافي غيره من الأموال يمنع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي على هذه العلاقة ويعرف هذا الأثر بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام لان قانون القاضي يأخذ موقف سلبي بأستبعاد القانون الأجنبي . وهنا يثار تساؤل مهم وهو هل ان القاضي يستبعد تطبق القانون الأجنبي على العلاقة القانونية الخاصة بنقل ملكية المال الثقافي في الجزء المخالف لمفهوم النظام العام لدولته ام يتم استبعاد القانون بأكمله ؟ ان رأي الفقهاء القانون قد انقسم الى قسمين : الأول يرى ان على القاضي الاكتفاء بالاستبعاد والجز في للقانون الواجب التطبق وليس للقانون كاملا وخلاف ذلك يؤدي الى منع القانون الأجنبي والتعارض مع إرادة مشرعة. (٢٩) ويشترط في هذا الاستبعاد ان يكون الجزء المخالف للنظام العام غير مرتبط بشكل وثيق في باقي أجزاء القانون الواجب التطبيق ولا يحول دون تطبيق باقي الأجزاء . مثال عليه ان يتم نقل ملكية المال الثقافي بالميراث كأن يكون الموروث مال ثقافي في النوع الثاني والثالث وكأن يكون الأجنبي يحكم بالتوارث مع اختلاف الدين وعرض الموضوع النزاع امام المحكمة العراقية فأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يستبعد اذ كان يتيح التوارث من المسلم الى باقي الورثة غير المسلمين ولكن بالنسبة للورثة المسلمين فأنه لا مانع من تطبق القانون الأجنبي اذا كان لا يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي. (٣٠)

الثاني : يذهب هذا الجانب من الفقه الى وجوب استبعاد القانون الأجنبي بالكامل عند مخالفة النظام العام لدولة القاضي في جزء من اجزاءه لان النصوص القانونية تكمل بعضها البعض ولا يجوز تجزئتها , وقد يعرض القاضي الى خروج من الاطار الخاص بقانون دولته. (٣١)

واحيانا يتم استتباع الأثر السلبي للدفع بالنظام العام في نقل ملكية المال الثقافي بأثر إيجابي اذ كانت قاعدة النظام العام امرة فأن القاضي الوطني يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص ويطبق محله قانونه الوطني. [٣٢]حسب ان الاستبعاد الذي يقوم به القاضي من اجل حماية نظامه القانوني العام يجب ان لايتم دون سد الفراغ التشريعي، فلا يبقى النزاع المعروض امام القاضي دون قانون يحكمه وبالتالي يتحتم على القاضي لإتمام مهمته ان يطبق قانون دولته محل القانون الأجنبي المستبعد[٢٣]

الفرع الثاني اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للنفاذ الدولي للحق المكتسب

ان الدفع بالنظام العام في نقل ملكية المال الثقافي تختلف فيمنا اذا كان الحق مكتسباً اوفي طور الانشاء، فاثر الدفع بالنظام العام في الحقوق المكتسبة يكون مخففا في احكامه مقارنة بالدفع به عند نشوء الحق، وهذا ما يسمى في الفقه بالأثر المخفف للنظام العام. [٣٣]

فاذا كان الحق في نقل ملكية المال الثقافي قد يتم واكتسب صاحبه ملكية المال في القانون الأجنبي وعرض على القاضي دعوى للاعتراف به او انشاء مركز قانوني عليه وكان قانون القاضي لا يسمح بأنشاء. هذا الحق في دولته لتعارضه مع النظام العام كان يكون هذا المال الثقافي من الأموال الثقافية التي يمنع قانون القاضي التعامل بها. فهنا لا يمكن للقاضي ان لا يعترف بحق الشخص في ملكيته للمال الثقافي لان ذلك يؤدي الى عدم استقرار المعاملات والأوضاع للافراد. [٣٤] ويعتبر هذا الاتجاه تلطيف او تخفيف من حدة الدفع بالنظام العام عن طريق الاحتجاج بأثار حقوق او مراكز قانونية أنشئت واكتسبت صحيحة في خارج إقليم دولة القاضي. [٣٥] ان دور القاضي عند رفع الدعوى امامه للاعتراف او انشاء مركز قانوني عليه ملكية مال ثقافي تم او اكتسب في دولة اجنبية ينحصر في ما اذا كان نفاذ هذا الحق او التمسك به يتنافى مع مفهوم النظام العام في دولته ام لا. فأذا كان معارضا للنظام العام في دولته فأنه لا يعترف بأثاره ويمنع نفاذه في دولته فقط . ويمكن تلخيص شروط اعمال الفكرة الأثر المخفف لنظام العام في نقاط هي :

١_ ان يكون الاحتجاج في دولة القاضي بأثار مركز قانوني اكتسب في الخارج واستنفذ جميع مراحل تكوينه .

٢_عدم انشاء حق مضاد له في دولة القاضي .

٣_ عدم اكتساب الحق عن طريق الغش نحو القانون .

٤_ان يكون المركز القانوني معروف في النظام القانوني لدولة القاضي كالتمسك بحق الرهن على المال الثقافي .

الخاتمة

أولا النتائج

١. ينحصر دور النظام العام على حماية المصلحة العامة لدولة القاضي المعروض امامه النزاع على حساب المصلحة الفردية للافراد اطراف العلاقة القانونية الخاصة بنقل ملكية المال الثقافي .

٢. يصعب توحيد المصالح العامة للدولة فهي مختلفة من دولة لأخرى مما يصعب تعريف جامع مانع للنظام العام. ٣. يتم نقل ملكية الأموال الثقافية بطريقتين الأولى تتمثل بعقود البيع والشراء ونقل الملكية والثانية تتمثل بالوصية والميراث.

٤. لا يمكن نقل ملكية الأموال الثقافية من النوع الأول كونها مرتبطة بتاريخ الشعوب وحضارتهم وذات أهمية كبيرة للبلد الأصل وعليه تحرم الدولة التعامل به واخراجه خارج الدولة واذا تم ذلك يعتبر جريمة تحاسب عليه الاحكام الدولية والاتفاقات الخاصة بحماية الأموال الثقافية.

٥. ان القاضي المعروض امامه النزاع محل نقل ملكية المال الثقافي لا يمكن له ان يدفع بالنظام العام من خلال نظرته الشخصية وانما يجب ان يلتزم في تقديره للنظام العام بالأفكار السائدة في مجتمعه والمتماشية مع المصالح العليا الجوهرية .

ثانيا: التوصيات

١. ندعو المشروع العراقي الى تشريع قانونا ينظم الاحكام الخاصة بنقل ملكية المال الثقافي دوليا تماشيا مع التطور الهائل في مجال التجارة الدولة وتنوع وازدهار التجارة وتبادل الثقافي والتجاري بين البلدان .

٢. تعديل الاحكام الخاصة بالأموال الثقافية وإدخال متسع كبير من الممتلكات الثقافية في نطاق التعامل المنظم والقانوني لها، لان التعامل بهذه الأموال اصبح تجارة شاسعة ومرنة ولها فوائد مالية وثقافية للأفراد والدولة على حد سواء.

اما الخاتمة فسوف تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال الدراسة .

---

(١) دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في ١٩٥٦/٨/٧.

للمزيد ينظر د. وليد محمد رشاد/ حماية الاثار وعناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢٦. (٢)

اعتمدت هذه الاتفاقية في ١٤ تشرين الثاني لعام ١٩٧٠ في المؤتمر العام لليونسكو في دورته السادسة عشر المنعقدة في باريس ودخلت حيز النفاذ في ١٩٧٢/٤/٢٤. (٣)

جاءت هذه الاتفاقية متفقة تماما مع تعريف اتفاقية لاهاي سابقة الذكر في تعريف المال الثقافي. (٤)

د. نافع بحر سلطان/ فكرة المال الثقافي في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعه النهرين، عدد ٣، مجلد ١٩، ج١، ٢٠١٧، ص٢٩. (٥)

محمد وليد رشاد، مصدر سابق، ص٢٩. (٦)

هبة محمد عبد الرحيم، تنازع القوانين في نقل ملكية المال الثقافي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعه النهرين، ٢٠١٨، ص١٥. (٧)

p.lyend:witness to history of document and wrting on the return cultural objects, 2014, uneco, p351. (٨)

m.cornu: droit des beins culturels et des archives,2003,p8-10 (٩)

c.roussev, acomparisson of antiquities-related trade laws with in repot, the ceneral frome work of cultural heritage, the eu and national models of the directore of studies p.740. (١٠)

للمزيد من التفصيل ينظر هبة محمد عبد الرحيم، مصدر سابق، ص٣٦. (١١)

هلا العريس، نوار رحمن كميل، فكرة النظام العام الوطني في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، مجلد٧١ ، عدد (٢) ، ٢٠٢٤ ، ص ٢٨ (١٢)

تعريف الفقيه الفرنسي مالوري: (١٣)

Philippemalaurie , Lordre publicetle contract (Etudededroit civil compare france Angleterre , URSS , these dedoctorat paris , Malot – Braine , 1953 , p 69 (١٣)

(١٤) عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في الشرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام , مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ٢٠٠٠ , ص ٢٩٩

مصطفى العوجي , القانون المدني , العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية ، ص ٤٢٩ (١٥)

هشام علي صادق , القانون الدولي الخاص , تنازع القوانين , دار المطبوعات الجامعة الإسكندرية , ٢٠٠٤ , ص ١٩٥ , ١٩٦ (١٦)

وكذلك الحال في حالة الميراث والوصية : كأن يكون الموصي او الموصى له اجنبي او الموصى به في بلد اجنبي عن الورثة . (١٧)

(١٨) درار كريمة , بلعباسي عمر , النظام العام في القانون العام الدولي الخاص (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة الى المركز الجامعي بلحاج بو شعيب _ عين تموشنت _ ٢٠١٩ _ ص١٢-١٣.

فؤاد ديب , القانون الدولي الخاص , ط الجديدة , دمشق , ١٩٨٦ , ص ١٤٧ وما بعدها (١٩)

هلا العريس , نوار رحمن جميل , مصدر سابق , ص ٢٨٨ (٢٠)

ينظر نص المادة (١٦٣) من قانون المدني الأردني (٢١)

(٢٢)على سبيل المثال نصت المادة (١٩٨) في قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في اذار / ١٩٣٢ على ((السبب غير مباح هو الذي يخالف النظام العام والاداب واحكام القانون الإلزامية)) وكذلك ينظر نص المادة (١٦٦) من القانون نفسه.

(٢٣) . وهو الذي تمثل بمجموعة من الاحكام والقوانين منها قانون يانربوت وقانون سلطة الحرب , وقانون الطوارئ لعام ١٩٧٩.

Peters , Gerhard woolley , John T.jimmy Carter : Presidentialwar powers Bill statement on signing H.R.7738 inlo Law , December 28 , 1977 , p28

(٢٤) تسري على مثل هذه الحالات احكام القانون الدولي العام منها اتفاقية اليونسكو لعام ١٩٧٠ المعنية بوسائل حظر ومنع افراد وتصدر ونقل ملكية الأموال الثقافية بطرق غير مشروعة وعلى دول الافراد اتخاذ تدابير لحظر ومنع الإنجاز غير المشروع بالاموال الثقافية .

(٢٥) سامي بديع منصور , عكاشة محمد العال , القانون الدولي الخاص , الدار الجامعية , بيروت , ١٩٩٥ , ص ٦٦ ومابعدها ، وينظر أيضا منير عبدالمجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ ، ص ٢٠ .

(٢٦) للمزيد ينظر زاير فاطمة الزهراء ، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالاحوال الشخصية و رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد ، ٢٠١١ ، ص ٣٥ ومابعدها .

(٢٧) هذا ماقررته المحكمة التمييز الاتحادية العراقية بقولها ((ذلك ان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان مؤدى نص المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي ان الاحكام المتعلقة بالاموال الشخصية كالزواج والميراث والنسب تعتبر من النظام العام ...)) قرار رقم (٢٠١٦/مدنيه/١٣١٣) مجلة القضاء , عدد ٤ , مجلد ٦١ ، ص ٣٢٧ .

(٢٨) ينظر محمد صالح ملفي ، اثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية ، مجلد ٣ ، عدد ٣ ، ٢٠١١ ، ص ٩٥ .

(٢٩) د.سامي بديع منصور و د.عكاشة عبد الحال , مصدر سابق , ص ١٨٠ , عباس العبودي , تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية , مكتبة المنصوري , مطبعة بيروت , لبنان , ٢٠١٥ , ص ٢٠٨

(٣٠) د.عكاشة عبد العال , تنازع القوانين (دراسة مقارنة) , دار المطبوعات الجامعية , القاهرة , مصر , ٢٠٠٢ , ص ٥٨٩ , ومابعدها ,سعيد يوسف البستناني القانون الدولي الخاص , منشورات الحلبي الحقوقية , ط ١ , ٢٠٠٤ , ص ٢٣٥ .

د.عوض الله شيبه المحمد السيد , الوجيز في القانون الدولي الخاص , وار النهضة العربية , ط ٢ و ١٩٩٧ , ص ٢٩٧ . و ينظر ايضا في ذلك الفقه الفرنسي : (٣١)

Niboyeb (j.p) – Trite de droit internationah prive– paris p (1022) .

د.عكاشة محمد العال، مصدر سابق، ص٥٩٦ (٣٢)

(٣٣)سعيد يوسف البستاني، مصدر سابق، ص ٢٣٨. وينظر أيضا د. حسن الهداوي , تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني , دار مجدلاوي للنشر،عمان،ط١، ١٩٩٤، ص١٩٣

علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري , ديوان المطبوعات الجزائرية ، بن عكنون ,الجزائر، ط، ص١٥٥ (٣٤)

(٣٥) جمال الدين عنان، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة ، مجلة الدراسة والبحوث القانونية ، جامعة السيلة ، عدد ٢ ، ص ١٢١