

# مجلة جيل

## الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الرابع - العدد 34 - يوليو 2019





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# المشرفة العامة ومديرة التحرير: أ.د. سرور طالبی



## التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريساً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

## رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

## أسرة التحرير:

أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة (المغرب)

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د. العيساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد الناصر أبو سمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

## أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

أ.د. العروصي محمد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس.

د. جمال عبده عبد العزيز سيد، الكلية التكنولوجية بوسط الوادي، مصر.

د. حسين نواره، جامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر.

أ.د. عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين، جامعة صنعاء - اليمن.

د. زينب محمد جميل الضناوي جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية

# قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافق فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:  
بالنسبة للمقالات والأبحاث العميقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث العميقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وأخرى بأحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

## بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

#### شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تدرج الهوامش ألياً في نهاية كل صفحة وقائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

#### نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
  2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
  3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
  4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
  5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
  6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

## الفهرس

### الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني، سيد رمضان عبد الباقي إسماعيل، قسم البحوث والدراسات في وزارة المالية، مصر.
- 55 • دور الكفالة في إسناد الجنسية في القانون المغربي، مصطفى سدي، جامعة محمد الخامس - الرباط، المغرب.
- 103 • التفتيش الإلكتروني كإجراء للتحقيق في الجرائم المعلوماتية، عربوز فاطمة الزهراء، جامعة سيدي بلعباس. الجزائر.
- 119 • استغلال براءة الاختراع في القانون الجزائري، بن عياد جلييلة، جامعة أمحمد بوقرة، الجزائر.
- 139 • THE IMPACT OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW ON INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Musa Muhammad Bulangu, International Islamic University Malaysia. □

تخلى أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية  
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2019



## الافتتاحية

### بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي فضله تتم الصالحات

نصدر بعون الله تعالى ومن ثم بفضل المجهودات المبذولة من قبل أسرة تحرير المجلة واللجنة العلمية التحكيمية، العدد الرابع والثلاثون من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، والذي تضمن مقالات وأبحاث معمقة في كل من القانون الدولي وتشريعات بعض الدول العربية والمقارنة.

بحيث تعمق البحث الأول في المقارنة بين أحكام القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية السمحاء فيما يخص الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة، موضحا موقف الفقه الإسلامي من الممتلكات التي تستخدم للعبادة والتقديس وفي إشاعة الباطل والفساد الأخلاقي.

أما البحث المعمق الثاني فلقد تطرق لدور مؤسسة الكفالة في إسناد الجنسية على ضوء القانون والقضاء المغربي، متوقفا عند رأي الفقهاء وبعض التشريعات المقارنة.

لينتقل المقال الثالث لبحث موضوع جديد يطرح إشكاليات كبيرة في مجال الجريمة المعلوماتية سيما ما يتعلق بالتفتيش الإلكتروني، خصوصا وأنه يعد من أكثر الإجراءات استعمالا للتحقيق في هذا النوع من الجرائم.

موضوع هام آخر تناوله المقال الرابع، والمتمثل في تحديد شروط إبرام عقد ترخيص استغلال براءة الاختراع، أهميته وأثاره وفقا للقانون الجزائري، لنختم العدد بمقال باللغة الإنجليزية تناول مدى ارتباط وتأثير القانون الجنائي الدولي على المحكمة الجنائية الدولية.

نأمل أن نكون قد وفقنا في اختيار مواضيع هذا العدد، لتكون إضافة حقيقية للمكتبات العربية، مرحبين بكل المقترحات والأبحاث الأصيلة والجادة التي تدخل ضمن مجالات نشر المجلة.

### والله الموفق في الأول والآخر

سرور طالب / المشرفة العامة ومديرة التحرير



## تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني

### Definition of cultural property protected in the event of armed conflicts in Islamic jurisprudence and international law

الدكتور سيد رمضان عبد الباقي إسماعيل، رئيس قسم البحوث والدراسات - وزارة المالية، مصر.

Sayed Ramadan Abdel Baqi Ismail

#### Abstract:

The rules of international humanitarian law include the definition of cultural property protected during armed conflict,

The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict of 1954 is the first international convention to include a general and detailed statement of what is meant by "cultural property", and many previous and subsequent international attempts have been made to this Convention.

However, the definition contained in that Convention was not without criticism, for the lack of specific criteria for measuring cultural significance, and for the definition of modern elements of cultural property, intangible cultural property and those belonging to ethnic minorities.

In Islamic jurisprudence, the term "cultural property" was not mentioned specifically, but was dealt with like any other property belonging to combatants.

Accordingly, cultural property in Islamic jurisprudence includes all cultural property: useful and beneficial, considered legitimate, and not used for worship and sanctification, and not used in spreading falsehood, and does not call for moral corruption.

Cultural property can be defined as:

"Movable, immovable or intangible property" of great value to the cultural and spiritual heritage of peoples in accordance with criteria to be determined by UNESCO ", whatever its origin or owner, such as architectural, artistic or historical buildings, religious or secular, archaeological sites, and collections of buildings which gain value. Historical or artistic works, artifacts, manuscripts, books and other objects of historical and archaeological value, as well as scientific collections, important collections of books, archives, electronic catalogs and reproductions of the aforementioned heritage. Cultural centers, such as museums, major books and archives, as well as bunkers intended for the protection of cultural property in the event of armed conflict. 3. Centers containing cultural property called "commemorative building centers" for this purpose.

#### ملخص:

تضمنت قواعد القانون الدولي الإنساني تحديدا للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة، وتُعد اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح والمبرمة عام 1954 أول اتفاقية دولية تضمنت بيان المقصود "بالممتلكات الثقافية" بشكل عام وتفصيلي، وقد جرت محاولات دولية كثيرة سابقة ولاحقة على هذه الاتفاقية، غير أن التعريف الوارد بتلك الاتفاقية لم يسلم من النقد، لعدم وضع معايير محددة لقياس الأهمية الثقافية، وعدم شمول التعريف للعناصر الحديثة للممتلكات الثقافية، والممتلكات الثقافية غير الملموسة، وتلك التي تخص الأقليات العرقية.

وفي الفقه الإسلامي لم يأت ذكر لمصطلح "الممتلكات الثقافية" على وجه التخصيص، وإنما تم تناوله كغيره من الممتلكات الذي تخص المحاربين العامة أو الخاصة أو المنقولة أو الثابتة، فالشريعة الإسلامية سبقة في تحديد المقصود بالممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة.

وعليه فالممتلكات الثقافية في الفقه الإسلامي تشمل كل ممتلك ثقافي: نافع ومفيد منفعة معتبرة شرعاً، ولا يستخدم للعبادة والتقديس، ولا يستخدم في إشاعة الباطل، ولا يدعو إلى الفساد الأخلاقي.

ويمكننا تحديد المقصود بالممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة بأنها:

"الممتلكات المنقولة أو الثابتة أو غير الملموسة" ذات القيمة الكبرى لتراث الشعوب الثقافي والروحي وفق معايير تحددها منظمة اليونسكو "أيًا كان أصلها أو مالكةا كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الديني، و الأماكن 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 والمحفوظات والفهارس الإلكترونية ومنسوخات التراث السابق ذكرها.

2- المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية، كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح.

3- المراكز التي تحتوي على ممتلكات الثقافة والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية" والمخصصة لهذا الغرض."

#### المقدمة

تعتبر الممتلكات الثقافية للأمم هي أكثر ما تعز به في تاريخها قبل اعتزازها بأمجادها السياسية والعسكرية؛ ذلك أن التراث السياسي والعسكري ذخر كُلي للأمة في مناط فخرها وعزتها؛ بينما يتسع ويمتد أثر ممتلكاتها الثقافية ليجاوز حدود الزمان والمكان، ويبقى في أيدي الأجيال عبر التاريخ، وتنتفع به وتفيد منه.

فالممتلكات الثقافية تشكل رمزاً وهويةً وتاريخاً، وتحتل مكانة مهمة ليس فقط في الوعي؛ إنما أيضاً في اللاوعي عند كل شعب؛ لذلك فإن أي اعتداء على هذه الممتلكات اعتداء على كرامة البشرية كافة وتاريخها؛ بل تدمير واحتلال للتاريخ، وهو أشد من احتلال الأرض؛ فالأرض تُحرر، أما التاريخ فمن يُحرره؟! وعليه، فقد حظيت مسألة حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة باهتمام كبير من قبل المجتمع الدولي، ونظراً لما تحتله من قيمة تاريخية استثنائية كبرى.

ومع أن الاتفاقيات الدولية التي تحمي الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح أصبحت اليوم تُشكل جزءاً أساسياً من القانون الدولي الإنساني العرفي، إلا أن الممتلكات الثقافية ما زالت تتعرض لأبشع الاعتداءات أثناء النزاعات المسلحة ذات الطابع الدولي أو غير الدولي، فكان لزاماً اللجوء إلى نظام آخر، يضمن التطبيق الأمين والفعال لأحكامه، وليس من قبيل التعصب الديني أو القومي أن نؤكد أن الشريعة الإسلامية هي التي رفعت المبادئ الأخلاقية إلى مستوى القواعد الشرعية الإلزامية في المجال الدولي ومعاملة الشعوب الأخرى، سواء كان ذلك في مجال السلم أو الحرب.

ومن الأهمية بمكان تحديد النطاق الموضوعي لسريان أحكام حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح على النحو الوارد بقواعد القانون الدولي الإنساني، وكذلك وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، حيث أن التعريف الدقيق للممتلكات الثقافية من شأنه أن يقطع الطريق على أطراف النزاع سيئة النية في تطبيق أحكام الحماية أن تتحل من تلك الأحكام، وبخاصة فيما يتعلق بتلك الممتلكات الثقافية التي لا تتوافق مع المذهب السياسي والاعتقادي للأنظمة الحاكمة لتلك الدول.

وانطلاقاً مما سبق، سنبحث في هذه الدراسة تحديد الممتلكات الثقافية وفقاً للنظام القانوني الذي أقرته الشريعة الإسلامية، وكذلك قواعد القانون الدولي العام لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح؛ وذلك بغية الوصول إلى تصور للتعريف الأمثل لها.

#### إشكالية البحث:

وضمن هذا المنهج ارتأيت أن تكون إشكالية البحث وفق الصيغ التالية:

١- ما مدى كفاية المعالجة القانونية لموضوع تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاع المسلح في كل من القانون الدولي الإنساني والفقه الإسلامي؟

٢- وما مظاهر الاتفاق والاختلاف بين النظام القانوني الدولي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح والفقه الإسلامي في تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية؟

3- ما دور المجتمع الدولي في إنشاء نظام قانوني متكامل وفعال يتضمن تحديداً واضحاً للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاع المسلح؟

#### أهمية البحث:

لقد كانت- وما تزال - النزاعات المسلحة مصدر تهديد دائم للممتلكات الثقافية؛ لما تتعرض له من تدمير ونهب خلال هذه النزاعات، فأصبح لزاماً على البشرية جمعاء المحافظة عليها؛ لما لهذه الممتلكات من فائدة عظيمة لجميع شعوب العالم، وعليه، فقد حظيت مسألة حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة باهتمام كبير من قبل المجتمع الدولي؛ وبخاصة بعد أن تأكد للمجتمع الدولي صعوبة تعويض ما يتم نهبه أو إصلاح ما يتم تدميره من الممتلكات الثقافية، لذا، فقد أصبح لزاماً تحديد تلك الممتلكات بشكل دقيق وشامل، وذلك للأسباب التالية:

1- أن الممتلكات الثقافية تمثل ضمير البشرية وهويتها وتاريخها، والاعتداء عليه اعتداء على كرامة الشعوب كافة وتاريخها.

2- عدم وجود تعريف شامل ومحدد بدقة للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة.

3- التدمير والخراب الواسع، وكذلك السلب والنهب الذي تعرضت وتعرض له الممتلكات الثقافية في فترات التاريخ الحديثة، وبخاصة تلك التي تخص الأقليات العرقية.

4- اعتقاد الغلاة وبعض فقهاء الفكر الغربي بأن الإسلام لا يعترف للآخر بثقافته ووجوده، وأن الفاتحين الأوائل من المسلمين دمروا حضارات وثقافات الدول التي فتحوها، وادعواؤهم بأن قواعد القانون الدولي بشكل عام هي من صنع العالم الغربي، ولا علاقة لها بالدين الإسلامي، وهذه الدراسة ترد عليهم بإبراز القواعد الدولية الإسلامية في هذا المجال.

5- حاجة الفكر الدولي لإبراز وجهة النظر الإسلامية تجاوبًا مع صوت الصحوة الإسلامية والمفكرين الإسلاميين في التعريف بالإسلام، وتأسيس سمو الفكر الدولي الإسلامي على الفكر الغربي العام؛ لإعادة بناء الثقة المفقودة.

4- قلة المراجع في هذا الموضوع، وبخاصة في مجال التشريع الإسلامي، فأحببت أن أقدم جهدًا متواضعًا يضاف إلى هذا المجال.

الهدف من الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

وضع تعريف دقيق وشامل للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة، استنادًا إلى النظام القانوني الذي أقره المجتمع الدولي، ووفقًا لقواعد الشريعة الإسلامية الغراء، بعد استعراض تلك التعريفات ومناقشتها، وبيان مدى كفايتها وإحاطتها بالمعنى الشامل المانع للممتلكات الثقافية، حتى تقطع الطريق على أطراف النزاع المسلح سيئة النية في التهرب من الالتزام الدقيق بقواعد الحماية المقررة لتلك الممتلكات، والحفاظ على الممتلكات الثقافية الإثنية والعرقية والتي تخص الأقليات.

منهج الدراسة:

تُعتبر دراسة موضوع حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الدولي بشكل عام من الدراسات الحديثة التي لم تستوف بعد كل مجالات الموضوع؛ على اعتبار أن الممتلكات

الثقافية لم تحظ حتى الآن بالحماية اللازمة خلال النزاعات المسلحة؛ ومن ثم فالدراسة تقتضي منا اتباع المنهج التحليلي المقارن.

تحليلي؛ لأن سرد النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع يقتضي منا تحليلها وتمحيصها بالشكل الذي يجعلنا نتبين مدى كفايتها وقصورها، ومدى شمول التعريف الوارد بها وكفايته للممتلكات الثقافية.

ومقارن؛ لأن معالجة الموضوع سيكون على مستوى التشريعين الإسلامي والوضعي بشأن النصوص والقواعد الواردة في كليهما، ومن ثم الوقوف على أوجه الاختلاف والافتراق بينهما، إضافة إلى تبيان فضل وسبق الشريعة الإسلامية في إقرار قواعد الحماية اللازمة للتراث الثقافي في فترات الحروب.

كما أننا اتبعنا المنهج الاستقرائي، وذلك بجمع التعريفات الواردة بالمصادر المختلفة بغية الوصول إلى التعريف الأمثل للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاعات المسلحة.

الدراسات السابقة:

هناك من تحدث عن الموضوع بوصفه جزءاً من القانون الدولي الإنساني وهذا هو الغالب في معظم الكتب والمراجع، ومن أمثلة ذلك:

١ - سامح عمرو، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في فترات الحروب.

٣ - هايك صالح بدر الدين، حماية التراث الثقافي والطبيعي في المعاهدات الدولية.

٢ - محمد سبيكر، حماية الأعيان الثقافية وفقاً لقانون المعاهدات الدولية.

٤ - إبراهيم العناني، الحماية القانونية للتراث الإنساني والبيئة وقت النزاعات المسلحة.

٥ - علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون والدولي.

وبالنظر إلى أغلب الدراسات السابقة نجد أنها تناولت الموضوع بشكل جزئي ومختصر، كما أنها لم تواكب التغيرات الحديثة، كما أنها لم تتناول قواعد الحماية التي أقرتها الشريعة الإسلامية لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح.

وعليه فقد قسمنا البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: والذي تناول تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية كما ورد بالقانون الدولي الإنساني، وقد قسمناه إلى مطلبين:

المطلب الأول: تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية لغّة.

المطلب الثاني: تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية كما ورد بالقانون الدولي الإنساني وقسمناه إلى عدة فروع:

الفرع الأول: تحديد الممتلكات الثقافية فيالصكوك الدولية قبل اتفاقية لاهاي لعام 1954

الفرع الثاني: تحديد الممتلكات الثقافية في اتفاقية لاهاي 1954 وبروتوكولها الإضافيين

الفرع الثالث: تحديد الممتلكات الثقافية في الصكوك الدولية اللاحقة على اتفاقية لاهاي 1954

الفرع الرابع: ممتلكات ثقافية أم تراث ثقافي؟

وفي نهاية المبحث وضعنا تعريفاً للممتلكات الثقافية.

المبحث الثاني: تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية في الفقه الإسلامي، وقد قسمناه إلى:

المطلب الأول: تحديد مصطلح الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: الحكم الفقهي للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاع المسلح

المطلب الثالث: الأدلة الواردة في تحديد الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: حكم التماثيل وهل يجب هدمها؟

الخاتمة: وتشتمل على نتائج البحث وتوصياته.

## المبحث الأول:

### تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية كما ورد بالقانون الدولي الإنساني

تقتضى دراسة "حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح" تحديد تلك الممتلكات التي تمثل محل الحماية، وفي التعريف اعتمدنا على مصدرين:

أولاً: مصادر المعالجة اللغوية، وهي مصادر تبين المعاني التي وضعت لها المفردات بالمعالجة اللغوية لها، ومنها المعجمات اللغوية، وسوف نتعرض للمعنى اللغوي كما ورد بمعاجم اللغة العربية، وكذا اللغة الانجليزية والفرنسية، وهي اللغات التي يشيع استخدامها في الصكوك الدولية والقانون الدولي عمومًا.

ثانياً: المصادر التي حددت التعريف الاصطلاحي للألفاظ، وفي مجال دراستنا نذكر التعريفات التي وردت بالصكوك الدولية المختلفة التي تعرضت لموضوع الدراسة، وكذلك قواعد الشريعة الإسلامية.

## المطلب الأول

### تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية لغّة

جرى استخدام كلمة "تراث" إلى جانب كلمة ممتلكات في بعض الصكوك الدولية، والممتلكات مشتقة من الفعل الثلاثي "مَلَكَ"، ومَلَكَ تَمْلِكًا: أي جعله ملكًا له، ويقال مَلَكَه المال والمُلْكُ فهو (مُملِكٌ)<sup>(1)</sup>.

والتراث في اللغة هو: هو مصدر من كلمة "وَرَّثَ" وهو ما يخلّفه الرجل لوّثته، ويقال وَرِثَ وِارِثٌ وِارِثٌ وِارِثٌ ومِيرَاثٌ، وتراث أصله: وراثٌ فأبدلت التاء من الواو، قال تعالى: ﴿وَتَأْكُلُونَ تِلْكَ ثَمَرًا كَلَامًا﴾<sup>(2)</sup>.

(1) مختار الصحاح، باب ملك.

وفي اللغة الانجليزية :

تعنى كلمة "property" يملك، وملكية.، Property: (n, u) land, buildings or both together—common property: an article shared or used by all, Longman, dictionary of contemporary English, p.880. وفي اللغة الفرنسية:

كلمة "Biens" تعنى مال، منفعة، مصلحة، ثروة، و "Biens Culturels" بمعنى ممتلكات ثقافية، د.يوسف محمد رضا، قاموس Alkabir، مكتبة لبنان، ص 1038.

(2) سورة الفجر، الآية 19.

والثقافة لغة: جاء في لسان العرب: ثَقِفَ الشئُ ثَقْفًا وَثِقَافًا وَثُقُوفَةً: حدقه، ورجلٌ ثَقِفٌ وَثَقِفٌ وَثَقِفٌ: حاذق وفهم، يقول ابن دريد: ثَقِفْتُ الشئَ حدقته، وثقفته ظفرت به، قال تعالى: ﴿فَإِمَّا تَثَقَفْتَهُمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِمْ﴾<sup>(1)</sup>. وفي حديث الهجرة: {هو غلامٌ لَقِنُ ثَقِفٌ}<sup>(2)</sup> أي: ذو فطنةٍ وذكاءٍ، والمراد: ثابت المعرفة بما يُحتاج إليه<sup>(3)</sup>.

والثقافة اصطلاحًا: هي: "مخزون تراكمي مركب نتيجة لمحصلة العلوم والمعارف والأفكار والمعتقدات والفنون والآداب، والأخلاق والقوانين، والأعراف والتقاليد والموروثات التاريخية واللغوية والبيئية التي تشكل فكر الإنسان وتمنحه من الصفات الخلقية والقيم الاجتماعية فتصوغ سلوكه في الحياة"<sup>(4)</sup>.

وقد عرفها ابن خلدون بأنها: (آداب الناس في المعاش كالعمران والصنائع والدراية في مجالات الحياة اليومية، في حين تتشكل آداب الناس بالتعليم والاكساب وإعمال الفكر)<sup>(5)</sup>.

وقد جاء في ديباجة إعلان اليونسكو للتنوع الثقافي تعريفًا للثقافة بأنها:

(«جمل السمات المميزة، الروحية والمادية والفكرية والعاطفية، التي يتصف بها مجتمع وجماعة منه؛ فهي تشمل إلى جانب الفنون والآداب، طرائق الحياة وأساليب العيش معا، ونُظُم القيم والتقاليد والمعتقدات»)<sup>(6)</sup>.

(1) سورة الأنفال، الآية 57.

(2) أخرجه البخاري، كتاب اللباس: باب التنقع، ح رقم: 5470.

(3) لسان العرب: مادة ثقف، معجم مقاييس اللغة: باب الثاء والقاف وما يثلثهما، المصباح المنير: مادة ثقف.

(4) داود درويش حلس، حقوق الإنسان الثقافية بين الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية الواقع والمأمول، بحث مقدم إلى مؤتمر "الإسلام والتحديات المعاصرة، 2007، ص 8.

(5) مذكور في: فهد بن علي الحسين، مقدمة في إدارة التراث، جامعة الملك سعود، 1327هـ، ص 1.

(6) وبالبحث بالمعاجم اللغوية وجد أن كلمة "ثقافة" تعنى في اللغة الانجليزية: كلمة "Culture" مشتقة من الكلمة اللاتينية "Colere"، وهي بمعنى ربى واعتنى، وقد تأتى مرادفة لكلمة "Civilization" بمعنى الحضارة والمدنية الراقية، وهي تعنى تثقيف، تهذيب، ثقافة، حضارة، أو مرحلة معينة من مراحل التقدم الحضاري، ويكاموس القاموس الحر متاح في: تمت الزيارة في 2010/4/25؛ المورد - مرجع سابق - ص 238؛

Culture: (1) a state of high development in art and thought existing in society and represented at various levels in its members , (2) the particular system of art , thought and customs of a society ; the arts , customs , beliefs and all the other products of human thought made by a people at a particular time ; ancient Greek culture., Longman dictionary, op.cit, p.270.

وفي اللغة الفرنسية: تعنى كلمة " Culture " بالفرنسية، ثقافة، وهي مجموعة من المعارف والثقافات الاجتماعية والدينية والفنية التي تخص مجتمعًا ما، انظر: Larousse, p. 273.

## المطلب الثاني

### تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية وفقا لاحكام القانون الدولي الإنساني

تُعد اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح والمبرمة عام 1954 أول اتفاقية دولية تضمنت بيان المقصود "بالممتلكات الثقافية" بشكل عام وتفصيلي<sup>(1)</sup>.

وقد جرت محاولات دولية كثيرة سابقة على هذه الاتفاقية لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح، وتم التعرض لتعريف تلك الممتلكات المشمولة بالحماية، وقد تلت هذه الاتفاقية مجموعة من الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية لذات الغرض، وعليه فسوف نستعرض بعضًا من التعريفات الواردة قبل اتفاقية لاهاي 1954، ثم نستعرض التعريف كما ورد بتلك الاتفاقية وبروتوكولها الإضافيين، ثم نتناول بعده أهم ما جاء من تعريفات في الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية التالية لاتفاقية لاهاي 1954.

## الفرع الأول

### تحديد الممتلكات الثقافية في الصكوك الدولية قبل اتفاقية لاهاي لعام 1954

نشأت وتطورت حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح عبر محاولات دولية لصياغة بعض النصوص القانونية لتحقيق تلك الحماية، وقد شهدت الساحة الدولية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين محاولات لتضمين بعض المعاهدات والتصريحات الصادرة خلال تلك الفترة عددًا من النصوص التي كانت تهدف إلى حماية تلك الممتلكات، ومن خلال تلك النصوص نستطيع أن نتبين التعريف كما جاء بها، ومن أمثلة ذلك:

أولاً: تضمن تقنين لايبير لعام 1863 في المواد (34-36-44) تحديداً " للممتلكات الثقافية" المشمولة بالحماية والتي شملت: ( الكنائس، ودور العبادة وماتحويه من ممتلكات، والمؤسسات التعليمية من مدارس أو جامعات، والمتاحف التي تضم أشكال الفنون المختلفة والمكتبات والمجموعات العلمية).

ثانياً: كذلك تضمنت المادة الثامنة من تصريح بروكسيل لعام 1864 " تحديداً للممتلكات الثقافية بأنها:

(9) محمد سامح عمرو، الحماية الدولية للتراث الثقافي في فترات النزاع المسلح، المركز الاصيل للطبع والنشر والتوزيع، 2002، ط 1، ص 39.

(المؤسسات المخصصة للأغراض الدينية والبر والأوقاف، والمؤسسات والمعاهد العلمية والفنية، وبغض النظر عما إذا كانت مملوكة للدولة أو للأفراد، وبغض النظر عن مصادر تمويلها،.... والأماكن الأثرية.....)<sup>(1)</sup>.

ثالثاً: وتناول دليل أكسفورد لعام 1880 "تحديداً" للممتلكات الثقافية" في مادتيه (34)، (53) بالنص على: (استبعاد "المباني المخصصة للأغراض الدينية والفنية والعلمية والخيرية والآثار التاريخية، والمحفوظات، والأعمال الفنية " من دائرة القتال).

رابعاً: جاءت المادة الأولى من "ميثاق روريش" لعام 1935 لتحديد الممتلكات الثقافية بأنها: (الآثار التاريخية، والمتاحف العلمية والفنية، والمؤسسات التعليمية والثقافية).

وبعد هذا الاستعراض للتعريفات التي تضمنتها أهم الاتفاقيات الدولية السابقة على اتفاقية لاهاي لعام 1954، يمكننا ملاحظة التالي:

1- أن الاتجاه الذي ساد خلال هذه الفترة وتبنته تلك الصكوك الدولية هو الأخذ بمعيار "التعداد على سبيل الحصر" حيث تم تحديد عناصر الممتلكات الثقافية بشكل حصري، بدا ذلك واضحاً من النصوص المذكورة آنفاً، حيث يمكن تحديد تلك العناصر بالآتي:

(المؤسسات المخصصة للأغراض الدينية والبر والأوقاف، والمؤسسات والمعاهد العلمية والفنية، والمتاحف والآثار التاريخية والفنية والعلمية، والمكتبات والمجموعات العلمية، والأعمال الفنية).

2- ميزت تلك التعريفات بشكل واضح بين المؤسسات المخصصة للعبادة والأغراض الدينية، والآثار التاريخية، وهو ما لم تأخذ به اتفاقية لاهاي 1954 كما سنرى، ولم تضع شرط الأهمية الثقافية الكبرى أو التاريخية لاعتبار تلك المباني من الممتلكات الثقافية.

3- شملت التعريفات السابقة للممتلكات الثقافية الثابتة أو غير المنقولة "Immovable Cultural property" دون أن تذكر الممتلكات الثقافية المنقولة "movable Cultural property" حيث تم التركيز على المباني والمؤسسات دون غيرها، كذلك لم تذكر تلك التعريفات شيئاً عن الممتلكات الثقافية غير الملموسة "Intangible Cultural property".

(1)J. Merryman., "two ways of thinking about cultural property", A.J.I.L, vol. 80 , 1986, p.834.86, p.834

## الفرع الثاني

### تحديد الممتلكات الثقافية في اتفاقية لاهاي 1954 وبروتوكولها الإضافيين

أسلفنا القول أن اتفاقية لاهاي 1954 تعد أول اتفاقية دولية تضمنت بيان المقصود "بالممتلكات الثقافية" بشكل عام وتفصيلي، وقد تم استخدام مصطلح "الممتلكات الثقافية" بالاتفاقية، وبذلك تُعد أول اتفاقية تستخدم مصطلح "الممتلكات الثقافية" في السياق الدولي<sup>(1)</sup>.

وقد عرفت المادة الأولى من الاتفاقية "الممتلكات الثقافية" بقولها:

يقصد من الممتلكات الثقافية، بموجب هذه الاتفاقية، مهما كان أصلها أو مالکها ما يأتي:

(أ) الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، و الأماكن 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 والمحفوظات ومنسوخات التراث 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".

وقد حافظ البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية لاهاي والمبرم عام 1999 على التعريف الوارد بالاتفاقية<sup>(2)</sup>.

ومن النص السابق يتبين لنا أن المقصود بالممتلكات الثقافية:

1- الممتلكات المنقولة أو الثابتة التي تتمتع في حد ذاتها بقيمة فنية أو تاريخية أو بطابع أثرى.

(1) F. Manlio, "Cultural property v. cultural heritage: A "battle of concepts" in international law?", I.R.R.C., June, 2004, Vol. 86, No. 854, p.367.

(2) تنص الفقرة (ب) من المادة الأولى من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1999 على: (ب) يقصد بـ(الممتلكات الثقافية) الممتلكات الثقافية كما عرفت في المادة (1) من الاتفاقية.

2- المباني والممتلكات التي لا تتمتع في حد ذاتها بالخصائص المنصوص عليها في الفقرة السابقة، وإنما مخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية.

3- المراكز التي تحتوى على مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين السابقتين، والتي يطلق عليها اسم " المباني التذكارية "، وأحياناً ما تشغل هذه المباني أحياءً أو مُدناً بأكملها<sup>(1)</sup>.

وزيادة في التأكيد على أن "الممتلكات الثقافية" محمية استناداً لقيمتها الذاتية فقد ورد بالتعريف أن الحماية ممنوحة لها بصرف النظر عن أصلها ومالكها<sup>(2)</sup>.

وقد ذهب البعض إلى القول وبحق أن الإشارة إلى العناصر المكونة " للممتلكات الثقافية " على النحو الوارد بالاتفاقية هو على سبيل المثال وليس الحصر<sup>(3)</sup>.

ومما سبق نستطيع القول بأن أهم مناقب اتفاقية لاهاي لعام 1954 هو إدخالها لمفهوم "الممتلكات الثقافية" الجديد في المصطلح القانوني (وليس في مصطلح القانون الدولي فقط) فهذا المصطلح الموحد يوفر ميزة مهمة، مقارنة بالمصطلحات المتعددة التي كانت تستخدم من قبل، فهو بطبيعته الجامعة والشاملة قادر على اختزال طائفة واسعة من الأشياء والتراث المختلفة، والتي لها خصائص مشتركة، في مصطلح قانوني واحد<sup>(4)</sup>.

كما يُلاحظ أن الاتفاقية قد أخذت في التعريف بمعيار "الأهمية الكبرى للتراث الثقافي للشعوب"، وهذا المعيار يتسع ليشمل كافة عناصر "الممتلكات الثقافية" من ممتلكات ثابتة كالمواقع الأثرية والتاريخية والفنية والدينية الثابتة، سواء كانت مرتبطة أو منفصلة عن بعضها، وسواء كانت مملوكة ملكية عامة أو خاصة، علاوة على الممتلكات الثقافية المنقولة كاللوحات الفنية، والأرشيف، ومجموعات الكتب التاريخية والعلمية أيًا كان موطنها الأصلي، وكذلك المباني التي تحتوى بداخلها على "ممتلكات ثقافية"، بل وشملت أيضاً وسائل النقل التي تُستخدم في نقل "الممتلكات الثقافية" (مادة 12)، وكذلك حماية الأشخاص المكلفين (مادة 15) بحماية تلك الممتلكات<sup>(5)</sup>.

(1) محمد سامح عمرو، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية، مرجع سابق، ص 40.

(2) رشاد عارف السيد، دراسة لاتفاقية لاهاي سنة 1954، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 40، 1984، ص 249.

(3) D. Fleck, "The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict", 1999, p.382.

(4) V. Maintti, "De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954, IRRC . June, 2004, Vol. 86 , No 854, p347.

(5) أحمد أبوفا محمد، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 2006، ط 1، ص 155-156. محمد سامح عمرو، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية، مرجع سابق، ص 41-42.

وبالرغم من شمول التعريف الوارد باتفاقية لاهاي 1954 ووضوحه، إلا أن تساؤلات تُطرح بين فقهاء القانون الدولي حول الأخذ بالمعيار المذكور بالمادة الأولى من الاتفاقية وهو معيار "الأهمية الكبرى للتراث الثقافي للشعوب"، من هذه التساؤلات:

ما الجهة الموكول إليها تحديد ما إذا كان موروثاً معيناً يتمتع بأهمية كبرى للتراث الثقافي للشعوب على النحو الوارد بالاتفاقية؟ وكذلك ما المعايير التي يجب الالتزام بها بغية الوصول إلى تحديد تلك الأهمية؟ وهل اعتبار ذلك متروك للدولة الطرف التي تقع على أراضيها هذا التراث؟ أم أنه لابد من توافر اتفاق دولي عام على تمتع ذلك التراث الثقافي بتلك الأهمية الكبرى لتراث الشعوب؟ وما مدى تأثير ذلك على الممتلكات الثقافية التي تخص المجموعات الإثنية؟

وقد انقسم الفقه الدولي في الإجابة على هذه التساؤلات، ويمكن أن نتبين رأيين في هذه المسألة:

**الرأي الأول:** حيث ذهب فريق من الفقهاء إلى تبني نظرة ضيقة مفادها عدم تمتع أي ممتلك ثقافي بالأهمية الكبرى لتراث الشعوب المنصوص عليها باتفاقية لاهاي لعام 1954 ما لم يكن هناك اتفاق دولي عام على اعتباره متمتعاً بتلك الأهمية، وبالتالي فإن الأمر ليس متروكاً للدول الأطراف التي يقع على أراضيها هذا الممتلك، وساقوا أمثلة لذلك التراث الثقافي التي تتمتع باتفاق دولي عام على "أهميتها الكبيرة للتراث العالمي" المنصوص عليها سواء كانت ثابتة مثل "الأهرامات" وتمثال "أبي الهول" بمصر، و"تاج محل" بالهند، و"المدينة التاريخية" بالمكسيك، أو كانت منقولة مثل "لوحة الموناليزا"<sup>(1)</sup>.

**الرأي الثاني:** وتبناه فريق ثانٍ من الفقهاء؛ حيث اعتمدوا مفهوماً واسعاً "للممتلكات الثقافية" المشمولة بالحماية بموجب أحكام القانون الدولي؛ حيث رأوا أن تمتع ممتلك ثقافي بالأهمية الكبيرة للتراث الثقافي للشعوب المنصوص عليها في اتفاقية لاهاي لعام 1954 إنما يرجع إلى ما تحدده الدول الأطراف التي يقع على أراضيها ذلك الممتلك، وذلك طبقاً للقواعد والمعايير الوطنية التي تضعها تلك الدول، وأن تحديد المعيار المذكور يؤثر مصطلحتين أساسيتين على المحك، وهما مصلحة الدول منفردة، ومصطلحتها مجتمعة (المجتمع الدولي في مجمله)؛ بيد أن تحديد الممتلكات الثقافية الواقعة داخل أراضي الدولة وتستحق الحماية نظراً لأهميتها تقع

(1). J. Boylan, "Review of the Convention for the Protection of Cultural Property", UNESCO, 1993, CLT-9J/Wh/12, (note 11), p.147; P. Ishwara, "Protection of Cultural Property Under International humanitarian Law: Some Emerging Trends, paper presented at the Seminar on International Humanitarian Law", University of Mysore, June, 2000, pp.6-7.

على عاتق الدول كل منهم على حدته<sup>(1)</sup>.

وبناءً على الرأي السابق فإن الممتلكات الثقافية متى أُدرجت على القوائم التي تعدها الدولة الطرف التي تقع على أراضيها تلك الممتلكات تتمتع بالحماية المنصوص عليها، وبغض النظر عما إذا كان هناك اتفاقاً دولياً عاماً على تمتعها بالأهمية المنصوص عليها في الاتفاقية، وأن الأهمية المنصوص عليها بالاتفاقية يقصد بها الأهمية وفقاً لإرادة الشعب الذي يقع على أراضيها الممتلكات الثقافية، وما إذا كان لهذه الممتلكات أهمية كبرى في تراث هذا الشعب من عدمه، ومن ثم لا تتوقف على مدى ما يتمتع به من أهمية لسائر البشر.

وفي رأينا ومن خلال الاستعراض السابق يتضح لنا مايلي:

أولاً: أن المعيار الذي أخذت به هذه الاتفاقية وإن كان قد اتسع ليشمل معظم عناصر "الممتلكات الثقافية" إلا أنه قد شابه العموم وعدم الدقة، وكان الأولى استخدام معيار "القيمة الثقافية أو التاريخية" بدلا من "الأهمية" حيث إنه أكثر دقة وتحديداً.

ثانياً: لم تحدد الاتفاقية معايير واضحة يمكن الوصول بها إلى تحديد ما إذا كان ممتلكاً ثقافياً يتمتع بأهمية كبيرة لتراث الشعوب من عدمه، وعدم تحديد الجهة التي يُنط بها تحديد تلك الأهمية، وما إذا كانت الدول الأطراف التي يقع على أراضيها "الممتلكات الثقافية" كل دولة على حدة، أم يشترط لذلك اتفاق دولي عام من قبل تلك الدول، كل ذلك من شأنه أن يترك ثغرات يمكن من خلالها للدول سيئة النية أن تتحلل من التزاماتها تجاه حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح.

ثالثاً: إن تبني الرأي القائل بأن تحديد مدى تمتع الممتلك الثقافي بالأهمية الكبيرة للتراث الثقافي للشعوب إنما يرجع إلى الدولة الطرف التي يقع على أراضيها ذلك الممتلك، من شأن ذلك أن يتيح لهذه الدولة أن تستبعد ذلك التراث الذي لا يتوافق مع عقيدة وفكر النظام السياسي الحاكم بها، وما حدث بأفغانستان أيام حكم طالبان خير دليل على ذلك، كما أن الاتفاقية لم تتعرض للممتلكات الثقافية الإثنية وصممت حيالها تماماً<sup>(2)</sup>.

رابعاً: ما جاء بالفقرة (ج) من المادة الأولى من اتفاقية لاهاي 1954:

(1) V, Maintti, "De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels", 2004, op.cit, p.348 ; ; R. O'Keefe, "The meaning of 'cultural property' under the 1954 Hague Convention", N.I.L.R, Vol. 46, 1999, p.30; J.Toman, "La Protection des Bien Culturels dans les ConflitsArmes Internationaux;Cadre Juridique et Institutionnel",1996,pp.49-50.

(2) Boylan, "Review of the Convention for the Protection of Cultural Property", op.cit,p.26;P. Ishwara,"Protection Of Cultural Property Under International humanitarian Law", op.cit , p.7.

(المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبنية في الفقرتين "أ" و"ب" والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية")، يثار تساؤل هنا عن المراكز التي لا تحتوي على مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية هل تشملها الاتفاقية بالحماية أم لا؟ وما المعيار الذي به نحدد المجموعة التي تحتويها تلك المراكز حتى تصير كبيرة؟

خامساً: كما أن التعريف الوارد بالاتفاقية لم يشمل الممتلكات الثقافية غير المادية، وكان التركيز على الممتلكات الثقافية المادية فقط<sup>(1)</sup>، كما لم تشمل كثير من الممتلكات الثقافية التي استحدثت كالفهارس الإلكترونية وغيرها.

وعليه ينبغي تعديل هذا النص ليشمل معايير محددة وواضحة يتم الرجوع إليها لتحديد تلك الأهمية، ويمكن للدولة التي تقع على أراضيها الممتلكات الثقافية أن تحدد ما إذا كان الممتلك الثقافي يتمتع بأهمية كبرى من عدمه؛ وذلك باتخاذ تلك الدولة تدابير وإجراءات معينة تُثبت تلك الأهمية، وذلك وفق تلك المعايير المقترح إضافتها إلى النص، وذلك كله تحت مراقبة المجتمع الدولي؛ لتنفادي تعنت الدولة تجاه الممتلكات الثقافية التي تخص الأقليات، والممتلكات الثقافية الإثنية.

وهذه الملاحظات التي لم يحسمها التعريف الوارد باتفاقية لاهاي لعام 1954 كان يمكن معالجتها في البروتوكول الإضافي الثاني للاتفاقية لعام 1999، وهو ما لم يحدث، لكن كثيراً منها تم معالجتها في الاتفاقيات اللاحقة، والتي سعت الجماعة الدولية إلى إبرامها والتي سنتناول بعضاً منها في السطور التالية.

### الفرع الثالث

#### تحديد الممتلكات الثقافية في الصكوك الدولية اللاحقة على اتفاقية لاهاي 1954

علاوة على التعريف الوارد باتفاقية لاهاي لعام 1954 وبروتوكولها الإضافيين، فقد ورد عديد من التعريفات في الاتفاقيات والصكوك الدولية التي أُبرمت بعد هذه الاتفاقية نذكر منها: ما جاء بالمادة (53) من البروتوكول

(1) تم تعريف التراث غير المادية في المادة (2) من اتفاقية صون الممتلكات الثقافية غير المادية لعام 2002، والتي تنص في فقرتها الأولى على: (الأغراض هذه الاتفاقية: يُقصد بعبارة "الممتلكات غير المادية" الممارسات والتصورات وأشكال التعبير والمعارف والمهارات- وما يرتبط بها من آلات وقطع ومصنوعات وأماكن ثقافية- التي تعتبرها الجماعات والمجموعات، وأحياناً الأفراد، جزءاً من تراثهم الثقافي غير المادية المتوارث جيلاً عن جيل. تبذعه الجماعات والمجموعات من جديد بصورة مستمرة= بما يتفق مع بيئتها وتفاعلاتها مع الطبيعة وتاريخها، وهو ينمي لديها الإحساس بهويتها والشعور باستمراريتها، ويعزز من ثم احترام التنوع الثقافي والقدرة الإبداعية البشرية. ولا يؤخذ في الحسبان لأغراض هذه الاتفاقية سوى التراث غير المادية الذي يتفق مع الصكوك الدولية القائمة المتعلقة بحقوق الإنسان، ومع مقتضيات الاحترام المتبادل بين الجماعات والمجموعات والأفراد والتنمية المستدامة).

الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977 والمادة (16) من البروتوكول الإضافي الثاني تحت عنوان "حماية الأعيان الثقافية وأماكن العبادة" والتي حددت الممتلكات الثقافية بأنها: "الأثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب".

كذلك ما جاء بالمادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 عبارة "الأثار التاريخية" للتعبير عن الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية، والتي يُعد الاعتداء عليها جريمة حرب.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن التعريف الوارد بالبروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف، وكذلك الوارد بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أوسع نطاقاً من التعريف الوارد باتفاقية لاهاي لعام 1954، وعليه، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بإمكانية تفادي التباين بين تلك التعريفات إذا ما أثير ذلك عند وضع هذه النصوص موضع التطبيق العملي، وذلك بتحديد الاتفاقية واجبة التطبيق لكل نزاع على حدته<sup>(1)</sup>.

وأن عبارة: 'التراث الثقافي أو الروحي للشعوب' الواردة بالبروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف تتميز عن عبارة: 'الأهمية الكبرى للتراث الثقافي للشعوب' الوارد في ديباجة اتفاقية لاهاي لعام 1954؛ وذلك لأنها تشكل معياراً موضوعياً أوسع مدى؛ وذلك لأن كلمة "الشعوب" الواردة بالبروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف (1977) تقضي بتجاوز الحدود الوطنية، وتقضي على التعصب الديني أو العرقي، وبخاصة فيما يتعلق بالأقليات العرقية أو الدينية والتي لا وطن لها، كما أن عبارة "أو الروحي" تنسج بنطاق الممتلكات الثقافية لتشمل مواقع وأشياء ذات أهمية روحية<sup>(2)</sup>.

أما الغالبية العظمى من الفقهاء فقد ذهبوا إلى تطابق تلك التعريفات، وأن الهدف من إدراج التعريف في البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو التأكيد على أهمية حمايتها أثناء النزاع المسلح، وليس بهدف المغايرة في تحديد مفهوم الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية، وأن الأمر لا يعدو أن يكون تكراراً لما جاء باتفاقية لاهاي 1954<sup>(3)</sup>.

(1)T. Desch, " Problems in the Implementation of the Convention from the Perspective of International Law" in " Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict – a Challenge in Peace Support Operations", Vienna , 2002, p.17.

(2)A. F. Vrdoljak, "Cultural Heritage in Human Rights and Humanitarian Law", University of Western Australia, Perth, Australia, 2006, pp.19-20.

(3)Y.Sadoz , and others (eds.), " Commentary on additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949", 1987, Para. 4844.

ومما سبق يتضح لنا أن التعريفات الواردة بالبروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، جاءت لتسد الثغرات التي شابت التعريف الوارد باتفاقية لاهاي لعام 1954، وأنها دعمت بشكل كبير حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح، وأن التباين إن وجد إنما يفسر لصالح حماية تلك الممتلكات؛ بحيث تتسع التعريفات لتشمل كافة عناصر التراث الثقافي.

وعليه، فإن هذه التعريفات يكمل بعضها بعضاً<sup>(1)</sup>، نلاحظ ذلك جيداً فيما يخص أماكن العبادة، حيث لم يشمل التعريف الوارد باتفاقية لاهاي لعام 1954 إلا أماكن العبادة التي لها أهمية ثقافية وتاريخية وأثرية، فجاءت التعريفات الواردة بالبروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لتسد تلك الثغرة بالنص على أنها تشمل أماكن العبادة التي تشكل التراث الروحي للشعوب<sup>(2)</sup>.

هذا وقد اعتمدت منظمة اليونسكو عدة اتفاقيات وتوصيات لاحقة ذكرت فيها تعريفات أخرى، منها اتفاقية بشأن التدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لعام 1970، وقد عرفت الممتلكات الثقافية في المادة الأولى منها<sup>(3)</sup>.

(1) يذكر أن المادة (53) من البروتوكول الإضافي الأول (1977) نصت على: (تحظر الأعمال التالية، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقودة بتاريخ 14 أيار / مايو 1954 وأحكام المواثيق الدولية الأخرى الخاصة بالموضوع:.....) ومن هنا فإن هذه التعريفات الواردة في اتفاقية لاهاي لعام 1954، وكذلك البروتوكولين الإضافيين لاتفاقية جنيف متكاملة وغير متباينة.

(2) سعيد سالم جويلى، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، 2002، ص 328-329، زكريا حسين عزمي، من نظرية الحرب إلى نظرية النزاع المسلح، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1978، ص 40.

(3) تنص المادة (1) من هذه الاتفاقية على: (تعنى العبارة "التراث الثقافي" لأغراض هذه الاتفاقية التراث الذي تقر كل دولة لاعتبارات دينية أو علمانية، أهميتها لعلم الآثار أو ما قبل التاريخ، أو التاريخ، أو الأدب أو الفن، أو العلم، التي تدخل في إحدى الفئات التالية: أ) المجموعات والنماذج النادرة من مملكتي الحيوان والنبات، ومن المعادن أو علم التشريح، والقطع الهامة لصلتها بعلم الحضريات. ب) التراث المتعلقة بالتاريخ بما فيه تاريخ العلوم والتكنولوجيا، والتاريخ الحربي والتاريخ الاجتماعي، وحياة الزعماء الوطنيين والمفكرين والعلماء والفنانين، والأحداث الهامة التي مرت بها البلاد. ج) نتائج عملية التنقيب عن الآثار (القانونية وغير القانونية) والاكتشافات الأثرية. د) القطع التي كانت تشكل جزءاً من آثار فنية أو تاريخية مبتورة أو من مواقع أثرية. هـ) الآثار التي مضى عليها أكثر من مائة عام، كالنقوش والعملات والأختام المحظورة. و) الأشياء ذات الأهمية الأثنولوجية. ز) التراث ذات الأهمية الفنية.....)

وكذلك جاء في المادة (1) فقرة (أ) من اتفاقية حماية التراث الثقافي والطبيعي (التراث العالمي) لعام 1972 تعريفاً للتراث الثقافي<sup>(1)</sup>، وكذلك المادة (2) من الاتفاقية الدولية لإعادة الممتلكات الثقافية المسروقة أو المصدرة بطرق غير مشروعة (UNIDROIT)<sup>(2)</sup>.

وقد أخذت هذه الاتفاقيات بمعيار "التعداد على سبيل الحصر"، في تعريفها للتراث الثقافي، وذهب البعض إلى أن هذه التعريفات أكثر شمولاً، وتختلف كثيراً عن التعريف الوارد باتفاقية لاهاي لعام 1954<sup>(3)</sup>. وقد اعتمدت اليونسكو مجموعة من التوصيات والتي ورد بها أيضاً تعريفاً للتراث الثقافي<sup>(4)</sup>.

## الفرع الرابع

### ممتلكات ثقافية أم تراث ثقافي؟

من الملاحظ أن الممارسات الدولية دأبت على استخدام كلمة "تراث" بدلاً من كلمة "ممتلكات"، ويرى بعض الفقهاء أن هناك تفضيلاً متزايداً لاستخدام كلمة "تراث" لأنها تشمل طائفة أوسع من العناصر، بما فيها الممتلكات غير المادية (التراث غير المادي)<sup>(5)</sup>، كما أن الممتلكات الثقافية هي عناصر التراث الثقافي، ولهذا السبب أشارت اتفاقية لاهاي لعام 1954 عند تعريفها للممتلكات الثقافية (المادة الأولى) إلى الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب<sup>(6)</sup>، بل ويرى ذلك الفريق أن مصطلح "الممتلكات الثقافية" غير كاف وغير ملائم لمجموعة من المسائل التي يشملها مصطلح "التراث الثقافي"، مثل الممتلكات الثقافية غير المادية،

(1) تنص المادة (1) فقرة (أ) على: يعني بالممتلكات الثقافية لأغراض هذه الاتفاقية: - الآثار والأعمال المعمارية، وأعمال النحت والتصوير على المباني، والعناصر والتكاوين ذات الصفة الأثرية، والنقوش، والكهوف، ومجموعات المعالم التي لها جميعاً قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ والفن والعلم. - المجموعات: مجموعة المباني المنعزلة أو المتصلة، التي لها بسبب عمارتها، أو تناسقها، أو اندماجها في منظر طبيعي، قيمة عالية استثنائية من وجهة النظر التاريخية أو الجمالية، أو الأثنولوجية، أو الإنثروبولوجية.

(2) نصت المادة (2) من هذه الاتفاقية على: لأغراض هذه الاتفاقية، الممتلكات الثقافية هي: تلك الأشياء الثقافية، الدينية أو العلمانية، والتي لها أهمية بالنسبة لعلم الآثار، وفترة ما قبل التاريخ، والتاريخ، والأدب، أو الفن أو العلم وينتمي إلى واحدة من الفئات المبينة في المرفق لهذه الاتفاقية.

(3) Boylan, "Review of the Convention for the Protection of Cultural Property", op.cit, p.51.

(4) من هذه التوصيات:

- توصية اليونسكو بشأن الحفريات الأثرية 1956 المادة الأولى، وقد اعتبرت مكملة لاتفاقية لاهاي 1954.

- توصية اليونسكو المعنية بالاتجار غير المشروع تصدير واستيراد ونقل الممتلكات الثقافية المادة (1).

- توصية اليونسكو بشأن التبادل الدولي للتراث الثقافي 1976 المادة (1)، توصية اليونسكو لحماية الممتلكات الثقافية المنقولة 1978 المادة (1).  
توصية اليونسكو بشأن حماية المناطق التاريخية 1976.

(5) J. Blake, "On defining the cultural heritage", I.C.L.Q. Vol. 49, 2000, pp. 61-85.

(6) ينظر حول هذه القضية:

Roger O'Keefe, "The meaning of 'cultural property' under the 1954 Hague Convention", op.cit, pp. 26-56; V. Prott et J. O'Keefe, "Cultural heritage' or 'cultural property?", I. J. C. P, Vol. 1, 1992, pp. 307-320.

ويرتبط مفهوم "الممتلكات" عند هذا الفريق بنقل الملكية، في حين أن "التراث" يفترض الحفظ والنقل من جيل إلى جيل<sup>(1)</sup>.

وقد عارض ذلك الرأي فريق آخر من الفقهاء؛ حيث إنهم رأوا أن جميع المصطلحات التي تم استخدامها في السياق الدولي، مثل "ممتلكات"، "أعيان"، "سلع"، "تراث" وغيرها مترادفة، ويرى هذا الفريق أن التعريفات والنظم القانونية تختلف من معاهدة لأخرى، ومن دولة إلى أخرى، وأن هناك قاسم مشترك بين هذه التعريفات، وهو أنها تُكوّن جميعاً عناصر الممتلكات الثقافية<sup>(2)</sup>.

وفي رأينا أنه وبالرغم من الرأي الذي تبناه الفريق الثاني من الفقهاء والذي يرى أن التعريفات الواردة بمختلف الصكوك الدولية مترادفة، وأن ذلك يعزز حماية الممتلكات الثقافية بتوسيع مفهومها، إلا أننا نرى أن المصطلح الوارد باتفاقية لاهاي لعام 1954 وهو "الممتلكات الثقافية" هو ما يُعول عليه، وكذلك ما ورد بالاتفاقيات التي تنظم وتحكم "النزاع المسلح"، كاتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907، والبروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف والمعتمدين عام 1977، وكذلك ما جاء بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والاتفاقيات الأخرى ذات الصلة، أما بخصوص التعريفات التي وردت بالاتفاقيات الدولية التي تنظم الحماية وقت السلم، كاتفاقية التراث العالمي 1972، وغيرها، فهي بمثابة تعريفات يمكن الاسترشاد بها والرجوع إليها لتبيان ما أُشكل في التعريفات الواردة بالاتفاقيات التي تحكم حالة النزاع المسلح المشار إليها آنفاً.

#### تعريفنا للممتلكات الثقافية:

وفي ختام هذا الاستعراض نستطيع تحديد المقصود بالممتلكات الثقافية بأنها:

1- الممتلكات المنقولة أو الثابتة أو غير الملموسة "ذات القيمة الكبرى لتراث الشعوب الثقافي والروحي وفق معايير تحددها منظمة اليونسكو" أيًا كان أصلها أو مالكيها كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، و الأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات

(1) F.Manlio, "Cultural property v. cultural heritage", A "battle of concepts" in international law?, I.R.R.C, June, 2004, Vol. 86, No. 854,p.369.

(2)H. Abtahi,"The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict:The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, H. H.R.J.,Vol.14, Spring 2001,p.6.;Legal and Practical Measures Against IllicitTrafficking in Cultural Property, UNESCO,Handbook, CLT/CH/INS/66/22, p.4;How to define "Cultural Property"?, http/culture.unesco.org,2008.

العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات والفهارس الإلكترونية ومنسوخات التراث السابق ذكرها.

2- المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية ، كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح.

3- المراكز التي تحتوي على ممتلكات الثقافية والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية" والمخصصة لهذا الغرض.

## المبحث الثاني

### تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء

#### النزاعات المسلحة في الفقه الإسلامي

تحدثنا أنفًا عن نطاق الحماية المقررة للممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح في ضوء قواعد وأحكام القانون الدولي العام، والآن ننتقل إلى تحديد ذلك النطاق وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

ونود ان نؤكد أن مبادئ الشريعة الإسلامية مبادئ سامية، فهي تهدف إلى تحقيق مكارم الأخلاق، وتقنين المثل العليا، بل إن تلك الأخلاق والمثل هي عقيدة متأصلة في قلوب المسلمين، أما القانون الدولي الوضعي، فأملته إرادة الدول الكبرى ذات النفوذ في المجتمع الدولي، ومواده خالية من المثالية، ولم يقصد بها إلا منع الحرب لمجرد المصالح الذاتية، دون نظر إلى شرف أو خلق أو ضمير أو كرامة<sup>(1)</sup>.

ولا يكفي في هذا المجال المعرفة بالنصوص - على أهميتها - بل يجب أن يضم إليها فقه الواقع المعاش، ولا بد من المزاوجة بينها وبين المقاصد الكلية، فتنهمم الجزئيات في ضوء الكليات، وفي ضوء فقه المآلات، وفقه الأولويات وفقه الموازنات<sup>(2)</sup>.

(1) وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، دار الفكر، دمشق، 1998، ص 24؛ لذلك فقد تم الاعتراف بالشريعة الإسلامية كمصدر عالمي للتشريع والقانون في عدد من المؤتمرات الدولية العلمية منذ عام 1932 منها: 1- القانون المقارن الدولي في لاهاي عام 1932 م. 2- مؤتمر لاهاي المنعقد في عام 1937 م. 3- مؤتمر القانون المقارن في لاهاي 1938 م. 4- المؤتمر الدولي عام 1945 م بواشنطن. 5- شعبة الحقوق بالمجمع الدولي للقانون المقارن 1951 م بباريس. وقد صدرت عن هذه المؤتمرات قرارات هامة هي: أ- اعتبار التشريع الإسلامي مصدرًا رابعًا لمقارنة الشرائع. ب- الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها لا تمت إلى القانون الروماني أو إلى أي شريعة أخرى. ج- صلاحية الفقه الإسلامي لجميع الأزمنة والأمكنة. د - تمثيل الشريعة الإسلامية في القضاء الدولي ومحكمة العدل الدولية.

(2) يوسف القرضاوي، قضايا إسلامية معاصرة، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006، ص 804.

## المطلب الأول

### تحديد مصطلح "الممتلكات الثقافية" في الفقه الإسلامي

تجدر الإشارة إلى أنه لم يأت ذكر لمصطلح "الممتلكات الثقافية" على وجه التخصيص في الفقه الإسلامي، وإنما تم تناوله كغيره من التراث الذي يخص المحاربين الذين يدخلون في نزاع مسلح مع المسلمين، وإن كان هناك بعض النصوص التي تعرضت بشكل مباشر إلى بعض عناصر الممتلكات الثقافية كما سنرى فيما بعد. كما تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء المسلمين قد استخدموا كلمة "الأموال" عند الحديث عن ممتلكات العدو، وهو مصطلح يشمل جميع أنواع الأملاك، سواء كانت من قبيل الأملاك العامة أو الخاصة أو المنقولة أو الثابتة<sup>(1)</sup>.

والإسلام لا يُبيح إتلاف ممتلكات العدو بعد الاستيلاء عليها، وذلك بعد انتهاء القتال فعلياً، فذلك درب من الفساد لا يقره شرع ولا عقل، ويمكن القول بأن الأموال التي يحوزها المسلمون بعد انتهاء الحرب تنقسم إلى قسمين، هما: "أموال الفيء والغنيمة"، وهي كل ما وصل من الحربيين، أو كان سبباً في وصولها<sup>(2)</sup>. فالفيء هو: المال الذي يؤخذ من الحربيين من غير قتال، كالجزية والخراج، ويكون الفيء منقولاً أو عقاراً، فإن كان عقاراً فإنه لا يُقسم، وإنما يُقسم ريعه، ويكون الفيء لعامة المسلمين على التفصيل الوارد في كتب الخراج<sup>(3)</sup>. أما الغنيمة – على أشهر الأقوال – فهي: ما أخذ من أموال أهل الحرب عنوة بطريق القهر والغلبة<sup>(4)</sup>. وينبغي التأكيد على أنه وإن أُحلت أموال العدو أو ما أُصطلح على تسميته "بالغنائم" ونزل في شأنها تشريع تفصيلي، فلم يكن أبداً مقصد الجهاد في الإسلام هو الحصول على الأموال والأسلاب، فمقصد الجهاد هو إعلاء كلمة الله تعالى والذب عن الملة، والغنائم تابعة، ونتيجة تترتب على الحرب<sup>(5)</sup>.

(1) تجدر الإشارة إلى أن غالبية الفقهاء لم يفرقوا في أدلتهم بين الملكية العامة والخاصة، ولم ترد هذه التفرقة إلا عند الملكية والحنابلة.  
(2) أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405 هـ، ط1، ص 121؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1412 هـ، ط1، ص 1809؛ محمد الخطيب الشرابي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار الفكر، بيروت، ج 6، ص 72؛ صلاح عبد البديع شلبي، حق الاسترداد – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، وتطبيق مبادئه في العلاقة بين الدول العربية وإسرائيل -، بدون دار نشر، ط 1، 1983، ص 32.

(3) انظر تفصيلاً، أبو عبيد القاسم بن سلام، الأموال، دار الشروق، 1989، ط 1، ص 75 وما بعدها؛ محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط 1، ج 10، ص 7؛ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، كتاب الخراج، دار المعرفة، بيروت، 1979، ص 75 وما بعدها.

(4) وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 553.

(5) المرجع السابق، ص 550.

هذا فيما يتعلق بوضع التراث الخاصة بالحريين بعد انتهاء العمليات الحربية، أما أثناء القتال فإن مصير ذلك التراث يكون مختلفًا.

وفي هذا الإطار ينبغي أن نشير أولاً إلى أن الإسلام لا يعتبر المحرم مألًا، وليس له قيمة يُتقوم بها، وذلك مثل الخمر والخنزير وغيرها من الأشياء المحرمة، وفي مجال دراستنا كالكتب التي تدعو إلى الفحش والرذيلة، أو الآثار التي تُعبد من دون الله - إن وُجدت-، فهذه الممتلكات تخرج عن نطاق الحماية التي تقرها أحكام الفقه الإسلامي، والممتلكات الثقافية التي تدخل في نطاق الحماية، هي تلك الممتلكات المباحة<sup>(1)</sup>، وهو ينقسم من حيث استخدامه في الحرب إلى قسمين:

القسم الأول: وهو يشمل الممتلكات المستخدمة في الأغراض العسكرية<sup>(2)</sup>.

وهو لا يدخل في نطاق الحماية، فهي ممتلكات لا خلاف في مشروعيتها إتلافها والاستيلاء عليها؛ حيث إن لها علاقة مباشرة بالقتال والحرب، وسواء كان هذه الممتلكات ذي ملكية عامة أو خاصة، ثابتة كانت أو منقولة<sup>(3)</sup>، وهذا موجود أيضًا في القانون الدولي كما بينا سابقًا.

القسم الثاني: ويتعلق بالممتلكات- بصفة عامة ومنها الممتلكات الثقافية- غير المستخدمة في الأغراض العسكرية، وهي تنقسم بدورها من حيث ملكيتها إلى قسمين: عامة، وخاصة.

فالممتلكات العامة (الثابتة منها أو المنقولة): هي تلك الممتلكات المملوكة للدولة، أو الأموال التي تتولى الدولة إدارتها، وبالتالي يكون نفعها للمدنيين الحريين وغيرهم من المقاتلين، ومن أمثلة ذلك الممتلكات الثقافية العامة، كالمتاحف العامة، والآثار التاريخية كالمعابد والأهرامات والمكتبات العامة وغيرها، وهذه الممتلكات في حال ظفر المسلمين بالحرب يؤول ملكيتها إلى الدولة الإسلامية، وتُعتبر من قبيل الفيء إذا نالها المسلمون بدون قتال، كما تُعتبر وقفًا على المسلمين جميعًا إذا نالها هؤلاء بالسيف، وقد ثار اختلاف جزئي بين الفقهاء في هذا السياق: فذهب جمهور الصحابة والشافعية والظاهرية إلى أنه تنتقل ملكية هذه الممتلكات إلى المسلمين، الخمس لمن ذكرتهم آية سورة الأنفال ﴿واعلموا أنما غنتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول﴾، والأربعة

(1) نلاحظ هنا أن القانون الدولي لا يعتد بذلك الأمر، وهذا مما تتميز به الشريعة الإسلامية عن القانون الدولي؛ حيث إن موافقة أحكام الشرع الحنيف من الضوابط اللازم توافرها في أي علاقة قانونية وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

(2) انظر تفصيلًا حول تقسيم أموال الحريين إلى مستخدمة وغير مستخدمة في القتال، حسن عبد الغني أبو غدة، قضايا فقهية معاصرة في العلاقات الدولية حال الحرب، مكتبة العبيكان، الرياض، 2009، ط1، ص22-23.

(3) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 1809؛ ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله ابن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ط3، ج 13، ص144.

أخماس للغانمين، فإن طابت بتركها نفوسهم بعوض أو غيره، وقفها ولي الأمر على مصالح المسلمين؛ وقال المالكية في المشهور عندهم والشيعة الإمامية: تصبح هذه الممتلكات وقفًا على المسلمين بمجرد الحيازة دون أن تحتاج إلى وقف الإمام؛ وقال الحنفية والزيدية: الإمام فيها بالخيار إن شاء قسمها بين المسلمين، أو أقر أهلها عليها.

والراجع من هذه الأقوال هو: تفويض الأمر إلى الإمام في قسمتها أو وقفها على المسلمين جميعاً<sup>(1)</sup>.

أما الممتلكات الخاصة (الثابتة منها أو المنقولة ومن بينها الممتلكات الثقافية): فيُقصد بها تلك الممتلكات التي يكون ملكها مقصورًا على أفراد بعينهم، أو مملوكة لعدة أشخاص، وليست مملوكة للدولة، ولا تتولى إدارتها، فهذه الممتلكات تبقى في ملكية أصحابها الأصليين، ولا يجوز للمسلمين القيام بهدمها أو تخريبها إذا كانت من الممتلكات الثابتة، أو الاستيلاء عليها وسلبها أو نهبها إن كانت من الممتلكات المنقولة، طالما أن هذه الممتلكات لم تُستخدم لأغراض القتال، ولم تُحتم الضرورة الحربية ذلك، وأنه يجب التمييز بين "التهبة" و"سلب القتل"، وهو ما يحمله الحربي القتل المعادي من ممتلكات، حيث إن التهبة ممنوعة شرعًا، بينما يكون سلب القتل من حق قاتله من المسلمين، نزولًا عند الحديث الشريف {من قتل قتيلاً فله سلبه}، كما يجب التمييز بين التهبة والغنائم الحربية حيث إن الأخيرة مشروعة، ويتم جمعها وقسمتها<sup>(2)</sup>.

وبالنظر إلى التعريفات التي وردت بالقانون الدولي كما أسلفنا، فقد تعددت التعريفات والمعايير التي تحددت بناءً عليها الممتلكات الثقافية، وهذه المعايير وغيرها توزن بميزان الشرع فما وافقه أخذ به، وما خالفه تُرك، وعليه فيمكننا اعتماد التعريفات الواردة بالاتفاقيات الدولية بذلك الشرط.

فالممتلكات الثقافية المشتملة على صفة مفيدة، سواء كانت الفائدة علمية بأن كانت مشتملة على مضمون علمي، أو كانت الفائدة معنوية كما إذا كان الأثر التاريخي يمثل هوية المجتمع ويعبر عن ثقافته أو قيمه التي يؤمن بها، أو كانت الفائدة اقتصادية بحتة بأن اشتمل الأثر التاريخي على مضمون يُدر نفعًا اقتصاديًا إما مباشرًا، كما إذا كانت الممتلكات الثقافية بنفسها ثروة اقتصادية، أو غير مباشر، كما إذا كانت الممتلكات الثقافية تستثير رغبة الناس في الاستطلاع وبذلك تؤدي إلى نفع اقتصادي من خلال جلبه للسائحين وتأثيره في تنشيط حركة السياحة المحلية أو العالمية<sup>(3)</sup>.

(1) إحسان الهندي، أحكام الحرب والسلام في دولة الإسلام، دار النمير، دمشق، 1993، ط1، ص 181.

(2) سنن الترمذي، كتاب السير، باب ما جاء فيمن قتل قتيلاً فله سلبه، ح رقم: 1562؛ إحسان الهندي، أحكام الحرب والسلام في دولة الإسلام، مرجع سابق، ص 181، 184.

(3) آية الله محسن الآراكي، الممتلكات الثقافية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 32.

وسواء كانت صفة الفائدة للممتلكات الثقافية تعود على شعب أو أمة بذاتها، أو كانت تلك الفائدة تعود على المجتمع البشري بأسره، فكثير من الممتلكات الثقافية التي تخص أمة من الأمم مع أنها تشكل عنصرًا أساسيًا لهوية تلك الأمة، فإنها تمثل مقومًا مهمًا للهوية الإنسانية عمومًا، وتراثًا مشتركًا للبشرية جميعًا.

أما كل ممتلك ثقافي يشتمل على صفة مضرّة أو مفسدة سواء خلا من المنفعة مطلقًا أو اشتمل على منفعة نادرة أو قليلة الأهمية بالقياس إلى الضرر المترتب عليه، وسواء كان الضرر المترتب على الشيء ضررًا ماديًا، أو ضررًا معنويًا، فلا يدخل ضمن الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية.

فكل ممتلك ثقافي يشتمل على صفة مضرّة ضررًا ماديًا كما لو كان بناءً مشرفًا على الانهدام ومصدرًا للخطر على أرواح الناس ولم يكن من الممكن عمارته أو الحفاظ عليه بالشكل الذي يتجنب معه الخطر على حياة الناس وأرواحهم لم يجز تركه بحاله بل يجب هدمه لضمان أمن الناس في حياتهم وأرواحهم. وكذا الممتلك الثقافي المشتمل على صفة مضرّة معنويًا كما لو كان مدعاة لفساد أخلاق الناس وضعف القيم الأخلاقية والمثل المعنوية فيما بينهم<sup>(1)</sup>.

فالإسلام بتعبده بسمو الأخلاق والقيم، لا يعترف بقيمة ثقافية أو فنية ذات شكل غير أخلاقي أو فاحش، وحين تفتخر بعض التقاليد بالتعري الكامل أو الجزئي المتمثل في التماثيل واللوحات والرسومات والشعر والنثر وغيرها، فإن قيم الإسلام الشاملة لا تسمح بإنتاج ونشر أفكار وأشياء غير أخلاقية وغير محتشمة، وبالأخص فإن القرآن وبسبب اهتمامه بما هو تفريق أخلاقي بين المعروف والمنكر، فإنه لا يسمح بتدنيس نظر الإنسان أو سمعه من خلال مشاهدة أو سماع تعابير "فنية" بذينة وغير محتشمة. وعليه، فإن كثيرًا من المنتجات "الفنية" لأجسام عراة لن تُقبل لأنها تتناقض مع المنفعة الأخلاقية للناس<sup>(2)</sup>.

فالأصنام والأوثان والمجسمات التي خصصت للعبادة كذلك لا يمكن أن تعتبر تراثًا ثقافيًا ما لم تخرج عن حالتها التي خصصت لها أولاً وهي العبادة والتقديس، فهذه يجب هدمها؛ فعبادة الأوثان والأصنام مع أنها من أبين الخرافات فسادًا، وأنها تعتبر في ذاتها ظاهرة تقضي على الثقافة والفكر، ومن أكبر العوائق التي تحول دون التطور الثقافي والحرية الفكرية، نهي عنها الإسلام كما نهت عنها الأديان السماوية نهيًا باتًا.

والظاهر أن السر فيما اتخذته الأديان السماوية وخاصة الدين الإسلامي من الموقف الصارم في رفض هذه الظاهرة هو ما تلعبه هذه الظاهرة من الدور في تجميد العقل الإنساني وتعطيل قواه الفكرية، وإفراغ الشخصية الإنسانية من محتواها القائم بالتعقل والتفكير<sup>(3)</sup>.

(1) آية الله محسن الآراكي، الممتلكات الثقافية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 38.

(2) أنيس أحمد، الإسلام والتراث الثقافي، بحث مقدم إلى مؤتمر الدوحة للعلماء حول الإسلام والتراث الثقافي، ديسمبر 2001، ص 49.

(3) آية الله محسن الآراكي، الممتلكات الثقافية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 39.

وعليه فإن الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاع المسلح وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تشمل كل ممتلك ثقافي:

1- نافع ومفيد منفعة معتبرة شرعاً<sup>(1)</sup>.

2- ولا يستخدم للعبادة والتقديس.

3- ولا يستخدم في إشاعة الباطل، ولا يدعو إلى الفساد الأخلاقي.

ويدخل تحت هذا العنوان أية عناصر من الممتلكات الثقافية التي ورد ذكرها في الاتفاقيات الدولية، كالممتلكات المنقولة أو الثابتة التي تتمتع في حد ذاتها بقيمة فنية أو تاريخية أو بطابع أثرى، والمباني العلمية والمتاحف التي تضم أشكال الفنون المختلفة والمكتبات والمجموعات العلمية، وأماكن العبادة، وكذلك الممتلكات الثقافية غير المادية، ما توافر لها شرط عدم مخالفة أحكام الشرع الإسلامي الحنيف.

### المطلب الثاني

الأدلة الواردة في تحديد الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح في الشريعة الإسلامية

وستتناول تحت هذا العنوان كل من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة واقوال الفقهاء.

### الفرع الأول: القرآن الكريم

1- ذكر الله تعالى في كتابه الكريم كثير من الآيات التي تنهي عن الفساد في الأرض ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَا

تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَةَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾ وقوله

تعالى: ﴿...وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾<sup>(2)</sup>.

وفي الآيات الكريمة دلالة على النهي عن عموم الفساد في الأرض، ومن الفساد في الأرض: وجود تلك الممتلكات

الثقافية التي تُعبد من دون الله، أو تلك التي تُشيع الباطل وتدعو إلى فساد الأخلاق.

(1) نقصد بها: أن تكون المصلحة التي تمثلها الممتلكات الثقافية من المصالح التي توافق أحكام الشريعة الإسلامية، فهناك مما يعتبر مصلحة ولكن لا يقرها الشرع، مثال ذلك بعض الممتلكات الثقافية كاللوحات التي تتضمن رسوماً عارية تدعو إلى الفساد الأخلاقي، وكذلك التماثيل التي تُتخذ للعبادة والتقديس، فبالرغم من أنها تمثل مصلحة لأصحابها إلا أن هذه المصلحة غير مُعتبرة شرعاً، فلا يُعتد بها.

(2) سورة الأعراف، الآية 56، 85.

2- وردت كثير من الآيات الكريمة التي تُحرم عبادة الأوثان، كقوله جل شأنه: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ﴾<sup>(1)</sup>، وقوله تعالى في الحكاية عن إحراق سيدنا موسى عليه السلام للعجل الذهبي الذي صنعه السامري: ﴿وَانظُرْ إِلَى إِلْهِكَ الَّذِي ظَلْتَ عَلَيْهِ عَاكِفًا لَنُحَرِّقَنَّهُ ثُمَّ لَنَنْسِفَنَّهُ فِي الْيَمِّ نَسْفًا﴾<sup>(2)</sup>.

كما أن سيدنا إبراهيم عليه السلام حطم الأصنام، وجعلها جذادًا، كما حكى القرآن الكريم، وقد قال الله تعالى لرسوله ﷺ: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾<sup>(3)</sup>.

وقد دلت الآيات الكريمة على حرمة الإبقاء على التماثيل والأصنام التي تعبد من دون الله تعالى، ووجوب هدمها وتحطيمها مادامت تُستخدم لذلك الغرض، ومن المعلوم أن التماثيل من عناصر الممتلكات الثقافية، فطالما بقيت تلك التماثيل مُتخذة للعبادة من دون الله فلا تدخل ضمن الممتلكات الثقافية التي تشملها أحكام الحماية المقررة لها في الشريعة الإسلامية<sup>(4)</sup>.

#### الفرع الثاني: السنة النبوية الشريفة

1- روى البخاري عن أبي معمرٍ، عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه. قال: { دخل النبي ﷺ مكة يوم الفتح وحول البيت ستون وثلاثمائة نصب، فجعل يطعنها بعود في يده ويقول: جاء الحق وزهق الباطل، جاء الحق، وما يُبدئ الباطل وما يُعيدُ }<sup>(5)</sup>.

وروى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما: { أن رسول الله ﷺ لما قدم مكة أبي أن يدخل البيت وفيه الآلهة، فأمر بها فأخرجت، فأخرج صورة إبراهيم، وإسماعيل في أيديهما من الأزام، فقال النبي ﷺ " قاتلهم الله لقد علموا ما استقسما بها قط ". ثم دخل البيت، فكبر في نواحي البيت، وخرج ولم يُصل فيه }<sup>(6)</sup>.

وقد ذكر ابن هشام: أن النبي ﷺ دخل البيت الحرام يوم الفتح، فرأى فيه صور الملائكة وغيرهم، فرأى إبراهيم عليه السلام مُصوّرًا وفي يده الأزام يستقسم بها، فقال: قاتلهم الله، جعلوا شيخنا يستقسم بالأزام،

(1) سورة الحج، من الآية 30.

(2) سورة طه، من الآية 97.

(3) سورة النحل، الآية 123.

(4) سوف نعالج مسألة التماثيل في مطلب مستقل من هذا الفصل.

(5) صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح ( حديث رقم: 4332).

(6) صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح ( حديث رقم: 4333).

ما شأن إبراهيم بالأزلام!، وقرأ قول الله تعالى: ﴿مَا كَانَ إِبْرَاهِيمَ يَهُودِيًّا وَلَا نَصْرَانِيًّا وَلَكِنْ كَانَ حَنِيفًا مُّسْلِمًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾<sup>(1)</sup>.

وقد بعث النبي ﷺ خالدًا بن الوليد رضي الله عنه إلى (العُزَيّ)، وكانت بنخلة (اسم موضع)، وكانت بيتًا يُعظّمه هذا الحي من قريش وكنانة ومُضَر كلها، فلما انتهى إليها خالد هدمها، ثم عاد إلى النبي ﷺ<sup>(2)</sup>، وبعث عمرو بن العاص إلى (سُواع)، وهو صنم لهذيل لهدمه، وسعد بن زيد الأشهلي إلى (مناة) وهي صنم للأوس والخزرج وغسان، وتم هدم هذه الأصنام بأمر النبي ﷺ<sup>(3)</sup>.

وقد دلت الروايات السابقة على أن هياكل العبادة المبتدعة كالأصنام والصور وغيرها، لا تدخل في نطاق الحماية المقررة للممتلكات الثقافية وفقًا لأحكام الفقه الإسلامي.

2- عن جرير بن عبد الله البجلي - رضي الله عنه - قال: { قال لي رسول ﷺ: ألا تريحي من ذي الخلصة - وكان بيتا في خثعم يسمى الكعبة اليمانية - قال: فانطلقت في خمسين ومائة فارس من أحمس، وكانوا أصحاب خيل، وقال: كنت لا أثبت على الخيل، فضرب على صدري، وقال: اللهم ثبته واجعله هاديًا مهديًا، فانطلق إليها فكسرها وحرّقها، ثم بعث إلى رسول الله ﷺ يخبره، فقال رسول جرير: والذي بعثك بالحق ما جنتك حتى تركتها كأنها جمل أجوف أو أجرب. قال: فبارك في أحمس ورجالها خمس مرات<sup>(4)</sup>. وذي الخلصة: الخلصة هو نبات له حبّ أحمر كخرز العقيق، وذو الخلصة: اسم للبيت الذي كان فيه الصنم، وقيل: اسم لبيت الخلصة، واسم الصنم: ذو الخلصة، وهو صنم لدوس وخثعم وبجيلة<sup>(5)</sup>.

وفي الحديث دلالة واضحة على وجوب تدمير الممتلكات الثقافية المستخدمة في العبادة، حيث دل الأمر في الحديث على الوجوب، ومباركة النبي ﷺ ذلك الفعل، وكان التدمير بالقدر الذي يُخرجه من دائرة التقديس والعبادة، دل على ذلك قول رسول جرير: (والذي بعثك بالحق ما جنتك حتى تركتها كأنها جمل أجوف أو أجرب).

(1) سورة آل عمران: الآية 67؛ ابن هشام، السيرة النبوية، مرجع سابق، ج 3-4، ص 413.

(2) المرجع السابق، ص 436-437.

(3) محمد بن سيد الناس اليعمري، عيون الأثر في فنون المغازي والشمال والسير، ت. محمد العيد الخطراوي، دار ابن كثير، بدون تاريخ، ج 2، ص 249-250.

(4) حديث متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب: الجهاد، باب: حرق الدور والنخيل رقم: 3.

(5) ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج 8، ص 89.

### الفرع الثالث: أقوال الفقهاء

تعرض الفقهاء في كتاباتهم - فضلاً عن تعرضهم للأحكام الخاصة بممتلكات الحربين عمومًا- ومن بينها الممتلكات الثقافية- لبعض عناصر الممتلكات الثقافية كالكتب مثلاً، والتمائيل وغيرها، وقد ذكروا تلك الممتلكات التي لا تشملها الحماية المقررة للممتلكات الثقافية أثناء الحروب، ومن هذه الأقوال:

يقول الشافعي رحمه الله وما وجدوه من كتبهم فهو مغنم كله، وينبغي للإمام أن يدعو من يترجمه، وإن كان علمًا من طب أو غيره لا مكروه فيه باعه كما يبيع ما سواه من الغنائم، وإن كان كتاب شرك شقوا الكتاب وانتفعوا بأوعيته وأداته فباعها ولا وجه لتحريقه ولا دفنه قبل أن يُعلم ما هو<sup>(1)</sup>.

ويقول الإمام النووي لو ظفرنا بكتب لهم مما يحل الانتفاع به، كطب وشعر ولغة وحساب وتواريخ، فلها حكم سائر الأموال، فتباع أو تقسم، وما حرم الانتفاع به، ككتب الكفر والهجو والفحش والمحض، لم يترك بحاله، وعن القاضي أبي الطيب أنها تُمزق أو تُحرق، وكتب التوراة والإنجيل مما لا ينتفع به، لأنهم بدلوا وغيروا، وإنما نقرها في أيديهم كما نقر الخمر<sup>(2)</sup>.

وقد ذهب ابن قدامة المقدسي وهو من الحنابلة، إلى ما ذهب إليه الإمام النووي فيما يتعلق بالكتب، فقال في المغني: (فأما كتبهم فإن كانت مما ينتفع به، ككتب الطب واللغة والشعر، فهي غنيمة، وإن كانت مما لا ينتفع به ككتاب التوراة والإنجيل، فأمكن الانتفاع بجلودها أو ورقها بعد غسلها، غُسل، وهو غنيمة، وإلا فلا يجوز بيعها)<sup>(3)</sup>.

وأوجب الحنابلة هدم الأوثان، لقصة وفد ثقيف، وسؤالهم رسول الله ﷺ أن يدع لهم اللات (وهو صنم لهم) ولو شهرًا، فأبى، وكذلك جميع القباب على القبور<sup>(4)</sup>.

وذهب الأحناف كذلك إلى: وجوب إتلاف كتبهم المبدلة، دفعًا لضررها، وقاسوا عليه إتلاف كتب الرفض والاعتزال<sup>(5)</sup>.

(1) الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 4، ص 179.

(2) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 457.

(3) ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ص 130.

(4) عبدا لرحمن النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، بدون دار نشر، 1397 هـ، ط 1، ج 4، ص 272.

(5) الهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ص 19.

وباستعراض آراء الفقهاء على اختلافهم نجد أنهم قد فرقوا بين الكتب النافعة، فأوجبوا الانتفاع بها، وتلك التي تدعو إلى الشرك والكفر والفحش، فأوجبوا إتلافها، ويقاس على الكتب غيرها من الممتلكات الثقافية. غير أنه من الملاحظ أنهم اعتبروا التوراة والإنجيل من الكتب التي لا يُنتفع بها، وبالتالي فهي تأخذ حكم الإتلاف، ولكننا نرى أنه لا بد من مراجعة هذا الحكم للآتي:

1- أن الله تعالى قد دعى الأمة ممثلة في رسولها ﷺ إلى مجادلة أهل الكتاب بالتي هي أحسن، يقول جل شأنه: ﴿وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾<sup>(1)</sup>، ﴿وَلَا تُجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ﴾<sup>(2)</sup>، ولا تكون المجادلة بالتي هي أحسن إلا بالاطلاع على كتب من نُجادلهم، وعليه، فإنه لا يجوز إتلاف أو تحريق كتبهم حتى يُطلع عليها ويُرد على ما فيها حتى يتبين الحق، لأن ذلك هو الوسيلة الصحيحة لإدحاض ضلالات تلك الكتب<sup>(3)</sup>.

2- أن النبي ﷺ رد صحائف التوراة التي وُجدت بالغنائم التي غنمها المسلمون في خيبر، لرواية الواقدي أن النبي ﷺ أمر فروة بن عمرو البياضي أن يجمع غنائم خيبر في حصن النطاة، وجمعت يومئذٍ مصاحف فيها التوراة من المغنم، فجاءت اليهود تطلبها وتكلم فيها رسول الله ﷺ، فأمر النبي ﷺ بدفعها إليهم<sup>(4)</sup>.

فدل ذلك على عدم اعتبار صحائف التوراة من الغنائم، وعدم التعرض لها بالإساءة، وزُدت إلى أصحابها.

3- عملاً بقاعدة "سد الذرائع"؛ حيث إن تدمير أو إتلاف كتب الديانات الأخرى، سوف يدفع أصحاب هذه الديانات إلى التعرض إلى المصحف الشريف وغيره من كتب المسلمين، وإن كان في الماضي يمكن أن نتحكم بنشر المصحف الشريف فلا يقع في أيدي الأعداء، فإن تعدد الوسائل الحديثة التي تحوى القرآن الكريم من مطبوعات بكميات هائلة، ووسائل إلكترونية مختلفة، يجعل تعرض القرآن للتدنيس من قبل الأعداء أمراً وارداً، فوجب عدم التعرض لكتبهم، فيعاملوننا بالمثل فيتعرضوا للقرآن الكريم، وقد دل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾<sup>(5)</sup>.

(1) سورة النحل، الآية 125.

(2) سورة العنكبوت، الآية 46.

(3) د. وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 611.

(4) سبق تخريج هذه الرواية ص 126.

(5) سورة الأنعام، الآية 108.

4- أن النبي ﷺ قد عاهد أهل نجران على حفظ أموالهم وأنفسهم وملتهم وغائبهم وشاهدتهم وغيرهم وبعثهم وأمثلتهم (الصلبان والصور)<sup>(1)</sup>، ولو كان الأمر بإتلاف كتبهم ما عاهدتهم النبي ﷺ على حفظها لهم.

5- أن ما جرى عليه العمل على مدار التاريخ الإسلامي أن المسلمين لم يتعرضوا لهذه الكتب، ولم يحرقوها أو يُتلفوها، بل إن أبا عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وغيرهم من قادة الجيوش الإسلامية الفاتحة، قد عاهدوا أهل هذه البلاد من اليهود والنصارى على حفظ كنائسهم ومعابدهم، بل وسمحوا لهم في أيام أعيادهم أن يظهروا الصلبان<sup>(2)</sup>.

وبناءً على ذلك فإنه لا يجوز التعرض لكتب التوراة والإنجيل بالتدمير أو الإتلاف، ونرى أن لها حكماً خاصاً بها، -مع التأكيد على أنها كتب مُحرفة-، ولكن أهل الكتاب قد خصهم الله تعالى بأحكام خاصة بهم دون غيرهم من الفئات الأخرى من غير المسلمين، أما كتب الديانات الأخرى من غير اليهود والنصارى، فإن الحكم فيها حسب ما تقتضيه المصلحة العامة للمسلمين.

### المطلب الثالث

#### الحكم الفقهي للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاع المسلح

من خلال النصوص السابقة التي جاءت في كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ نستطيع أن نستجلي الحكم الفقهي المتعلق بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاع المسلح وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو يدور مع الأحكام الشرعية الخمسة حسب التفصيل الآتي:

أولاً: ما تجب حمايته والمحافظة عليه، ويحرم هدمه أو تخريبه أو التفريط به والتساهل في صيانته وحفظه بما يؤدي إلى خرابه وتلفه، وهو كل أثر تاريخي تنطبق عليه المواصفات والعناوين التالية:

1- الشعائر الإلهية: الشعائر الإلهية تشمل كل مكان أو أثر اختص شرعاً أو عرفاً بعمل مندوب إليه في الشرع يتقرب به إلى الله سبحانه وتعالى، وبناء على ذلك فالمساجد والأماكن المختصة بالعبادة ونشر العلم، كل ذلك مما يعتبر من شعائر الله التي يجب تعظيمها وعمارتها وحمايتها، ويحرم التفريط بها أو أي عمل يوجب الوهن في

(1) انظر الرواية كاملة ص 125.

(2) أبو يوسف، كتاب الخراج، ص 138 وما بعدها.

المعلم الرياني أو الحط من قدر الشعار الإلهي وشأنه عند الناس<sup>(1)</sup>، وقد دل على ذلك العديد من النصوص التي سقناها آنفاً.

## 2- الأثر العلمي ويشمل الأثر الفني والأدبي الذي لا يشتمل على مخالفة شرعية:

ويدل على وجوب حماية الأثر العلمي وحفظه كل ما دل على وجوب طلب العلم، كما أن التعرض لهذه الآثار من باب الإفساد في الأرض المنهي عنه في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَمِمَّا كَرِهْتَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾<sup>(2)</sup>، وغيرها من الآيات التي تنهي عن الفساد في الأرض.

فحماية العلم النافع وآثاره واجب مطلقاً، وكذا حماية الآثار الفنية والأدبية التي صدق عليها أنها مما يحتاج إليه الناس في حياتهم، فيجب حمايتها وحماية ما يدل عليها ويؤدي إليها سواء كان الأثر كتاباً أو عمارة أو بناء أو غير ذلك<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: ما يُستحب حمايته والمحافظة عليه من غير وجوب:

يُستحب حماية الممتلكات الثقافية إن كانت مما يستفاد منه للاعتبار بحياة الماضين مما دعت إليه الشريعة، وأكدته آيات الكتاب، وأحاديث السنة الشريفة، كما في قوله تعالى: ﴿قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِكُمْ سُنَنٌ، فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا﴾، وقوله تعالى: ﴿أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَتَكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا وَأَذَانٌ يَسْمَعُونَ بِهَا﴾، وقوله تعالى: ﴿فَالْيَوْمَ نُنَجِّيكَ بِبَدَنِكَ لِتَكُونَ لِمَنْ خُلِفَكَ آيَةً وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ عَنْ آيَاتِنَا لَغَافِلُونَ﴾، وغيرها من الآيات الكريمة التي تحث على الاعتبار والعظة.

### ثالثاً: ما يحرم إبقاؤه بل يجب هدمه وتدميره:

تحرم حماية كل ممتلك ثقافي مضر وفساد، بل يجب تدميره، فالأصنام والمجسمات التي خصصت للعبادة لا يمكن أن تعتبر ممتلكاً ثقافياً ما لم تخرج عن حالتها التي خصصت لها أولاً وهي العبادة والتقديس. وعمدة الدليل الشرعي المثبت لعدم جواز الإبقاء على الأصنام والأوثان ووجوب هدمها وإمحاءها ما ذكرناه سابقاً مما دل على وجوب إمحاء الباطل وعدم جواز إبقائه أو إحيائه، وكذا قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ

(1) محسن الأراكي، التراث الثقافي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 42 - 43.

(2) سورة البقرة، الآية 205.

(3) محسن الأراكي، التراث الثقافي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 42 - 43.

مِنَ الْأَوْثَانِ<sup>(1)</sup>، وكذلك تحطيم النبي ﷺ للأصنام التي كانت حول الكعبة، وقد كان يضرها برمحه وهو يقول: ﴿وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾<sup>(2)</sup>.

وينبغي أن نشير إلى أن الحكم بالحرمة ووجوب التدمير والهدم في هذا القسم مختص بحال بقاء الموضوع على ما هو عليه من الاندراج تحت العنوان السلبي أو الصفة السلبية التي ثبت له الحكم بالحرمة بسببها، فلو تغير الموضوع تغيرًا نفي عنه الصفة السلبية التي ثبت الحكم بالحرمة بسببها زال الحكم بزوال الموضوع.

رابعًا: ما يقع تحت حكم المكروه:

ويقع تحت حكم المكروه حمل المصحف إلى ميدان القتال في سرايا والعسكر الصغير المخوف عليه، وقدمنا أن حكم الكراهة يدور مع الخوف وجودًا وعدمًا.

وكذلك كل ممتلك ثقافي اندرج إبقاؤه تحت عنوان نهي الشارع عنه نهي كراهة وتنزيه لا نهي منع وتحريم.

5- ما يباح إبقاؤه وصيانته والمحافظة عليه من غير تعين الفعل أو الترك ولا رجحان لأحدهما:

وهو الأثر التاريخي غير المندرج تحت شئ من العناوين المأمور بها أمرًا وجوبيًا أو استحبابيًا أو المنهي عنها نهياً تحريمياً أو تنزيهياً.

#### المطلب الرابع

حكم التماثيل وهل يجب هدمها ؟

التماثيل من العناصر التي توجد وتشيع في كثير من الحضارات لذلك خصصنا لها فرعاً مستقلاً، فما موقف الشريعة الإسلامية منها؟ وهل تشملها أحكام الحماية المقررة للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية؟

والتَّمثال هو: الصَّوْرَةُ التي تُمائل السَّيء الأصلي. هذه الصورة حين تكون مجسَّمة تُسَمَّى تمثالاً. والتَّمثال قد يكون صورة لشيء ذي روح، وقد يكون صورة لجماد. ولكنَّ اسم التَّمثال غلب على صورة ذي روح<sup>(3)</sup>.

والصَّوْرُ المرسومة باليد والتَّمثال المجسَّمة لها لا يزال الخلاف قائماً حولها بين الفقهاء والمذاهب، وإن كان أكثر الفقهاء يستعملون مصطلح الصَّوْرَةُ أو التَّمثال بمعنى واحد.

(1) سورة الحج، الآية 30

(2) سورة الإسراء، الآية 81.

(3) فيصل مولوي، دراسة أصولية حول التماثيل في الإسلام، متوافرة على موقعه في: <http://www.mawlawi.net> تمت الزيارة في 31/8/2011.

وقد انقسمت الآراء حول تدمير وهدم التماثيل إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى وجوب هدم وتدمير التماثيل والصور والمجسمات<sup>(1)</sup>، واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أدلة منها:

1- أن سيدنا إبراهيم عليه السلام حطم الأصنام وجعلها جذادًا، كما حكى القرآن الكريم، حيث يقول الله تعالى: ﴿فَجَعَلْنَاهُمْ جُدَادًا إِلَّا كَبِيرًا لَهُمْ لَعَلَّهُمْ إِلَيْهِ يَرْجِعُونَ﴾<sup>(2)</sup>، وقد أمر الله تعالى نبيه محمد ﷺ باتباع إبراهيم عليه السلام، يقول تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾<sup>(3)</sup>.

2- أن نبي الله موسى عليه السلام حرَّق (العجل الذهبي) الذي صنعه السامري لبنى إسرائيل، وقال له موسى: ﴿وَانظُرْ إِلَى إِلْهِكَ الَّذِي ظَلْتَ عَلَيْهِ عَاكِفًا لَنُحَرِّقَنَّهُ ثُمَّ لَنَنْسِفَنَّهُ فِي الْيَمِّ نَسْفًا﴾<sup>(4)</sup>.

3- أن النبي ﷺ: {حطم الأصنام عندما فتح مكة، وكانت نحو ثلاثمائة وستين صنمًا<sup>(5)</sup>، وكان يضرها برمحه ويقول: ﴿وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾<sup>(6)</sup>.

4- أن سيدنا علي كرم الله وجهه قال لأبي الهياج الأسدي: {أبعثك على ما بعثني عليه رسول الله ﷺ: { لا تدع تماثلاً إلا طمسته، ولا قبراً مشرفاً إلا سويته}}<sup>(7)</sup>.

4- أن الإسلام قد حرم التماثيل وقد أجمعت الأمة على ذلك.

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: والتي يصنع فيها المسلمون هذه التماثيل أو تصنع لهم.

والحالة الثانية: تتعلق بالتماثيل التي صنعها الأقدمون قبل الإسلام، أو تصنعها الأمم الأخرى عمومًا.

(1) ذهب إلى هذا الرأي علماء حركة طالبان في أفغانستان، وكذلك كثير من علماء المملكة العربية السعودية مثل: الشيخ صالح الفوزان والمستشار سعد الحصين والشيخ ناصر بن محمد الفهد وغيرهم، انظر: جريدة المدينة المنورة- الرسالة، ٤ محرم ١٤٢٤هـ، جريدة المدينة العدد ٢٠٢٠، ١٤٥٩ صفر ١٤٢٤هـ، وعدد ربيع الأول ١٤٢٤هـ، عدد رقم (4618)، وانظر هدم التماثيل من منظور إسلامي، بحث منشور لناصر بن محمد الفهد على: <http://www.muslim.net/vb/showthread.php?t=157122>.

(2) سورة الأنبياء، الآية 63.

(3) سورة النحل، الآية 123.

(4) سورة طه، من الآية 97.

(5) صحيح البخاري، حديث رقم: 2478.

(6) سورة الإسراء، الآية 81.

(7) رواه مسلم في الجنائز (ح رقم: 969)، وأحمد في المسند (ح رقم: 683)، وأبو داود في الجنائز (ح رقم: 3218)، والترمذي في الجنائز (ح رقم:

1049)، والنسائي في الجنائز (ح رقم: 2031).

وقبل التعرض لتفصيل الحالتين السابقتين نؤكد على أن الحكم في التماثيل التي تُستخدم للتقديس والعبادة أنها خارج نطاق الحماية التي يكفلها الإسلام للممتلكات الثقافية، لا خلاف في ذلك بين الفقهاء. أما ما يتعلق بإقامة التماثيل أو صنع الصور المجسمة فحكم الإسلام فيها معروف وهو التحريم، والذي صحت به أحاديث نبوية كثرت واستفاضت، واتفق عليها علماء الأمة السابقون، ولاسيما الصور المعبودة من دون الله، هذا في التماثيل التي يصنعها المسلمون أو تُصنع لهم، بعد أن منَّ الله عليهم بالإسلام، وعرفوا منه الحرام والحلال<sup>(1)</sup>.

أما التماثيل التي صنعها الأقدمون قبل الإسلام، والتي لا تستخدم للعبادة والتعظيم والتقديس، فهي داخلة في نطاق الحماية التي كفلتها الشريعة الإسلامية للتراث الثقافي، ولا يجب تدميرها أو تحطيمها. وقد ناقش أصحاب هذا الرأي الأدلة التي استند إليها أصحاب الرأي الأول بما يلي:

1- أن تحطيم سيدنا إبراهيم عليه السلام للأوثان وجعلها جذاً، وكذلك تحريق سيدنا موسى عليه السلام لعجل السامري ونسفه في اليم نسفاً، فإن الأوثان التي حطمها إبراهيم عليه السلام كانت تعبد من دون الله، وقد حاجهم في ذلك وأفحمهم: ﴿قَالَ أَتَعْبُدُونَ مَا تَنْحِتُونَ \* وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾<sup>(2)</sup>، وكذلك العجل الذي صنعه السامري قد غدا صنماً يعبد السامري ومن تبعه من بني إسرائيل الذين قالوا لسيدنا هارون: ﴿لَنْ نَبْرَحَ عَلَيْهِ عَاكِفِينَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْنَا مُوسَى﴾<sup>(3)</sup>.

2- أما ما يتعلق بفعل النبي ﷺ يوم فتح مكة؛ حيث إنه حطم الأصنام التي كانت حول الكعبة، فإن هذه الأصنام كانت في المسجد الحرام، وحول الكعبة البيت الحرام، ولا يجوز أن يبقى في مسجد من مساجد المسلمين وثن يعبد، فكيف بأعظم مساجد الله، وبأول بيت وُضع في الأرض؟<sup>(4)</sup>.

3- وحول الحديث الذي استدل به أصحاب الرأي الأول القائل بوجوب هدم التماثيل وتحطيمها على العموم، والذي رواه الإمام مسلم عن أبي الهياج الأسدي، أن علياً رضي الله عنه قال له: {أبعثك على

(1) يوسف القرضاوي، قضايا إسلامية معاصرة، مرجع سابق، ص 805-806.

(2) سورة الصافات، الآية 95 – 96؛ حري بالذكر هنا أن سيدنا إبراهيم لم يُحطم الأصنام كلها بل استبقى كبيرهم لمصلحة قُدرها، وهو استخدامه في مجادلهم، يقول تعالى: ﴿قَالَ لَنْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَاسْأَلُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْطِقُونَ﴾، وفي ذلك دلالة على جواز ترك حتى الأصنام إذا اقتضت المصلحة العامة للدعوة لذلك.

(3) سورة طه، الآية 91، يقول الدكتور يوسف القرضاوي في شأن الاستدلال بشرع من قبلنا: (فمن المعلوم أن فعل الأنبياء يدل على الجواز وليس الوجوب) ويرجع أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نسخ له في شرعنا، انظر: يوسف القرضاوي، قضايا إسلامية معاصرة، مرجع سابق، ص 808 – 809.

(4) المرجع السابق، ص 809.

ما بعثني عليه رسول الله ﷺ: {لا تدع تمثالاً إلا طمسته، ولا قبراً مشرفاً إلا سويته}، فإن أمر سيدنا على رضي الله عنه إنما أمر ب (طمس التماثيل)، أي تشويه معالمها، ولم يأمر بهدمها<sup>(1)</sup>. وقد استند أصحاب الرأي الثاني إلى أن الله تعالى أخبرنا أن الجن كانوا يعملون تماثيل لسليمان عليه السلام، وقد ذكر الله ذلك في معرض الامتنان على آل داود: ﴿يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبَ وَتَمَاثِيلَ وَجِفَانٍ كَالْجَوَابِ وَقُدُورٍ رَاسِيَاتٍ اعْمَلُوا آلَ دَاوُودَ شُكْرًا وَقَلِيلٌ مِنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ﴾<sup>(2)</sup>، ولا يتصور أن يذكر الله تعالى عمل شيء يجب هدمه وتدميره في معرض الامتنان على آل داود عليهم السلام<sup>(3)</sup>.

### الترجيح:

يجب علينا أن نفرق بين نوعين من التماثيل ورد ذكرهما في القرآن الكريم:

الأول: تماثيل تُعبد من دون الله، وهذه تُسَمَّى تماثيل وتُسَمَّى أصناماً وتُسَمَّى أنصَاباً.

قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا إِبْرَاهِيمَ رُشْدَهُ مِنْ قَبْلُ وَكُنَّا بِهِ عَالِمِينَ \* إِذْ قَالَ لِأَبِيهِ وَقَوْمِهِ مَا هَذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ \* قَالُوا وَجَدْنَا آبَاءَنَا لَهَا عَابِدِينَ... وَتَاللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُمْ بَعْدَ أَنْ تُوَلُّوا مُدْبِرِينَ \* فَجَعَلْنَاهُمْ جُذَاذَا إِلَّا كَبِيرًا لَهُمْ لَعَلَّهُمْ إِلَيْهِ يَرْجِعُونَ﴾<sup>(4)</sup>.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾<sup>(5)</sup>، والأنصاب هي الأصنام المعبودة التي تنصب لتقدم لها الذبائح.

ومن البديهي أن نقول: أن مثل هذه التماثيل- التي تُعبد من دون الله - يحرم على المسلم صنعها أو بيعها أو تقديم الذبائح لها، فضلاً عن أن عبادتها هي الشرك الواضح.

الثاني: تماثيل لا تُعبد من دون الله، وهي بالتالي ليست أصناماً ولا أنصَاباً.

مثل هذه التماثيل كان معروفاً منذ القدم، ولا يزال موجوداً عند أكثر شعوب العالم. وقد ذكر الله تعالى في القرآن الكريم أن الجن كانوا يصنعون مثل هذه التماثيل لسليمان عليه السلام.

(1) المرجع السابق، ص 809.

(2) سورة سبأ، الآية 13.

(3) يوسف القرضاوي، قضايا إسلامية معاصرة، مرجع سابق، ص 807.

(4) سورة الأنبياء من الآية 52 إلى الآية 58.

(5) سورة المائدة، الآية 90.

قال تعالى: ﴿يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَتَمَائِيلٍ وَجِفَانٍ كَالْجَوَابِ وَقُدُورٍ رَاسِيَاتٍ اعْمَلُوا آلَ دَاوُودَ شُكْرًا وَقَلِيلٌ مِنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ﴾<sup>(1)</sup>، وهذا يعني أنّ التماثيل كانت مباحة في شريعة سليمان عليه السلام كما يقول المفسرون وقد ذكر الله تعالى في سورة الصافات على لسان إبراهيم عليه السلام قوله لقومه: ﴿قَالَ أَعْبُدُونِ مَا تَنْجِتُونَ \* وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾<sup>(2)</sup>. فاستنكار إبراهيم لم يوجه إلى فنّ النحت، وإنما كان موجهاً ضد عبادة ما يُنحت، مما يعني إباحة نحت التماثيل إذا لم تكن للعبادة<sup>(3)</sup>.

وعليه، فإننا نرى الرأي الثاني هو الرأي الراجح، وذلك لقوة الحجج التي ساقوها، كما أن الرأي القائل بوجود تدمير التماثيل وهدمها على العموم لم يصح استدلالهم، لأنهم قد ساقوا الأدلة في غير موضعها، كما أنهم حملوا الدليل على غير ما يحتمل، وعلاوة على الأدلة التي ساقها أصحاب الرأي الذي يرى عدم جواز تدمير التماثيل التي صنعها الأقدمون شريطة ألا تُستعمل للعبادة والتقديس، فإننا نزيد عليها فنقول:

1- أن القاعدة التي يعول عليها في الحكم على التماثيل هي ألا تكون رمزاً للتقديس أو العبادة من دون الله تعالى، ولا يأتي من ورائها فتنة دينية يُخاف شرها على عقيدة الأمة، وما ساقه أصحاب الرأي الأول كله يدور في هذا الفلك وهو ما لا خلاف عليه، ولكن لا يجوز التعميم على كافة التماثيل، فأغلبها صار من بقايا الأمم والحضارات، وأصبحت تراثاً تاريخياً، ومادة حية من مواد التاريخ، ولا يُخشى من استخدامها للعبادة والتقديس.

2- أن الصنم هو ما يعبده الناس بالفعل، أو ما أُعد ليُعبد، فهل هذا الوصف ينطبق اليوم على التماثيل جميعها؟! وهل بقي في عالم اليوم من يتخذ صنماً يعبده من دون الله؟! إن الناس اليوم ينظرون إلى التماثيل على أنها تحف فنية، وأثار تعبر عن فترة من التاريخ لأمم هلكت، ولا يخطر ببالهم تقديسها أو عبادتها.

3- أنه حتى في حالات وُجدت فيها أصنام استعملها بعض الناس للعبادة والتقديس، لم يكن التدمير الكامل والهدم التام هو ما صنعه المسلمون بها، بل شوهوا بعض معالمها فقط، لتخرج من دائرة التقديس والعبادة، وليس أدل على ذلك من صنم دوس وكان يسمى بـ (ذي الخلصة)، حيث بعث النبي

(1) سورة سبأ، الآية 13.

(2) سورة الصافات، الآية 95-96.

(3) وقد استدلّ بالآيتين من يرى أنّ (صنع التماثيل مباح إذا لم تكن للعبادة). ورد في الموسوعة الفقهية- الصادرة عن وزارة الأوقاف في الكويت- في مادة تصوير أنّ: (الألوسي نقل هذا القول في تفسيره للآية 13 من سورة سبأ. وذكر أنّ النخاس ومكي بن أبي طالب وابن الفرس نقلوه عن قوم، ولكنه لم يذكر أسماء هؤلاء القوم). كما ذكرت مجلة الوعي الإسلامي (العدد 29 الصادر عام 1387 هـ ص 57-58) هذا القول في مقال للسيد محمد رجب البيبي ونسبته للشيخ عبد العزيز جاويش، المذكور في الشيخ فيصل مولوي، دراسة أصولية حول التماثيل في الإسلام، مرجع سابق.

ﷺ من يقضي عليه، وكان بيتًا يسمونه (الكعبة اليمانية)، فعاد الصحابي المكلف بالإزالة، وقال تركته يا رسول الله كالجمل الأجر، وهذا يعني أنه لم يهدمه تمامًا، بل اكتفى بطمسه وتشويهه، وهذا حدث مع بعض التماثيل التي وُجدت في كثير من البلاد التي فتحها المسلمون، وكان يعبدها الناس من دون الله.

4- أن المسلمين الأوائل من جيل الصحابة الكرام في بداية الفتوحات الإسلامية، في عهد الخلفاء الراشدين، قد فتحوا كثيرًا من البلدان التي وُجدت بها كثير من المعابد التي احتوت كميات هائلة من التماثيل والصور، كالعراق التي كانت بها الآثار البابلية والآشورية وغيرها، وكذلك مصر التي وُجدت بها الآثار الفرعونية، وغير ذلك من البلدان التي فتحت في تلك الفترة، ولم يثبت عن هؤلاء المسلمين الفاتحين أنهم دمروا أيًا من هذه التماثيل والآثار، وكان في هذه الجيوش الصحابة الأوائل الذين عاصروا النبي ﷺ من أمثال الزبير بن العوام وعبادة بن الصامت وخالد بن الوليد وعمرو بن العاص، وكانت هذه الجيوش تُوجه من قبل الخلفاء الراشدين وهم أعلم الناس بشرع الله وهم من صحابة القرن الأول الذين هم خير الأمة، وكانوا يمثلون أعظم قوة عسكرية في العالم يومئذٍ، فلو وجب هدم هذه التماثيل، وكان ذلك هو حكمها الشرعي، لكان هؤلاء الصحابة أول من يطبق ذلك الحكم، ولكن وسعهم السكوت على هذه الآثار، واتجهوا إلى تحرير البشر أولًا، وإخراجهم من عبادة العباد إلى عبادة رب العباد.

وبناءً على ما تقدم فإن التماثيل التي لا تُعبد من دون الله، ولا تشكل فتنة للأمة في عقيدتها، فهي مشمولة بالحماية، ولا يجوز تدميرها أو هدمها، ما لم تدعو الضرورة العسكرية إلى ذلك.

#### الخاتمة والتوصيات:

بعد أن انتهينا من الإجابة عن إشكالية الدراسة فإنه يجب تنويع الدراسة بخاتمة تُبرز من خلالها أهم النتائج التي تم التوصل إليها في موضوع تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاع المسلح، واقتراح بعض التوصيات.

ومن الاستنتاجات التي تم التوصل إليها:

أولاً: أن المجتمع الدولي قد أدرك مبكراً الخطر الذي يهدد الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، فسن القوانين الوطنية وعقد الاتفاقيات الدولية التي تمنع من تدمير أو نهب الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، والتي تضمنت تحديداً للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية.

ثانياً: أن أهم مناقب اتفاقية لاهاي لعام 1954 هو إدخالها لمفهوم "الممتلكات الثقافية" الجديد في المصطلح القانوني (وليس في مصطلح القانون الدولي فقط) فهذا المصطلح الموحد يوفر ميزة مهمة، مقارنة بالمصطلحات المتعددة التي كانت تستخدم من قبل.

وبالرغم من شمول التعريف الوارد باتفاقية لاهاي 1954 ووضوحه، إلا أنه قد وُوجهت إليه بعض الانتقادات كالأخذ بمعيار "الأهمية الكبرى للتراث الثقافي للشعوب" في تعريف الممتلكات الثقافية، وهو معيار غامض وغير محدد، وكان الأولي الأخذ بمعيار "القيمة التاريخية أو الثقافية" وهو معيار أكثر وضوحاً وتحديداً، كم أن هذا التعريف لم يشمل الممتلكات الثقافية غير الملموسة، ولم يتضمن العناصر الحديثة من الممتلكات الثقافية.

ثالثاً: أن الشريعة الإسلامية قد وضعت نظاماً قانونياً تضمن تحديداً للممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية أثناء النزاع المسلح، بوضع معايير محددة لتعريف تلك الممتلكات، بأن تكون نافعة ومفيدة منفعة معتبرة شرعاً، ولا تُستخدم للعبادة والتقديس، ولا تُستخدم في إشاعة الباطل، ولا تُدعو إلى الفساد الأخلاقي.

أما عن التوصيات والمقترحات:

أولاً: يجب التأكيد على السعي من قبل المجتمع الدولي إلى وضع وثيقة دولية واحدة تشتمل على الأحكام الواردة بالوثائق الدولية المختلفة - بعد معالجة النقد الموجه إليها - والمتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، وحشد الدعم الدولي لها؛ لأن تعدد الوثائق لا يشكل نظاماً فعالاً للحماية، علاوة على عدم تمتع كثير من هذه الوثائق بالقبول العالمي مع أهميتها الشديدة، على أن تستقي هذه الوثيقة الدولية أحكامها من قواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية، وبذلك نضمن وضع وثيقة دولية تخلو من النقائص التي تعيب الوثائق الدولية الموجودة حالياً، مع خلق وعي عالمي واسع بهذه الوثيقة، لنستطيع القول في النهاية أننا توصلنا إلى نظام قانوني دولي متكامل وذو فاعلية لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة يشتمل على تعريف دقيق للممتلكات الثقافية.

ثانياً: وضع تعريف واضح ومحدد للممتلكات الثقافية يشمل جميع عناصر التعريفات التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحماية الممتلكات الثقافية في السلم أو أثناء النزاعات المسلحة، مع الأخذ في الاعتبار التطورات والتكنولوجيا الحديثة والتي احتوت على ممتلكات ثقافية لم تكن موجودة من قبل مثل الفهارس الإلكترونية وغيرها.

#### قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المراجع العربية:

- 1- ابن قدامة المقدسي: المغنى، تحقيق عبد الله ابن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ط3، ج13.
- 2- أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405 هـ، ط1.
- 3- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، شرح وتحقيق: السيد محمد سيد وعبد القادر عبد الخير والاستاذ سيد إبراهيم، دار الحديث، القاهرة، 1999، ج4.
- 4- أبو عبيد القاسم بن سلام، الأموال، دار الشروق، ط1، 1989.
- 5- إحسان الهندي، أحكام الحرب والسلام في دولة الإسلام، دار النمير، دمشق، 1993، ط1.
- 6- أحمد أبو الوفا محمد، النظرية العامة للقانون الدولي الانساني في القانون الدولي والشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، ط1.
- 7- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبدالقادر شيبه أحمد، مطبعة الملك فهد، ط1، 2001.
- 8- الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ، ط2، ج4.
- 9- الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي:
- روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1412 هـ، ط1.
- صحيح مسلم بالشرح النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392 هـ، ط2، ج16.

- 10- الأمم المتحدة - مجموعة المعاهدات - المجلد 1752 الرقم 30597.
- 11- البخاري، ط. دار ابن كثير، بيروت، 1407هـ، ت مصطفى البغا.
- 12- الحافظ أبي بكر محمد بن الحسين البيهقي، سنن البيهقي، دار المعرفة، بيروت.
- 13- الحافظ المنذرى، مختصر سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 14- حسن عبد الغني أبو غدة، قضايا فقهية معاصرة في العلاقات الدولية حال الحرب، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 2009.
- 15- رشاد عارف السيد، المسؤولية الدولية عن أضرار الحرب العربية الإسرائيلية، دار الفرقان، 1984، ط 1، ج 1.
- 16- سعيد سالم جويلي، المدخل لدراسة القانون الدولي الانساني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 17- صحيح مسلم، ط، دار إحياء التراث، بيروت، ت محمد فؤاد عبد الباقي.
- 18- صلاح عبد البديع شلبي، حق الاسترداد - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، وتطبيق مبادئه في العلاقة بين الدول العربية وإسرائيل -، بدون دار نشر، ط 1، 1983.
- 19- عبد الأمير زاهد، المدخل إلى النظرية العامة للقانون الدولي الإسلامي، شركة الغدير للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1999.
- 20- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، بدون دار نشر، 1397 هـ، ط1.
- 21- القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، كتاب الخراج، دار المعرفة، بيروت، 1979.
- 22- محمد ابن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ، ط2، ج10.
- 23- محمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر بيروت، ج 6، .
- 24- محمد بن سيد الناس اليعمري، عيون الأثر في فنون المغازى والشمائل والسير، ت. محمد العيد الخطراوي، دار ابن كثير، بدون تاريخ، ج 2.
- 25- محمد بن عيسى الترمذي، السنن، تحقيق محمد شاكر وأخوين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة، ج 5.
- 26- محمد سامح عمرو، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح، المركز الاصيل للطبع والنشر والتوزيع، ط 1، 2002.

27- وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، دار الفكر، دمشق، 1998.

28- يوسف القرضاوي، قضايا إسلامية معاصرة، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006.

29- يوسف محمد رضا، قاموس Alkibir، مكتبة لبنان.

#### ثالثاً: رسائل الماجستير والدكتوراه:

1- زكريا حسين عزمي، من نظرية الحرب الى نظرية النزاع المسلح، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1978، ص 40.

#### رابعاً: المجلات والمقالات باللغة العربية:

1- أنيس أحمد، الإسلام والتراث الثقافي، بحث مقدم إلى مؤتمر الدوحة للعلماء حول الإسلام والتراث الثقافي ديسمبر 2001.

2- آية الله محسن الأراكي، التراث الثقافي في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر الدوحة للعلماء حول الإسلام والتراث الثقافي ديسمبر 2001.

3- داود درويش حلس، حقوق الإنسان الثقافية بين الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية الواقع والمأمول، بحث مقدم إلى مؤتمر "الإسلام والتحديات المعاصرة"، 2007، ص 8.

4- رشاد عارف السيد، دراسة لاتفاقية لاهاي 1954 المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 40، 1984.

5- فيصل مولوي، دراسة أصولية حول التماثيل في الإسلام، متوافرة على موقعه في: <http://www.mawlawi.net>

#### خامساً: الاتفاقيات الدولية:

1- تقنين لايبير لعام 1863.

2- نصريح بروكسيل لعام 1864.

3- دليل أكسفورد لعام 1880.

4- اتفاقيات لاهاي لعامي 1899، 1907.

5- اتفاقية ولشنتن لعام 1935.

6- اتفاقيات جنيف لعام 1949.

7- اتفاقية لاهاي لعام والبروتوكول الأول والملحق بها لعام 1954.

8- البروتوكول الإضافي لاتفاقيات جنيف 1949 لعام 1977.

9- البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية لاهاي 1954 لعام 1999.

سادساً: المراجع الأجنبية:

- 1- UN, document, S/25704, 3 May 1993.
- 2- A / CN.4 / L.602/Rev.1,26 July 2001UN. Doc.
- 3- Longman dictionary of contemporary English.
- 4- P. I. Bhat, " Protection of Cultural Property under International Humanitarian Law: Some Emerging Trends " , University of Mysore, Manasagangotri, 2004.
- 5- P. Ishwara, "Protection Of Cultural Property Under International humanitarian Law: Some Emerging Trends", paper presented at the Seminar on International Humanitarian Law, University of Mysore, June 2000.
- 6- P. J. Boylan, "Review of the Convention for the Protection of Cultural Property", UNESCO ,1993 , CLT-9J /Wh /12, (note11), p.147;
- 7- P. J. Boylan, "The Concept of Cultural Protection in Times of Armed Conflict: from the Crusades to the New Millennium, London: Routledge.
- 8- Pierre Ducrey, Le traitement des prisonniers de guerre dans la Grèce antique, Des origines à la conquête romaine, Éditions E. de Boccard, Paris, 1968.
- 9- T. Desch , " Problems in the Implementation of the Convention from the Perspective of International Law" in" Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict – a Challenge in Peace Support Operations", Vienna , 2002 .
- 10-Y.Sadoz , and others (eds.), " Commentary on additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949", 1987, para. 4844.

سادساً: المجلات والمقالات باللغات الأجنبية:

- 1- Hirad. Abtahi, "The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", H.H.R.J.(Harvard Human Rights Journal) , vol.14, Spring 2001.

- 2- J. Merryman, "Two Ways of Thinking about Cultural Property", A.J.I.L.(American Journal of International Law), vol. 80 , 1986.
- 3- J.Blake,«On defining the cultural heritage », International & Comparative Law Quarterly, Vol. 49, 2000.
- 4- Manlio , F., Cultural property v. cultural heritage: A "battle of concepts" in international law?, I.R.R.C(International Review of the Red Cross), June, 2004, Vol. 86, No. 854.
- 5- R. O'Keefe, « The meaning of 'cultural property' under the 1954 Hague Convention », N.I.L.R(Netherlands International Law Review) , Vol. 46, 1999.
- 6- T. Lambert, " Recalling the War Crimes Trails of World War II", M.L.R, vol, 149, 1995.
- 7- V. Prott et J. O'Keefe, « 'Cultural heritage' or 'cultural property'? », I.J.C.P,(International Journal of Cultural Property) Vol. 1, 1992.
- 8- Vittorio, Mainetti, "De nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954, I.R.R.C . June, 2004, Vol. 86 , No 854.

## دور الكفالة في إسناد الجنسية في القانون المغربي

### The role of the Kafala in the attribution of nationality in Moroccan law

ط/د. مصطفى سدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي،

جامعة محمد الخامس - الرباط

SADNI Mustapha, F.S.J.E.S Souissi, Université Mohamed V - Rabat

#### Abstract

The institution of Kafala is among alternative social institutions of the natural family. Its goal is the care of neglected children especially the save of identity.

From this premise, the right of children to acquire nationality is among the essential rights guaranteed for them under national laws and international charters.

That's why the Moroccan, legislator has devoted this right in the Moroccan nationality by the endorse of legal guaranties to protect this right among them the acquirement of Moroccan nationality through Kafala.

This contribution tries to thigh light the role of the institution Kafala in the attribution of Moroccan nationality in Moroccan law, the through the analysis of its legal framework and showing its important specialities and its intersection with other laws such as the care of the neglected children, the law of civil status and the family code.

**Key words:** nationality, Kafala, adoption, neglected child, foreigner

## الملخص

عرف قانون الجنسية المغربية لسنة 2006 تعديلات جوهرية استهدفت بالأساس تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في إسناد الجنسية من الأصول إلى الفروع، وكذا توسيع حالات اكتساب الجنسية المغربية من خلال إضافة مصدر جديد من مصادر اكتساب الجنسية وهو الكفالة. وتعد مؤسسة الكفالة من المؤسسات الاجتماعية البديلة للأسرة الطبيعية، غايتها رعاية الأطفال المهملين وخاصة على مستوى حفظ حق الهوية. ومن هذا المنطلق، يعتبر حق الطفل في اكتساب الجنسية من بين الحقوق الأساسية المضمونة للطفل بمقتضى القوانين الوطني والمواثيق الدولية، الأمر الذي جعل المشرع المغربي يكرس هذا الحق في قانون الجنسية المغربية من خلال إقراره لمجموعة من الضمانات القانونية لحماية هذا الحق، وفي مقدمتها إمكانية اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

وعليه، فهذه المساهمة تهدف إلى تسليط الضوء على موضوع دور مؤسسة الكفالة في إسناد الجنسية على ضوء القانون المغربي، من خلال تفكيك الإطار القانوني المؤطر لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة وإبراز أهم خصوصياته وتقاطعاته مع القوانين الأخرى كقانون كفالة الأطفال المهملين، وقانون الحالة المدنية ومدونة الأسرة. وسعياً إلى ربط هذه المساهمة بالجانب العملي، فقد تم توظيف العمل القضائي في هذه الدراسة قصد تحديد موقف القضاء من العديد الإشكاليات التي تطرحها مسطرة إسناد الجنسية عن طريق الكفالة، مع الاستئناس بالتشريع والفقهاء المقارنين في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: الجنسية، الكفالة، التبني، الطفل المهمل، الأجنبي.

## مقدمة

إذا كان الأصل أن ينشأ الأطفال في أسرهم الأصلية، التي توفر لهم الرعاية الاجتماعية والتربية على السلوك القويم وتضمن لهم التنشئة السليمة والنمو النفسي والوجداني والعاطفي، فقد تجد شريحة كبيرة من الأطفال أنفسهم محرومين من حنان أسرهم، كما هو الشأن بالنسبة للأطفال المهملين. وهكذا أصبحت ظاهرة الأطفال المتخلى عنهم من الظواهر التي تثير قلق المجتمع المغربي، خصوصاً أمام تنامي وازدياد أعداد الأطفال في وضعية صعبة نتيجة مجموعة من الأسباب والظروف والوقائع.

وبالرغم من المجهود المبذول من طرف مجموعة من المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بالمصلحة العامة، إلا أنها لا تقوم مقام أسرة الطفل، ولا تؤدي دورها في التنشئة الاجتماعية والتربية الأسرية، خاصة أمام ما تعانيه هذه المؤسسات من نقص في الإمكانيات المادية والبشرية والتدبيرية. وهذا تكون للأسرة، الحاضنة الطبيعية للطفل، دور رئيس في حماية حق

الطفل في الرعاية، كما يعتبر الطفل النواة الصلبة واللبنة الأساسية في تكوين الأسرة التي تجسد كينونة المجتمع، ومن تم فإن الاهتمام به والعناية بحقوقه أصبح يشكل هاجس كل المجتمعات، إلى درجة أصبح معها تقدم الأمم والشعوب يقاس بمدى الاهتمام والرعاية الذي توليه لأطفالها<sup>1</sup>.

وعلى مستوى العمل القضائي المغربي، نورد ما جاء في تصدير الأمر الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش في شأن إسناد كفالة قاصر مهمل متخلى عنه: "من مصلحة المكفول أن يتواجد في وسط أسري، ومادام أن الكافلين تتوفر فيهما الشروط اللازمة لتحقيق ذلك، فإن الاستجابة لطلبهما جاء طبقاً للقانون"<sup>2</sup>. كما جاء في تصدير الأمر الصادر عن ابتدائية أكادير: "من مصلحة المكفول أن يعيش في وسط أسري يوفر له العطف والحنان حتى ينمو نموا سليما، ولهذا فإن إسناد كفالة الطفلة للكافلة كان مطابقاً للقانون"<sup>3</sup>. أما ابتدائية إنزكان فقد صرحت في تصدير أمر صادر عنها: "من مصلحة المكفول أن يعيش في أسرة تتكفل به وترعاه"<sup>4</sup>.

وفي واقع الأمر، لا تنحصر الرعاية الاجتماعية للطفل المهمل في الحق في أسرة حاضنة فقط، بل تتعداها لتشمل الحق في الصحة والتعليم، وكذا الحق في الهوية. هذا الأخير يُعد الإطار القانوني الذي يبني عليه الاستفادة من باقي الحقوق الأخرى، لصلة هذا الحق في صيانة شخصية الطفل وحفظ كرامته. ومن هذا المنطلق، أصبح الحق في الهوية يكتسي طابعاً شمولياً وبعداً دولياً من خلال سن مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي توفر الحماية القانونية لهوية الطفل، وتلزم الدول بالعمل على احترامها وتكريسها في التشريعات الداخلية.

ويعتبر الحق في الهوية من الحقوق المعنوية للصيقة بشخصية الطفل وكينونته، وفي مقدمتها الحق في النسب والحق في الجنسية. وإذا كان الحق في النسب يعني حق الطفل في الانتساب إلى والديه سواء كان هذا الطفل شرعياً (رابطة النسب) أو غير شرعي (رابطة البنوة) وما يستتبع ذلك من حقه في التسجيل في سجلات الحالة المدنية، فإن الحق في الجنسية يعني حق الطفل في اكتساب جنسية دولة ما، إما عن طريق الدم أي عن طريق الرابطة الأبوية (النسب) أو عن طريق رابطة الأمومة (البنوة)، وإما عن طريق الإقليم أي اكتساب جنسية الدولة التي ولد فيها، وإما عن طريق حق الدم المقترن بحق الإقليم (الرابطة المزدوجة).

ووعياً من المشرع المغربي بما يعانيه الأطفال المهملين من قصور في الحماية والرعاية إسوة بالأطفال غير المحرومين من الدفء الأسري، بادرت المملكة المغربية باتخاذ مجموعة من الإجراءات ذات الطبيعة القانونية من خلال: دستور المملكة لسنة 2011 وخاصة الفصل 32 منه الذي ينص على: "تسعى الدولة لتوفير الحماية

<sup>1</sup> - فاتحة الغلاي، حق الطفل في الهوية بين الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني، مجلة الفقه والقانون، العدد 47، شتنبر 2016، ص 70.

<sup>2</sup> - أمر مدني صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش (المملكة المغربية) - قسم قضاء الأسرة- ملف عدد 2010/55، أمر غير مؤرخ وغير منشور.

<sup>3</sup> - أمر مدني صادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير (المملكة المغربية) - قسم قضاء الأسرة- عدد 63، ملف عدد 2011/72، صادر بتاريخ 03 ماي 2012، أمر غير منشور.

<sup>4</sup> - أمر مدني صادر عن المحكمة الابتدائية بإنزكان (المملكة المغربية) - قسم قضاء الأسرة- عدد 25، ملف عدد 2005/19، أمر غير مؤرخ وغير منشور.

القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية"، المصادقة على مجموعة من الاتفاقيات الدولية، وفي مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تنص المادة 15 منه على: "لكل فرد حق التمتع بجنسية ما"، الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي تنص في المادة السابعة منها على: "يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية".

وعلى مستوى التشريع الداخلي، قام المشرع بإصدار أو إصلاح مجموعة من القوانين ذات الصلة بالأطفال وفي مقدمتها، إصلاح قانون الجنسية (القانون رقم 62-06) وخاصة الفصل السادس والسابع والتاسع منه، إصلاح مدونة الأسرة (القانون رقم 70-03) وخاصة القسم المتعلق بالبنوة والنسب، تعديل قانون الحالة المدنية (القانون رقم 99-37) وخاصة المواد المتعلقة برسم الولادة، إصدار قانون يتعلق بالأطفال المهملين (القانون رقم 15-01) وخاصة المادة التاسعة منه المتعلقة بالأشخاص والهيئات التي تسند إليها كفالة الأطفال بغض النظر عن جنسيتهم.

وهكذا يُعد المغرب من البلدان التي تقبل إسناد الكفالة الدولية، أي عندما يكون الكافل مغرباً مقيماً بالخارج أو شخصاً أجنبياً، فقانون كفالة الأطفال المهملين لا يشترط حيازة الجنسية المغربية لدى الكافل لإسناد كفالة طفل مهمل، واكتفى بشرط الديانة الإسلامية، لكن شريطة استيفاء بعض الشروط المنصوص عليها في القانون المذكور. وفي هذه الحالة، يفترض لأجل ضمان استمرار الوضعية القانونية لمؤسسة الكفالة العابرة للحدود، أن ينتقل المكفول المغربي مع كافله المغربي أو الأجنبي إلى خارج التراب الوطني حيث محل إقامة الكافل<sup>1</sup>.

وعلى مستوى قانون الجنسية، أضاف المشرع المغربي مصدراً جديداً لاكتساب الجنسية المغربية ويتعلق الأمر بإسناد الجنسية عن طريق الكفالة، حيث يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد بالخارج أن يقدم تصريحاً لمنح المكفول الجنسية المغربية. ويبدو أن الدافع من تقرير إمكانية نقل الصفة المغربية من الكافل المغربي إلى المكفول الأجنبي تكمن في توفير حماية شريحة مهمة من الأطفال في وضعية صعبة من قبيل، اللقطاء، مجهولي الأبوين سواء كانت جهالة قانونية أو طبيعية أو هما معاً، الأطفال الذين ولدوا خارج التراب الوطني وتم كفالتهم قصد تنشئتهم ورعايتهم والالتزام بتربيتهم وحمايتهم.

فإذا ثبتت أهمية مقارنة موضوع إسناد الجنسية المغربية عن طريق الكفالة في التشريع المغربي على العملي، فإن أهمية الموضوع على المستوى النظري لا تخلو من أهمية وذلك من خلال:

✓ الخصوصية التي يتميز بها هذا الموضوع على مستوى قانون الجنسية، وخاصة ما تعلق منها باكتساب الجنسية عن طريق الكفالة؛

<sup>1</sup> - مليكة العرامي، كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 07 لسنة 2014، ص 166.

✓ مقارنة الموضوع يمكن من تحديد المركز القانوني لكل من الكافل المغربي والمكفول الأجنبي في تشريع الجنسية المغربي؛

✓ دراسة الموضوع يتيح تقييم مدى ملاءمة المشرع المغربي للقوانين الداخلية مع الاتفاقيات الدولية وخاصة تلك المتعلقة بحقوق الطفل والجنسية.

فالذي يقتضيه تناول موضوع دور مؤسسة الكفالة في إسناد الجنسية المغربية، هو أن هناك نص تشريعي يسمح بنقل الجنسية المغربية من الكافل المغربي إلى المكفول الأجنبي، وهو الذي يؤثر مقتضياته وإجراءاته، ويكشف ما وراء المتن القانوني من مشاكل عديدة لعل أبرزها تتمثل تحديد أهم خصوصيات النظام القانوني المرتبطة بإسناد الجنسية المغربية بناء على رابطة الكفالة؟ يتعلق الأمر بالضبط بتحديد دور مؤسسة الكفالة في نقل الجنسية المغربية من الكافل المغربي إلى مكفوله الأجنبي. ولهذا تثار تساؤلات انطلاقاً من هذه الإشكالية حول ما يلي:

- ما هو مفهوم مؤسسة الكفالة؟ وماهي أوجه التشابه والاختلاف مع مؤسسة التبني؟
  - ما هو موقف الشرع الإسلامي والتشريع المغربي من مؤسستي الكفالة والتبني؟
  - ما هي الشروط الشكلية والجوهرية اللازمة لممارسة الكافل المغربي حقه في نقل جنسيته إلى مكفوله الأجنبي؟
  - ماهي الشروط الشكلية والجوهرية اللازمة لممارسة المكفول الأجنبي حقه في اكتسابه للجنسية المغربية؟
  - ما هو موقف الفقه والقضاء المغربيين في مدى اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة؟
- من أجل مقارنة هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها، تم صياغة فرضية للبحث تُعد منطلقاً للإجابة عن مختلف الالتباسات التي يثيرها هذا الموضوع. وعليه، نفترض أن مجموعة من الاعتبارات الدينية والاجتماعية والاتفاقية دفعت المشرع المغربي إلى تعديل قانون الجنسية في اتجاه توسيع حالات اكتساب الصفة المغربية لتشمل حالة الإسناد عن طريق الكفالة، ووضع إطار قانوني ينظم مختلف الشروط الشكلية والجوهرية الخاصة بمسطرة نقل الجنسية من الكافل المغربي إلى مكفوله الأجنبي.

ومن أجل فحص مدى صلاحية فرضية البحث والإحاطة بتركيز بأهم الصعوبات التي تثيرها هذه الدراسة، تم اعتماد منهجاً تحليلياً مقارناً. فمن خلال التحليلي، تم تفكيك النظام القانوني المؤطر لمسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، إلى أجزاء وعناصر قصد تبسيطه وتحديد أهم خصوصياته. وهكذا سنحاول الانطلاق من قانون كفالة الأطفال المهملين لسنة 1993 كما تم تعديله وتتميمه سنة 2002، وقانون الجنسية المغربي لسنة 1958 كما تم تعديله وتتميمه سنة 2006، في محاولة للربط بينهما للخروج بإجابات واضحة عن الإشكالية المطروحة، مع التعرّيج على بعض القوانين ذات الصلة بالموضوع، خصوصاً مدونة الأسرة لسنة 2004 وقانون الحالة المدنية لسنة 2002 في حدود الارتباط بينهما في الموضوع، مع الاستئناس ببعض

الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المرتبطة بحقوق الطفل، دون إغفال العمل القضائية والاجتهاد الفقهي على المستوى الوطني والمقارن.

كل ذلك سيتم بناء على خطة منهجية تقوم على تفكيك عناصر الموضوع إلى مبحثين، نستعرض في أولها أهم خصوصيات النظام القانوني لمؤسسة الكفالة في التشريع المغربي، في حين نخصص ثانيهما لإسناد الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

### المبحث الأول: خصوصيات النظام القانوني لمؤسسة الكفالة في التشريع المغربي

أصبحت ظاهرة الأطفال في وضعية صعبة من الظواهر التي تثير قلق المجتمع المغربي خصوصا أمام تنامي ضحاياها من الأطفال، وهو ما دفع المشرع المغربي من إصدار مجموعة من القوانين التي ترمي إلى حماية الطفولة والارتقاء بوضعيتها القانونية، وفي مقدمتها قانون كفالة الأطفال المهملين الذي يُعتبر الإطار القانوني الناظم لمختلف الإجراءات القانونية المسطرية والموضوعية المتعلقة بمؤسسة الكفالة (المطلب الأول).

وسعيا لتوفير أكبر قدر من الحماية القانونية، قام المشرع المغربي بتأهيل مؤسسة القضاء، ممثلة في المحاكم الابتدائية، للنظر في مختلف المنازعات الناشئة عن مباشرة مسطرة إسناد الكفالة وتتبعها، وهو ما يستوجب التطرق لحدود تدخل هذه المؤسسة في هذا الإسناد وتحديد الآثار القانونية الناتجة عنها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الإطار الفقهي والقانوني لمؤسسة الكفالة في التشريع المغربي

من البديهي جدا أن يضع المشرع ضوابط في منح الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين كفالة الأطفال المهملين، لأن الغاية التي ابتغاهما من تنظيمه لهذا النوع من الكفالة هو حماية تلك الطبقة الضعيفة من الأطفال ماديا ومعنويا. ولذلك، وقبل أن يسرد المشرع المغربي خصوصيات النظام القانوني المنظم لمؤسسة الكفالة، قام بتحديد مفهوم الطفل المهمل في المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين (الفقرة الأولى)، ثم التطرق بعد ذلك إلى مفهوم الكفالة في المادة الثانية من نفس القانون (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: مفهوم الطفل المهمل

حظيت مسألة رعاية الأطفال في وضعية صعبة باهتمام كبير ودائم على الصعيد الدولي منذ 1924، تاريخ إصدار أول تصريح يتعلق بحماية الأطفال حتى تاريخ إصدار الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، والتي صادق عليها المغرب<sup>1</sup> بتاريخ 21 يونيو 1993. هذه الاتفاقية التي تنص في مادتها العشرين على أن:

<sup>1</sup> - ظهير شريف رقم 1.93.363 صادر بتاريخ 21 نونبر 1996 بنشر الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نونبر 1989، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4440، بتاريخ 19 دجنبر 1996، ص 2847.

"1- للطفل المحروم بصفة مؤقتة أو دائمة من بيئته العائلية أو الذي لا يسمح له، حفاظا على مصالحه الفضلى، بالبقاء في تلك البيئة، الحق في حماية ومساعدة خاصتين توفرهما الدولة.

2- تضمن الدولة الأطراف، وفقا لقوانينها الوطنية، رعاية بديلة لمثل هذا الطفل.

3- يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانه، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الاثنية والدينية والثقافية واللغوية".

أما على مستوى التشريع المغربي، فالقانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين<sup>1</sup> يُعرف الطفل المهمل في المادة الأولى منه على أنه: "يعتبر مهملا الطفل من كلا الجنسية الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات التالية:

- إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنها بمحض إرادتها؛
- إذا كان يتيما أو عجز أبواه عن رعايته وليست له وسائل مشروعة للعيش؛
- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن، كما في حلة سقوط الولاية الشرعية، أو كان أحد أبويه الذي يتولى رعايته بعد فقد الآخر أو عجزه عن رعايته منحرفا ولا يقوم بواجبه المذكور إزاءه".

وباستقراء مقتضيات هذه المادة، يلاحظ أن المشرع المغربي ساير مضمون المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1996 عندما حدد سن الطفولة ببلوغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة. بالإضافة إلى ذلك، حدد مختلف الحالات التي يمكن للطفل أن يكون فيها مهملا وهي:

الحالة الأولى: إذا ولد من أبوين مجهولين معا، أو ولد من أب مجهول وأم معروفة لكنها تخلت عنه بمحض إرادتها. هذه الحالة تضم الوضعية التي يكون فيها الولد مجهول الأبوين. والمقصود بهذه الوضعية كون الولد غير معروف الأبوين، ويدخل ضمنها "اللقيط"، وهو الطفل الضائع المنبوذ الذي لا يُعرف أهله، سواء عُلّم بأنه منبوذ من أهله الذين تعمدوا تركه ولكنهم غير معروفين، أم عُلّم أنه قد ضاع عن أهله أو سُرق منهم ثم نُبذ، أم عُلّم بأن أهله قد هلكوا بسبب كوارث طبيعية أو حروب من غير أن يكونوا معروفين<sup>2</sup>. كما يدخل ضمن هذه الوضعية الولد المولود من امرأة غير متزوجة تخلت عنه فور وضعه دون بيان هويتها قصد التخلص من وليدها نهائيا.

<sup>1</sup> - القانون رقم 15-01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172، بتاريخ 13 يونيو 2002، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 غشت 2002، ص 2362.

<sup>2</sup> - محمد أكديد، كفالة الأطفال في التشريع المغربي، مجلة محكمة، العدد الثاني، 2003، ص 137.

كما تضم هذه الحالة الوضعية التي يكون فيها الطفل مجهول الأب ومعلوم الأم تخلت عنه بمحض إرادتها. فعبرة "مجهول الأب" تحتتم أمرين: الأول أن له أب شرعي وهو الأصل المفترض، ولكنه غير معروف، والثاني ليس له أب شرعي لكن لا يفترض أن أباه المجهول غير شرعي ما لم يثبت ما يخالف ذلك. وعلى العموم، فوضعية الطفل مجهول الأب تتحقق غالبا عمليا فيما إذا كانت الأم معلومة ولا تتوفر على ما يثبت أنها متزوجة لينسب الولد لصاحب الفراش الذي هو الزوج، أو كون الولد ناتج عن الشبهة، أو ناتج عن علاقة جنسية غير مشروعة، وهو ما يسمى بولد السفاح. إلا أنه لا ينبغي أن يفهم أن المولود من أم معلومة وأب مجهول هو ولد سفاح، لأنه قد يولد من زواج مكتوم أو زواج غير موثق.

الحالة الثانية: كون الولد يتيما أو عجز أبواه عن رعايته. هذه الحالة تضم الوضعية التي يكون فيها الطفل يتيما، ومعنى اليتيم<sup>1</sup> هو فقد الأب. أي أن للطفل أبائهم فقد بسبب ما، ويتحقق ذلك إما بوفاته فعليا أو بافتراض وفاته قانونيا وفي حكم المفقودين. إلا أنه يُستفاد من سياق هذه الوضعية أن المقصود من عبارة "اليتيم" في إطار المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين، الطفل الذي فقد أبويه معا وذلك للاعتبارين التاليين:

- أن الأم تمارس الولاية على أبنائها القاصرين في حالة عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان الأهلية أو بغير ذلك (المادة 238 من مدونة الأسرة)؛
- التعبير بالعطف على عبارة "اليتيم" بجملة "أو عجز أبواه". فاشتراط عجز الأبوين معا لتحقيق وضعية الإهمال يفيد أن المقصود باليتيم هو فقدان الأبوين معا.

كما تضم هذه الحالة الوضعية التي يكون فيها الأبوين عاجزين عن رعاية الطفل. وتتحقق هذه الوضعية في الحالة التي يكون فيها الطفل معلوم الأبوين وموجودان على قيد الحياة لكنهما عاجزين عن رعايته، ولا يتوفر هو في هذه الحالة على إمكانيات مادية مشروعة للعيش.

الحالة الثالثة: كون أبوي الولد منحرفين أو أحدهما بعد فقد الآخر أو عجزه. فهذه الحالة تستدعي توافر شرطين: الأول انحراف الأبوين، وهذا العنصر يفترض وجودهما معا على قيد الحياة. فإذا انحرف أحدهما دون الآخر وكان هذا الأخير يقوم بما يتوجب عليه من رعاية وتربية للطفل فلا يتحقق هذا الشرط. والمقصود هنا بالعجز عن الرعاية هو تعذر القيام بالرعاية الاجتماعية والتنشئة الأخلاقية والتربوية، وليس هو مجرد من عجز مادي وعدم القدرة على الإنفاق. أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم قيام الأبوين بواجبهما في الرعاية والتربية، أما إذا كانا قائمين بهذا الواجب إزاء الولد رغم سلوكهما فلا يتحقق شرط ممارسة الكفالة. إذن انحراف الأبوين وحده لا يكفي لنزع ولايتهما على الطفل، بل لابد من توافر عنصر الإخلال بواجب الرعاية والتربية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - اليتيم هو من فقد أباه قبل البلوغ، فإن ماتت الأم فقط فهو عجي، فإن ماتا معا فهو ليطيم.

<sup>2</sup> - محمد أكديد، المرجع السابق، ص 141.

فانحراف الأبوين أو أحدهما في حالة عجز الآخر يثبت بمقتضى حكم، وفي حالة عدم وجوده وعدم تخلي الأبوين عن رعاية الطفل فلا يمكن تصنيف هذا الأخير في خانة الأطفال المهملين حسب المادة الأولى من الظهير، برغم أن الطفل يوجد في حالة صعوبة وفي بعض الحالات خطيرة مهدد في سلامته وصحته وتربيته وتنشئته<sup>1</sup>. وفي هذا الإطار، نورد ما جاء في تصدير قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة، حيث صرحت: "كفالة - طفل مهمل - مفهومه - تسليم طفل غير مهمل - توفر شروط ذلك (نعم). إن مجال تطبيق الفصل الأول من قانون كفالة الأطفال المهملين ينطبق على الأطفال المهملين، والتي يشترط لذلك كون الأبوين منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعاية وتوجيه الطفل، أما في حالة انعدام ما ذكر، وأمام عدم قدرة الأبوين المادية على رعاية ابنهما، فإن تسليم الطفل للتكفل به ينطبق عليه وصف غير مهمل"<sup>2</sup>.

وإذا كان هذا القانون قد استفاد كثيرا من الانتقادات التي وجهت إلى ظهير 10 أكتوبر 1993 المتعلق بالأطفال المهملين، فيما يتعلق بتعريف الطفل المهمل، وحاول بالتالي التوسيع من مجال الحماية إلى أكبر فئة من الأطفال المهملين مركزا بالأساس على الإهمال الناتج عن حالات الطفل مجهول الأبوين أو مجهول الأب، الطفل اليتيم أو الذي عجز أبواه عن رعايته، الطفل ضحية سلوك الأبوين، فإن هناك بالمقابل أنماط أخرى من الإهمال لا تقل خطورتها عن سابقتها، ولكن الظهير لم يتطرق إليها، وتتضمن بالأساس في الأنماط التالية:

- الإهمال الجسدي: مثل سوء التغذية، عدم العناية الصحية، عدم توفير الملابس المناسبة...
- الإهمال النفسي: مثل عدم توفير الدعم النفسي، غياب الحب والحنان، والتشجيع...
- الإهمال الصحي: مثل عدم المعالجة، أو المعالجة الخاطئة، عدم الاهتمام بنظافة الطفل<sup>3</sup>.

أما على مستوى الفقه، فمفهوم الإهمال يشير إلى الحرمان من الرعاية الأسرية التي تتطلبها مرحلة نمو الطفل لإشباع حاجاته الفطرية التي يستعين بها على إنجاح توافقه النفسي والاجتماعي. وعلى مستوى الفقه، فهو الطفل الذي لأي سبب من الأسباب كاعتلال الصحة، موت أو انفصال الأبوين، أو عدم الشرعية، يكون غير قادر على الحياة في أسرته الطبيعية، أو هو الطفل الذي يعيش مع أسرته، ولكنه لا ينال الرعاية الكافية ولا العطف والحنان اللازمين. وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأن الطفل هو كل من يُرفض أو يُهمل من قبل أبويه أو أحدهما، أو من قبل الذين يقومون برعايته، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين، أو هو ذلك الطفل الذي لا يحصل على إشراف وتوجيه أسري مناسب، ولا تتوافر الرعاية التي تتطلبها مرحلة نموه، أو الذي يتعرض لإساءة معاملة في مظاهرها الجسدية والنفسية والاجتماعية.

<sup>1</sup> - نادية امزاوير، معيقات إسناد الكفالة، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 22 لسنة 2015، ص 77.

<sup>2</sup> - قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة (المملكة المغربية) عدد 646، ملف عدد 474-7/2010، الصادر بتاريخ 24 غشت 2010، القرار أورده: حسن إبراهيمي، قضايا الأحوال الشخصية والميراث، الجزء الثاني، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، العدد 62، لسنة 2018، ص 263.

<sup>3</sup> - عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين: دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 01-15، سلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد 06، منشورات مجلة القضاء المدني، لسنة 2015، ص 112.

بعد الانتهاء من تحديد مفهوم الطفل المهمل ومختلف حالاته وكذا تحليل الأسباب التي تؤدي إلى اعتبار الطفل مهملاً، وبالتالي وضعه في كفالة شخص ذاتي أو اعتباري، صار لازماً تحديد مفهوم الكفالة المقررة في قانون كفالة الأطفال المهملين؟

### الفقرة الثانية: مفهوم الكفالة

الكفالة لغة، الضم، وكفله بمعنى ضمه، وتكفل بالشيء ألزم نفسه به<sup>1</sup>. وشرعاً، إنه الطفل المهمل الذي جعل الناس يسارعون ويتسابقون بل ويختصمون ويقتربون من أجل التكفل به، وهذا ما سجله القرآن الكريم حيث قال تعالى: "وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم"<sup>2</sup>، فكانت النتيجة: "وكفّلها زكريا، كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا"<sup>3</sup>. ومعناه حسب تفسير الطبري، ضمها زكريا إليه، وفي قراءة بالتشديد "وكفّلها زكريا"، بتشديد حرف الفاء، ومعناه كفّلها الله زكريا. وفي تفسير ابن كثير، نصب زكريا على المفعولية، أي جعله كافلاً لها. وهذا هو الطفل المهمل الذي دلت أخت سيدنا موسى عليه السلام على البيت الذي يكفله، فقالت: "هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون"<sup>4</sup>.

ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث، فالكفالة غير التبني، وهذا الأخير يعتبر باطلاً ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية. ويُعرف التبني بأنه علاقة أبوية مجازية بين المتبني والمتبني، ويترتب عنها نقل ولاية أب القاصر إلى المتبني، وهو باطل في ظل مدونة الأسرة المغربية بمقتضى المادة 149 منها التي تنص على: يعتبر التبني باطلاً، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية"، وهو حرام كذلك في الإسلام لقوله تعالى: "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا أباؤهم فأخوانكم في الدين ومواليكم"<sup>5</sup>.

وعلى المستوى الاتفاقي، نص البند الثالث من المادة 20 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، على أنه: "يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانه، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو عند الضرورة الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال. وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الاثنية والدينية والثقافية واللغوية".

أما على المستوى القانوني، فالكفالة هي التزام قانوني يشمل الجوانب المادية والمعنوية المتعلقة بالطفل موضوع الكفالة<sup>6</sup>، وسببا من أسباب وجوب النفقة على الغير طبقاً للمادة 187 من مدونة الأسرة التي تنص على: "نفقة

1 - جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثانية، الجزء الثاني عشر، دار صادر، لبنان، 1992، ص 186.

2 - سورة آل عمران، الآية 44.

3 - سورة آل عمران، الآية 37.

4 - سورة القصص، الآية 12.

5 - سورة الأحزاب، الآية 5.

6 - الطاهر كركري، كفالة الأطفال المهملين وإمكانية السفر بهم للإقامة، مجلة القبس، العدد الأول، يونيو 2011، ص 196.

كل إنسان في ماله، إلا ما استثني بمقتضى القانون. أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام". إلا أنه إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من ماله، فيكون ذلك عن طريق هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة لضمان حياة كريمة للمكفول في حالة وفاة كافلة.

أما المشرع المغربي، فقد عرف الكفالة في المادة الثانية من القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بأنها: "الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث". أما المشرع التونسي فقد عرف الكفالة بأنها العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة البر بكفالة طفل قاصر<sup>1</sup>. كما عرفها المشرع الجزائري بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي<sup>2</sup>.

وبهذا يكون المشرع المغربي حدد مفهوم الكفالة بشكل دقيق وواضح من كلا التشريعين التونسي والجزائري، بحيث تنصب على كل شؤون الطفل، سواء ما يتعلق بالجوانب المعنوية المتمثلة في التربية والحماية والرعاية بما يحمله ذلك من معاني الحضانة والصيانة؛ سواء في الجانب الصحي أو الجانب الأخلاقي، وحفظه مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بالعناية بشؤونه في التهذيب والتوجيه والدراسة؛ أو ما يتعلق بالجوانب المادية المتمثلة في النفقة ومشتملاتها، من السكنى والطعام والكسوة والتمريض بالقدر المعروف وما تعتبر من الضروريات في العرف والعادة<sup>3</sup>. وهكذا يمكن القول أن نطاق التكفل بطفل مهمل واسع جدا، بحيث إذا استثنينا حق النسب المفضي إلى الحق في الإرث، وجدناه يضاهي نفس ما يقوم به الأب تجاه ابنه من الواجبات المنصوص عليها في المادة 54 من مدونة الأسرة، وهذا ما رسخه بعض العمل القضائي من خلال تصدير الأمر الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط حيث جاء فيه: "كفالة طفل مهمل لا يترتب عنها الحق لا في النسب ولا في الإرث، لأن الكفالة ليست بالتبني، بل هي التزام برعاية الطفل المهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ابنه دون الحق في المساس في هويته التي تعتبر حقاله فقط"<sup>4</sup>.

وعلى مستوى الفقه، فالكفالة هي بمثابة ولاية عن النفس، إذ هي السهر على العناية بالولد في تهيء غذائه وتنظيف لباسه وفراشه وحفظه مما قد يتعرض له من خطر في جسمه وسلوكه وصحته. فهو ذلك العمل الإنساني المنحصر من جهة في ضمان حياة اجتماعية سليمة للطفل وتقرير كل الضمانات والامتيازات التي تخولها له الشريعة الإسلامية، ومن جهة أخرى إرضاء رغبة المتكفل الذي لا ينبغي أن يترك في أغلب الأحيان.

<sup>1</sup> - القانون رقم 27 لسنة 1958، المؤرخ بتاريخ 04/03/1958، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، منشور بالرائد الرسمي (الجريدة الرسمية التونسية) عدد 19 بتاريخ 07/03/1958، ص 306.

<sup>2</sup> - القانون رقم 84-11 المؤرخ بتاريخ 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المادة 116.

<sup>3</sup> - مليكة العراسي، كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 07 لسنة 2014، ص 171.

<sup>4</sup> - أمر مدني صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط (المملكة المغربية) - قسم قضاء الأسرة - عدد 87، ملف رقم 61/2011، الصادر بتاريخ 20 يونيو 2013، أمر غير منشور.

وعلى العموم، فالكفالة مؤسسة اجتماعية بديلة لرعاية الطفل المهمل، وهي نظام بديل لمؤسسة التبني وضعه المشرع لغاية اجتماعية وذلك لرعاية الأولاد اللقطاء، وكذا مجهولي النسب وتولي أمر الولد الذي عجز أبواه عن تنشئته ورعايته لظروف اقتصادية واجتماعية.

### المطلب الثاني: حدود تدخل القضاء في إسناد الكفالة والآثار القانونية الناتجة عنها

من المؤكد أن حماية حقوق الطفل المعنوية بترسانة قانونية تُعد مسألة ضرورية لتنشئة الاجتماعية السليمة للطفل، ولكن تبقى بالرغم من ذلك غير كافية، إذ يستلزم تدخل السلطة القضائية التي تعتبر ضامن حماية حقوق الأفراد والجماعات، والمجسد لها والساخر على مدى احترامها وممارستها على أرض الواقع. وحسنا فعل المشرع المغربي بجعله للأمر الصادر بإسناد الكفالة ذو طبيعة قضائية، فالمشرع لم يحصر الرقابة داخل المغرب فقط، بل استحدث آليات تمكنه من مراقبة أحوال الطفل المكفول ببلد المهجر، وتتجلى أساسا في الإنابة القضائية<sup>1</sup>، وعن طريق القنصليات. وفي هذا الإطار، نورد ما جاء في تصدير قرار محكمة الاستئناف بأكادير: "أن مهمة تتبع وضعية المكفول خارج المغرب موكولة للقنصليات المغربية بالخارج التي تزود القاضي بتقارير حول أحوال المكفول"<sup>2</sup>.

وهكذا فمعرفة دور السلطة القضائية في حماية حق الطفل في الكفالة، يكون من خلال تحديد نطاق تدخل كل من مؤسستي النيابة العامة ومؤسسة القاضي المكلف بشؤون القاصرين في رعاية الأطفال المهملين (الفقرة الأولى)، وكذا من خلال تحديد مختلف الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: دور السلطة القضائية في رعاية الأطفال المهملين

إن القاضي باعتباره حامي الحقوق، له دور فعال في مسطرة إسناد كفالة الأطفال المهملين، إلا أن دوره يتحدد بالنصوص القانونية التي تعطي لمختلف المؤسسات القضائية صلاحية التدخل. وهكذا فبيان وظيفة السلطة القضائية في تدبير ملفات إسناد الكفالة، يقتضي توضيح نطاق تدخل مؤسسة النيابة العامة (أ) في مسطرة الإسناد، دون إغفال مختلف الإجراءات التي تباشرها مؤسسة القاضي المكلف بشؤون القاصرين في هذه المسطرة (ب).

#### أ- تدخل مؤسسة النيابة العامة

بمجرد أن يصل إلى علم مؤسسة النيابة العامة، من لدن أي شخص أو من لدن الشرطة القضائية أو أي سلطة معينة، بأن هناك طفلا مهملًا بالمعنى المبين سلفا، فإن قانون كفالة الأطفال المهملين خول لوكيل الملك اتخاذ

<sup>1</sup> - أمال ناجي، ضابط المصلحة الفضلى للطفل في قانون الكفالة بين القانون الوطني والأجنبي، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس، لسنة 2015، ص 249.

<sup>2</sup> - قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بأكادير (المملكة المغربية) - قسم قضاء الأسرة-، عدد 150، صادر بتاريخ 14 فبراير 2006، قرار غير منشور.

بعض التدابير الرامية إلى حماية الطفل الوليد الذي تم العثور عليه. ومن هذا المنطلق، يلعب السيد وكيل الملك دور عند العثور على الطفل المهمل، ودور مسطري بعد إيداع الطفل بإحدى المؤسسات المكلفة برعاية الأطفال وحضانتهم أو لدى بعض العائلات المرشحة لكفالة الطفل، ودور في المراقبة والاطلاع على المساطر الراجعة لإتمام إجراءات الكفالة، ودور عند تنفيذ الأمر بالكفالة وتسليم الطفل للكفيل وتتبع الكفالة<sup>1</sup>. وهكذا يأمر السيد وكيل الملك:

- بإيداع الطفل المهمل بإحدى المؤسسات أو المراكز المكلفة برعاية الأطفال أو لدى بعض العائلات التي ترغب في كفالة هذا الطفل. وفي هذا الإطار تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون كفالة الأطفال المهملين على أنه: "يقوم وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل، أو مكان العثور عليه، بإيداع الطفل مؤقتاً بإحدى المؤسسات أو المراكز المذكورة في المادة 8 أدناه، إما تلقائياً أو بناء على إشعار من طرف الغير، ويقوم وكيل الملك بإجراء بحث في شأن الطفل".
- بإجراء بحث حوله. وفي هذا الإطار تنص الفقرة الأولى من المادة السادسة من نفس القانون على أنه: "تقوم المحكمة عند الاقتضاء بعد الاطلاع على نتائج البحث الذي قدمه وكيل الملك بإجراء كل بحث أو خبرة تكميلية تراها ضرورية".
- بمباشرة الإجراءات اللازمة لتسجيله في سجلات الحالة المدنية. هذه الإجراءات منصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون التي تنص على أنه: "يقوم وكيل الملك عند الاقتضاء بكل الإجراءات الرامية إلى تسجيل الطفل بالحالة المدنية قبل تقديمه طلب التصريح بالإهمال، ومن بينها إقامة الدعاوى وكل ذلك مع مراعاة أحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية". وفي هذا الإطار نورد ما جاء في تصدير محكمة الاستئناف بالناضور: "طفلة مهملة- تسجيل بالحالة المدنية من طرف النيابة العامة- قبل التصريح بالإهمال- وجوب (لا)- عند الاقتضاء (نعم)".
- والجدير بالذكر أن مقتضيات الفصل الخامس من القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الذي نص على مبادرة النيابة العامة إلى تسجيل طفل بكناش الحالة المدنية قبل المطالبة بالتصريح بكونه مهملاً، لم يوردها المشرع على سبيل الوجوب، وإنما على سبيل الاقتضاء فقط، ومتى رأى وكيل الملك ضرورة وفق سلطته التقديرية وملائمته لظروف الوقائع المكونة لعنصر الاستعجال المطلوب في الطفل المهمل<sup>2</sup>.
- يقدم على الفور طلباً إلى المحكمة المختصة للتصريح بإهماله. وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون على أنه: "يقدم وكيل الملك على الفور طلب التصريح بأن الطفل مهمل، إلى

1 - محمد المتوكل، كفالة الأطفال المهملين وكيفية تنفيذ الأوامر الصادر بشأنها، مجلة الملف، العدد التاسع، نونبر 2006، ص 189.

2 - قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بالناضور (المملكة المغربية) عدد 435، ملف رقم 306-1620-11، الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 2011، قرار غير منشور.

المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذ مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه أو مقر المركز الاجتماعي المودع به".

- يقدم عناصر البحث الذي أجرته المحكمة وفق منطوق الفقرة الثانية من المادة الخامسة التي تنص على أنه: "يقدم وكيل الملك للمحكمة عناصر البحث الذي أجراه من أجل إثبات كون الطفل مهملاً".
- يأمر بتعليق الحكم التمهيدي الذي تصدره المحكمة ليتمكن والدا الطفل المهمل من التعريف بنفسيهما للمطالبة باسترداده؛
- يوجه نسخة من الحكم الصادر المتعلق بإهمال الطفل إلى السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين. وفي هذا الإطار تنص المادة السابعة من القانون على أنه: "توجه نسخة من الحكم المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 6 أعلاه، بطلب من وكيل الملك أو من الشخص الذي يطلب كفالة الطفل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لدى المحكمة المختصة"؛
- يُنفذ مقرر إسناد الكفالة بحضور ممثل النيابة العامة وباقي الجهات المحددة في المادة 18 من القانون المذكور؛
- إمكانية تنفيذ الأمر بإلغاء الكفالة الذي يتخذه القاضي المكلف بشؤون القاصرين عن طريق النيابة العامة بواسطة القوة العمومية (المادة 20).

فإذا ثبت دور مؤسسة النيابة العامة في مسطرة كفالة الأطفال المهملين، فإن التساؤل الذي يطرح متعلق بتكييف طبيعة تدخلها في هذه المسطرة وخاصة في دعوى التصريح بالإهمال، بمعنى آخر هل تتدخل كطرف أصلي أو كطرف منضم؟ فبالرجوع إلى مقتضيات قانون المسطرة المدنية، خاصة الفصول 6 و8، نجد المشرع لم يحدد حالات التدخل الرئيسي للنيابة العامة، وإنما اقتصر على إيراد بعض المقتضيات العامة، وهذا ما يفرض الرجوع إلى فصول أخرى من قانون المسطرة المدنية، وبعض القوانين الخاصة لتكييف دور النيابة العامة.

وعليه، واستناداً إلى الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية، يتضح أن من ضمن الدعاوى التي تبلغ إلى النيابة العامة بصفتها طرفاً منضمّاً في قضايا الأسرة، وضمن قضايا الأسرة هذه نجد النيابة الشرعية، فهذه الأخيرة وكما هو معلوم إما ولاية أو وصاية أو تقديم، نجدها مضمنة في قانون كفالة الأطفال المهملين، حيث نص البند الثاني من المادة 17 منه على أنه: "ينص الأمر على تعيين الكافل مقدماً عن المكفول". ومادام الكافل حسب هذه المادة مقدماً على المكفول، أي يمارس نيابة قانونية عليه فهو ينضوي ضمن الإطار المخول للنيابة العامة أن تمارس مهامها فيه، أي يتضمن دعاوى التصريح بالإهمال<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عبد المالك صبري، كفالة الأطفال المهملين، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، فترة التكوين 2015/2017، الفوج 41، ص 60.

غير أن المركز القانوني للنيابة العامة في مسطرة كفالة الأطفال المهملين لا يقتصر فقط في الصفة الانضمامية، بل يتعداه إلى الصفة الأصلية، إذ نصت المادة 3 من مدونة الأسرة على أنه: "تعتبر النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة". ولما كانت النيابة الشرعية من ضمن أحكام مدونة الأسرة، فإن النص الخاص مقدم هنا على النص العام الوارد في قانون المسطرة المدنية. وعليه، فالنيابة العامة تشكل طرفاً أصلياً في دعاوى التصريح بالإهمال، وأن ما يسند هذا الطرح هو أن التصريح بالإهمال ينتج عنه إسقاط الولاية الشرعية للأبوين، ولأن أحكام الولاية تتعلق بالنظام العام، فكان تدخل النيابة العامة في دعاوى التصريح بالإهمال له ما يبرره.

وكيفما كانت صفة تدخل مؤسسة النيابة العامة في مسطرة إسناد كفالة الأطفال المهملين، فإن نشاطها القضائي والولائي يمتد من بداية المسطرة إلى نهايتها، ويبرز الجدول الآتي معطيات إحصائية تهم تدخل هذه المؤسسة في مادة كفالة الأطفال المهملين خلال سنة 2018.

الجدول رقم 01: نشاط النيابة العامة في تطبيق أحكام القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين  
خلال سنة 2018<sup>1</sup>

العدد	المادة
189	الأطفال حديثي الولادة الذين تم العثور عليهم - ذكور
171	الأطفال حديثي الولادة الذين تم العثور عليهم - إناث
860	الأطفال المتخلى عنهم - ذكور
789	الأطفال المتخلى عنهم - إناث
602	حالات الإيداع المؤقت لدى المؤسسات
503	حالات الإيداع المؤقت لدى الأشخاص
9415	طلبات التسجيل في الحالة المدنية
2174	طلبات التصريح بالإهمال
1422	الأحكام الصادرة بالتصريح بالإهمال الموجهة إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين
1986	الأبحاث القبلية المجراة حول الظروف التي ستم فيها الكفالة
85	الأوامر بإسناد الكفالة المستأنفة
1656	الكفالات المنفذة
1105	الأبحاث المجراة لتتبع تنفيذ الكفالة
4	حالات إلغاء الكفالة لإخلال الكافل بالتزاماته
46	حالات إلغاء الكفالة لتنازل الكافل عن الكفالة
25	حالات إلغاء الكفالة للمصلحة الفضلى للطفل المكفول
1	تنفيذ الأوامر الصادرة بإلغاء الكفالة بواسطة القوة العمومية
26	تنفيذ الأوامر الصادرة بإلغاء الكفالة
21059	المجموع

المصدر: رئاسة النيابة العامة المغربية 2018

<sup>1</sup> - مؤسسة النيابة العامة المغربية، تقرير حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018، الرباط، 2019، ص 104-105.

من خلال المعطيات الكمية والكيفية التي يتضمنها الجدول أعلاه، يتضح جليا أن نشاط مؤسسة النيابة العامة يمتد ليشمل كافة المراحل والوضعية التي يوجد فيها الطفل المهمل، إذ تتدخل المؤسسة قبل إسناد الكفالة، وأثناءها وبعد إسنادها. وهكذا بلغ عدد الأطفال حديثي الولادة الذين تم العثور عليهم 360 طفل وطفلة، في حين بلغ عدد الأطفال المتخلى عنهم 1649 طفل وطفلة، وهو ما يسمح بالقول أن ظاهرة الإهمال لا يقتصر على جنس معين فهو يشمل الذكور والإناث بنسب متقاربة. وفي نفس السنة، تم إيداع 602 حالة من هؤلاء الأطفال مؤسسات الرعاية الاجتماعية، في حين تم الاحتفاظ بـ 503 حالة لدى الأشخاص، وهو ما يؤشر على ترسخ مبدأ التضامن في المجتمع المغربي.

كما بلغ عدد الكفالات المنفذة 1656 حالة تم خلالها إجراء 1105 بحثا لتتبع تنفيذ الكفالة، وفي حالة إخلال الكافل بأحد التزاماته، يتم إلغاء الكفالة (04 حالات)، أو لتنازل الكافل عنها (45 حالة)، أو إلغائها لمصلحة الطفل الفضلى (25 حالة) من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

#### ب- تدخل القاضي المكلف بشؤون القاصرين

عهد المشرع المغربي إلى السيد القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة، وذلك بعد قيامه بجمع المعلومات والمعطيات حول الظروف التي تتسم فيها كفالة الطفل المهمل عن طريق بحث يجريه بواسطة لجنة خاصة مكونة كما يلي:

- ممثل للنياحة العامة؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف والشؤون الإسلامية؛
- ممثل للسلطة المحلية؛
- ممثل للسلطة الحكومية المكلفة بالطفولة؛
- فضلا عن المساعدة الاجتماعية والكفيل.

وحتى يتأتى تفعيل هذه المقتضيات وفق ما توخاه المشرع، وتتحقق الغاية المرجوة من نظام كفالة الأطفال المهملين، أصدر وزير العدل منشور<sup>1</sup> موجه إلى رؤساء المحاكم ووكلاء الملك والقضاة المكلفين بشؤون القاصرين وذلك:

- بإنجاز الأبحاث وجمع المعلومات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل بكل دقة وعناية، مع تفعيل الدور الذي تقوم به اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 من القانون 01-15؛
- تعميق الأبحاث المنجزة من طرف الضابطة القضائية حول أهلية طالب الكفالة ومدى مؤهلاته للتكفل بالطفل وخاصة إذا كان أجنبيا؛

<sup>1</sup> - منشور السيد وزير العدل المغربي رقم 16 س/2 ك بتاريخ 28 مارس 2005، في شأن كفالة الأطفال المهملين.

- التأكد من كون الأجنبي الذين يرغبون في كفالة الأطفال المهملين يتوفرون على مؤهلات الكفالة، ولهم الضمانات ما يجعل الرقابة القضائية تمتد لتتبع أحوال الطفل المكفول؛

- الحرص على أن يتم تسليم الطفل المهمل بحضور ممثل السلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية. ويمكن للقاضي إذا اقتضت ذلك طبيعة البحث، أن يستعين بأي شخص أو جهة يراها مفيدة لهذه الغاية.

فالهدف من البحث الذي يقوم به القاضي المكلف بشؤون القاصرين هو التأكد مما إذا كان الشخص الراغب في الكفالة مستوفيا للشروط المتطلبة قانونا. وفي حالة ما إذا كان البحث إيجابيا، أي في الحالة التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة في طالب الكفالة، فإن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يصدر أمرا بإسناد كفالة الطفل المهمل إلى الشخص أو الجهة التي تقدمت بالطلب. ويكون هذا الأمر مشمولاً بالإنفاذ المعجل بقوة القانون.

وعلى مستوى العمل القضائي، نور ما جاء في تصدير قرار محكمة الاستئناف بورزازات: "إرفاق الكافلين طلبهما بجميع الوثائق المنصوص عليها قانونا، كما أن إنجاز البحوث الاجتماعية طبقا للمادة 16 من قانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين يجعل طلبهما مطابقا للقانون"<sup>1</sup>. وعلى نفس النهج سارت المحكمة الابتدائية بالرباط - قسم قضاء الأسرة- حيث جاء في تصدير الحكم: "استجابة طلب الكفالة للشروط المنصوص عليها قانونا سواء من خلال الوثائق المدلى بها أو من خلال البحوث الاجتماعية المنجزة، يجعل إسناد كفالة الطفلة إليها موافق للقانون"<sup>2</sup>.

ولما كانت الغاية من فلسفة المشرع من دور هذه اللجنة حسيما جاء بالمادة المذكورة، بيان ما إذا كان الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة متوفرا على الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون المذكور أم لا، وذلك من شرط الإسلام والرشد والخلو من الأمراض وانعدام السوابق والتوفر على الموارد الكافية لسد احتياجات المكفول، فإنه إذا وُجد من الوثائق والأبحاث ما يُفيد ذلك، فإنه يُرتب عليه أثره حتى ولو لم تُجب بعض الجهات من اللجنة الرباعية المذكورة بعد استدعائها<sup>3</sup>، وهذا ما يبدو من توجه محكمة النقض المغربية من خلال عدة قرارات أهمها:

- قرار محكمة النقض عدد 427 الصادر بتاريخ 21 يناير 2012 في الملف عدد 159-2-1-2012، إذ اعتبرت ما أدلى به من وثائق من طرف الأجنبية ذات الجنسية الإسبانية، وما أجراه القاضي المكلف بشؤون القاصرين من بحث، مبينا توفر الشروط المطلوبة في الراغب في الكفالة المنصوص عليها في

<sup>1</sup> - قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بورزازات (المملكة المغربية) عدد 289، ملف أحوال شخصية عدد 148/2012، المؤرخ في 07 نونبر 2012، قرار غير منشور.

<sup>2</sup> - حكم مدني صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط (المملكة المغربية) عدد 124، ملف رقم 88/2010، الصادر بتاريخ 23 غشت 2010، حكم غير منشور.

<sup>3</sup> - عمر لمين، كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، سلسلة دفاتر محكمة النقض المغربية، عدد 22، لسنة 2015، ص 62.

المادة 9 من القانون الموما إليه، في غياب إجابة بعض الجهات المنصوص عليها في المادة 16 رغم الإهمال والتذكير.

- قرار محكمة النقض عدد 429 الصادر بتاريخ 21 ماي 2013، إذ اعتبرت ما أدلي به من وثائق وتقارير وأبحاث تفيد توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون 01-15 المتعلقة بالراغبة في الكفالة من اعتناق الإسلام والقدرة على الكفالة والخلو من الأمراض المعدية، بالرغم من عدم إنجاز بعض الجهات المنصوص عليها في المادة 16 لأبحاثها رغم الإهمال لوقت كاف.

وبالإضافة إلى ما سبق، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 17 من قانون كفالة الأطفال المهملين على أنه: "يكون أمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين مشمولاً بالنفذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن". كما ينص الأمر على تعيين الكافل مقدما عن المكفول، وفي حالة استئناف أمر القاضي فإن المحكمة تبت في هذا الاستئناف في غرفة المشورة لمحكمة الاستئناف والتي تتسم بمميزات منها سرية الجلسة وسرعة البت. وينفذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة داخل خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره.

وبعد التثبت من هوية الكفيل، يُسلم له الطفل موضوع التقرير ليتولى شؤونه ويتعهد بأن لا يسلمه لغيره إلا بموافقة قاضي شؤون القاصرين، وألا يسافر به إلا بعد أخذ إذن من القاضي المذكور، وبإخبار القاضي بكل هبة أو صدقة أو تنزيل ارتأى الكفيل جعلها للطفل. وإذا امتنع كافل الطفل المهمل عن تنفيذ مقتضيات الأمر القضائي الصادر بالكفالة، يشعر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بذلك، ويتعين حينئذ على القاضي أن يُحيل الملف على النيابة العامة لتسهر على تنفيذه بواسطة القوة العمومية، أو بما تراه ملائما من الوسائل، ويجب في جميع الأحوال اتخاذ الإجراءات المناسبة لمصلحة الطفل الفضلى.

ويتم إسناد الكفالة عن طريق تسلم الطفل المهمل إلى الكفيل في المركز أو الحضانة الموجود بها الطفل الذي سبق وأن صرحت المحكمة بأنه طفل مهمل، حيث تتم معاينة الطفل وتوصف حالته ولباسه والتلقيحات التي أجريت له. بعد ذلك يقوم كاتب الضبط التابع لمحكمة نفس القاضي بتحرير ذلك في محضر في ثلاثة نظائر يحتفظ به في ملف خاص لدى مكتب القاضي المكلف بشؤون القاصرين، ويسلم الثاني إلى الكافل ويحتفظ بالثالث في ملف التنفيذ بالمحكمة.

فضلا عن ذلك، يشار بطرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقا للتشريع الجاري به العمل<sup>1</sup>. ولكي يتمكن الكافل القاطن بالخارج من السفر بالمكفول للإقامة الدائمة معه خارج التراب الوطني، يتعين عليه الحصول على إذن بذلك من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، باعتباره الولي الشرعي على الطفل المهمل. ومنح هذا الإذن يكون قاصرا فقط على الطفل مجهول الأبوين، فمتى كانت

1 - قانون الحالة المدنية المغربي رقم 37-99، الصادر بسنة 2002.

أسرته معروفة لا يمكن الإذن للكافل للإقامة به خارج المغرب حفاظا على صلاته بعائلته، وعدم فصله عن والديه عملا بمقتضيات المادتان 8 و9 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

وسعيا من المشرع المغربي لحماية المصلحة الفضلى للطفل المكفول، أعطى في هذا الإطار دورا فعالا للقضاء، من أجل مراقبة توافر الشروط القانونية، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة لمراقبة الشروط الأخلاقية والمادية لطالب الكفالة، وبالتالي التأكد من أنه قادر على رعاية الطفل المراد التكفل به، خاصة وأن المواثيق الدولية أصبحت تهتم كثيرا بالإنسان وحقوقه بصفة عامة وبالطفل بصفة خاصة، وبكفالة الطفل المهمل بصفة أخص، وركزت على جملة واحدة: "مراعاة المصلحة الفضلى للطفل"<sup>1</sup>.

وعلى مستوى العمل القضائي، نورد ما جاء في تصدير قرارين صادرين عن محكمة الاستئناف بأكادير: "مادام المشرع خول للقنصليات المغربية خارج المغرب القيام بمهمة تتبع وضعية المكفول، ومادام أن مصلحة هذا الأخير تقتضي تواجده مع كافليه، ولهذا فإن سكنه خارج المغرب ليس فيه ضرر بمصلحته"<sup>2</sup>. أما القرار الثاني، فقد جاء فيه: "المطالبة بإلغاء حكم الإهمال بعد صدور أمر بإسناد الكفالة لفائدة المكفولين والإذن لهما بالسفر بالمكفول، يبقى غير ذي جدوى، مادام أنه يتعارض مع مصلحة المكفول"<sup>3</sup>. كما جاء في تصدير الأمر الصادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير ما يلي: "السفر بالمكفول حق من حقوق الكافلين حتى يقوموا بمهمتهما طبقا للقانون"<sup>4</sup>.

فالمشرع ومن أجل حماية المصلحة الفضلى للطفل المكفول من طرف كفيل أجنبي، يقبل إسناد الكفالة فقط للشخص المتوفر على شروطها المنصوص عليها في المادة التاسعة من القانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين. إلا أن موقف المغرب من مسألة إمكانية السفر بالمكفول إلى خارج المغرب عرف اضطرابا.

وهكذا، فبعد اكتشاف المشرع المغربي لموقف بعض الدول الأجنبية، وخاصة الغربية وسلوكها في التعامل مع مؤسسة النيابة العامة، أصدر السيد وزير العدل منشورا<sup>5</sup> موجه إلى السادة رؤساء المحاكم الابتدائية وإلى القضاة المكلفين بشؤون القاصرين جاء فيه: "وبعد، فقد تبين من خلال الاطلاع على بعض المقررات القضائية الصادرة عن محاكم أجنبية، أن سلطات بعض الدول حينما تلاحظ أن بعض الأشخاص أخذوا معهم طفلا مهملا، أذنت السلطات القضائية بكفالاته ورخصت لكافله بأخذه خارج التراب الوطني، تفتح في حقهم مساطر

1 - عمر لمين، المرجع السابق، ص 60.

2 - قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بأكادير (المملكة المغربية) رقم 445، ملف عدد 11/274، صادر بتاريخ 14 يونيو 2011، قرار غير منشور.

3 - قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بأكادير (المملكة المغربية) رقم 383، ملف عدد 2011/394، صادر بتاريخ 15 ماي 2012، قرار غير منشور.

4 - أمر مدني صادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير (المملكة المغربية) - قسم قضاء الأسرة- عدد 55، ملف عدد 2012/68، صادر بتاريخ 28 يونيو 2012، أمر غير منشور.

5 - منشور السيد وزير العدل المغربي رقم 50 س 2 بتاريخ فاتح يونيو 2003، حول الإذن بالسفر بالطفل المكفول للإقامة خارج أرض الوطن.

قضائية، وتقرر سحب الطفل من هذه العائلة وتسلمه إلى أخرى أو مؤسسة مؤهلة، معتمدة في ذلك على أن المعنيين بالكفالة لم يحترموا المقتضيات القانونية التي تنظم التبني في بلد الاستقبال.

ويتجلى من ذلك أن العناية التي توخاها المشرع من نظام الكفالة لا تتحقق، رغم الاحتياطات التي يتخذها القاضي المكلف بالتوثيق وشؤون القاصرين.

ولتفادي الوقوع في مثل هذه الوضعيات، يتعين استقبالا وقبل الترخيص بمغادرة الطفل للتراب الوطني في اتجاه الدولة التي يريد الكافل أخذه إليها، التأكد من وجود اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة، أو أدلاء الكافل بإشهاد من سلطات ذلك البلد يثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشتها المكفول إثر انتقاله إليه".

يتضح من المنشور أعلاه أن إمكانية السفر بالمكفول خارج المغرب أصبحت مقيدة بتوافر أحد الشرطين:

- وجود اتفاقية قضائية تسمح بنظام الكفالة بين المملكة المغربية والدولة المراد الإقامة بها؛
- إدلاء الكافل بإشهاد من سلطات البلد الذي ينوي الإقامة به يثبت سلامة الوضعية القانونية التي سوف يعيشتها المكفول إثر انتقاله إليه.

فإذا ثبت دور مؤسسة النيابة العامة لدى المحاكم الابتدائية أو الاستئنافية في مسطرة إسناد كفالة الأطفال المهملين مع كل ما يرتبط بها من إجراءات قانونية، فإن نشاط هذه المؤسسة يمتد ليشمل باقي صور الحماية الاجتماعية والنيابة الشرعية، كما هو مبين في الجدول التالي:

#### الجدول رقم 02: نشاط النيابة العامة في بعض قضايا الأسرة بالمحاكم خلال سنة 2018<sup>1</sup>

المادة	محاكم الاستئناف	المحاكم الابتدائية	المجموع
كفالة الأطفال المهملين	53	2493	2546
الحضانة	367	2053	2420
التحجير والتقديم	52	1369	1421
المجموع	472	5915	6387

#### المصدر: رئاسة النيابة العامة المغربية 2018.

من خلال المعطيات الرقمية التي يوفرها الجدول أعلاه، يتضح أن مؤسسة النيابة العامة تسعى إلى استثمار صفتها كطرف أصلي في قضايا الأسرة للمساهمة في المحافظة على حقوق الأطفال في وضعية اجتماعية صعبة، سواء كانوا مهملين (2546 حالة) أو محضونين (2420 حالة) أو موضوعين في تحت تدابير الحجر والتقديم (1421 حالة). كما تجدر الإشارة إلى أن وضعية الإهمال التي يعاني منها فئة عريضة من الأطفال تظل الموضوع

<sup>1</sup> - مؤسسة النيابة العامة المغربية، تقرير حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018، الرباط، 2019، ص 98.

الأكثر حضوراً في نشاط مؤسسة النيابة العامة برسم سنة 2018 وهو ما يؤشر على حرص المؤسسة على إسناد الكفالة للأشخاص الذين يرغبون في رعاية الأطفال المهملين، وهو ما يرتب مجموعة من الآثار القانونية على المستوى الاجتماعي والهوية.

### الفقرة الثانية: الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي

ترتب الكفالة - باعتبارها تصرفاً قانونياً - مجموعة من الحقوق للطفل المكفول في مواجهة الكافل، وهي حقوق موضوعة تحت الوصاية يباشرها النائب القانوني تحت سلطان القانون ورقابة القضاء، ولا تقابلها واجبات على المكفول ولا يجوز التنازل عنها، وتنقسم هذه الحقوق إلى قسمين، قسم يرتبط بحماية حق المكفول في الرعاية الاجتماعية (أ)، وقسم مرتبط بحماية حق الطفل في الهوية (ب).

#### أ- الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي على مستوى الرعاية الاجتماعية

عملاً بمقتضيات المادة 22 من قانون كفالة الأطفال المهملين، فإن الأمر الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإسناد الكفالة تترتب عنه عدة النتائج منها على وجه الخصوص:

- تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو المنظمة أو الجمعية المعنية بتنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضنته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني طبقاً للمقتضيات القانونية المتعلقة بالحضانة والنفقة المنصوص عليها في مدونة الأسرة؛
- إذا كان الولد المكفول أنثى، فإن النفقة يجب أن تستمر إلى أن تتزوج طبقاً لمقتضيات المادة 198 من مدونة الأسرة؛
- إذا كان المكفول مصاباً بإعاقة أو عاجزاً عن الكسب، فإن النفقة يجب أن تستمر إلى أن تتزوج طبقاً لمقتضيات المادة 198 من مدونة الأسرة؛
- استفادة الكافل من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين عن أولادهم من طرف الدولة، أو المؤسسات العمومية أو الخصوصية أو الجماعات الترابية أو هيئاتها؛
- إمكانية استفادة المكفول من هبة أو وصية أو تزييل أو صدقة صادرة عن الكافل، إذ يتولى القاضي المكلف بشؤون القاصرين على إعداد العقد اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول.

#### ب- الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي على مستوى حماية حق الهوية

إن الاهتمام بحق الطفل في الهوية أضحي من بين الحقوق المعترف بها دولياً باعتبارها أصل كل الحقوق ومصدرها الأول. فعلى أساس الوجود القانوني للطفل، يكون له الحق في الحياة والحماية من أي خطر يهدد سلامته الجسدية وشخصيته القانونية وذلك من خلال حماية حقه في التسجيل في الحالة المدنية.

ومن هذا المنطلق، تُعد مؤسسة الحالة المدنية الوسيلة المثلى للتعريف بالشخص والكشف عن هويته، فبدون وثائق الحالة المدنية لا يمكن للإنسان إنجاز أية وثيقة أو ولوج أي مهنة<sup>1</sup>. وتستمد سجلات الحالة المدنية قيمتها من الطبيعة الإجبارية لتسجيل بعض الوقائع المهمة في حياة الأشخاص، مثل الولادة والزواج والكفالة والطلاق والوفاة وغيرها<sup>2</sup>، بالإضافة إلى ذلك، يُعتبر قانون الحالة المدنية من النظام العام، لما له من أهمية وأثار على حياة الفرد وهويته والتعريف بالأسر وتنظيم المجتمع<sup>3</sup>. لأجل ذلك، أضفى المشرع المغربي على رسوم الحالة المدنية نفس الحجية الإثباتية التي للوثائق الرسمية<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى قانون كفالة الأطفال المهملين، فإن مقتضيات المادة 21 منه تنص على أن الأمر الذي يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين، سواء في إطار إسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها، يوجهه إلى ضابط الحالة المدنية المسجل لديه رسم ولادة الطفل المكفول، وذلك داخل أجل شهر ابتداء من تاريخ صدوره. ويتعين على ضابط الحالة المدنية المحال عليه الأمر المذكور سابقا، سواء بإسناد الكفالة أو بإلغائها أو باستمرارها، أن يُشير فيه بطرة رسم ولادة الطفل المكفول طبقا لمقتضيات المادة 16 من قانون الحالة المدنية، وكذا تقديم طلب لنقل تسجيل ولادته إلى المحكمة الابتدائية بالرباط الذي تصدر بناء على ذلك أمرا يقضي بهذا التسجيل وفق مقتضيات المادة 18 من نفس القانون.

أما على مستوى الحق في الجنسية، فنظرا لاختلاف المركز القانوني للطفل المغربي عن نظيره الأجنبي في التشريع الوطني، وخاصة ما تعلق بقانون الجنسية، فإنه يتعين تمييز الآثار القانونية المترتبة عن كفالة طفل مغربي مهمل عن تلك المترتبة عن كفالة طفل أجنبي. فالطفل تُسند إليه الجنسية المغربية عن طريق النسب من جهة أبيه المغربي أو عن طريق البنوة من جهة أمه المغربية. كما يُعتبر مغربيا الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين بناء على الرابطة الترابية. وهكذا فإسناد الجنسية المغربية لا تطرح أية إشكالات قانونية أو عملية بالنسبة للأطفال المولودين في المغرب سواء كانوا معلومي أو مجهولي الأبوين. إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للأطفال المهملين الأجانب، حيث ابتكر المشرع المغربي مصدرا جديدا لإسناد الجنسية المغربية إليهم بحكم القانون عن طريق مؤسسة الكفالة.

### المبحث الثاني: إسناد الجنسية المغربية عن طريق الكفالة

بمقتضى القانون رقم 06-62 لسنة 2006 المتعلق بقانون الجنسية المغربية، أصبح الفصل التاسع منه يتضمن فقرتين مقارنة مع النص القديم، الأولى تنظم مسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به، أما الفقرة الثانية فتتعلق بمسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة. هنا يتعلق الأمر

<sup>1</sup> - فاتحة الغلاي، المرجع السابق، ص 74.

<sup>2</sup> - عبد العالي الدليهي، الحماية القانونية للطفل، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، 2007، ص 166.

<sup>3</sup> - محمد اليعقوبي، دور النيابة العامة في قضايا الجنسية والحالة المدنية، مجلة العرائض، العدد الخامس، يوليو-ديجنر 2015، ص 89.

<sup>4</sup> - مصطفى سدي، إثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الحالة المدنية، مجلة القانون والأعمال، العدد 20 بتاريخ 20 نونبر 2018، ص 61.

بإحداث مصدر جديد لاكتساب الصفة المغربية، وابتكار من ابتكارات المشرع المغربي في ميدان الجنسية، أطلق عليه اكتساب الجنسية عن طريق الكفالة.

ومن هذا المنطلق، يمكن القول أن تنصيب المشرع المغربي على هذه الحالة من شأنه من جهة أن يحقق نوع من الانسجام بين نصوصه الداخلية وبين هذه الأخيرة والتشريع الدولي، ومن جهة أخرى أن يحد من حالات انعدام الجنسية وضمّان الجنسية لكل طفل<sup>1</sup>. غير أن هذا الاكتساب لا يتم بشكل تلقائي، بل يتوقف على تقديم تصريح من طرف الكافل أو المكفول. وبناء عليه، فقد قسّم المشرع المغربي الفقرة الثانية من الفصل التاسع من القانون المذكور أعلاه بدورها إلى بندين، خاطب من خلال البند الأول الشخص المغربي الكافل الذي يتولى، نيابة عن مكفوله ولفائده، طلب إسناد الجنسية المغربية (الفقرة الأولى)، في حين يخاطب من خلال البند الثاني الشخص المكفول الذي يتولى بمبادرة منه طلب إسناد الجنسية المغربية (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: إسناد الجنسية المغربية بمبادرة من الكافل

نص البند الأول من الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربية على أنه: "يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات، أن يقدم تصريحاً لمنح المكفول الجنسية المغربية، ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقاً للفصلين 26 و 27 من هذا القانون".

ويبدو أن سبب إقرار المشرع المغربي لإمكانية تقديم الشخص المغربي لتصريح يطلب من خلاله منح مكفوله الجنسية المغربية، راجع على حرصه على حماية الأطفال في وضعية صعبة من اللقطاء ومجهولي النسب، وكذا الأبناء الطبيعيين الذين ينحدرون من آباء مجهولين قانوناً أو واقعاً أو هما معاً، والذين ولدوا خارج التراب الوطني، ثم تمّ التكفل بهم قصد حمايتهم اجتماعياً وتنشئتهم تربوياً، لسبب من الأسباب المتعددة والتي لا تخرج عن الرغبة في فعل الخير وإسداء المعروف والإحسان إلى الأطفال اليتامى والمهملين والمتخلى عنه.

بالإضافة إلى ما سبق، يمكن أن الدافع من فتح باب اكتساب الجنسية عن طريق مؤسسة الكفالة، هو الالتزام بما صادق عليه المغرب من موثيق دولية، وفي مقدمتها اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل التي تنص في الفقرة الأولى من المادة السابعة منها على أنه: "يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه وتلقي رعايتهما". كما تنص المادة الثامنة منها على:

"1- تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك الجنسية، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي.

<sup>1</sup> - هدى زكي، جميلة أوحيدة، أنه كينيونيس إسكاميث، أندريس رودريغيث بينوت، الطبعة الأولى، الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية الإسبانية، FIIAPP، مدريد، 2009، ص 39.

2- إذا حُرِّم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبتين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته".

كذلك مصادقة المغرب على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تنص المادة 15 منه على: "لكل فرد حق التمتع بجنسية ما".

ليس هذا فقط، بل إن المشرع المغربي دَسَّتَرَ مبدأ الحماية القانونية للطفل من خلال الفصل 32 من دستور المملكة لسنة 2011 الذي ينص على أنه: "تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية". كما قد يكون السبب وراء إقرار إمكانية نقل الجنسية المغربية من الكافل المغربي إلى المكفول الأجنبي الحرص على تناسق التشريع الداخلي وحمايته من التضارب خاصة ما قرره الفقرة الأولى من المادة 149 من مدونة الأسرة التي تمنع التبني منعا مطلقا من جهة، وكذا ما قرره المادة 16 من قانون الحالة المدنية من جهة أخرى.

وغني عن البيان، أن تقديم التصريح من قبل الكافل، لفائدة مكفوله، يقتصر أثره على رابطة الجنسية بين المكفول وبين الدولة المغربية، بمعنى أنه لا يترتب عليه أي أثر بين الكافل والمكفول، لا من حيث النسب، ولا من ناحية الميراث، ولا من زاوية تحريم الزواج أو إباحته، إلا إذا وجد<sup>1</sup>.

وفي جميع الحالات، ومن خلال مضمون البند الأول من الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربية المشار إليه أعلاه، وباستحضار مقتضيات القانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين المارة بنا، يتبين أن مسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة بمبادرة من الكافل المغربي، رهين بمدى استيفاء مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية أهمها:

أ- أن يكون الشخص الكافل مغربي الجنسية.

اشتراط المشرع المغربي، لنقل الجنسية المغربية من الكافل إلى المكفول، أن يكون الكافل متمتعا بالجنسية المغربية. وهذا الشرط يُعد في نظرنا من البديهيات، حيث لا يُتصور أن ينقل شخص ما جنسية لا يتمتع بها أصلا، طبقا للمبدأ القائل "فاقد الشيء لا يعطيه".

فضلا عن ذلك، لم يُبين المشرع طبيعة الجنسية التي يجب أن يتمتع بها الكافل المغربي، هل هي جنسية أصلية أم مكتسبة؟ فكما هو معلوم، يسند القانون الجنسية المغربية كجنسية أصلية بالنظر إما إلى الرابطة الدموية، أي بمجرد وجود رابطة نسب معينة بين شخص ما وشخص آخر يحمل الجنسية المغربية، وإما بالنظر إلى الرابطة الترابية أي الولادة في المغرب<sup>2</sup>. في حين ينص نفس القانون على خمس طرق لاكتساب الجنسية المغربية،

1 - أحمد زوكاغي، الكفالة في قانون الجنسية المغربية، مجلة الملحق القضائي، العدد 44 لسنة 2011، ص 168.

2 - موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء (المغرب)، الدار البيضاء، أكتوبر 1994، ص 58.

وهي عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به، التجنيس، الزواج المختلط، الاسترجاع، والكفالة. كما صرف المشرع النظر عما إذا كانت للكافل الجنسية المغربية فقط أم له جنسيات أجنبية أخرى.

ولقد أحسن المشرع صنعا عندما صرف النظر عن بيان طبيعة الجنسية التي يتوجب على الكافل المغربي أن يحوزها، وفي ذلك منافع إيجابية للكافل المغربي والمكفول الأجنبي على السواء، إذ من شأن ذلك توسيع للحالات التي يمكن للكافل المغربي أن ينقل جنسيته لمكفوله الأجنبي. فالكافل المغربي يستوي أن يحوز جنسية مغربية أصلية أو مكتسبة، إذ لا تأثير لذلك على مدى صحة ومشروعية اكتساب الصفة المغربية من طرف المكفول الأجنبي.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن المشرع المغربي لم يُحدد جنس الكافل المغربي، بمعنى هل يجوز للمرأة المغربية التي تتولى كفالة طفل أجنبي أن تنقل إليه جنسيته؟ فالصيغة التي حررت بها الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربية توحى بأن الكافل المغربي يستوي أن يكون رجلا أو امرأة، ودليلنا في ذلك أن كلمة "شخص" في الفقه القانوني هو كل كائن قادر على اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات<sup>1</sup>، وبهذا الوصف فهو يشمل الذكر والأنثى.

ومن جهة أخرى، فاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، يُعتبر من بين التعديلات الجديدة التي أدخلها المشرع المغربي على قانون الجنسية المغربية بمقتضى القانون رقم 62 لسنة 2006، إذ يهدف هذا الإصلاح إلى تكريس المساواة بين الذكر والأنثى في ميدان الجنسية، أي التسوية بين الجنسين في إمكانية نقل الجنسية المغربية إلى الأبناء بغض النظر عن جنسية الطرف الآخر<sup>2</sup>، سيما فيما يتعلق بالقدرة على نقل الجنسية عن طريق التبعية.

وإذا كان قانون الجنسية المغربي لم يتطرق إلى طبيعة جنسية الكافل المغربي ولا إلى جنسه، فإنه لم يحدد كذلك ديانته. وهنا يطرح إشكالية شرط الديانة في اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة. فإذا كان المشرع المغربي لم يتطرق إلى شرط الديانة بالنسبة للكافل والمكفول على السواء في قانون الجنسية، فإنه في المقابل اشترط اعتناق الكافل للديانة الإسلامية في قانون كفالة الأطفال المهملين. بمعنى آخر أن المشرع المغربي استلزم شرط الجنسية واستبعد شرط الديانة في قانون الجنسية، بينما استلزم شرط الديانة واستبعد شرط الجنسية في قانون كفالة الأطفال المهملين.

والرأي فيما نعتقد أن الكافل في قانون الجنسية المغربي يجب أن يكون مسلما، وحججتنا في ذلك مضمون الفصل الثالث من نفس القانون المُعنون "بالجنسية ومدونة الأسرة"، والتي تحدد مجال تطبيق مدونة الأسرة في

<sup>1</sup> - مليكة الصروخ، القانون الإداري دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الرباط، 2006، ص 63.

<sup>2</sup> - مصطفى سدي، المركز القانوني للمرأة والطفل في قانون الجنسية المغربي، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 36، مارس 2019، ص 40.

ارتباطها بموضوع الجنسية وفق ما هو منصوص عليه في المادة الثانية من القانون 70-03 بمثابة قانون الأسرة<sup>1</sup> الذي تنص على أنه: "تسري أحكام هذه المدونة على:

- 1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛
- 2- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية؛
- 3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا؛
- 4- العلاقات التي يكون بين مغربيين أحدهما مسلم؛

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية".

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن قانون كفالة الأطفال المهملين في المادة التاسعة منه، اشترط أن تُسند الكفالة إلى الزوجان المسلمان، أو المرأة المسلمة على أن يكونوا بالغين لسن الرشد، وصالحين أخلاقيا واجتماعيا، ومؤهلين ماديا لتوفير حاجيات الطفل. كما يجب أن لا يكونوا قد سبق الحكم على أحدهما من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال، وأن لا يكون بين احدهما وبين الطفل أو أحد أبويه نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة الطفل المكفول.

ولتعارض مقتضيات الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربي المتعلقة بإسناد الجنسية عن طريق الكفالة، وهو نص عام، مع مقتضيات المادة التاسعة من قانون كفالة الأطفال المهملين، وهو نص خاص، يستلزم تطبيق مبدأ ترجيح النص الخاص على العام، لأن الخاص يُقيد العام. ونتيجة لذلك، يُفترض توافر شرط الديانة الإسلامية في الكافل المغربي المرشح لنقل الجنسية المغربية لصالح مكفوله الأجنبي، وأن من كان كافله مغربيا يهوديا أو مسيحيا فإنه لا يستفيد من الكفالة من أجل اكتساب الجنسية المغربية، وحسنا فعل المشرع، لأن المتوسم في الكافل المغربي المسلم أن ينقل انتماءه الوطني والديني على السواء إلى المكفول؛ فيكون اكتساب هذا الأخير للجنسية المغربية اكتسابا سلسا ليس فيه أي خطورة على الأمن الروحي للمغرب باعتباره بلد يتخذ من الإسلام دينا رسميا له بنص الدستور من خلال فصله الثالث<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للكافل الأجنبي، فلا بد من الإدلاء بما يفيد اعتناقهم للإسلام، لأنه لا يمكن تصور الكفالة إلا من طرف أشخاص مسلمين، ولهذا لا بد من الإدلاء بإشهاد اعتناق الإسلام الذي ينجزه العدول طبقا للقانون<sup>3</sup>. وفي

<sup>1</sup> - القانون رقم 70-03 بمثابة قانون الأسرة المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-04-22 بتاريخ 03 فبراير 2004، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004، ص 418.

<sup>2</sup> - الدستور المغربي (الفصل الثالث)، الجريدة الرسمية عدد 5952 مكرر بتاريخ 2011/06/17.

<sup>3</sup> - السعدية أيت السيد، الدليل العملي لمسطرة كفالة الأطفال المهملين، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب)، 2013، ص 45.

هذا الاطار، نورد ما سار عليه بعض العمل القضائي المغربي من خلال تصدير قرار محكمة الاستئناف بأكادير الذي جاء فيه: "حادثة إسلام زوج الكافلة لا تأثير له على الكفالة ما دام أنه يطبق تعاليم الإسلام"<sup>1</sup>.

فإذا ثبت ضرورة توافر شرط الديانة الإسلامية في الكافل المرشح لكفالة طفل مهمل أجنبي، فإنه في المقابل لا يشترط المشرع المغربي ضرورة التحدث باللغة العربية، وخاصة بالنسبة للأجانب، إذ لو كانت نية المشرع انصرفت لذلك، لنص على شرط اللغة صراحة كما في حالة اكتساب الجنسية عن طريق التجنيس (البند الخامس من الفصل 11)، وكذا في حالة اكتساب الجنسية عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به (الفقرة الثانية من البند الأول من الفصل التاسع). وفي هذا الاطار، نورد ما جاء في تصدير الأمر الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة بأكادير: "التحدث باللغة العربية بالنسبة للأجانب لا يعتبر شرطا من شروط الكفالة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين"<sup>2</sup>.

ب- أن يكون سند الكفالة صحيحا

إن الكفالة، بوصفها مصدرا جديدا من مصادر نقل الجنسية المغربية، ينبغي أن يكون السند المانح لها صحيحا وقائما ورسعي وفق الإجراءات والشروط المنصوص عليها في تشريع دولة المكفول الأجنبي. وهكذا فإن سند الكفالة، سواء كان في شكل عقد أو كان في شكل حكم قضائي، يفترض فيه أنه قد تم في بلد أجنبي، الشيء الذي يستلزم تذييله بالصيغة التنفيذية لكي يكون معترفا به وقابلا للتطبيق في المغرب، وفقا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على: "لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودها".

ومع ذلك، يتم تنفيذ الحكم الأجنبي دون تذييله بالصيغة التنفيذية في حالة ما إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين المغرب والدولة الأجنبية تقضي بغير ذلك. ومن هذا المنطلق، قام المشرع المغربي بتوقيع عدة اتفاقيات ثنائية، لعل أهمها:

- الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وتسليم المجرمين الموقعة في 05 أكتوبر 1957 بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية؛

<sup>1</sup> - قرار مدني صادر عن حكمة الاستئناف بأكادير (المملكة المغربية) - قسم الأسرة- رقم 391، ملف عدد 2013/94، صادر بتاريخ 19 مارس 2013، قرار غير منشور. أنظر كذلك قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بأكادير (المملكة المغربية) - قسم الأسرة- عدد 20 بتاريخ 03 يناير 2006، قرار غير منشور.

<sup>2</sup> - أمر مدني صادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير (المملكة المغربية) - قسم قضاء الأسرة- عدد 25، ملف عدد 2012/66، الصادر بتاريخ 05 مارس 2013، أمر غير منشور.

- الاتفاقية المغربية التونسية بتاريخ 30 مارس 1959، ثم الاتفاقية المغربية الليبية في 11 فبراير 1963، وبعدها جاءت الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسر وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية المؤرخة في 10/08/1981؛
  - اتفاقية التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال - بين نفس الأطراف - المؤرخة في 30/05/1997؛
  - اتفاقية بشأن الاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الالتزام بالنفقة بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بتاريخ 26/06/2002، وأخرى بين نفس الأطراف وبنفس التاريخ حول التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة.
- وطبعا قبل ذلك، لأبد من التحقق من جملة من أمور، لعل من أهمها عدم المساس بالنظام العام المغربي، وذلك وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أنه: "يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وأن تتحقق أيضا من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي". ولاشك أن عدم اعتبار إسلام الكافل فيه مساس بالنظام العام المغربي، خاصة وأن القانون 01-15 يشترط في الكافل أن يكون مسلما، فضلا عن أن الهوية المغربية تتميز بتبوء الدين الإسلامي مكان الصدارة فيها كما جاء في تصدير دستور 2011<sup>1</sup>.
- ج- أن يكون المكفول مولودا بالخارج وقاصرا ومن أبوين مجهولين
- اشتراط المشرع المغربي على المرشح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة أن يكون أجنبيا. وقد عبرت الفقرة الأولى من الفصل التاسع من قانون الجنسية عن ذلك بعبارة: "مولود ولد خارج المغرب". وبالمفهوم العكسي، وحسب الفصل الخامس من نفس القانون، يُفهم من عبارة "في المغرب"، مجموع التراب المغربي والمياه الإقليمية والسفن والطائرات ذات الجنسية المغربية.
- وفي المقابل، هل يمكن اعتبار الشخص المولود خارج المغرب من أبوين مجهولين شخصا أجنبيا؟ فبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون دخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة<sup>2</sup>، والتي تُعرف الأجنبي بأنه: "الأشخاص الذي لا يتوفرون على الجنسية المغربية أو الذين ليست لهم جنسية معروفة أو الذين تعذر تحديد جنسيتهم"، يمكن استنتاج أن الشخص المولود خارج المغرب من أبوين مجهولين يُعد شخصا أجنبيا وبالتالي لا يحوز الجنسية المغربية، والحجة في ذلك ما يلي:

<sup>1</sup> - محمد المهدي، دور مؤسسة الكفالة في تعزيز هوية الطفل على مستوى الجنسية، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 5 لسنة 2015، ص 225.

<sup>2</sup> - القانون رقم 02-03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-03-196 بتاريخ 11 نونبر 2003، منشور بالجريدة الرسمية المغربية عدد 5160 بتاريخ 13 نونبر 2003، ص 3817.

- أن الجنسية المغربية تسند إما عن طريق الرابطة الترابية، وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار هذا الشخص مغرباً لزيادة خارج التراب المغربي. أما إذا ولد بالمغرب، فإنه لا يحتاج إلى كافل حتى يكتسب الجنسية المغربية، لأنها ستسند إليه بناء على حق الإقليم، على أساس أنها جنسية أصلية وليست مكتسبة.

- أن الجنسية تسند أيضاً عن طريق الانتساب إلى أصل مغربي، سواء كان أباً أو أما، وهو ما لا يتحقق بسبب جهالة الأبوة والأمومة، وهي جهالة واقعية وقانونية على السواء. فمن جهل نسبه جهلت جنسيته بالتبعية.

كما اشترط المشرع المغربي أن يكون المرشح لاكتساب الصفة المغربية قاصراً، أي أن لا يكون بالغاً لسن الرشد القانوني وهو 18 سنة، سواء وفق مقتضيات المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"، أو وفق مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل الرابع من قانون الجنسية المغربي الذي ينص بدوره على أنه: "يعتبر راشداً في مفهوم هذا القانون كل شخص بلغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة"، أو وفق مقتضيات الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين التي تنص على أنه: "يعتبر مهملاً الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة...".

وهنا تطرح إشكالية أخرى تتعلق هذه المرة بتحديد القانون المطبق على أهلية الشخص، هل سيطبق القانون قاضي المغربي المعروف عليه ملف إسناد الكفالة أم قانون الدولة التي وُلد فيها القاصر المهمل؟ فبالرجوع إلى ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب<sup>1</sup>، نجد أنه لم يرد أي قاعدة إسناد صريحة بشأن القانون الواجب التطبيق في مجال الكفالة، ونفس الشيء بالنسبة لقانون كفالة الأطفال المهملين رغم أنه منح للأجنبي حق التكفل بالطفل المهمل.

لذا وجب الرجوع إلى مقتضيات الفصل الثالث من ظهير 12 غشت 1913 (ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب) الذي ينص على أنه: "تخضع حالة الفرنسيين والأجانب الشخصية وأهليتهم لقانونهم الوطني". وبما أن الكفالة تدخل ضمن موضوعات الأحوال الشخصية، فإنه يمكن اعتماد القاعدة المذكورة قياساً على باقي موضوعات الأحوال الشخصية كالنسب مثلاً. ومن جهة أخرى، فإن الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود المغربي ينص على أنه: "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية. وكل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية غير ذلك".

وعطفاً على ما سبق، اشترط المشرع المغربي أن يكون المكفول الأجنبي منحدراً من أبوين مجهولين. وهذا يعني أن الأمر يتعلق فقط بالحالة الأولى من حالات الطفل المهمل التي سبق الإشارة إليها سابقاً والتي نص عليها قانون كفالة الأطفال المهملين بالتفصيل في المادة الأولى منه. أما الحالات الأخرى فغير معنية، وهو ما يثير التساؤل

<sup>1</sup> - ظهير شريف في شأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، منشور بالجريدة الرسمية المغربية عدد 46 بتاريخ 12 شتنبر 1913، ص 77 (باللغة الفرنسية).

حول الحكمة من اقتصار المشرع على هذه الحالة فقط. ولعل الدافع من ذلك هو رغبة المشرع المغربي في عدم حرمان المولود في المغرب من أبوين مجهولين من حقه في حيازة الجنسية المغربية وضمان عدم بقاءه دون جنسية. أما المولود خارج المغرب من أبوين مجهولين فمن دون شك ستكون له جنسية ثابتة بناء على حق الإقليم الذي ولد أو وجد فيه، علما أن جُل الدول تأخذ بهذا الحق، ولعل هذا ما يدفع إلى القول بأن اقتصار المشرع على الحالة المذكورة فيه نظر.

د- أن تزيد مدة الكفالة عن خمس سنوات

من أجل نقل الجنسية المغربية من الكافل المغربي إلى المكفول الأجنبي، اشترط المشرع المغربي على الكافل أن لا تقل مدة كفالته للطفل عن خمس سنوات. وهنا لم يحدد المشرع المغربي كيفية احتساب هذه المدة، ولكن بالرجوع إلى قانون كفالة الأطفال المهملين، نجد المادة 18 منه تنص على أنه: "ينفذ الأمر الصادر بالكفالة من طرف المحكمة الابتدائية التابع لها القاضي المصدر لأمر الكفالة داخل أجل خمسة عشرة يوما من تاريخ صدوره". فالمشرع المغربي لم يجعل تاريخ إصدار الأمر بإسناد الكفالة هو تاريخ بداية الآثار القانونية للكفالة، بل ترك المجال مفتوحا نسبيا على أن لا يتعدى الأجل 15 يوما تحتسب من تاريخ صدور الأمر بإسناد الكفالة من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

ويبدو أن الدافع من تحديد مدة الخمس سنوات على الأقل المنصوص عليها أعلاه، يكمن في رغبة المشرع المغربي في توحيد مختلف الأجال التي يشترطها لاكتساب الجنسية المغربية. وهكذا، فالمرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي، يمكن أن تتقدم بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتهما معا في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة. كما يشترط المشرع الإقامة الاعتيادية والمنتظمة بالمغرب خلال السنوات الخمس السابقة على طلب تقديم طلب التجنيس بالجنسية المغربية، كما يخضع الأجنبي المتجنس طيلة خمس سنوات للقيود في الأهلية. بالإضافة إلى ذلك، نص قانون الجنسية المغربية على أنه لا يمكن التجريد من الجنسية إلا داخل أجل خمس سنوات من تاريخ صدور الحكم.

ه- أن يقدم الكافل تصريحا لمنح الجنسية لمكفوله

اشترط المشرع المغربي انقضاء مدة خمس سنوات من الكفالة المنصوص عليها سابقا، كي يتمكن الكافل المغربي أن يقدم تصريحا لمنح المكفول الأجنبي الجنسية المغربية. غير أن المشرع لم يحدد المسطرة الواجب اتباعها من طرف الكافل لتقديم هذا التصريح. هنا يتعلق الأمر بالضبط بضرورة تحديد طبيعة هذا التصريح، والجهة التي ستلقى هذا التصريح، والوجهة التي سيرفع إليها؛ في حين اكتفى المشرع بالإحالة إلى الفصلين 26 و27 من نفس القانون والمتعلقة بمآل الطلبات والتصريحات وكذا بأجل البت في التصريح.

وعلى مستوى الفقه، فالتصريح شأنه شأن الطلب، يُعتبر إجراء إداريا يُعَبَّرُ من خلاله الشخص في استعمال حق خوله له القانون، في حالة توفر بعض الشروط، فهو إجراء منتج بحد ذاته للأثار القانونية<sup>1</sup>؛ وهما صورة من صور التعبير الإرادي عن الدخول في الجنسية المغربية، بوصفها جنسية مكتسبة، أو عن الخروج منها. وإذا كانت الطلبات تتشابه مع التصريحات في بعض النواحي، فإنها تختلف عنها في زوايا أخرى نعرض لها فيما يلي:

- يتشابه الطلب مع التصريح، في أن كل منهما يُشكّل تعبيراً عن رغبة الشخص في الانتماء إلى الجنسية المغربية أو الانسلاخ عنها.

- يتشابه الطلب مع التصريح، في أن كل منهما يُشكّل ملف يتكون من مجموعة من الوثائق والشهادات، ويتعين توجيهها، إما عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتسلم، أو عن طريق الممثلين الدبلوماسيين والقنصليين المغاربة الموجودين بالخارج أو تسليمه بصفة شخصية.

- يختلف التصريح عن الطلب، في كون الأول يُعبر عن رغبة الشخص في استعمال حق خوله إياه القانون، وهو منتج بحد ذاته للأثار القانونية؛ في حين أن الثاني، لا ينتج بحد ذاته أي حق، بل لا بد من مقرر إداري يُعتبر هو المنشئ للحق المطلوب.

- يختلف التصريح عن الطلب في محلها، إذ يهدف التصريح إلى التماس الدخول في الجنسية المغربية عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به، عن طريق الكفالة والزواج المختلط، في حين يهدف الطلب إلى التماس الدخول في الجنسية المغربية عن طريق التجنيس والاسترجاع.

- يختلف التصريح عن الطلب، في مصيرهما بعد البت في شأنهما من طرف وزير العدل، فإذا كانت الشروط القانونية متوفرة في التصريح أو الطلب، فإن وزير العدل يبلغ للمعني بالأمر بموجب مقرر برفض الطلب أو التعرض على التصريح.

- يختلف التصريح عن الطلب، في مسألة تاريخ الإيداع، فهذا التاريخ يكتسب أهمية في مسطرة التصريح، سواء تعلق الأمر ببدء سريان أجل السنة لإبداء وزير العدل موافقته، أو لبدء أجل التقادم لدعوى الطعن في صحة التصريح. في حين أن هذا التاريخ لا أهمية له في مسطرة الطلب، لأن هذا الأخير لا يرتب أي مفعول رجعي، ولا تخضع القرارات الصادرة بشأنه إلى أي أجل.

أما بخصوص الجهة التي ستتلقى هذا التصريح والوجهة التي سيرفع إليها، فحسب دورية وزير العدل عدد 42873/2 الصادرة بتاريخ 1988/12/28، فإن ملفات الطلبات والتصريحات المتعلقة بالجنسية التي تم تهيئتها، يجب أن توجه إلى مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل، داخل أجل لا يتعدى شهراً من تاريخ إيداع التصريح

1 - Émile SZLECHTER. "Les options légales de nationalité en droit français", imprimerie régionale, Toulouse, 1942, p 62.

أو الطلب بمصالح النيابة العامة بمحكمة الاستئناف مرفقا بقائمة الوثائق والمستندات التي يشمل عليها. فإلى وزير العدل توجه التصريحات الرامية إلى اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

وحيث إن المشرع لا يشترط هنا الإقامة بالمغرب، بحيث يمكن أن يكون الكافل قاطنا بالخارج، ففي هذه الحالة يُسمح لهذا الأخير بصورة استثنائية، توجهها عن طريق ممثلي المغرب الدبلوماسيين والقنصليين، وهؤلاء يوجهون بدورهم التصريح إلى السيد وزير العدل.

ومن جهة أخرى، فتقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، وإن احترمت كافة الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة، إلا أن كلمة الفصل فيه تعود لوزير العدل للبت في مآله، إذ اشترط المشرع المغربي عدم معارضته على هذا التصريح.

#### و- عدم معارضة وزير العدل على التصريح

قام المشرع المغربي بإدراج الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربي، والذي يُعد الاطار المرجعي الذي ينظم كيفية اكتساب الصفة المغربية عن طريق الكفالة، في القسم الأول من الباب الثالث المُعنون باكتساب الجنسية بحكم القانون. وهكذا توجي عبارة "الاكتساب بحكم القانون" لأول وهلة أنه توجد حالات يعينها القانون ويحدد شروطها، وأنه إذا توافرت هذه الشروط في شخص ما، اعتبر تلقائيا مكتسبا للجنسية المغربية، دون ما حاجة إلى إبداء موافقته على هذا الاكتساب ودون أن يكون من أي حق أحد أن يعارض فيه<sup>1</sup>.

وخلافا لذلك، لم يتبنى قانون الجنسية المغربي هذا المفهوم لعبارة "بحكم القانون"، إذ حدد مختلف الحالات التي يقع فيها هذا الاكتساب، وحدد شروطه، ولكن علاوة على ذلك أضاف من جهة، صدور تصريح صريح من طرف المعني بالأمر يُعبر فيه عن رغبته في اكتساب الجنسية المغربية، ومن جهة أخرى منح وزير العدل الحق في التعرض على هذا التصريح بموجب مقرر يبلغ إلى المعني بالأمر.

ومن هذا المنطلق، اشترط المشرع المغربي عدم معارضة وزير العدل على تصريح الكافل المغربي لمنح الجنسية المغربية لمكفوله الأجنبي. وهكذا فالمشرع المغربي لم يُعطي للتصريح قوة مطلقة، بل قيده بحق وزير العدل في التعرض مما يجعله مجردا من إنتاج الأثر القانوني المنشود، باستثناء حالة واحدة (الفقرة الثالثة من الفصل 18)، وهي حالة التخلي عن الجنسية المغربية من طرف القاصر، الذي كان عمره يزيد على 16 سنة حين اكتساب أبيه للجنسية المغربية بالتجنس، إذ لا يمكن في هذه الحالة لوزير العدل أن يتعرض على التصريح بالتخلي عن الجنسية المغربية.

<sup>1</sup> - موسى عبود، المرجع السابق، ص 64.

وعليه، فتقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، وإن احترمت كافة الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة، إلا أن كلمة الفصل فيه تعود لوزير العدل للبت في مآله، إما بالقبول أو عدم القبول أو التعرض.

وهكذا يتم قبول التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة إذا توافرت جميع الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة في التصريح مع عدم تعرض وزير العدل عليه، ففي هذه الحالة، يكون قبول التصريح صريحاً بموجب مقرر الموافقة. ويتم الإعلان بعدم قبول التصريح من طرف وزير العدل في الحالة التي تكون فيها الشروط القانونية الشكلية أو الموضوعية غير متوافرة في هذا التصريح. والقرار بعدم القبول ليس مجرد تعبير عن موقف السلطة الإدارية، بل هو تطبيق موضوعي للقواعد القانونية الناظمة للجنسية، حيث تكون السلطة التقديرية للإدارة في هذه الحالة مقيدة ولا مجال لإعمالها.

إلا أنه وبالرغم من توافر الشروط القانونية الشكلية والموضوعية، فإن وزير العدل يُمكنه أن يُصدر قراراً بالتعرض على التصريح أو أن يلجأ إلى السكوت الإداري والانكفاف عن الرد. ويُعد عدم البت داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ ثبوت التصريح بمثابة معارضة. وفي هذا الإطار، تنص الفقرة الثانية من الفصل 26 من قانون الجنسية المغربي على أنه: "وإذا كانت الشروط القانونية متوفرة فإن وزير العدل يمكنه بموجب مقرر يبلغ للمعني بالأمر أن يرفض الطلب أو يتعرض على التصريح في الأحوال التي يعترف فيها للوزير المذكور بالحق في ذلك". وفي هذه الحالة، لا يشترط أن يكون التعرض معللاً، وبالتالي لا يجوز أن يكون محل طعن بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة، على اعتبار أن الوزير اتخذ قراره استناداً إلى ما يتوفر عليه من سلطة تقديرية في هذا الشأن.

ولأن مسألة تقديم الكافل المغربي لتصبح لاكتساب مكفوله الأجنبي الجنسية المغربية تُعد حقاً من الحقوق المكفولة بمقتضى تشريع الجنسية ومسألة جوازية ممارستها الكافل بكل حرية، فإن من شأن عدم ممارسته لهذا الحق أن يلحق ضرراً نفسياً بمكفوله الأجنبي، خاصة إذا رغب هذا الأخير في حيازة الصفة المغربية. ومن هذا المنطلق، وحفاظاً لحق الطفل المكفول في اكتساب جنسية كافله، سمح المشرع المغربي أن يتولى المكفول، بنفسه وبمبادرة منه، تقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية مع احترام مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية.

#### الفقرة الثانية: إسناد الجنسية المغربية بمبادرة من المكفول

من المعلوم أن حيازة الجنسية المغربية عن طريق الكفالة يستلزم توافق إرادتين، الأولى مرتبطة بإرادة الكافل المغربي في التقدم بتصريح إلى وزير العدل يلتمس من خلاله نقل الجنسية المغربية إلى مكفوله الأجنبي مع استيفاء جميع الشروط الشكلية والجوهرية المحددة في قانون الجنسية المغربي، أما الثانية فمرتبطة بإرادة السلطة الإدارية المختصة بالبت في مصير التصريحات والطلبات الرامية إلى الدخول أو الخروج من الجنسية المغربية، متمثلة في شخص وزير العدل.

ولأن مسألة تقديم الكافل المغربي لتصريح لاكتساب مكفوله الأجنبي الجنسية المغربية تُعد حقا من الحقوق المضمونة بمقتضى قانون الجنسية ومسألة جوازية ممارستها الكافل بكل حرية، بحيث يمكن أن يباشرها أو أن يمتنع عنها؛ الأمر الذي يمكن أن يترتب عليه ضرار معنويا بالنسبة لمكفوله، خاصة في حالة ما إذا لم يتقدم الكافل بالتصريح لاكتساب مكفوله الجنسية المغربية، ورغب هذا الأخير في اكتسابها. ففي هذه الحالة، يجوز للطفل الأجنبي المتكفل به أن يتقدم أصالة عن نفسه، بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، مع احترام مجموعة من المواصفات المحددة في تشريع الجنسية المغربية.

وفي هذا السياق، نص البند الثاني من الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربية على أنه: "غير أنه يمكن للمكفول الذي توافرت فيه الشروط المذكورة أعلاه، والذي لم يتقدم كافله بتصريح بعد مرور خمس سنوات على الكفالة، أن يقدم بصفة شخصية تصريحاً للحصول على الجنسية المغربية خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد، وذلك مع مراعاة حق وزير العدل في المعارضة طبقاً للفصلين المذكورين أعلاه". وهكذا، بين البند المشار إليه أعلاه، أن المكفول الأجنبي من طرف كافل مغربي، يجوز له تقديم تصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة وبمبادرة منه، مع احترام مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية نوردها كالتالي:

أ- أن تتوافر في المكفول الشروط المذكورة في البند الأول المذكورة أعلاه.

لقد اشترط المشرع المغربي مجموعة من المواصفات والخصائص الواجب توافرها على المكفول المرشح لاكتساب الجنسية عن طريق الكفالة، وهي للتذكير، أن يكون المكفول الأجنبي قد ولد خارج المغرب، لأن المولود داخل التراب الوطني يعتبر بحكم الرابطة الترابية مغربياً، فهو يتمتع إذن بالجنسية المغربية الأصلية إذا كان لقيطاً أو مجهول الأبوين. كما يجب أن يكون المكفول مجهول الأبوين، ويستوي الأمر أن تكون تلك الجهالة قانونية أو واقعية، فالأمر سيان، إذ المقصود، كما أشرنا إلى ذلك سلفاً، هو حماية الأبناء الطبيعيين، واللقطاء والمهجورين والمهملين والمتخلى عنهم، تفادياً لبقائهم عديمي الجنسية.

ب- عدم تقديم الكافل المغربي بتصريح لاكتساب الجنسية بعد مرور خمس سنوات على الكفالة.

إن تقديم المكفول الأجنبي التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، أصالة عن نفسه وبمبادرة منه، مشروط بعدم تقديم كافله المغربي لذات التصريح بعد انقضاء مدة خمس سنوات على الكفالة. إن امتناع الكافل المغربي عن تقديم التصريح لاكتساب الصفة الوطنية نيابة عن مكفوله الأجنبي يمكن تفسيره، إما بعدم رغبته في إسناد مكفوله الجنسية المغربية بصفة قطعية، وإما بعدم معارضته مبدئياً في هذا الاكتساب، ولكن في الوقت الذي يراه مناسباً.

كيفما كان التفسير المُقدم لفهم سبب امتناع تقديم التصريح من طرف الكافل، فإن اشتراط عدم تقديم الكافل بتصريح لحيازة الجنسية المغربية بعد مرور خمس سنوات على الأقل على الكفالة، يطرح عدة إشكاليات على المستوى العملي، لم يتطرق إليها المشرع المغربي في صلب قانون الجنسية. وفي هذا الصدد، تثار تساؤلات عديدة من قبيل: كيف يمكن أن يثبت المكفول الأجنبي أن كافله لم يتقدم بذلك التصريح؟ وعلى من يقع عبء الإثبات، هل على الكافل أم المكفول أم السلطة الوزارية المكلفة بالعدل؟ ثم هل يحق للكافل المغربي أن يعترض على مبادرة مكفوله بالتقدم بالتصريح أصالة عن نفسه لاكتساب الجنسية المغربية؟ وفي حالة الموافقة الصريحة على التصريح، هل يجوز للكافل المغربي الطعن في صحة هذا التصريح؟ وما دور مؤسسة النيابة في ذلك؟

وعليه، فالصعوبات التي يطرحها مضمون البند الثاني المشار إليه سلفا، يمكن معالجتها إما بالرجوع إلى باقي فصول قانون الجنسية، أو بالاستناد إلى القواعد والمبادئ العامة المقررة في فقه الجنسية. فبالنسبة لكيفية إثبات إيداع أو عدم إيداع الكافل المغربي للتصريح باكتساب الجنسية المغربية، فيمكن للمكفول طلب شهادة من وزارة العدل تفيد عدم إيداع كافله للتصريح باكتساب الجنسية المغربية، ففي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على السلطة المكلفة بالعدل التي تدعي خلاف الظاهر. فهذه الأخيرة تحتكر مجموعة من الوثائق الإثباتية في مسائل الجنسية، والتي تعتبر قرائن مهمة تعفي صاحبها من الإثبات ونقل عبئه إلى الخصم الآخر<sup>1</sup>، ومنها على سبيل المثال، شهادة الجنسية، نظير الظهير الشريف أو المرسوم في حالة إثبات الجنسية المكتسبة، شهادة تثبت أن التصريح بالتخلي عن الجنسية المغربية قد وقع بصورة قانونية (الفقرة الثالثة من الفصل 34). وهكذا يسري في مسألة إثبات الجنسية المبدأ العام المعمول به في ميدان الإثبات والذي بمقتضاه يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الظاهر<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لإمكانية اعتراض الكافل المغربي عن مبادرة مكفوله الأجنبي في شأن تقديم تصريح لاكتساب الجنسية المغربية، فصياغة البند الثاني من الفقرة الثانية من الفصل التاسع من قانون الجنسية المغربي توجي بأن ممارسة هذا الاعتراض غير ممكن، والدليل على هذا أن المشرع المغربي اشترط فقط مرور مدة خمس سنوات على الكفالة ولم يقرن ذلك باشتراط أن تكون الكفالة قائمة (أي أن الكفالة غير منتهية) أثناء تقديم المكفول لذلك التصريح أصالة عن نفسه. ولو انصرف نية المشرع لذلك، لنصَّ على هذا الشرط بطريقة صريحة كما فعل في حالة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج، حيث اشترط على المرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتهما معا بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن تتقدم أثناء قيام العلاقة الزوجية إلى وزير العدل بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية (الفقرة الأولى من الفصل 10 من قانون الجنسية المغربي).

<sup>1</sup> - مصطفى سدي، دور القرائن في إثبات الجنسية المغربية، مجلة القضاء المدني، عدد 18/17 لسنة 2018، ص 86.

<sup>2</sup> - مصطفى سدي، إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة القانون المدني، عدد 6/5 لسنة 2019، ص 102.

والجدير بالذكر أن المشرع المغربي قد نص في قانون كفالة الأطفال المهملين (المادة 25) على مختلف أسباب انتهاء الكفالة، ومن بينها: بلوغ المكفول سن الرشد القانوني، موت المكفول، موت الكافل، فقدان الكافل للأهلية القانونية، إلغاء الكفالة بأمر قضائي أو تنازل الكافل عن الكفالة.

أما في الحالة الموافقة على التصريح بصورة صريحة، فيمكن للكافل المغربي الطعن في صحة ذلك التصريح لدى المحكمة الابتدائية، كما يجوز لمؤسسة النيابة العامة أو لكل شخص يهيمه الأمر ممارسة ذات الطعن، وفي هذه الحالة يجب تدخل جهاز النيابة العامة وفق مقتضيات الفصل 28 من قانون الجنسية المغربي والمتعلق بالطعن في التصريح، وكذا وفق مقتضيات الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية والمتعلق بالدعوى التي يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة. وحق الادعاء بالطعن في صحة التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، يتقدم بمرور خمس سنوات ابتداء من ثبوت تاريخ التصريح.

ج- أن يتقدم المكفول بالتصريح خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد القانوني.

اشتراط المشرع المغربي في قانون الجنسية أن يتقدم المكفول بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد القانوني. فعبارة "خلال السنتين السابقتين لبلوغه سن الرشد القانوني" تفيد أن المكفول يُعد قاصراً استناداً إلى مقتضيات المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"، وكذا وفق مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل الرابع من قانون الجنسية المغربي الذي ينص بدوره على أنه: "يعتبر راشداً في مفهوم هذا القانون كل شخص بلغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة"، أو وفق مقتضيات الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون كفالة الأطفال المهملين التي تنص على أنه: "يعتبر مهملاً الطفل من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنه ثمان عشرة سنة شمسية كاملة...".

وهنا تطرح إشكالية قانونية مرتبطة بمدى صحة ومشروعية هذا التصريح علماً أن هذا الأخير تقدم به شخص قاصر وناقص أهلية الأداء استناداً إلى مضمون المادة 213 من مدونة الأسرة المشار إليها سلفاً. فكيف سمح المشرع لشخص قاصر أجنبي لم يبلغ سن الرشد القانوني وناقص الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته، أن يتقدم بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية، علماً أن هذه الأخيرة مرتبطة بالسيادة الوطنية ومن صميمها؟.

فقد كان على المشرع أن ينص على إمكانية التقدم بالتصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة وبمبادرة من المكفول، خلال السنتين الموالتين لبلوغ المكفول لسن الرشد القانوني، وليس خلال السنتين السابقتين؛ أو أن يتم التقدم بهذا التصريح خلال السنتين السابقتين لبلوغ المكفول الأجنبي لسن الرشد، ولكن بمبادرة طرف الكافل المغربي ونيابة عن مكفوله القاصر. فما المانع من تبني هذين الحلين علماً أن المشرع المغربي قد نص عليهما في ذات القانون (قانون الجنسية)، ولكن في حالات أخرى.

وهكذا نص المشرع المغربي على إمكانية التقدم بتصريح لاحتفاظ مولود من زواج مختلط بجنسية أحد أبويه شريطة أن يقع هذا التصريح ما بين السنة الثامنة عشرة والعشرين من عمره (البند الأول من الفقرة الخامسة من الفصل 19 من قانون الجنسية المغربي). كما يمكن لأم المولود من زواج مختلط، نيابة عن ابنها القاصر، أن تتقدم بتصريح تعبر فيها عن رغبتها في احتفاظ ابنها بجنسية أحد أبويه (البند الثاني من الفقرة الخامسة من الفصل 19). ويحق لهذا الابن المولود من زواج مختلط، العدول عما صرحت به أمه بخصوص الاحتفاظ بجنسية أحد أبويه، بواسطة تصريح يقدمه إلى وزير العدل وذلك ما بين الثامنة عشرة والعشرين من عمره (البند الثالث من الفقرة الخامسة من الفصل 19).

وعلى العموم، فانكفاف المكفول الأجنبي عن تقديم التصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة خلال السنتين لبلوغه سن الرشد، يسقط حقه في اكتساب الصفة الوطنية على أساس الكفالة، لأن عدم التزامه بالفترة المحددة له، يوحي بأنه زاهد في هذه الجنسية. وبالرغم من ذلك، فباب حيازة الصفة المغربية لا يزال مفتوحا في وجه المعني بالأمر، ولكن ليس على أساس الكفالة، وإنما على أساس التجنيس، باعتباره مصدرا من مصادر حيازة الجنسية المغربية، وطريقة مفتوحة في وجه عموم الأجانب مع احترام الشرط المطلوبة في الفصل 11 من قانون الجنسية المغربي.

د- أن يتقدم المكفول بصفة شخصية التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة. اشترط المشرع المغربي على المكفول الأجنبي القاصر أن يتقدم هذا الأخير بصفة شخصية للتصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، فمسطرة الاكتساب إذن مسطرة شخصية غير قابلة للإبادة أو التوكيل. وبناء عليه، يعتبر هذا الشرط مجرد حشو قانوني ليس إلا، إذ من غير المتصور قانونا أو واقعا أن يباشر شخصا آخر غير المكفول القاصر بنفسه، إجراءات تقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية. فمن الناحية القانونية، القاصر لا يمكنه مباشرة مسطرة إنابة أو توكيل غيره بسبب نقصان أهليته، وفقا لمقتضيات المادة 213 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: "يعتبر ناقص أهلية الأداء:

- 1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد؛
- 2- السفية؛
- 3- المعتوه."

أما من الناحية الواقعية، فهذا الشرط يُعد تحصيل حاصل، فالمكفول الأجنبي القاصر لم يُباشر مسطرة التقدم بالتصريح لاكتساب الجنسية المغربية أصالة عن نفسه، إلا بعد معرفته وتيقنه من موقف كافله السلبي تجاه مسألة نقل الجنسية المغربية إليه. ولهذه الأسباب، فمسطرة تقديم التصريح لاكتساب الصفة المغربية بمبادرة من المكفول، مسطرة شخصية يمارسها المهني بالأمر بنفسه، فهي غير قابلة للتوكيل أو الإبادة.

ه- عدم معارضة وزير العدل على التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

على غرار اشتراط المشرع المغربي عدم معارضة وزير العدل على تصريح الكافل المغربي لاكتساب مكفوله الأجنبي الجنسية المغربية، فقد اشترط كذلك عدم معارضة وزير العدل على تصريح المكفول الأجنبي الرامي إلى حيازة الجنسية المغربية، والذي تقدم به بصفة شخصية وبمبادرة منه وأصاله عن نفسه. وهكذا فالمشرع المغربي لم يُعطِ للتصريح الصادر عن المكفول الأجنبي قوة مطلقة، بل قيده بحق وزير العدل في التعرض، مما يجعله مجردا من إنتاج الأثر القانوني المنشود، على خلاف حالة تخلي القاصر عن الجنسية المغربية، والذي كان عمره يزيد على 16 سنة حين اكتساب أبيه للجنسية المغربية بالتجنس، إذ لا يمكن في هذه الحالة لوزير العدل ممارسة حق التعرض على التصريح بالتخلي عن الجنسية المغربية (الفقرة الثالثة من الفصل 18).

ونتيجة لذلك، فتقديم التصريح باكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، بمبادرة من المكفول وأصاله عن نفسه، وإن احترم كافة الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة، إلا أن كلمة الفصل فيه تعود لوزير العدل للبت في مآله، إما بالقبول أو عدم القبول أو التعرض. وهكذا يتم قبول تصريح المكفول الأجنبي إذا توافرت فيه جميع الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة في التصريح مع عدم تعرض وزير العدل عليه. ويتم الإعلان بعدم قبول التصريح من طرف وزير العدل في الحالة التي تكون فيها الشروط القانونية الشكلية أو الموضوعية غير متوافرة فيه.

إلا أنه وبالرغم من توافر الشروط القانونية الشكلية والموضوعية، فإن وزير العدل يُمكنه أن يُصدر قرار بالتعرض على التصريح أو أن يلجأ إلى أسلوب السكوت الإداري. ويُعد عدم البت داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ ثبوت التصريح بمثابة معارضة، استنادا إلى مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 26 من قانون الجنسية المغربي التي تنص على أنه: "وإذا كانت الشروط القانونية متوفرة فإن وزير العدل يمكنه بموجب مقرر يبلغ للمعني بالأمر أن يرفض الطلب أو يتعرض على التصريح في الأحوال التي يعترف فيها للوزير المذكور بالحق في ذلك".

ونافذة القول، أن وزير العدل يمتلك سلطة تقديرية واسعة في ممارسة حق المعارضة ضد أي تصريح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، سواء كان هذا التصريح صادر عن الكافل المغربي أو المكفول الأجنبي، وذلك في إطار الفصلين 26 و 27 من قانون الجنسية المغربي، وهو طعن ذو طبيعة إدارية. كما يحق لمؤسسة النيابة العامة أو أي شخص يهيمه الأمر الطعن لدى المحكمة الابتدائية في صحة تصريح سبق الموافقة عليه بصورة صريحة، وهذا الطعن ذو طبيعة قضائية. وهنا تثار إشكالية قانونية تتعلق هذه المرة بمدى إمكانية تقديم تصريح لاكتساب الجنسية عن طريق الكفالة بواسطة المكفول نفسه، علما أن كافله المغربي قد سبق له تقديم ذات التصريح وكان مصيره التعرض من طرف وزير العدل؟

يمكن القول أن السلطة الحكومية المكلفة بالعدل ممثلة في شخص الوزير، يتعين عليها البت في التصريحين بصفة مستقلة، أي بدون أن يتأثر أو يربط مآل التصريح المقدم من طرف المكفول بمصير التصريح المقدم من

طرف الكافل. فالمشرع المغربي قد أفرد الشروط الواجب توافرها على التصريح المقدم من طرف الكافل المغربي لاكتساب مكفوله الجنسية المغربية، وميزها عن الشروط الواجب توافرها على التصريح المقدم من طرف المكفول الأجنبي، مما يوحي بانصراف نية المشرع المغربي عن تمييز المركزين القانونيين لكل من الكافل والمكفول في شأن حيازة الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

وعلى المستوى القضائي، وعلى افتراض وجود منازعة قضائية في شأن معارضة وزير العدل على التصريح، لا يمكن للقاضي المعروض عليه النزاع الدفع بسبق الفصل في النزاع، استنادا إلى مقتضيات الفصل 43 من قانون الجنسية المغربي والمعنون "بقوة الشيء المقضي به"، لأن ذلك متعلق بتوافر ثلاث شروط وهي: اتحاد الخصوم واتحاد المحل واتحاد السبب، وهذا ما نص عليه الفصل 451 من قانون الالتزامات والعقود المغربي:

"قوة الشيء المقضي لا تثبت إلا لمنطوق الحكم، ولا تقوم إلا بالنسبة إلى ما جاء فيه أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له، ويلزم:

1- أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه؛

2- أن تؤسس الدعوى على نفس السبب؛

3- أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة".

والجدير بالذكر أن الدفع أو التمسك بحجية أو قوة الأمر المقضي لا يثبت إلا إذا اجتمعت هذه العناصر الثلاثة، وإن تخلف أحدها، اعتبرت الدعوى المرفوعة دعوى مغايرة للدعوى التي سبق الفصل فيها وكان الدفع غير مُجَدِّ فيها. وهذا ما أكدته المجلس الأعلى سابقا حينما صرح: "الدفع بسبق الفصل في الموضوع لا يكون مقبولا إلا إذا توافرت فيه شروط الشيء المقضي به وهي: اتحاد الأطراف والموضوع والسبب"<sup>1</sup>. وبناء على ما سبق، فإن القاضي المعروض عليه المنازعة في شأن الطعن في قرار وزير العدل الصريح أو الضمني، سينظر في الدعوى المقدمة من طرف المكفول الأجنبي استقلالا عن الدعوى المقدمة من طرف الكافل المغربي، نظرا لاختلاف المركز القانوني للكافل والمكفول في قانون الجنسية المغربية.

والجدير بالذكر أن المنازعة ضد قرار وزير العدل في شأن معارضته للتصريح لاكتساب الجنسية المغربية، والتي سبق التطرق إليها أعلاه، تبقى مسألة نظرية وحالة يصعب أن تجد طريقها إلى القضاء لسببين: أولهما ذو طبيعة قانونية مرتبط بانعدام أهلية المكفول القاصر للتقاضي، استنادا إلى أحكام الفقرة الأولى من الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أنه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة لإثبات حقوقه". أما السبب الثاني فهو ذو طبيعة معنوية، فالمكفول الأجنبي القاصر، في هذه المرحلة العمرية الطفولية المبكرة، لا تزال مشاعر الولاء وحب الوطن، والرغبة في الاستقرار والاندماج بالمجتمع المغربي، والانتساب إلى

<sup>1</sup> - قرار مدني صادر عن محكمة النقض المغربية عدد 6، ملف شرعي رقم 80-552، صادر بتاريخ 06 يناير 1981، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 27، بتاريخ 06 غشت 1981، ص 98.

الأمة والهوية المغربية، غير مرسخة لديه في شخصيته، علما أنه وُلد وترعرع في بيئة اجتماعية أجنبية وغريبة عن تقاليد وأعراف المجتمع المغربي.

وختاما، فالشروط الموضوعية المتطلبة سواء من طرف الكافل أو المكفول لحيازة الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، تبقى غير كافية على اعتبار أنها ليست مقرونة بشرط أساسي لا غنى عنه، وهو شرط الإقامة في المغرب مدة زمنية معينة، وبشكل خاص قبل وأثناء تقديم التصريح، وإلا كانت الكفالة لغوا لا معنى له إذا لم تكن مصحوبة بالإقامة والاستقرار في المجتمع المغربي. وعلى مستوى العمل القضائي، جاء في تصدير قرار محكمة النقض ما يلي: "الإقامة الاعتيادية بالمغرب لا يعتبر شرطا من شروط الكفالة طبقا للمادة 9 من قانون 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين"<sup>1</sup>.

فما هي الحكمة من إقصاء المشرع المغربي لشرط الإقامة بالمغرب لاكتساب الجنسية عن طريق الكفالة، علما أنه استلزم توافر هذا الشرط في الحالات الأخرى الخاصة باكتساب الجنسية المغربية، ومنها حالة الاكتساب عن طريق الزواج المختلط، إذ اشترط المشرع على المرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتهما معا في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة، أن تتقدم بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية (الفصل 10 من قانون الجنسية).

نفس الشرط استلزمه المشرع في حالة الاكتساب عن طريق التجنيس، إذ ألزم الأجنبي على الإقامة الاعتيادية والمنتظمة في المغرب خلال السنوات الخمس السابقة على تقديم طلب التجنيس (الفصل 11 منه)، وكذا في حالة الاكتساب عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به، حيث يكتسب الجنسية المغربية كل ولد مولود في المغرب من أبوين أجنبيين مولودين هما أيضا فيه بشرط أن تكون له إقامة اعتيادية ومنتظمة بالمغرب (الفصل 9 منه).

وإجمالا، فإذا ثبت حق المكفول في حيازة الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، سواء بمبادرة من الكافل المغربي أو المكفول الأجنبي، في تشريع الجنسية المغربي، فإن هذه الجنسية المكتسبة يمكن أن تزول عن اكتسابها، وذلك بشكل إرادي وهو ما يطلق عليه في التشريع المغربي "بالفقد"، أو بشكل لا إرادي ويتعلق الأمر بالسحب والتجريد. وفي هذا الصدد، يُثار التساؤل المرتبط بمدى إمكانية زوال الجنسية المغربية عن المكفول المغربي بناء على إرادته أو بضدها؟

من المعلوم أن المشرع المغربي قد أورد في الفصل 19 من قانون الجنسية، على سبيل الحصر، مختلف حالات الفقد. وعند تأمل هذه الحالات للنظر في إمكانية السماح للمكفول بالتخلي عن الجنسية المغربية، نجد أن

<sup>1</sup> - قرار مدني صادر عن محكمة النقض المغربية عدد 584، ملف شرعي عدد 311-2-1-2011، صادر بتاريخ 18 أكتوبر 2011، قرار غير منشور. انظر كذلك قرار مدني صادر عن محكمة الاستئناف بورزازات (المملكة المغربية) رقم 15، ملف عدد 01/2012، صادر بتاريخ 18 أبريل 2012، قرار غير منشور.

هناك حالة تسعفه في ذلك، حتى يسلم وينجو من مشكلة تعدد الجنسيات لديه. والمقصود هنا هي الحالة الثانية، وهي حالة: "المغربي - ولو كان قاصرا- الذي له جنسية أجنبية أصلية والمأذون له بموجب مرسوم في التخلي عن الجنسية المغربية"<sup>1</sup>.

فمادام المكفول الأجنبي يحوز جنسية أصلية بناء على الرابطة الترابية فضلا عن جنسيته المغربية المكتسبة عن طريق مؤسسة الكفالة، فإنه بإمكانه أن يتنازل عن الجنسية المغربية بغض النظر عن كونه قاصرا أم راشدا، لأنه يحوز للجنسيتين الأجنبية والمغربية معا، فضلا عن أن جنسيته الأجنبية هي جنسية أصلية وليست مكتسبة، وهو ما يجعله مؤهلا لمباشرة إجراءات فقد الجنسية المغربية عن طريق مسطرة التخلي، مع ضرورة احترام شرطين أساسيين، هما: التقدم بطلب الإذن بالتخلي عن الجنسية المغربية إلى وزير العدل، وصدور مرسوم يأذن بموجبه التخلي عن جنسيته.

فإذا ثبت حق المكفول الأجنبي الحق في التخلي عن الجنسية المغربية المكتسبة بناء على إرادته في قانون الجنسية المغربي، فإن حقه في استرجاعها يسقط، لأن من بين شروط استرجاع الجنسية المغربية، أن تكون هذه الأخيرة أصلية، والحال أن جنسية المكفول جنسية مغربية مكتسبة، وهو ما يحرم المكفول الأجنبي من استرجاع جنسيته المغربية المكتسبة عن طريق الكفالة. وإذا حدد المشرع المغربي شروط وإجراءات فقد المكفول الأجنبي للجنسية المغربية عن طريق التخلي، أي بناء على إرادته، فإنه في المقابل نظم حالات خروجه من الجنسية المغربية عن طريق التجريد، أي ضدا على إرادته.

وهكذا حدد الفصل 22 من قانون الجنسية المغربي مختلف حالات التجريد من الجنسية، كما نص على أن هذا التجريد لا يمكن أن يصدر إلا إذا ثبتت إحدى حالات التجريد في حق المكفول داخل أجل عشر سنوات من تاريخ اكتساب الجنسية المغربية. ولا يعلن عن التجريد من الجنسية إلا داخل أجل خمس سنوات من تاريخ صدور الحكم. ويتم التجريد من الجنسية المغربية المكتسبة عن طريق الكفالة بواسطة مرسوم، ولا يجوز إصدار الأمر بتجريد المكفول الأجنبي من جنسيته المغربية إلا بعد اطلاع المكفول على الإجراء المنوي اتخاذه ضده، وإعطائه الفرصة لتقديم ملاحظاته.

وعلى العموم، يتضح مما سبق أن المشرع المغربي أعطى للمواطن المغربي إمكانية نقل جنسيته للطفل الذي تكفل به في الخارج حتى يصبح بدوره مواطنا مغربا، وبالتالي تخول له جميع الحقوق السياسية والفردية التي يتمتع بها المواطن المغربي. فإمكانية منح الجنسية المغربية للمولود بالخارج من أبوين مجهولين يأتي انسجاما مع المادتين 2 و7 من اتفاقية حقوق الطفل وللحد كذلك من حالات انعدام الجنسية فوق التراب الوطني، غير أنه يمكن القول أن مقتضيات هذا القانون لا تسري إلا على المغاربة الذين يتكفلون بأطفال في بلدان ذات مرجعية إسلامية تكرر نظام الكفالة، في حين لا يمكن لهم في بعض البلدان الغربية كفرنسا مثلا سلوك مسطرة

<sup>1</sup> - محمد المهدي، المرجع السابق، ص 234.

الكفالة لأن قانون هذا البلد لا يعترف بالكفالة، كما لا يمكن لهم تبني الأطفال لأن المادة 370 من القانون المدني الفرنسي تمنع تبني الأطفال من طرف الأجانب إذا كان قانون هؤلاء يحظر التبني (كما هو الأمر بالنسبة للمغاربة المقيمين بفرنسا)<sup>1</sup>.

#### خاتمة

إن إهمال الأطفال واقع اجتماعي قائم يصعب تغييره، واستمرار هذا الواقع مرهون في جزء كبير منه بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والقانونية السائدة في بلدنا حالياً، ولهذا الغرض أقر المشرع المغربي مؤسسة الكفالة، واعتبرها بمثابة مؤسسة توفر الرعاية البديلة للأطفال المحرومين من الوسط الأسري.

غير أن المشرع المغربي لم يقتصر فقط على الجانب الاجتماعي والاقتصادي للأطفال المهملين، بل امتدت هذه الحماية لتشمل كذلك الجانب المتعلق بهوية الأطفال المهملين من خلال إرساء نظام قانوني يضمن حق هذه الفئة الهشة من المجتمع في التسجيل في سجلات الحالة المدنية وفي اكتساب الجنسية المغربية بالنسبة للأطفال الأجانب.

ومن هذا المنطلق، ابتكر المشرع المغربي مصدراً جديداً من مصادر اكتساب الصفة الوطنية عن طريق الكفالة، إذ بمقتضى هذه المؤسسة الاجتماعية البديلة، يمكن أن ينقل الكافل المغربي جنسيته إلى المكفول الأجنبي سواء بمبادرة من الكافل أو بمبادرة من المكفول نفسه، مع احترام مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية.

غير أن وظيفة مؤسسة الكفالة تفقد مصداقيتها عبر الحدود، فهذه المؤسسة ذات الأصل الإسلامي، محل إقصاء من طرف التشريعات الأوروبية التي تعترف فقط بمؤسسة التبني وتستبعد بالتالي مؤسسة الكفالة، وهو ما يطرح إشكالية تنازع القوانين نظراً لتباين مرجعية كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي، وكذا إشكالية ارتباط كل من مؤسسة الكفالة والتبني بالنظام العام في كلا القانونين، وسمو مبدأ المصلحة الفضلى للطفل لدى القضاء.

وهذا وقد انعكس موقف التشريعات الأوروبية، التي تتشبه بالتبني وتستبعد الكفالة، سلباً على وضعية الكافل المغربي المسلم والمكفول الأجنبي سواء أمام القانون الوطني أو القانون الأجنبي، مما يسبب في تعقيد أو في بعض الأحيان استحالة حيازة الجنسية المغربية من طرف المكفول الأجنبي عن طريق كافله المغربي، وهو ما يؤدي إلى حرمان أطفال أجانب من اكتساب الصفة المغربية.

بيد أن وضعية كل من الكافل المغربي والمكفول الأجنبي، سواء أمام القانون المغربي أو الأجنبي، لا تطرح أي إشكال قانوني بالنسبة للتشريعات الأجنبية ذات المرجعية الإسلامية والتي تعترف بمؤسسة الكفالة، إذ سمح المشرع المغربي بإمكانية حيازة الطفل المهمل الأجنبي للجنسية المغربية عن طريق الكفالة، إما بمبادرة من الكافل

<sup>1</sup> - محمد الشافعي، كفالة الأطفال المهملين: دراسة في القانون المغربي، التبني في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2007، ص 52.

المغربي أو بمبادرة من المكفول الأجنبي نفسه، مع احترام مجموعة من الشروط الشكلية والجوهرية المطلوبة في قانون الجنسية المغربي.

وبناء على ما سبق، ومن خلال النتائج المتوصل إليها في هذا البحث، أمكن توظيف هذه الأخيرة للبرهنة على مدى صحة فرضية البحث، إذ نجد أن نتيجة تحليل هذه الفرضية إيجابية، فالمشرع المغربي حافظ على مبدأ التوازن في معالجته لحق الطفل في الجنسية من جهة، وحق الدولة السيادي في تحديد شروط الانتساب للصفة المغربية من جهة أخرى. فقانون الجنسية المغربية يُعد من التشريعات القليلة التي سمحت بإسناد الجنسية عن طريق الكفالة منفتحاً في ذلك على منظومة حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دولياً، وخاصة ما تعلق منها بحقوق الطفل في الجنسية، دون تفريط في الثوابت الشرعية المتعلقة بالموقف التشريعي والقضائي والفهمي من مؤسسة الكفالة والتبني.

ولكن في المقابل، ثمة مواطن قُصُور تعتري النظام القانوني لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة يُستحسن تداركها من أجل ضمان حق كل من الكافل في نقل صفته المغربية، وحق المكفول في اكتساب الجنسية المغربية، ومواصلة مسلسل ملاءمة التشريع الوطني مع مختلف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال حقوق الإنسان عامة، وذات الصلة بجنسية الأطفال خاصة.

وفي هذه المناسبة، من المفيد طرح بعض المقترحات بخصوص الموضوع، والتي صيغت بناء على نتائج البحث، وما أفرزته من قُصُور قانوني، ونقص مسطري في مسألة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة.

- تحديد مركز مؤسسة النيابة العامة في منازعات الناشئة عن تطبيق مسطرة إسناد الجنسية المغربية عن طريق الكفالة؛
- تحديد المحكمة المختصة للفصل في المنازعات الناشئة عن معارضة وزير العدل ضد تصاريح اكتساب الجنسية عن طريق الكفالة؛
- الانفتاح على مؤسسة التبني البسيط في قانون الجنسية المغربي على اعتبار أن هذا النوع من التبني يقترب كثيراً من مؤسسة الكفالة، إذ يحفظ النسب الأصلي للطفل ولا يهدره؛
- عدم حصر الأجل القانوني لقيام المكفول الأجنبي بتقديم التصريح لاكتساب الجنسية المغربية في فترة قصوره، وجعل حق التقدم بذات التصريح متاحاً ابتداءً من تاريخ بلوغ سن الرشد وبدون سقف زمني محدد؛
- اشتراط توافر عنصر السلامة الجسدية والعقلية في المكفول الأجنبي المرشح لاكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة؛

- مراجعة البند الثاني من الفصل التاسع المتعلق باكتساب الجنسية عن طريق الكفالة في اتجاه رفع التضارب الحاصل بين هذا البند وبعض المقتضيات القانونية الواردة في قانون كفالة الأطفال المهملين، مدونة الأسرة وقانون الحالة المدنية.

### قائمة المصادر والمراجع:

#### 1- المراجع باللغة العربية

##### أ- الكتب:

- الحوات علي، الدويبي عبد السلام، محسن أحمد، رعاية الطفل المحروم- الأسس الاجتماعية والنفسية للرعاية البديلة للطفولة، معهد الإنماء العربي للدراسات الاجتماعية، مصر، 1989.
- السعدية أيت السيد، الدليل العملي لمسطرة كفالة الأطفال المهملين، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (المغرب)، 2013.
- جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثانية، الجزء الثاني عشر، دار صادر، لبنان، 1992.
- عبد العالي الدليبي، الحماية القانونية للطفل، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، 2007.
- محمد الشافعي، كفالة الأطفال المهملين: دراسة في القانون المغربي، التبني في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش (المغرب)، 2007.
- مليكة الصروخ، القانون الإداري دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، 2006،
- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء (المغرب) أكتوبر 1994، الدار البيضاء.
- نور الدين الشرقاوي الغزواني، قانون كفالة الأطفال المهملين، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، 2003.
- هدى زكي، جميلة أوحيدة، أنه كينيونيس إسكاميث، أندريس رودريغيث بينوت، الطبعة الأولى، الكفالة والتبني في العلاقات الثنائية المغربية الإسبانية، FIIAPP، مدريد، 2009.

##### ب- المقالات والدوريات:

- أحمد زوكاغي، الكفالة في قانون الجنسية المغربية، مجلة الملحق القضائي، العدد 44 لسنة 2011.
- الطاهر كركري، كفالة الأطفال المهملين وإمكانية السفر بهم للإقامة، مجلة القبس، العدد الأول، يونيو 2011.

- أمال ناجي، ضابط المصلحة الفضلى للطفل في قانون الكفالة بين القانون الوطني والأجنبي، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس، لسنة 2015.
- حسن إبراهيمي، قضايا الأحوال الشخصية والميراث، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، العدد 62، لسنة 2018.
- عبد القادر قرموش، كفالة الأطفال المهملين: دراسة تحليلية على ضوء القانون رقم 01-15، سلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد 06، منشورات مجلة القضاء المدني، لسنة 2015.
- عمر لمين، كفالة الأطفال المهملين على ضوء الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 22، لسنة 2015.
- فاتحة الغلاي، حق الطفل في الهوية بين الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني، مجلة الفقه والقانون، العدد 47، شتنبر 2016.
- محمد أكديد، كفالة الأطفال في التشريع المغربي، مجلة محكمة، العدد الثاني، 2003.
- محمد المتوكل، كفالة الأطفال المهملين وكيفية تنفيذ الأوامر الصادر بشأنها، مجلة الملف، العدد التاسع، نونبر 2006.
- محمد المهدي، دور مؤسسة الكفالة في تعزيز هوية الطفل على مستوى الجنسية، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 5 لسنة 2015.
- محمد اليعقوبي، دور النيابة العامة في قضايا الجنسية والحالة المدنية، مجلة العرائض، العدد الخامس، يوليو-دجنبر 2015.
- مصطفى سدني، إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة القانون المدني، عدد 6/5 لسنة 2019.
- مصطفى سدني، إثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الحالة المدنية، مجلة القانون والأعمال، العدد 20 بتاريخ 20 نونبر 2018.
- مصطفى سدني، المركز القانوني للمرأة والطفل في قانون الجنسية المغربي، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 36، مارس 2019.
- مصطفى سدني، دور القرائن في إثبات الجنسية المغربية، مجلة القضاء المدني، عدد 18/17 لسنة 2018.
- مصطفى قرواش، كفالة الأطفال المهملين، مجلة محكمة، العدد الثاني، 2003.

- مليكة العرامي، كفالة الأطفال المهملين من طرف القاطنين بالخارج، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 07 لسنة 2014.

- نادية امزاوير، معيقات إسناد الكفالة، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 22 لسنة 2015، ص 77.

- وداد العيدوني، كفالة الأطفال المهملين في التشريع المغربي، مجلة القانون المغربي، العدد 15، يناير 2010.

## 2- المراجع باللغة الفرنسية

- Émile SZLECHTER; "Les options légales de nationalité en droit français", imprimerie régionale, Toulouse, 1942.
- Émilie BARRAUD, "Kafala et migrations : l'adoption entre la France et le Maghreb", Edition universitaires européennes, Paris 2013.



## التفتيش الإلكتروني كإجراء للتحقيق في الجرائم المعلوماتية

### Electronic search as a measure to investigate information crimes

د. عربوز فاطمة الزهراء ، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة سيدي بلعباس. الجزائر

ARBOUZ Fatima Zahra

#### ملخص:

يعد التحقيق الجنائي من أهم المراحل التي تأتي في مقدمة محاولات مواجهة الجريمة المعلوماتية وذلك عن طريق وضع آليات وإجراءات تتناسب والطبيعة الخاصة لهذه الجريمة التي تتسم بارتكابها في مسرح الإلكتروني غير مادي والذي يختلف تماما عن المسرح التقليدي، وكذا إمكانية امتداد آثارها خارج الإقليم الوطني للدولة، ويشكل التفتيش الإلكتروني أهم تلك الإجراءات التي تباشرها سلطات التحقيق في سبيل الكشف عن الحقيقة في الجرائم المعلوماتية والتصدي لها. وانطلاقا مما تقدم، سوف تبحث هذه الورقة البحثية في التفتيش الإلكتروني كونه من أكثر الإجراءات استعمالا وأهمية في نطاق الجريمة المعلوماتية.

الكلمات المفتاحية: الجريمة- التحقيق- التفتيش- الإجراءات - تقنية المعلومات.

#### Abstract:

The criminal investigation is one of the most important stages in the attempt to confront cyber crime by establishing mechanisms and procedures that are appropriate to the specific nature of this crime which is characterized by an immaterial electronic scene that is completely different from the traditional one. Electronic search is the most important procedures carried out by the investigative authorities in order to uncover the truth in information crimes and address them. In view of the above, this research paper will examine electronic search as one of the most used and most important procedure in the scope of information crime.

**Key words:** Crime - Investigation - Search - Procedures - Information Technology.

#### مقدمة:

تعد الجريمة المعلوماتية من الجرائم المستحدثة التي برزت في الوقت الراهن نتيجة تطور تقنية المعلومات واستغلالها على نحو غير مشروع وبوسائل من شأنها أن تلحق الضرر بمصالح الأفراد والجماعات، ونظرا لخصوصية هذه الجريمة كونها ترتكب في بيئة افتراضية رقمية، فإنه بات من الضروري تطوير أساليب التحقيق الجنائي وإجراءاته بصورة تتلائم مع هذه الخصوصية، وتمكّن جهات التحقيق من كشف الجريمة والتعرف على مرتكبيها، وهو الأمر الذي سعى المشرع الجزائري إلى تجسيده من خلال استحداث نصوص قانونية جديدة أوجد بموجبها قواعد إجرائية تتفق والطبيعة التقنية للجريمة المعلوماتية، ويعتبر التفتيش الإلكتروني إحدى هذه الإجراءات التي حملها القانون رقم 04-09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها.

#### إشكالية البحث:

تنطلق هذه الدراسة من إشكالية محورية مفادها ما مدى فعالية التفتيش الإلكتروني باعتباره إجراء للتحقيق في الكشف عن الجريمة المعلوماتية و مرتكبيها ؟

#### تساؤلات البحث:

تتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية جملة من التساؤلات الفرعية التي من شأنها أن تسهم في فهم وتحليل الموضوع والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

-ما المقصود بالتفتيش الإلكتروني ؟

-ما هو المحل الذي ينصب عليه التفتيش الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية؟

-ما هي الضوابط الموضوعية والشكلية التي يخضع لها التفتيش الإلكتروني أثناء التحقيق في الجرائم المعلوماتية وفقا للتشريع الجزائري؟

#### هدف البحث:

تسعى هذه الدراسة إلى الوقوف على النصوص والأحكام القانونية المنظمة لإجراء التفتيش الإلكتروني ومعرفة مدى فعاليتها في التصدي للجريمة المعلوماتية و الحد من خطورتها المتزايدة من خلال الكشف عن الأدلة التي ترتكب بها هذه الجريمة وكذا الوصول إلى مرتكبيها.

### منهجية البحث:

تعتمد الدراسة في سبيل مناقشة موضوعها على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص والأحكام القانونية المنظمة لإجراء التفتيش الإلكتروني ومحاولة شرح مضمونها.

### خطة البحث:

يقتضي إيفاء هذا الموضوع حقه تقسيمه إلى مبحثين، حيث نخصص المبحث الأول لماهية التفتيش الإلكتروني، والذي يتضمن مطلبين نتطرق في المطلب الأول لمفهوم التفتيش الإلكتروني وفي الثاني لمحل التفتيش الإلكتروني، بينما نتناول في المبحث الثاني ضوابط التفتيش الإلكتروني وذلك في مطلبين، موضحين كل من ضوابط التفتيش الموضوعية وضوابط التفتيش الشكلية.

### المبحث الأول: ماهية التفتيش الإلكتروني

يعد التفتيش الإلكتروني من أهم وأخطر إجراءات التحقيق المقررة في الجرائم المعلوماتية، وذلك لمساسه بالحريات الخاصة المكفولة دستوريا، وكذا خطورة ما قد يسفر عنه من أدلة تؤدي إلى كشف الحقيقة عن الجريمة التي وقعت باستخدام إحدى الأنظمة المعلوماتية<sup>1</sup>. وانطلاقا مما سبق فإن دراستنا لإجراء التفتيش الإلكتروني تقتضي منا التطرق أولا إلى مفهومه وكذا تحديد المحل الذي ينصب عليه هذا النوع من التفتيش وهو ما سوف نتناوله في مطلبين.

### المطلب الأول: مفهوم التفتيش الإلكتروني

قبل الحديث عن مفهوم التفتيش يجدر بنا الإشارة أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا تشريعا للتفتيش الإلكتروني في القانون رقم 04/09 وإنما اكتفى فقط بتنظيم أحكامه وضوابطه تاركا ذلك للفقه، وبالرجوع إلى التعريفات الفقهية فإنه يقصد بالتفتيش بوجه عام " البحث عن أشياء تفيد في الكشف عن جريمة وقعت ونسبتها إلى المتهم"<sup>2</sup>، أو هو " إجراء من إجراءات التحقيق التي تهدف إلى البحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها في محل يتمتع بحرمة المسكن أو الشخص، وذلك بهدف ارتكابها أو نسبتها إلى المتهم وفقا للإجراءات القانونية المحددة"<sup>3</sup>.

أما فيما يتعلق بالتفتيش الإلكتروني فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه " الاطلاع على محل منحه القانون حماية خاصة باعتباره مستودع سر صاحبه، يستوي في ذلك أن يكون هذا المحل جهاز الحاسب الآلي أو أنظمة

د. نديم محمد حسن التريزي، سلطات النيابة العامة في الجرائم المعلوماتية، مجلة أندلس للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 19، مجلد 15، أبريل 2017، ص 320.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 321.

<sup>3</sup> هلالى عبد الإله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1997، ص 47.

أو شبكة الانترنت<sup>1</sup>، وعرفه المجلس الأوروبي بأنه " إجراء يسمح بجمع الأدلة المخزنة أو المسجلة بشكل إلكتروني"<sup>2</sup>.

وانطلاقاً من التعريفات السابقة، يتبين لنا أن التفتيش الإلكتروني هو إجراء تحقيقي يستهدف ضبط أدلة الجريمة مثل البرامج غير مشروعة والملفات المخزنة في الحواسيب والمعطيات المعلوماتية والاتصالات الإلكترونية<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: محل التفتيش الإلكتروني

يقع التفتيش بوجه عام على المحل الذي يحتوي على مستودع الأسرار الخاصة المراد الاطلاع عليها قصد الحصول على أدلة متعلقة بالجريمة وطريقة ارتكابها، وقد يكون المحل شخص أو مسكن أو محل ألحقه القانون في حكم المسكن<sup>4</sup>، ويختلف محل التفتيش في الجريمة المعلوماتية عنه في الجريمة التقليدية<sup>5</sup> كون أن التفتيش الإلكتروني يتم من خلال البحث عن النظم المعلوماتية محل التحقيق<sup>6</sup>، ومن ثم فإن هذا النوع من التفتيش وإن كان يتفق مع التفتيش التقليدي في المبادئ العامة والإجراءات التي يتم من خلالها إلا أنه ذو طبيعة خاصة ينصب على بيانات ومعلومات موجودة داخل جهاز الحاسوب أو أحد ملحقاته وما تشمله من مكونات.

أولاً: تفتيش المكونات المادية<sup>7</sup> لجهاز الحاسب الآلي

لا شك أن تفتيش المكونات المادية للحاسب الآلي بغرض البحث عن أدلة متصلة بالجريمة المعلوماتية من شأنه أن يفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبيها<sup>8</sup>، لذا فإنه لا يوجد أي خلاف حول خضوعها للقواعد

<sup>1</sup> د. أسامة بن غانم العبيدي، نديم محمد حسن التريزي، سلطات النيابة العامة في الجرائم المعلوماتية، مجلة أندلس للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 19، مجلد 15، أبريل 2017، ص 320، 321. هلاي عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 47. د. أسامة بن غانم العبيدي، التفتيش عن الدليل في الجرائم المعلوماتية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 29، العدد 59، ص 87.

<sup>2</sup> يزيد بوحليط، تفتيش المنظومة المعلوماتية وحجز المعطيات في التشريع الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 48، ديسمبر 2016، ص 84.

<sup>3</sup> د. رضا هميسي، تفتيش المنظومات المعلوماتية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّـة لخضر، الوادي، العدد 5، جوان 2012، ص 161 و 162.

<sup>4</sup> خالد ممدوح إبراهيم، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2009، ص 180.

<sup>5</sup> نداء نائل فايز المصري، خصوصية الجرائم المعلوماتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 70.

<sup>6</sup> د. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 88.

<sup>7</sup> يقصد بالمكونات المادية للحاسوب تلك الأشياء الملموسة من أجزائه وأدواته التي تعمل بشكل متكامل لأداء مهمة في معالجة البيانات الآلية، والتي تتمثل في شكل وحدات كوحدة الذاكرة، لوحة المفاتيح والشاشة و وحدة التحكم، وهي لا تواجه صعوبات تعيق إجراءات التفتيش باعتبارها من المكونات المادية، يزيد بوحليط، مرجع سابق، ص 84، خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 158.

<sup>8</sup> نداء نائل فايز المصري، مرجع سابق، ص 70.

التقليدية العامة المتعلقة بالتفتيش الذي ينصب على أشياء مادية ملموسة مع ضرورة مراعاة الجانب الفني للتفتيش فقط من أجل ضمان عدم تلف الأجهزة والمعدات<sup>1</sup>.

وتبعاً لذلك، فإن حكم تفتيش هذه الكيانات المادية يتوقف أساساً على طبيعة المكان الذي تتواجد فيه فيما إذا كان عاماً أو خاصاً، إذ للمكان أهمية خاصة في مجال التفتيش فإذا كانت موجودة في مكان خاص كمسكن المتهم أو أحد ملحقاته، فتأخذ حكم المسكن، ومن ثم لا يجوز تفتيشها إلا في الحالات التي يجوز فيها تفتيش مسكن المتهم، وبنفس الضوابط المقررة قانوناً في التشريع الجزائري (والتي سنأتي لشرحها في المبحث الثاني من هذه الورقة البحثية)، مع ضرورة التمييز بين ما إذا كانت مكونات الحاسب منعزلة أم أنها متصلة بحواسيب أو أجهزة متواجدة في مكان آخر كمسكن الغير، وإذا كان التفتيش عن هذه الأجهزة سيفسر عن كشف حقائق تتعلق بموضوع الجريمة، فإنه يتعين في هذه الحالة على الشخص القائم بالتفتيش مراعاة الأحكام والضوابط التي فرضها القانون لتفتيش هذه الأماكن<sup>2</sup>.

أما إذا كانت هذه المكونات متواجدة في مكان عام سواء كان عاماً بطبيعته كالطرق العامة والميادين والشوارع أو عاماً بالتخصيص كالمقاهي أو المطاعم أو قاعات السينما أو الملاعب أو غيرها، فإن إجراءات التفتيش تكون وفقاً للأصول الخاصة بتلك الأماكن<sup>3</sup>، والأمر نفسه إذا كانت تلك المكونات في حوزة شخص سواء كان مبرمجاً أو عامل صيانة أو موظفاً في شركة تنتج برامج الحاسب الآلي، إذ تنطبق حينئذ نفس أحكام تفتيش الشخص، وبنفس القيود المنصوص عليها في هذا المجال<sup>4</sup>.

ثانياً: تفتيش المكونات المعنوية<sup>5</sup> لجهاز الحاسب الآلي

لقد ثار جدل فقهي كبير حول مدى صلاحية المكونات المعنوية لأن تكون محلاً للتفتيش باعتبار أن البيانات الإلكترونية أو البرامج في حد ذاتها تفتقر إلى مظهر مادي محسوس في المحيط الخارجي مما يجعلها تتعارض مع الهدف الذي يصبو إليه التفتيش وهو البحث عن الأدلة المادية.

وفي هذا الصدد، ذهب اتجاه إلى القول بصلاحية هذه المكونات لأن تكون محلاً للتفتيش كونها تتناسب مع الهدف من التفتيش وهو ضبط الأدلة المادية التي تفيد في الكشف عن الحقيقة في الجرائم المعلوماتية، وحجتهم في ذلك هي أنه وإن كانت نظم برامج الحاسوب عبارة عن بصمات أو ذبذبات إلكترونية أو موجات

1. د. لدغش رحيمة، ضوابط تفتيش الحاسب الآلي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 25، المجلد 1، ص 139.

2. براهيمي جمال، التحقيق الجنائي في الجرائم المعلوماتية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2018، ص 16.

3. د. إليهم بن خليفة، التفتيش كإجراء تحقيق تقليدي لجمع أدلة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، المجلد 2، العدد 1، ص 34.

4. د. لدغش رحيمة، مرجع سابق، ص 140.

5. يقصد بالمكونات المعنوية مجموعة من البرامج والأساليب والقواعد والأوامر المتعلقة بتشغيل وحدة معالجة البيانات، براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 17.

كهرومغناطيسية إلا أنها قابلة للتسجيل والتخزين والتحميل على وسائط ودعائم مادية معينة، ولها كيان مادي محسوس، وبالتالي يمكن إخضاعها لقواعد التفتيش التقليدي.

في حين اعتبر اتجاه آخر أن هذه المكونات لا تصلح لأن تكون محلاً للتفتيش، وذلك لأنها لا تعتبر من قبيل الأشياء المادية الملموسة، ومن ثم لا تخضع للنصوص التقليدية المتعلقة بالتفتيش<sup>1</sup>، وعليه فإن طبيعة هذه المكونات تتطلب استحداث أسس تفتيش جديدة خاصة بها، أو تعديل الأسس المألوفة للتفتيش بشكل يجعل أحكامها تتلائم مع متطلبات هذه التقنية الجديدة.

وتماشياً مع ذلك، استحدث المشرع الجزائري نصوص قانونية جديدة سمح من خلالها بتفتيش المكونات المعنوية<sup>2</sup> والمنظومات المعلوماتية للحاسب<sup>3</sup>، وميّز في هذا الشأن بين ما إذا كانت المنظومة متصلة بنظام آخر داخل التراب الوطني، أو متصلة بمنظومة معلوماتية تقع خارج الإقليم الوطني، ففي الحالة الأولى أجاز المشرع تمديد التفتيش بسرعة إلى المنظومة المعلوماتية الموجودة على جهاز آخر متصل بالجهاز الأول بعد إعلام السلطة القضائية المختصة مسبقاً بذلك، إذا كانت هناك أسباب تدعو للاعتقاد بأن المعطيات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى وأن هذه المعطيات يمكن الدخول إليها انطلاقاً من المنظومة الأولى.

أما الحالة الثانية التي تكون فيها المعطيات المبحوث عنها يمكن الدخول إليها انطلاقاً من المنظومة الأولى ولكنها مخزنة في منظومة معلوماتية موجودة في بلد أجنبي، فإن الفقرة 03 من المادة 05 من القانون رقم 09-04 أوجبت خضوع عملية التفتيش بشأنها للاتفاقيات الدولية المبرمة وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل<sup>4</sup>، إذ من المتصور أن يقوم مرتكبو الجرائم بتخزين بياناتهم في أنظمة تقنية المعلومات خارج الدولة عن طريق شبكات الاتصال البعيدة بهدف عرقلة سلطات الادعاء في جمع الأدلة<sup>5</sup>، وبالتالي فإنه يتم الحصول على هذه المعطيات بمساعدة السلطات الأجنبية المختصة وهو الأمر الذي يؤكد على ضرورة التعاون الدولي في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> هلال أحمد عبد الاله، مرجع سابق، ص 73، يوسف خليل العفيفي، الجرائم الالكترونية في التشريع الفلسطيني "دراسة تحليلية مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2013، ص 120.

<sup>2</sup> براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 19.

<sup>3</sup> لقد نصت المادة 05 من القانون رقم 04-09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها على أنه "يجوز للسلطات القضائية المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية، في إطار قانون الإجراءات الجزائية وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 04 أعلاه، الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد، إلى منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها، ب- منظومة تخزين معلوماتية.

<sup>4</sup> د. لدغش رحيمة، مرجع سابق، ص 141.

عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون رقم طبعة، 2006، ص 655.

<sup>6</sup> أحمد مسعود مريم، آليات مكافحة جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال في ضوء القانون رقم 04/09، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون جنائي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012-2013، ص 92.

## المبحث الثاني: ضوابط التفتيش الالكتروني

نظرا لخطورة التفتيش الالكتروني ومساسه بالحرية الشخصية للفرد، فقد حرصت كافة التشريعات الإجرائية بما فيها التشريع الجزائري على ضرورة إحاطته بمجموعة من الضوابط الموضوعية والشكلية التي من شأنها العمل على إقامة التوازن بين الحرية الفردية وحرمة الحياة الخاصة للأفراد، وبين تحقيق الفاعلية المطلوبة للأجهزة الأمنية، وسلطات التحقيق في كشف غموض الجريمة وضبط مرتكبيها والتحقيق معهم وتقديمهم للمحاكمة<sup>1</sup>.

وعلى هذا الأساس سوف نتناول ضوابط التفتيش الالكتروني في مطلبين، نتطرق للضوابط الموضوعية في المطلب الأول والضوابط الشكلية في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: الضوابط الموضوعية للتفتيش الالكتروني

يقصد بالضوابط الموضوعية للتفتيش الالكتروني تلك الشروط اللازمة لإجراء تفتيش صحيح والتي يمكن حصرها في ثلاثة شروط أساسية تتمثل في سبب التفتيش<sup>2</sup>، المحل المراد تفتيشه، والسلطة المختصة بالتفتيش<sup>3</sup>.

#### أولاً: سبب التفتيش الالكتروني

يقصد بسبب التفتيش السعي نحو الحصول على دليل في تحقيق قائم، من أجل الوصول إلى حقيقة الحدث<sup>4</sup>، والتفتيش باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق لا يجوز اتخاذه إلا بعد ارتكاب جريمة بوصفها جنائية أو جنحة وإسنادها إلى شخص معين سواء بصفته فاعلاً أصلياً أو شريكاً فيها، وتوافر قرائن قوية ودلائل كافية للتصدي لحرمة مسكنه أو لحرمة الشخصية<sup>5</sup>، وذلك عملاً بمبدأ الشرعية الجزائية الذي يقضي بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "، إذ بدون وقوع جريمة وتوجيه الاتهام إلى شخص أو أشخاص معينين وفقاً لأدلة كافية يكون التفتيش باطلاً لانتهاء السبب الذي يبرره<sup>6</sup>.

وتطبيقاً لذلك، فإنه حتى يعد التفتيش الالكتروني مشروعاً لا بد من توافر العناصر الآتية:

<sup>1</sup> د. رضا هميسي، مرجع سابق، ص 163.

<sup>2</sup> براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 31.

<sup>3</sup> نداء نائل فايز المصري، مرجع سابق، ص 67.

قدري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط التفتيش في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون رقم طبعة، 2005، ص 53.

<sup>5</sup> د. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 96، د. رضا هميسي، مرجع سابق، ص 164.

<sup>6</sup> براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 31.

#### ■ ارتكاب الجريمة المعلوماتية:

يشترط كقاعدة عامة لمباشرة إجراء التفتيش الإلكتروني أن تكون هناك جريمة معلوماتية قد ارتكبت بشكل فعلي، سواء تم تكييفها بأنها جنائية أو جنحة ومن ثم تستبعد المخالفات من نطاق هذا الإجراء لضآلة خطورتها وكذا قلة أهميتها باعتبارها لا تصل إلى درجة المساس بحريات الأشخاص أو انتهاك لحرمة منازلهم<sup>1</sup>، ونتيجة لذلك فإنه لا يجوز التفتيش من أجل جريمة محتملة<sup>2</sup> الوقوع حتى ولو كانت هناك مؤشرات على جدية احتمال وقوعها.

وتجدر الإشارة، أنه وخارجا عن هذه القاعدة أجاز المشرع الجزائري بمقتضى المادة 05 من القانون رقم 04/09 اللجوء إلى التفتيش الإلكتروني للوقاية من الجرائم أو في حالة توافر معلومات عن احتمال وقوع جرائم معينة ذكرتها المادة 04 من ذات القانون<sup>3</sup>.

#### ■ إسناد الجريمة المعلوماتية إلى شخص معين واتهامه بارتكابها أو الاشتراك فيها:

فلا يمكن مباشرة التفتيش لمجرد وقوع جريمة من الجرائم المعلوماتية بل لابد من نسبتها إلى شخص سواء بصفته فاعلا أصليا أو شريكا فيها، وذلك بناء على توافر دلائل كافية تدعو إلى الاعتقاد بأنه ارتكب أو ساهم في ارتكاب الجريمة المعلوماتية<sup>4</sup>، والمقصود بالدلائل الكافية في مجال الجرائم المعلوماتية مجموعة من المظاهر أو الأمارات القائمة على العقل والمنطق والخبرة الفنية للمحقق والتي ترجح نسبة الجريمة المعلوماتية إلى شخص معين باعتباره فاعلا أصليا أو شريكا<sup>5</sup>.

#### ■ توافر أمارات قوية أو قرائن على وجود أجهزة أو معدات معلوماتية تفيد في كشف الحقيقة:

لا يكفي لقيام سبب التفتيش في الجرائم المعلوماتية ارتكاب جريمة معاقب عليها قانونا وإسنادها إلى شخص معين، إنما ينبغي علاوة على ذلك أن تتوافر لدى جهات التحقيق قرائن ودلائل كافية على وجود أجهزة أو أدوات استخدمت في ارتكاب الجريمة المعلوماتية أو أشياء متحصلة منها أو مستندات الكترونية لها فائدة في استجلاء الحقيقة<sup>6</sup>.

ثانيا: محل التفتيش الإلكتروني

1. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 210، 211.

2. نفس المرجع، ص 32، د. رضا هميسي، مرجع سابق، ص 164.

3. براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 39.

4. مانع سلمي، التفتيش كإجراء للتحقيق في الجرائم المعلوماتية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 11، العدد 22، جوان 2011، ص 237.

5. براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 33 وما بعدها.

6. د. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 98، مانع سلمي، مرجع سابق، ص 237، طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الأمن المعلوماتي " النظام القانوني لحماية المعلوماتي"، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 405.

يقصد بمحل التفتيش الإلكتروني ذلك المستودع الذي يحتفظ فيه الشخص بالأشياء التي تتضمن سره<sup>1</sup>، وينصب هذا المحل في الجريمة المعلوماتية على جهاز نظام المعالجة الآلية بمكوناته المادية والمعنوية وشبكات الاتصال الخاصة به أو المتعلقة بالوسائل الإلكترونية<sup>2</sup>، بالإضافة إلى الأشخاص الذين يستخدمون الحاسب الآلي محل التفتيش، والأماكن التي توجد بها تلك الأشياء<sup>3</sup>.

والمحل في الجرائم المعلوماتية لا يكون قائما بذاته بل مقترنا إما بمكان معين كمسكن المتهم أو بشخص معين بصفته مالك أو حائز مثلما هو الشأن في الحاسب المحمول أو الهاتف النقال، لذلك فإنه يتعين قبل مباشرة إجراء التفتيش مراعاة طبيعة المكان الذي تتواجد فيه الوسائل الإلكترونية المراد تفتيشها وكذا الضمانات القانونية المحاطة به، لأن حكم تفتيش هذه الوسائل يتوقف غالبا على طبيعة المكان الذي تتواجد فيه<sup>4</sup>.

ثالثا: السلطة المختصة بالتفتيش

كما هو معلوم فإنه لا يعتبر التفتيش الإلكتروني صحيحا ومنتجا لآثاره إلا إذا تم القيام به من طرف الأشخاص أو الجهات المخول لها قانونا صلاحيات إجرائه، وقد اختلفت التشريعات الإجرائية في هذا الشأن، فمنها من أسند هذه المهمة إلى المدعي العام وهناك من منحها إلى قاضي التحقيق أو ضباط الشرطة القضائية، وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أوكل صلاحية إجراء التفتيش إلى السلطات القضائية الممثلة في النيابة أو التحقيق وكذا ضباط الشرطة القضائية وفقا لأحكام المادة 05 من القانون رقم 04/09<sup>5</sup>.

وبالنظر إلى المهارات الفنية التي تتطلبها الجريمة المعلوماتية<sup>6</sup> فقد أجاز المشرع الجزائري للسلطات المكلفة بالتفتيش الاستعانة بخبير له دراية بالمعلوماتية محل البحث أو التدابير المتخذة لحماية المعطيات المعلوماتية التي تتضمنها بهدف مساعدتها وتزويدها بكل المعلومات الضرورية لإنجاز مهمتها، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 05 الفقرة الأخيرة منها، ويتمثل دور الخبير في تقديم التوضيحات الكافية حول كيفية تشغيل هذه الأنظمة وطريقة النفاذ إليها أو إلى المعطيات المخزنة أو المعالجة أو المنقولة في شكل يمكن فهمه أو إدراكه<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> ليندا بن طالب، التفتيش في الجريمة المعلوماتية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّـه لخضر، الوادي، العدد 16، جوان 2017، ص 492، د. نديم حسن محمد التريزي، مرجع سابق، ص 327.

<sup>2</sup> براهيم جبال، مرجع سابق، ص 35.

<sup>3</sup> د. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 99.

<sup>4</sup> براهيم جبال، مرجع سابق، ص 35.

<sup>5</sup> د. رضا هميسي، مرجع سابق، ص 171.

نداء نائل فايز المصري، مرجع سابق، ص 68.

د. رضا هميسي، مرجع سابق، ص 172.

## المطلب الثاني: الضوابط الشكلية للتفتيش الالكتروني

علاوة على الضوابط الموضوعية للتفتيش الالكتروني يتطلب القانون توافر ضوابط أخرى ذات طابع شكلي يتعين الالتزام بها عند القيام بالتفتيش وذلك حماية للحريات الفردية من أي تعسف أو انحراف أو استغلال للسلطة<sup>1</sup>، وتمثل هذه الضوابط في:

أولاً: إجراء التفتيش بحضور أشخاص يحددهم القانون

اعتباراً من أن التفتيش يشكل اعتداء على حرمة أو حرية الأشخاص والاطلاع على أسرارهم فقد أوجبت بعض التشريعات حضور المشتبه فيه أو من ينوب عنه أو الشهود في عملية التفتيش وذلك لضمان سلامة هذا الإجراء والحيولة دون تعسف الجهة القائمة بالتفتيش<sup>2</sup>.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اشترط بموجب المادة 1/45 من قانون الإجراءات الجزائية ضرورة حصول إجراء التفتيش المتعلق بالمساكن وملحقاتها بحضور المشتبه فيه عندما يتم تفتيش مسكنه، وإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش، فإن ضابط الشرطة القضائية ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له، وإذا امتنع عن ذلك أو كان هارباً استدعى ضابط الشرطة القضائية حضور هذا الإجراء شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته.

غير أنه ونظراً لخصوصية الجرائم الماسة بالأنظمة المعالجة الإلحائية للمعطيات، وما يتطلبه التحقيق بشأنها من بسط نوع من السرية أثناء جمع الدليل<sup>3</sup> الالكتروني بالإضافة إلى الإسراع في استخلاصه قبل فقدانه، فقد أورد المشرع الجزائري استثناء في الفقرة الأخيرة من ذات المادة المذكورة أعلاه استبعد من خلاله تطبيق هذا الضابط عند إجراء التفتيش الالكتروني وبالتالي أصبح بإمكان الجهات المختصة إجراء التفتيش في هذا النوع من الجرائم دون التقيد بضابط حضور المشتبه فيه أو من ينوب عنه أو حتى الشهود<sup>4</sup>.

## ثانياً: تحرير محضر التفتيش الالكتروني

لما كان التفتيش عملاً من أعمال التحقيق فإنه يجب تحرير محضر يثبت فيه كل ما تم من إجراءات وما أسفر عن التفتيش من أدلة، ولا يتطلب القانون شكلاً معيناً يعني لا يشترط لصحته سوى ما تستوجبه أو

<sup>1</sup> د. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 100.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 101.

<sup>3</sup> سعيداني نعيم، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، 2013، ص 153، ليندا بن طالب، مرجع سابق، ص 493.

<sup>4</sup> براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 44.

تفرضه الأسس العامة في تحرير المحاضر بشكل عام، وهي ضرورة أن يكون مكتوب باللغة الرسمية وأن يحمل تاريخ تحريره وتوقيع الشخص أو الجهة التي قامت بتحريره<sup>1</sup> وأن يتضمن كافة البيانات المتعلقة بالتفتيش.

وفي ذات السياق، فإن الأمر يختلف في ظل التشريع الجزائري عما إذا كان التفتيش تم من طرف ضابط شرطة قضائية الذي يخضع للقواعد العامة التي يجب تتضمنها المحاضر المحررة من طرف الضبطية القضائية، عنه إذا كان قد أجرى من طرف قاضي التحقيق الذي يشترط أن يكون مصحوبا بكاتب يتولى تحرير المحاضر وتدوين ما تم من إجراءات والتأشير عليه تحت طائلة البطلان<sup>2</sup>.

ويضاف لما سبق، أن محضر التفتيش الإلكتروني يتطلب إحاطة القائم بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية بتقنية المعلوماتية الرقمية، أو استعانهه بأهل الخبرة الفنية والاختصاص في هذا المجال ليتمكن من مساعدته في صياغة وتحرير محضر يغطي كافة الجوانب الفنية للتفتيش<sup>3</sup>.

ثالثا، الإذن بالتفتيش.

طبقا لنص المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية " لا يجوز إجراء التفتيش إلا بعد الحصول على إذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة " ويشترط المشرع الجزائري في هذا الإذن وجوب استظهاره قبل الدخول إلى مسكن المشتبه فيه والشروع في تفتيشه وأن يتضمن الإذن بيان وصف الجريمة موضوع البحث عن الدليل وعنوان الأماكن التي سيتم زيارتها وتفتيشها وإجراء الحجز عليها وذلك تحت طائلة البطلان.

وبالرجوع إلى القانون رقم 04/09 والبحث في مدى التقيد بهذا الضابط من عدمه عند القيام بإجراء التفتيش الإلكتروني فإننا نجد أن المادة 05 من ذات القانون المنظمة لهذا النوع من التفتيش لا تنص صراحة على وجوب استصدار إذن بتفتيش المنظومات المعلوماتية من طرف ضباط الشرطة القضائية كما هو الشأن بالنسبة لمراقبة الاتصالات الإلكترونية<sup>4</sup>، إلا أن هذا لا يعني أن التفتيش الإلكتروني يتم دون وجوب إذن بمباشرته خاصة وأن المادة 05 جاء في مستهل نصها القانوني " يجوز للسلطات القضائية المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية، في إطار قانون الإجراءات الجزائية وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 04 أعلاه، الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد إلى ..... "، وبالتالي فإنه يفهم ضمنا من هذا النص القانوني أن التفتيش في الجرائم المعلوماتية لا يختلف عن الجرائم الأخرى إذ يشترط لمباشرته هو الآخر ضرورة الحصول على إذن من الجهات المختصة.

<sup>1</sup> د. أسامة بن غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 102.

<sup>2</sup> د. رضا هميسي، مرجع سابق، ص 170، براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 45.

<sup>3</sup> براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 45.

<sup>4</sup> للإشارة فإن المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 04 من القانون 04-09 على وجوب منح الإذن لضباط الشرطة القضائية من أجل السماح لهم بتنفيذ هذا الإجراء، والتي جاء فيها، " لا يجوز إجراء عمليات المراقبة في الحالات المذكورة أعلاه إلا بإذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة ".

#### رابعاً: الميعاد الزمني لإجراء التفتيش الإلكتروني

مفاد هذا الضابط أنه يتعين على الشخص القائم بالتفتيش أن يتقيد بالوقت المحدد قانوناً لمباشرة هذا الإجراء، وقد حدد المشرع الجزائي الميعاد القانوني الذي يجوز فيه دخول المساكن وتفتيشها وذلك بموجب المادة 1/47 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على أنه " لا يجوز البدء في تفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة صباحاً<sup>1</sup>، ولا بعد الساعة الثامنة مساءً"، وهذا يعني أنه لا يجوز كقاعدة عامة تفتيش ومعاينة المساكن بعد الساعة الثامنة ليلاً، وقبل الساعة الخامسة صباحاً، وقد حرص المشرع من وراء هذا النص إلى صون الحرية الفردية وحرية المسكن<sup>2</sup>.

غير أن هذه القاعدة أورد عليها المشرع استثناء بحيث أجاز إجراء التفتيش في كل ساعة من ساعات الليل أو النهار وذلك عندما يتعلق التحقيق بنوع معين من الجرائم، وتشكل الجرائم المعلوماتية إحدى هذه الجرائم التي شملها الاستثناء<sup>3</sup> الوارد في الفقرة 03 من نفس المادة المذكورة أعلاه والتي جاء فيها "....."، وبذلك يكون المشرع قد غلب مصلحة المجتمع في تحقيق العدالة على مصلحة الأفراد في حقهم على الحفاظ على حرمتهم الخاصة لاسيما حرمة المسكن باعتباره مستودع أسرهم<sup>4</sup>.

وبالتالي، نخلص بالقول أن التفتيش الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية يجوز مباشرته في أي وقت، فلا يتقيد الشخص القائم به لضوابط الميعاد المقرر قانوناً، ولعل ذلك راجع للطبيعة الخاصة بهذه الجرائم التي تتميز بسهولة محو الأدلة أو تعديلها أو إتلافها<sup>5</sup>.

وتبعاً لما سبق، فإنه يترتب على عدم مراعاة الضوابط الموضوعية والشكلية التي سبق شرحها بطلان إجراء التفتيش الإلكتروني وبالتالي فقدان الدليل المستمد من قيمته، ولا يجوز التعويل عليه سواء من طرف جهات التحقيق أو جهات الحكم، ولا يبقى له سوى قيمته الاستدلالية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> د. لدغش رحيمة، مرجع سابق، ص 144.

<sup>2</sup> د. نديم حسن محمد التريزي، مرجع سابق، ص 390.

<sup>3</sup> سعيداني نعيم، مرجع سابق، ص 153 و 154.

<sup>4</sup> ليندا بن طالب، مرجع سابق، ص 494.

<sup>5</sup> نداء نائل فايز المصري، مرجع سابق، ص 69.

<sup>6</sup> بن زايد سليمة، تفتيش المساكن كإجراء من إجراءات التحقيق، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الرابع، ص 134.

### خاتمة:

وفي ختام هذه الورقة البحثية توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتي نوردتها فيما يلي:

- يعد التفتيش الإلكتروني من أهم الإجراءات التقليدية التي أقرها المشرع الجزائري للتحقيق في مجال الجرائم المعلوماتية بجانب الإجراءات المستحدثة وذلك بمقتضى القانون رقم 09-04، والذي يضطلع بدور مهم وفعال في كشف ملبسات الجريمة المعلوماتية وضبط فاعليها وإحالتهم إلى العدالة، وذلك بالرغم من الصعوبات التي قد تواجه الشخص القائم بالتحقيق والتي ترتبط بخصوصية وخطورة هذا النمط من الجرائم.
- إن المحل الذي ينصب عليه التفتيش الإلكتروني ذو نطاق واسع إذ يشمل إلى جانب المكونات المادية لجهاز الحاسب الآلي مكونات أخرى معنوية، ومن ثم فهو يتسم بطبيعة خاصة تميزه عن التفتيش بمفهومه التقليدي الذي يقتصر على الأشياء المادية الملموسة فقط.
- أخضع المشرع الجزائري التفتيش الإلكتروني لمجموعة من الضوابط الموضوعية والشكلية المقررة في قانون الإجراءات الجزائية، إلا أنه ونظرا لطبيعة وخصوصية الجريمة المعلوماتية فإنه أورد بشأنها بعض الاستثناءات التي تشكل خروجاً عن القواعد والأسس المألوفة في التفتيش التقليدي، ويترتب على عدم مراعاة الضوابط المحددة قانوناً لإجراء التفتيش الإلكتروني بطلان هذا الأخير عملاً بمبدأ الشرعية الإجرائية.

### قائمة المراجع:

1. الكتب:
  1. خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2011.
  2. خالد ممدوح إبراهيم، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2009.
  3. طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الأمن المعلوماتي "النظام القانوني لحماية المعلومات"، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.

4. عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون رقم طبعة، 2006.
5. قدري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط التفتيش في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون رقم طبعة، 2005.
6. هلاي عبد الإله أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.

## II. أطروحات الدكتوراه :

1. براهيمي جمال، التحقيق الجنائي في الجرائم المعلوماتية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.

## III. مذكرات الماجستير:

1. أحمد مسعود مريم، آليات مكافحة جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال في ضوء القانون رقم 04/09، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون جنائي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012-2013.
2. سعيداني نعيم، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2012-2013.
3. نداء نائل فايز المصري، خصوصية الجرائم المعلوماتية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.
4. يوسف خليل يوسف العفيفي، الجرائم الالكترونية في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2013.

## IV. المقالات العلمية:

1. أسامة بن غانم العبيدي، التفتيش عن الدليل في الجرائم المعلوماتية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 29، العدد 58، نوفمبر- ديسمبر 2013.
2. إلهام بن خليفة، التفتيش كإجراء تحقيق تقليدي لجمع أدلة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّو لخضر، الوادي، الجزائر، المجلد 2، العدد 1، ماي 2018، ص ص 28-40.

3. بن زايد سليمة، تفتيش المساكن كإجراء من إجراءات التحقيق، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الرابع، ديسمبر 2017، ص ص 123-142.
4. رضا هميسي، تفتيش المنظومات المعلوماتية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّه لخضر، الوادي، العدد 5، جوان 2012.
5. لدغش رحيمة، ضوابط تفتيش الحاسب الآلي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 8، العدد 4، ديسمبر 2015، ص ص 134-147.
6. ليندا بن طالب، التفتيش في الجريمة المعلوماتية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّه لخضر، الوادي، العدد 16، جوان 2017.
7. مانع سلمى، التفتيش كإجراء للتحقيق في الجرائم المعلوماتية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 11، العدد 22، جوان 2011.
8. نديم محمد حسن التريزي، سلطات النيابة العامة في الجرائم المعلوماتية "المعاينة - التفتيش"، مجلة أندلس للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الأندلس للعلوم والتقنية، صنعاء، اليمن، العدد 13، المجلد 4، يناير 2017.
9. يزيد بوحليط، تفتيش المنظومة المعلوماتية وحجز المعطيات في التشريع الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، العدد 48، ديسمبر 2016، ص ص 82-94.



## استغلال براءة الاختراع في القانون الجزائري Exploitation of the patent in Algerian law

د. بن عياد جلييلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس.

BEN AYED Djalila

### Summary:

All the countries of the world benefit from inventions every day, starting with computers, mobile phones, inventions related to medical treatments and other inventions that have changed humanity and improved human life. For this reason, the laws, including the Algerian legislator, have committed the inventor to exploit his invention within a limited period of time, in order to benefit the inventor himself, society and the state.

The inventor's exploitation of his invention will drive development, absorb unemployment, flourish the economy and develop the country, making it control the technology and industrial secrets.

In view of the importance of the exploitation of the invention through the licensing contract at several levels, I decided to address this subject by specifying the conditions of its conclusion and its effects because this is to highlight the importance of this type of contracts for the inventor and the economy.

**Keywords:** Invention - Exploitation of invention - Importance of exploitation of invention

## ملخص :

إن دول العالم جميعها تستفيد من الاختراعات كل يوم بدءاً من جهاز الكمبيوتر، الهاتف المحمول، الاختراعات ذات الصلة بالعلاجات الطبية، وغيرها من الاختراعات التي غيرت البشرية وحسنت حياة الإنسان، لأجل ذلك ألزمت القوانين بما فيها المشرع الجزائري المخترع باستغلال اختراعه خلال مدة محددة قانوناً و هذا حتى يستفيد منه المخترع نفسه، المجتمع و الدولة .

إن استغلال المخترع لاختراعه سيدفع بعجلة التنمية و تمتص البطالة و يزدهر الاقتصاد و تتطور الدولة مما يجعلها تتحكم بالتكنولوجيا و الأسرار الصناعية .

نظراً لأهمية استغلال الاختراع عن طريق عقد الترخيص على عدة مستويات ارتأيت تناول هذا موضوع بتحديد شروط إبرامه و آثاره و هذا لإبراز أهمية هذا النوع من العقود بالنسبة للمخترع و الاقتصاد .

الكلمات المفتاحية : الاختراع \_ استغلال الاختراع \_ أهمية استغلال الاختراع .

## مقدمة :

تعتبر براءة الاختراع الوسيلة القانونية لإضفاء الحماية القانونية على الاختراع موضوع البراءة ، ويعتبر عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع وسيلة للنقل الدولي للتكنولوجيا ، إذ يساعد في الحصول على الاختراعات و استغلالها بطريقة قانونية ، فعقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع يسمح للمخترع أن يعرف باختراعه و تطبيقه و الحصول على مقابل مادي ، و يسمح للمرخص له الحصول على اختراعات مهمة تمكنه من الاستفادة من تطبيقها لتطوير المؤسسة و الإنتاج .

إن المقصود بالاستغلال الذي يجب على مالك البراءة القيام به هو أن يقوم المالك باستغلال الاختراع بنفسه أو عن طريق الغير وذلك عن طريق التنازل عن براءة الاختراع للغير أو عن طريق الترخيص باستغلالها للغير ( الترخيص الاختياري ) ، كما قد يكون محلاً للترخيص الإجباري .

وسنركز من خلال دراستنا الحالية على الاستغلال الاختياري لبراءة الاختراع لما لها من أهمية في تحقيق التقدم في كافة نواحي الحياة ، لذلك فالتساؤل الذي يطرح ما هي شروط انعقاد عقد الترخيص باستغلال البراءة ( الترخيص الاختياري ) و آثاره القانونية؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة سنقوم بتقسيم البحث إلى محورين :

نتناول بالمحور الأول تعريف عقد الترخيص باستغلال البراءة و شروط إبرامه و بالمحور الثاني الحقوق و الالتزامات التي تنشأ عن عقد الترخيص الاختياري باستغلال البراءة .

### أهمية الدراسة :

نظرا لأهمية الاختراعات من الناحية الاقتصادية كان لزاما تنظيم العقود على تقع عليها ، وتنظيم الآثار القانونية المترتبة عنها لمالها من فائدة كبيرة ، لذلك حاول المشرع الجزائري التوفيق بين المصلحة الخاصة للمخترع في احتكار اختراعه خلال مدة معينة و بين المرخص له حتى ينتفع من الاختراع على أحسن وجه و دون عراقيل.

### منهجية الدراسة :

اعتمدنا في دراستنا المنهج الوصفي التحليلي ، حيث سنقوم بتناول شروط انعقاد عقد الترخيص باستغلال الاختراع الاختياري لتتناول بعدها أهم الآثار القانونية التي تترتب على عاتق طرفي العلاقة التعاقدية وهما المرخص والمرخص له .

### المحور الأول:

#### تعريف عقد الترخيص باستغلال البراءة وشروط إبرامه

#### أولا : تعريف عقد الترخيص باستغلال البراءة

يعد عقد استغلال الاختراع ( عقد الترخيص ) من أكثر العقود استعمالا في نطاق الاختراعات لأنه يتيح للمخترع فرصة استغلال اختراعه وطرحه في السوق دون أن يتحمل عبء ذلك ، مقابل أن يحتفظ بحقه في الملكية في احتكار الاستغلال من خلال تحديد شروط التنازل<sup>1</sup>.

عقد الترخيص باستغلال البراءة عقد يقوم فيه صاحب البراءة بترخيص حقه باستغلال براءة الاختراع وذلك بدفع مقابل<sup>2</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري على عقد الترخيص الاختياري في القسم الثاني تحت عنوان الرخص التعاقدية من الباب الخامس تحت عنوان انتقال الحقوق و هذا بنص المادة 37 / 1 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع<sup>3</sup> يمكن صاحب براءة الاختراع أو طالبها أن يمنح لشخص آخر رخصة استغلال اختراعه بموجب عقد " ، من خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريف لعقد الترخيص باستغلال البراءة .

( سميحة القليوبي : الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الرابعة 2003 ، ص 35-36.

2) Chavane Albert et Burst , Jean jaques , Droit de la propriété industrielle , 5 édition , Dalloz 1998 , p 202 .

3) الأمر 07/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءات الاختراع ، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003

لقد أراد المشرع من وراء إعطاء المخترع البراءة تقرير حقه في احتكار استغلال هذا الاختراع لمدة محددة يعوض ما بذله من نفقات مالية و مجهودات ذهنية و نفسية و أيضا لكي يحقق الفائدة المرجوة من هذا الاختراع له شخصيا و للمجتمع ككل و ليستفيد منه المجتمع بعد انتهاء المدة القانونية لاحتكاره لهذا الاختراع ولكنها - أي الدولة - تلزم هذا المخترع بأن يقوم في أثناء فترة احتكاره لبراءة الاختراع بالاستغلال الأمثل لهذا الاختراع مما يحقق الفائدة و يلبي المتطلبات و الاحتياجات داخل المجتمع<sup>1</sup>.

وقد قامت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بتعريف عقد الترخيص على انه ذلك الإذن الذي يمنح من قبل حائز حق الملكية الفردية لآخر لاستخدامه بناء على شروط متفق عليها و لغرض معين في منطقة معينة ، و لفترة زمنية متفق عليها<sup>2</sup>.

عقد الترخيص الاختياري هو من العقود المنتشرة و المستعملة بكثرة في استغلال براءات الاختراع ، و يكون الترخيص إما لشخص واحد أو عدة أشخاص كما قد يكون كلياً أو جزئياً محدد بمدة معينة أو في إقليم معين<sup>3</sup>.

إنّ لعقد الترخيص عدة أنواع تتمثل في :

### 1- الترخيص العادي (السيط) :

وهو الأصل العام للترخيص وبموجبه يستطيع صاحب البراءة منح حق استغلال نسخة من الاختراع ويحتفظ بحق استغلال البراءة ومنح ترخيصات لأشخاص آخرين بينما لا يجوز للمرخص له منح الغير ترخيصا من الباطن، إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك<sup>4</sup>.

لكن المرخص له يستطيع أن يعمم البراءة المرخص له بها على منشأته مهما تعددت لأن المفروض أن المتعاقدين قد اتفقا على ذلك<sup>5</sup>.

### 2- الترخيص الوحيد:

ويكون الترخيص بالاستغلال وحيدا إذا ما منح صاحب البراءة عقد الترخيص لفرد يحتكر وحده حق استغلاله، ويحتفظ فيه صاحب البراءة بالحق أيضا في استغلال اختراعه إلى جانب المرخص له<sup>6</sup>.

( الشفيق جعفر محمد الشلاحي : التنظيم القانوني لاستغلال براءة الاختراع ، دار الكتب القانونية 2011 ، ص 156.  
( المنظمة العالمية للملكية الفكرية هي منظمة دولية تابعة للأمم المتحدة تعمل من أجل تعزيز حماية الملكية الفكرية ، ظهرت سنة 1967 وتأسست سنة 1970 .

(<sup>3</sup> مرمون موسى ، ملكية براءة الاختراع في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة قسنطينة 1 ، كلية الحقوق 2013 ، ص 156 .

( سمير جميل حسين الفتلاوي : استغلال براءة الاختراع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1984 ، ص 4.123

( سمير جميل حسين الفتلاوي : الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1988 ، ص 5.129

( محمود إبراهيم الوالي : حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دن ، ص 6.58

وهو ما يسمى بالحصرية النسبية التي تعني امتناع المرخص عن الترخيص بالاستغلال للغير مع إمكانية أن يمضي في استغلال الاختراع بنفسه<sup>1</sup>.

### 3- الترخيص الاستثنائي:

وبموجبه يستطيع صاحب البراءة منح حق احتكار استغلال الاختراع للمرخص له فقط، فلا يجوز لصاحب البراءة والغير استغلاله بعد ذلك وإلا يعتبر ذلك تقليداً<sup>2</sup>.

حيث يمنح صاحب البراءة لآخر حق احتكار مطلق لاستغلال الاختراع و في هذه الحالة ليس له ان يستغل الاختراع بنفسه أو أن يمنحه لشخص آخر<sup>3</sup>.

أما مدة الترخيص بالاستغلال كقاعدة عامة هي المدة القانونية المحددة لاحتكار استغلال البراءة كما يجوز للطرفين أن يتفقا على قصر الترخيص على مدة أقل<sup>4</sup>.

وعليه ينشأ الترخيص بالاستغلال بناء على اتفاق يلتزم بمقتضاه صاحب البراءة بمنح إجازة باستغلال الاختراع بالشروط المتفق عليها مقابل مبلغ من المال، و الترخيص الاختياري هو عبارة عن عقد رضائي ينشأ بتوافق الطرفين و رضائهما و يجب أن يكون هذا العقد مسجل في السجل الخاص ببراءة الاختراع مقابل دفع رسم محدد.

و عليه من خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص مميزات عقد الترخيص و هي<sup>5</sup>:

### 1- عقد غير ناقل للملكية:

ذلك أنه يسمح للعقد للمرخص له باستغلال البراءة وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد و الانتفاع بحق الاستثمار فقط، و بالنتيجة يكون لمالك البراءة وحده حق مقاضاة الغير عن أي اعتداء على البراءة.

### 2 - عقد يقوم على الاعتبار الشخصي:

يقصد بالاعتبار الشخصي حرية كل طرف في اختيار الطرف الآخر بناء على معايير وصفات تهمه لإنجاح عمله، حيث أن شخصية المتعاقد هي مركز ثقل و يقصد هنا شخصية المتعاقد سمعته و كفاءته و مركزه و قدرته على تقديم أفضل خدمات و أفضل أداء، ذلك لأن المرخص سيقوم بإطلاع المرخص له على معلومات سرية مهمة جداً، و يريد أن يضمن عدم إفشاء هذه المعلومات للغير، و لهذا يهم المرخص أن يكون المرخص له طيب

<sup>1</sup> محمود إبراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 57

( سمير جميل حسين الفتلاوي، استغلال براءة الاختراع، نفس المرجع، 2.124.

<sup>3</sup> محمود إبراهيم الوالي، نفس المرجع، ص 57

<sup>4</sup> ( حاقّة العروسي، الاستغلال القانوني لبراءة الاختراع، المجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية تصدر عن مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر، كلية الحقوق جامعة الوادي العدد 3 ديسمبر 2017، ص 149.

<sup>5</sup> ( مرمون موسى، نفس المرجع، ص 156.

السمعة و يحفظ هذه الأسرار ، كما بهم المرخص أن يرخص اختراعه لشخص لديه مركز مالي جيد ، ليقوم باستغلال البراءة أحسن استغلال .

فللاعتبار الشخصي دور مهم في عقود براءات الاختراع ، فشخصية المخترع هي التي تجعل المؤسسات تتعاقد معه ، حيث أصبح الاعتبار الشخصي اعتبار اقتصادي فمن يملك القدرة على الإبداع و إنتاج الأفكار الجيدة و الجديدة و تحقيق سمعة تجارية قادرة على تكوين عدد كبير من الزبائن ، يعتبر متوفرا على الاعتبار الشخصي اللازم لإبرام عقود تراخيص .

### 3 - عقد رضائي :

العقد الرضائي هو عقد يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين ، أي اقتران الإيجاب بالقبول ، فالتراضي وحده يكون العقد<sup>1</sup>.

عقد الترخيص الاختياري يعد في الواقع من العقود الرضائية التي تتم بمجرد توافق الإرادتين دون حاجة إلى إجراء شكلي أو رسم لانعقاده ، إلا أن المادة 36 من الأمر 07/03 تشترط على غرار سائر التصرفات المتعلقة بالبراءة الكتابة .

### 4 - عقد ملزم للجانبين :

يرتب عقد الترخيص التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، فيلتزم المرخص بتمكين المرخص له من الانتفاع بمحل العقد الذي هو براءة الاختراع و بواجب الضمان و يلتزم المرخص له باستغلاله و العناية به و دفع المبالغ المتفق عليها و عدم منح تراخيص فرعية .

### 5 - عقد معاوضة :

يعتبر عقد الترخيص من عقود المعاوضة لأن كلا من طرفي العقد يحصل على مقابل لما يعطي .

### ثانياً: شروط عقد الترخيص باستغلال البراءة

يعرف عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه مالك البراءة بإعطاء حق استغلال البراءة أو بعض عناصرها إلى المرخص له مقابل التزام الأخير بدفع مبلغ من المال سواء دفعة واحدة ، أو بصفة دورية أو بطريقة أخرى حسب الاتفاق "<sup>2</sup>.

ينشأ عقد الترخيص للغير بالاستغلال بناء على اتفاق يتم بين صاحب البراءة و الشخص المرخص له ليقوم الأخير باستغلال البراءة بشروط و أوضاع محددة ينص عليها في العقد المبرم بينهما و بمقابل معين ، إلا

( السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 1 ، ط 3 منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2000 ص 163<sup>1</sup>

( سميحة القليوبي ، المحل التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة الطبعة الرابعة ، 2000 ، ص 2148<sup>2</sup>.

أن حق الترخيص باستخدام البراءة لا يعطي المرخص له الحق في المساس بحق ملكية البراءة ، حيث يظل هذا الحق محفوظا قانونا لصاحب البراءة ذاته <sup>1</sup>.

إن عقد ترخيص براءة الاختراع هو عقد كبقية العقود يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة و المتمثلة في الرضا و الأهلية و المحل و السبب بالإضافة إلى شروط خاصة تتطلبها طبيعة العقد و هي الكتابة و التسجيل و سنتناول هذه الشروط جميعها .

1\_ الرضا : يكون الاستغلال لبراءة الاختراع في هذه الحال بإرادة المخترع و رضاه التام من دون أي تدخل من الدولة .

إن عقد الترخيص باستغلال البراءة يعد عقدا رضائيا و ينعقد بتوافق الإرادتين للأطراف من دون أن يحتاج إلى شكل معين و هو الأصل العام <sup>2</sup>.

و لكن بالنسبة لهذا النوع من العقود أوجب المشرع الجزائري كتابة العقد و تسجيله حتى يتمكن الغير من الاحتجاج و هو ما نصت عليه المادة 2/36 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع " تشترط الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية أو التنازل عن حق الاستغلال أو توقف هذا الحق ، أو رهن أو رفع الرهن المتعلق بطلب براءة اختراع أو براءة اختراع وفقا للقانون الذي ينظم هذا العقد ، و يجب أن تقيّد في سجل البراءات .

لا تكون العقود المذكورة في الفقرة أعلاه ، نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها "

2\_ الأهلية : يجب أن يكون المرخص ( المخترع ) شخص له صلاحية التمتع بالحقوق و تحمل الواجبات أي يجب أن تتوفر على أهلية الأداء بمعنى أن يكون الشخص قادرا على مباشرة التصرفات القانونية و يتمتع الشخص بها متى اكتمل سنه 21 سنة خالية من جميع العوارض ( الجنون ، العته ، السفه و الغفلة ) و كذا خالية من جميع الموانع ( عاهة مزدوجة و الحكم بعقوبة جنائية و الغيبة و الفقد) .

و تجدر الإشارة إلى أن جميع التصرفات التي يقوم بها القاصر تعتبر غير صحيحة ما عدا التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فتكون موقوفة على إجازة القاصر لها بعد بلوغه سن الرشد أو إجازة وليه لهذه التصرفات و هذا لكون هذه التصرفات تحتمل الكسب كما تحتمل الخسارة فلا ينفذ التصرف إذا أبرمه القاصر إلا إذا وجد القاصر تصرفا مكسبا له و أجازه .

3\_ المحل : يجب تحديد المحل تحديدا نافيا للجهالة الفاحشة ، إذ يجب تحديد نطاق حق المرخص له ، هل هو حق إنتاج الاختراع فقط أو يشمل حق التسويق و البيع ، و يعد مكان الاستغلال و مدته من الأمور

(<sup>1</sup>) حميد محمد علي اللّهي ، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية ، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة ط 1 ، سنة 2011 ، ص 342.

( الشفيح جعفر محمد الشلاي ، نفس المرجع ، ص 283.

الجوهرية في عقد الترخيص أيضا ، فغالبا ما يرد تحديد مكان استغلال الاختراع داخل دولة معينة أو في منطقة معينة من الدولة الواحدة<sup>1</sup>.

لكي يكون المحل ركنا تاما من أركان العقد يجب أن تتوفر فيه شروط و هي :

\_ ان يكون موجودا أو قابل للوجود: أي أن يكون محل التعاقد موجودا أثناء التعاقد أو قابل للوجود مستقبلا أي لا يكون مستحيل التحقق و هو ما نصت عليه المادة 92 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup> فقرة أولى " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو محققا " .

\_ أن يكون معيناً أو قابل للتعيين : و هو ما نصت عليه المادة 94 من القانون المدني الجزائري " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا .

و يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره .

و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء ، من حيث جودته و لم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط " .

\_ ان يكون المحل مشروعاً : و يكون المحل مشروعاً إذا كان لا يتعارض مع أي من النصوص القانونية التي تمنع التعامل به و هو ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً " .

4 \_ السبب : سبب العقد هو الدافع أو الباعث الذي حمل الشخص على قبول التعاقد ، و الذي لولاه لما أبرم العقد ، و للسبب شرط وحيد و هو أن يكون مشروعاً ، فإذا كان سبب التعاقد غير مشروع كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، و يكون سبب العقد غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة و هذا حسب ما جاء في نص المادة 97 من القانون المدني الجزائري " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً " .

5 \_ الكتابة : لقد نص مشروع الجزائري في المادة 36 من الأمر 07/03 على شرط الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية أو التنازل عن حق الاستغلال أو توقف هذا الحق أو رهن أو رفع الرهن المتعلق بطلب براءة اختراع أو براءة اختراع وفقاً للقانون الذي ينظم هذا العقد.

( نوري حمد خاطر : شرح قواعد الملكية الفكرية - الملكية الصناعية - دار وائل للنشر، عمان ، الاردن ، الطبعة 2 ، 2010 ، ص 152 .

(<sup>2</sup> ) الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

لقد ألزم المشرع الجزائري كتابة عقد الترخيص حتى يكون صحيحا ، و لم يكتف بكتابته و التوقيع عليه من الطرفين ، بل أوجب توثيقه ، فالكتابة وفق القانون الجزائري تعتبر شرط صحة للعقد ، و ليست شرط للإثبات حسب المادة 2/36 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع<sup>1</sup>.

و يشترط في العقد الشكلي ، إضافة إلى الرضا و المحل و السبب ، ركن رابع و هو ركن الشكلية ، وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني أي العقد ، حيث يترتب على تخلفها انعدام العقد<sup>2</sup>.

حيث أن نص المادة واضح ذلك انه لا يعتبر عقد الترخيص من العقود الرضائية ، و إنما من العقود الشكلية التي يجب إفراغها في شكل معين حتى تكون صحيحة و مرتبة لجميع أثارها القانونية .  
فبعد الانتهاء من مرحلة التفاوض و الوصول لاتفاق يرضي الأطراف و بصيغة تلزمهما معا يتم الانتقال إلى مرحلة تحرير العقد و صياغته .

6\_ التسجيل: إن المشرع الجزائري مثلما كان صارما و واضحا في اشتراطه للكتابة ، كان أيضا واضحا في اشتراطه للتسجيل ، إذ يجب أن يقيد عقد الترخيص في سجل البراءات و هو ما نصت عليه المادة 3/36 " لا تكون العقود المذكورة في الفقرة أعلاه ، نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها " .

بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 68/98 الذي ينظم اختصاصات المعهد الوطني للملكية الصناعية و في نص المادة 8 تحدد أنه من بين اختصاصات المعهد هو قيد تسجيل العقود المتعلقة بتراخيص الاستغلال المتعلقة بملكية البراءة إذ تنص المادة " في إطار المهام الموكلة له يقوم المعهد بما يلي :

\_ دراسة طلبات حماية الاختراعات و تسجيلها و عند الاقتضاء نشرها و منح سندات الحماية طبقا للتنظيم .

\_ تسجيل العقود الخاصة بحقوق الملكية الصناعية و عقود التراخيص و عقود بيع هذه الحقوق ..."<sup>3</sup>.

يودع طلب التسجيل مباشرة لدى المصلحة المختصة و يمكن أن يرسل عن طريق البريد مع إشعار بالاستلام أو أي وسيلة أخرى مناسبة تثبت الاستلام<sup>4</sup> و لا تكون العقود نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها و هذا حسب نص المادة 2/37 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع .

وتجدر الإشارة إلى أنه إضافة إلى الشروط العامة السابق توضيحها يجب أن يكون المرخص مالكا شرعيا للبراءة ، حيث يمكن أن يقوم بإبرام العقد و توقيعه حتى يرتب جميع آثاره القانونية .

<sup>1</sup> انظر المادة 2/36 من الأمر 07/03 .

( علي فيلاي ، الالتزامات " النظرية العامة للعقد " ، موفم للنشر ، الجزائر ، الطبعة الثالثة 2013 ، ص 304 .

<sup>3</sup> ( مرسوم تنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 24 شوال سنة 1418 الموافق ل 21 فبراير سنة 1998 يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية و يحدد قانونه الأساسي .

<sup>4</sup> ( مرسوم تنفيذي رقم 5 / 275 المؤرخ في 2 غشت سنة 2005 ، يحدد كفاءات إيداع براءات الاختراع و إصدارها ، معدل و متمم .

## المحور الثاني : آثار عقد الترخيص

الترخيص للغير في الاستفادة من الاختراع موضوع البراءة ، لا يخرج عن كونه عقد يلتزم بموجبه صاحب براءة الاختراع بالسماح لشخص آخر استثمار الاختراع موضوع البراءة لمدة معينة لقاء أجر معلوم . لذلك عدّ البعض عقد الترخيص نوعاً من الإيجار ، لأنه بمثابة تنازل صاحب البراءة عن الانتفاع بحق استثمار الاختراع إلى المرخص له <sup>1</sup>.

يرتب عقد الترخيص التزامات متقابلة في ذمة أطراف العقد بناء على طبيعته و محله ، فإن كان الترخيص الاختياري وسيلة في يد المخترع للاستفادة من اختراعه بواسطة الغير و هذا بسبب نقص الإمكانيات لديه لاستغلاله بنفسه إلا انه يرتب جملة من الالتزامات .

توجد التزامات مهمة بذمة المالك الذي يعد مؤجراً في عقد الترخيص تتمثل بالتزام المالك بعدم المنافسة ، و كذلك التزامه بضمان العيوب الخفية و بضمان التعرض و الاستحقاق <sup>2</sup>.

يلتزم مالك براءة الاختراع بالاستغلال الفعلي لاختراعه خدمة للمجتمع وهذا بمثابة المقابل لاستثنائه باستغلال هذه البراءة، لكن حق مالك براءة الاختراع في استغلال اختراعه ليس كأى حق آخر بل هو في نفس الوقت واجب عليه مراعاة لمصلحة المجتمع ولذلك فإن واجب استغلال الاختراع هو أساس منح البراءة.

### أولاً : التزامات المرخص ( المالك )

لصاحب البراءة دون غيره الحق في استغلال الاختراع في جميع ربوع التراب الوطني وبكافة الطرق التي يراها مناسبة، ويثبت له الحق في الاستغلال منذ تقديم طلب البراءة، لكن متى قام المخترع بإبرام عقد ترخيص استغلال الاختراع وجب عليه الالتزام بالضمان و الالتزام بنقل المعرفة الفنية إلى جانب التزام المالك بعدم المنافسة.

### 1\_ الالتزام بالضمان :

يشمل عقد الضمان التزام المالك ( المرخص ) بضمان العيوب الخفية و كذلك التزامه بضمان التعرض و الاستحقاق و يعتبر الالتزام بالضمان من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المرخص ذلك أنه على المخترع تمكين المرخص له من الانتفاع بالبراءة على أكمل وجه فيمتنع المرخص عن القيام بأي عمل من شأنه أن يحول دون استعمال المرخص له لتلك الحقوق التي يحددها عقد الترخيص .

( صلاح زين الدين ، الملكية الصناعية و التجارية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن ط 3 ، 2012 ، ص 122.

( أسامة نائل المحيسن ، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ط 1 ، 2011 ، ص 142.

## أ\_ ضمان العيوب الخفية :

يجب على مالك البراءة أن يسلم للمرخص له براءة صحيحة قانونا و هذا الأمر بالغ الأهمية فوجوب صحة البراءة أمر ضروري و صحة البراءة تتعلق بركن من أركان صحتها كالجدة او الابتكار و القابلية للاستغلال الصناعي ، فإذا ظهر عيب منها و رفعت الدعوى ضد المالك يصدر حكم لصالحه فيعفى من دفع المقابل مستقبلا كما له حق استرداد ما دفعه من قبل .

ضمان العيوب الخفية يعني على المرخص القيام بتسليم المعرفة الفنية كمحل في هذا العقد بكامل عناصره خالية من أية عيوب ، فإذا ظهر أي عيب من العيوب في عقد نقل التكنولوجيا فإن المرخص يكون قد سلم شيئا غير مطابق لما تم الاتفاق عليه ، حيث أن تحقيق نتيجة يرتبط إيجابا أو سلبا بصلاحية المعرفة الفنية لتحقيق النتيجة<sup>1</sup> .

ينصب ضمان العيب في عقد الترخيص على العيوب المادية ، مثل مخاطر الاستغلال أي تعذر الحصول على النتيجة الصناعية المرجوة من الاختراع ، فيلتزم المرخص بتعويض الضرر إضافة إلى حق المرخص له بالمطالبة بالفسخ نتيجة لإخلال المالك بالتزامه ، و يتعدى ضمان المخترع أو خلفه إلى تعويض الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة لاستخدام الاختراع<sup>2</sup> .

## ب \_ الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق :

يجب على المرخص أن يضمن للمرخص له عدم التعرض سواء منه شخصيا أو من الغير ، فيمتنع المرخص من القيام بأي عمل يؤثر في الانتفاع الهادئ للمرخص له، أو قد يحد كليا أو جزئيا من استعمال المرخص له للحقوق التي يحددها العقد ، و يترتب أيضا على المرخص أن يتصدى لحالة التعدي من الغير على محل العقد ، أي حق من حقوق الملكية الفكرية التي يتضمنها العقد ، كأن يقوم الغير باستعمال براءة الاختراع ، ففي هذه الحالة يجب على المرخص القيام باتخاذ كافة الإجراءات القانونية لرد هذا التعدي<sup>3</sup> .

كما يضمن المرخص الاستحقاق بمعنى يضمن انه صاحب الحق في ملكية البراءة ، و أنها غير مقلدة، فإذا ثبت عدم ملكية المرخص للبراءة تقوم مسؤوليته و يكون من حق الطرف الثاني في العقد و هو المرخص له حق طلب فسخ العقد و استرداد كافة المبالغ التي دفعها بما في ذلك حق طلب التعويض .

إن مالك البراءة الذي يمنح ترخيصا لاستغلال براءته ، يضمن للمرخص له انتفاعها الهادئ ، و على ذلك يجب أن يمتنع عن كل تصرف يكون تعرضا قانونيا أو فعليا ، فيعتبر هذا التعرض فعليا إذا استمر مالك البراءة في استغلال الاختراع رغم وجود ترخيص مطلق ، أو إذا امتنع عن دفع الرسوم التنظيمية السنوية ،

( البشتاوي أحمد طارق بكر، عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين 2011 ص 81.

( نوري حمد خاطر : شرح قواعد الملكية الفكرية - الملكية الصناعية - دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى، 2005، ص 152

( البشتاوي احمد طارق بكر ، مرجع سابق ، ص 81<sup>3</sup>

ويعتبر تعرضاً قانونياً إذا تمسك بسند رئيسي يجعل البراءة موضوع الترخيص تابعة له ، و يعد كذلك مسؤولاً إزاء المرخص له إذا سقط الاختراع في الملك العام ، و لا يقتصر ضمان صاحب البراءة على الأعمال التي تصدر منه ، بل يمتد إلى كل تعرض صادر من الغير<sup>1</sup>.

## 2\_ الالتزام بنقل المعرفة الفنية :

نجد أنّ أي مخترع في مجالات المشروعات المنتجة للتكنولوجيا لا يقوم بتسليم جميع المعلومات موضوع البراءة ، و تبقى سرية رغم أن قوانين الملكية الصناعية تشترط وجوب الإفصاح عن جميع الأسرار ، حيث يصبح من الصعب اليوم استغلال أي براءة اختراع اعتماداً على البيانات الواردة في البراءة و بدون مشاركة من مالك البراءة و حائز المعرفة الفنية السرية<sup>2</sup>.

يجب على صاحب البراءة و قد اتجهت إرادته للترخيص لغيره بالاستغلال أن يوضح للمرخص له بكل دقة و تفصيل دقائق الاختراع و الظروف المناسبة للحصول على أكبر إنتاج و بأحسن كيفية<sup>3</sup>.

و تعتبر براءة الاختراع عنصراً مهماً إذا كان نشاط المتجر يعتمد على استثمار و استغلال براءة الاختراع في الإنتاج و التصنيع و بالتالي فلا يتصور نقل ملكية مصنع من هذا النوع ، ما لم يتم نقل ملكية براءة الاختراع إلى مالك المتجر الجديد ، لأن استمرار المالك الجديد بدون براءة الاختراع لا يمكنه من الاستمرار في الإنتاج ، و بالتالي تنتفي عن هذا المصنع صفة المتجر لأنه سوف يحتفظ بزبائنه و عملائه السابقين<sup>4</sup>.

و من خلال هذا نجد أن للإفصاح دور كبير من خلال تمكين الغير من تنفيذ الاختراع و تحقيق إمكانية متابعة الانجازات المتلاحقة في المجال العلمي و التكنولوجي مع سهولة دراسة العناصر الجديدة و هذا ما يزيد من سرعة عجلة التقدم التكنولوجي<sup>5</sup>.

## 3\_ التزام المخترع بعدم المنافسة :

يعد التزام المالك بعدم المنافسة من أهم التزامات مالك الاختراع و الذي يتميز به عن عقد الإيجار في القواعد العامة . فهل يلتزم المالك تلقائياً بعدم المنافسة دون حاجة إلى نص بالعقد ؟

الحقيقة أن القضاء و الفقه الفرنسيان مختلفان بهذا الشأن ، فذهب بعضهم إلى أن عدم وجود نص صريح يلزم المالك فإن عدم المنافسة تقتصر على حقه في التنازل عن حق الاستغلال للغير ، أما هو فيبقى له الحق في استغلال الاختراع باعتباره ما زال مالكا لحق احتكار الاختراع ، فهذا الحق لا ينفذ بمجرد التنازل

( فرحة زراوي صالح : الكامل في القانون التجاري الجزائري الحقوق الفكرية ، ابن خلدون للنشر و التوزيع، الجزائر 2006 ، ص 157.  
( محمد الأمين بن عزة ، الترخيص الإجباري لاستغلال براءة الاختراع و اثر اتفاقية تريبس ، دار الفكر و القانون المنصورة 2010 ص 144  
( سينوت حليم دوس : دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1983 ، ص 365.  
( عادل علي المقدادي . القانون التجاري ج 1 الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، 2003 ص 197.  
( محمد الأمين بن عزة ، مرجع سابق ، ص 147.<sup>5</sup>

عن حق الاستغلال ، في حين ذهب اتجاه آخر إلى رفع يد المخترع في استغلال الاختراع ما دام انه لم يشترط في عقد الترخيص<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى قانون براءات الاختراع الجزائري لا نجد أي نص يلزم المالك بعدم منافسة المرخص له وأساس هذه الفكرة هو أن المخترع هو الشخص الوحيد الذي يملك حق احتكار و استغلال براءة الاختراع و منع استعمال الغير لها طوال مدة الحماية.

و يجب الإشارة إلى أن فكرة عدم منافسة المرخص له للمالك قد تطرح في الترخيص العادي (البسيط) أو في عقد الترخيص الوحيد و عليه فإن طريقة استغلال الاختراع و عدم منافسة المرخص له للمالك يجب أن تدرج في بنود العقد ، لكن لا يجوز للمرخص منافسة المرخص له في استغلال الاختراع إذا كان الترخيص استثنائيا ( حصري ) أو إذا كان التنازل عن حق الاستغلال تم دون قيد أو شرط في عقد الترخيص. أما إذا أراد المرخص غير ذلك فله أن يشترط ذلك صراحة في العقد ، وإلا عد ذلك من قبيل المنافسة الغير مشروعة .

كما لا يجوز للمالك أن يفرض شروط تعسفية تحد من استغلال الاختراع و هذا ما نصت المادة 2/37 من الأمر 07/03 " تعد باطللة البنود الواردة في العقود المتصلة بالرخصة إذا فرضت على مشتري الرخصة ، في المجال الصناعي أو التجاري ، تحديدات تمثل استعمالا تعسفيا للحقوق التي تخولها براءة الاختراع بحيث يكون لاستخدامها أثر مضر على المنافسة في السوق الوطنية " واضح أن المشرع أراد حماية المرخص له من أي شرط تعسفي الغرض منه عرقلة استغلال الاختراع بشكل يضر المنافسة في السوق الوطنية مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمستهلك .

### ثانيا : التزامات المرخص له

يلتزم المرخص له بالتزامات أساسية و هي :

#### 1 - القيام باستغلال الاختراع مدة الترخيص :

إن منح مالك البراءة حقا استثنائيا على اختراعه يعني منع الغير من استغلال البراءة ولكن شريطة قيام مالك البراءة باستغلال اختراعه فعلا<sup>2</sup>.

منحت معظم التشريعات صاحب البراءة حق احتكار أو استغلال ابتكاره أو اختراعه ، مما ترتب عليه امتناع الغير عن التدخل أو تعطيل هذا الحق ، و مع ذلك فإن المشرع في معظم الدول لم يفرق بين صاحب البراءة و المرخص له بالاستغلال تشجيعا للمخترع على البدء في استغلاله ، و ينحصر محل الالتزام في موضوع البراءة ، فإذا اخل صاحب البراءة أو من صدر له الترخيص بالاستغلال بهذا الالتزام فإنه أجاز انتزاع البراءة من

<sup>1</sup> ( نوري حمد خاطر : تحديد المبادئ القانونية الواردة على حقوق الاختراع ، مجلة الشريعة و القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد 19 يونيو 2003 ، ص 179 .

( عبد الله حسين الخشروم ، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية و التجارية ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى 2005 ، ص 298 .

صاحبها ، و تخويل من طلبها في القيام باستغلالها ، و تشمل حالات تخويل الغير استغلال البراءة إجباريا إذا ما تين أن صاحب البراءة لم يقيم باستغلالها أو أنه استغلها دون تحقيق الهدف الذي من اجله صدرت البراءة ألا وهو خدمة المجتمع و البلد الذي صدر فيه الاختراع<sup>1</sup>.

يستغل المرخص له جميع الحقوق التي له بموجب عقد الترخيص ، فقد ينص على استغلال البراءة بصورة استثنائية ، فيصنع و يبيع ، و قد يتضمن العقد حق التصنيع دون البيع أو صنع السلعة وفقا لحاجة منشأة المرخص له<sup>2</sup>.

الأصل أن المرخص له يستغل الاختراع شخصيا لأن عقد الترخيص من عقود الاعتبار الشخصي ، و تراعى فيه صفات المرخص له و قدرته المالية و الفنية ضمانا لنجاح الإنتاج ، فلا يجوز للمرخص له أن يعقد ترخيصا من الباطن<sup>3</sup>.

كما يلتزم باستغلال البراءة بصورة فعلية و جدية ، و بنية حسنة لأنه يجب أن يكون عقد الترخيص مؤسسا على ثقة متبادلة بين صاحب البراءة و المرخص له ، لذا يقوم الأول في أغلب الأحيان بتبليغ كل ما لديه من معلومات و مهارة لمساعدة المرخص له في استثمار الاختراع ، و العكس صحيح ، إذ يجب اعتبار المرخص له ملزما بتبليغ التحسينات التي ينجزها على البراءة ، و لا بد من الإشارة إلى أن عقود الترخيص تتضمن في معظم الأحوال شروط خاصة بنوعية الإنتاج و كميته من أجل إلزام المرخص له بتحقيق حد أدنى من الإنتاج ، و يتعرض المرخص له في حالة عدم استغلال البراءة أو استغلالها بصورة غير كافية ، لفقدان حقه على البراءة ، كما يتعرض لفسخ العقد لعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>4</sup>.

لا يكفي ان يكون الاستغلال كاملا بل يجب ان يكون حقيقيا و بكل وسائله إلا إذا كان هناك مانع في يحول دون ذلك ، فله الرجوع على المخترع أو خلفه للعب ، و حتى و لو لم يرد نص بالعقد يلزم المرخص له باستغلال الاختراع فعليه ذلك لأنه مبدأ عام أوجده القانون و ألزمه للمخترع ، فكيف لا يتحمل المرخص له الذي منح رخصة لتحقيق هذا الغرض<sup>5</sup>.

و يترتب عن عدم استغلال براءة الاختراع من طرف المرخص له أن يصبح مانح الترخيص محقا و له صلاحية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ عقد الترخيص بسبب خطأ المرخص له و بالتعويض عن الضرر الذي لحق المرخص من جراء هذا السلوك باعتباره خطأ عقديا ، و لاسيما في الحالة التي تكون فيها أداءات

( محمد الأمين بن عزة ، مرجع سابق ، ص 391 )

( سمير جميل حسين الفتلاوي : استغلال براءة الاختراع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1984 ، ص 2129 .

( سينوت حليم دوس : نفس المرجع ص 382 .

( فرحة زراوي صالح ، نفس المرجع ، ص 159 .

( نوري حمد خاطر ، نفس المرجع ، ص 129 .

الاستغلال محددة بنسب مئوية من رقم المعاملات التي يتم تحقيقها دوريا نتيجة استغلال الحقوق التي تخولها براءة الاختراع المرخص بها ضمن عقد الترخيص<sup>1</sup>.

## 2\_ دفع البديل المتفق عليه :

يعطي مالك البراءة للغير الحق في الاستفادة من الاختراع موضوع البراءة ، بموجب عقد ترخيص ، يلتزم بموجبه صاحب براءة الاختراع بالسماح لشخص آخر استثمار الاختراع موضوع البراءة لمدة معينة لقاء أجر معلوم<sup>2</sup>.

الترخيص باستغلال البراءة يمكن أن يتم الترخيص باستغلالها جزئيا أو استغلالها كليا ، و يمكن أن يكون المقابل مبلغا ماليا يدفع دفعة واحدة ، و يمكن أن يكون عبارة عن نسبة من العائدات الناتجة عن الاستغلال<sup>3</sup>.

ينطوي الالتزام بدفع الثمن على أنه قد تم الاتفاق عليه ، كما هو الحال دائما في عقود نقل التكنولوجيا و يتحدد الثمن بصفة عامة ، منذ البداية عند مرحلة المفاوضات ، و تكون قيمة المبلغ المتفق عليه جزافيا ، مع التحفظ بصدد دور شرط ربط تغيرات الأسعار أو شرط تغيير سعر الصرف<sup>4</sup>

يلتزم المرخص له بدفع مبلغ إلى المرخص لقاء الترخيص وفق الطريقة المبينة في العقد<sup>5</sup> ، و نادرا ما يتم الاتفاق على أن يكون مبلغا إجماليا ، فمثل هذا الاتفاق الأخير ليس في مصلحة صاحب البراءة ، لأن البراءة الجيدة تأتي بدخل كبير يزداد بزيادة الوحدات المباعة و تزايد إقبال الجمهور على شرائها ، كذلك هي ليست من مصلحة المرخص له ، فالبراءة غير الجيدة لن تكون مبيعاتها كثيرة مما يلحق ضررا بالمرخص له<sup>6</sup>.

و يجب الإشارة في هذا الصدد إلا أن تحديد البديل يخضع لعدة عوامل بالنسبة لكلى الطرفين و هذا بحسب الصناعة أو نشاط المؤسسة ، فالمرخص يضع في اعتباره مقدار المنفعة التي تعود على المرخص له ، أما المرخص له فيقوم بمقارنة المبالغ التي سيقوم بدفعها و مقدار ما قد يعود عليه من ربح طوال مدة عقد الترخيص على أساس الإنتاج ، و في هذه الحالة قد يكون الأجر على مقدار ما يحققه الاختراع من إنتاج .

كما قد يتفق الطرفان على مبلغ جزافي يسدد على أقساط دورية ، كما قد يتم الاتفاق على نسبة مئوية من المبيعات أو الأرباح تدفع بصفة دورية تحدد حسب أهمية الاختراع في المجال الصناعي .

(1) ناجي أحمد نور ، التراخيص الإجبارية و الاختيارية في مجال المواد الطبية و الصيدلانية دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مصر ( د س ) ص 187.

(2) صلاح زين الدين : شرح التشريعات الصناعية و التجارية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2007 ، ص 70.

(3) حميد محمد علي اللهي ، نفس المرجع ، ص 342.

(4) نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ص 293.

(5) سمير جميل حسين الفتلاوي ، نفس المرجع ، ص 130.

(6) سينوت حليم دوس ، نفس المرجع ، ص 383.

و الجدير بالذكر أن نشير أنه غالباً ما يفضل عند صياغة شرط الثمن في عقود الترخيص باستغلال براءة الاختراع ، أن يتم تضمين العقد نصوصاً تتعلق بموضوع تقلب الأسعار ، إذ أن تقلب الأسعار يعد من أهم المشكلات التي تواجه العقود الدولية بشكل عام ، لأن هذه العقود تكون أكثر عرضة للتأثر بالأزمات الاقتصادية الدولية ما يجعل العملة المستخدمة في العقد غير ثابتة ، وكذا السياسات بصورة أكبر من العقود المحلية ، ذلك أن نطاق العقود الدولية المبرمة يتعدى نطاق إقليم دولة واحدة وهذه هي الصفة الأساسية التي تتمتع بها العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، ما يجعل التعامل مع دول أخرى خارج الإقليم المحلي أمراً حتمياً<sup>1</sup>

وينتهي عقد الترخيص بانتهاء مدة البراءة، كما قد ينتهي عقد الترخيص بسبب وجود عيب يجعله باطلاً أو نظراً لفسخه قضائياً لعدم تنفيذ أحد الطرفين التزاماته التعاقدية، أو بسبب تغيير أطراف العقد، كما يجوز إدراج في العقد شروط تجعله مفسوخاً بحكم القانون، كما يحق للمرخص له أن يتخلى عن الرخصة التعاقدية التي منحت له.

### 3\_ الالتزام بعدم تصدير الاختراع:

من حق المرخص اشتراطه عدم تصدير المنتجات إلى مناطق سبق له منح امتياز قصر توزيعها لمتعاقدين معه ، إذ يترتب على تصدير المرخص له لهذه المنتجات بتلك المناطق مسؤولية في مواجهة أصحاب امتياز القاصر عليهم ، كما قد يكون اشتراط ثمن محدد للمنتجات محل العقد ، وهذا ما يهدف لحماية مصلحة المستهلكين و ذلك بمنع المرخص له من رفع الأسعار .

### 4\_ عدم جواز التنازل للغير بالاستغلال

من حق المرخص له اشتراط عدم التنازل للغير بالاستغلال ، وهذا ما يسمح له بحق الحصرية في استغلال الاختراع محل البراءة خاصة إذا كان للاختراع قيمة اقتصادية كبيرة ، فلا يجوز للمرخص أن يقوم بإبرام عقود تراخيص مع أطراف أخرى .

(<sup>1</sup>) البشتاوي أحمد طارق بكر، نفس المرجع ، ص 85.

## الخاتمة :

لقد غيرت الاختراعات الحياة على كوكب الأرض، لذا ألزمت التشريعات بما فيها المشرع الجزائري المخترع باستغلال اختراعه، وهذا خدمة للبشرية.

فاستغلال الاختراع حق و واجب على المخترع و إلا تعرض لمنح ترخيص باستغلال الاختراع لشخص آخر إجباريا بسبب عدم استغلال الاختراع أو لنقص فيه .

بما أن استغلال الاختراع له عدة آثار إيجابية على المجتمع و الوطن ، ذلك أننا نعيش اليوم عصر التقنية و التكنولوجيا ، ففي دول متقدمة كأمريكا و اليابان يتم تسجيل عدة اختراعات في اليوم الواحد و يتم تطويرها و استغلالها ، و هذا كله من أجل التقدم و الرقي و الازدهار و التحكم بالعالم ، ذلك أنه من يتحكم بالتكنولوجيا يتحكم بالعالم كله.

فالاختراع يعود بعدة فوائد لصاحبه و للاقتصاد الوطني ، و يجب الإشارة إلى أنه يجب استغلال الاختراع سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص و هذا من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني و إيجاد بيئة جديدة لجلب الاستثمارات الأجنبية و حماية الاستثمارات المحلية .

لأجل تحقيق الأهداف المرجوة من الاختراعات و استغلالها استغلالا كافيا نوصي بضرورة :

\_ تحديد بوضوح ودقة عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع في قانون براءات الاختراع و عدم ترك المسألة للقانون المدني .

\_ تكوين الموثقين في مسائل عقود براءات الاختراع بما أن مسألة تحرير العقد يكون بمكاتب التوثيق.

\_ حفظ حقوق المخترعين المادية و لم لا حق التبعية إذا ما كان للاختراع فوائد مالية خيالية .

\_ الحد من عقود التراخيص الإجبارية إلا لأسباب جدية .

## المراجع :

### أولا:الكتب

#### 1 \_ باللغة العربية :

1 \_ أسامة نائل المحيسن ، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ط1 ، 2011.

2 \_ السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 1 ، ط 3 منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2000.

3 \_ الشفيق جعفر محمد الشلالي : التنظيم القانوني لاستغلال براءة الاختراع ، دار الكتب القانونية 2011.

- 4\_ حميد محمد علي اللّهي ، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة ط 1 ، سنة 2011.
- 5\_ سميحة القليوبي ، المحل التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة الطبعة الرابعة ، 2000.
- 6\_ سميحة القليوبي : الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الرابعة 2003.
- 7\_ سمير جميل حسين الفتلاوي : استغلال براءة الاختراع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1984.
- 8\_ سمير جميل حسين الفتلاوي : الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1988.
- 9\_ سينوت حلیم دوس : دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1983.
- 10\_ صلاح زين الدين ، الملكية الصناعية و التجارية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن ط 3 ، 2012.
- 11\_ عادل علي المقدادي . القانون التجاري ج 1 الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، 2003.
- 12\_ عبد الله حسين الخشروم ، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية و التجارية ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى 2005.
- 13\_ علي فيلاي ، الالتزامات " النظرية العامة للعقد " ، موفم للنشر ، الجزائر ، الطبعة الثالثة 2013.
- 14\_ فرحة زراوي صالح : الكامل في القانون التجاري الجزائري الحقوق الفكرية ، ابن خلدون للنشر و التوزيع، الجزائر 2006.
- 15\_ محمود ابراهيم الوالي : حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.
- 16\_ محمد الأمين بن عزة ، الترخيص الإجباري لاستغلال براءة الاختراع و اثر اتفاقية تريبس ، دار الفكر والقانون ، المنصورة 2010.
- 17\_ نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.
- 18\_ نوري حمد خاطر : شرح قواعد الملكية الفكرية – الملكية الصناعية – دار وائل للنشر، عمان ، الاردن ، الطبعة 2 ، 2010.

## 2\_ الكتب باللغة الفرنسية :

Chavane Albert et Burst , Jean jaques , Droit de la propriété industrielle , 5 édition , Dalloz 1998.

### ثانيا : الدوريات

1\_ حاقا العروسي ، الاستغلال القانوني لبراءة الاختراع ، المجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية تصدر عن مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر ، كلية الحقوق جامعة الوادي العدد 3 ديسمبر 2017 ،

2\_ نوري حمد خاطر : تحديد المبادئ القانونية الواردة على حقوق الاختراع، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد 19 يونيو 2003 ،

### ثالثا : الاطروحات :

1 \_ البشتاوي أحمد طارق بكر، عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين 2011.

2 \_ ناجي أحمد نور ، التراخيص الإجبارية و الاختيارية في مجال المواد الطبية و الصيدلية دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مصر ( د س )

### القوانين :

الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

مرسوم تنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 24 شوال سنة 1418 الموافق ل 21 فبراير سنة 1998 يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية و يحدد قانونه الأساسي.

الأمر 07/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءات الاختراع ، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003 .

مرسوم تنفيذي رقم 5 / 275 المؤرخ في 2 غشت سنة 2005 ، يحدد كيفيات إيداع براءات الاختراع و اصداها، معدل و متمم .



## ICC AND ICL: THE IMPACT OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW ON INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

### المحكمة الجنائية الدولية والقانون الجنائي الدولي: تأثير القانون الجنائي الدولي على المحكمة الجنائية الدولية

الدكتور موسى محمد بلنغو، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا

Dr. Musa Muhammad Bulangu, International Islamic University Malaysia (IIUM)

#### ملخص البحث

يركز المقال على مدى تأثير القواعد القانون الجنائي الدولي على القواعد القانونية والإجرائية للمحكمة الجنائية الدولية، ومدى الارتباط الموجود بين المحكمة الجنائية الدولية والقانون الجنائي الدولي. ويستكشف المقال على أن القانون الجنائي الدولي يُحمّل المسؤولية الجنائية الدولية للفرد ثم نجد المحكمة الجنائية الدولية هي كجسر لتنفيذ تلك القواعد القانونية للقانون الجنائي الدولي. إن القانون الجنائي الدولي والمحكمة الجنائية الدولية هما فرعان لبعضهما البعض عن بعض حيث يُجرّم القانون الجنائي الدولي الجرائم الدولية و من ثم المحكمة الجنائية الدولية تحاكم تلك الجرائم. لا تختلف القواعد القانونية الإجرائية للمحكمة الجنائية الدولية عن القواعد الإجرائية للقانون الجنائي الدولي، وبالتالي هو يؤثر بشكل مباشر على المحكمة وإجراءاتها. لو لا القانون الجنائي الدولي لما وُجدت المحكمة الجنائية الدولية على الإطلاق. وفي البحث تم استخدام المنهج التحليلي، والطريقة الاستقرائية، والأسلوب النقدي والمفاهيمي والوصفي لتحليل الموضوع، ولرصد ودراسة الجهود العلمية لحل المشكلة والإجابة على أسئلة البحث. وستخلصت الدراسة بالنتائج عدة، وعلى مقدمتها حيث ووجد الباحث أن العلاقة بين القانون الجنائي الدولي والمحكمة الجنائية الدولية تمول رقابة في تعزيز قواعد القانون الجنائي الدولي. وخرج البحث بتوصيات عدة، حيث يوصي البحث المحكمة الجنائية الدولية بالمشاركة من أجل التغلب على التحديات في تطبيق بعض المبادئ التي وصفها القانون الجنائي الدولي مثل نهج وإجراءات اتخاذ الحكم والعقوبات ضد المدان.

كلمات مفتاحية: التأثير، القانون الجنائي الدولي، المحكمة الجنائية الدولية.

## Abstract

This article focuses mostly on the narrower body of International Criminal Law (ICL)'s influence on the International Criminal Court (ICC) as one exact path and procedure connected between the ICL and the ICC. The article explores to say that ICL ascribes individual criminal responsibility for crimes which are left an open variety of questions concerning the discretion over enforcement international crimes through the ICC procedure. ICL and ICC are the branches of each other in standing their connection as the ICL criminalises international crimes and the ICC prosecutes those international crimes. ICC procedure does not differ from the ICL rules of proceedings, thus directly influences on the court and its proceedings. If ICL does not come to exist, the ICC might also do not exist at all. Analytical approach, inductive method, critical, conceptual, and descriptive methods are used to analyse the subject to monitor and study the scientific efforts to solve the problem and answer the questions of the research. The research found that the connection between the international criminal law and the international criminal court censoriously funded in increasing the rules of the ICL. The research recommends to the ICC has to be engaged in order to overcome the challenges in applying some of the principle described by the international criminal law such as sentences approach.

**Keywords:** ICL, ICC, Impact.

## List of Abbreviations

ECCC	Extraordinary Chambers for the Courts of Cambodia
GC	Geneva Conventions
IAC	International Armed Conflict
ICC	International Criminal Court
ICJ	International Criminal Court
ICL	International Criminal Law
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia
IHL	International Humanitarian Law
IMT	International Military Tribunal, Nuremberg
IMT	International Military Tribunal, Tokyo
KSC	Kosovo Specialist Chambers
NIAC	Non International Armed Conflicts
SCSL	Special Court for Sierra Leone
STL	Special Tribunal for Lebanon
UN	United Nations
UNSC	United Nations Security Council
WW II	World War Two

## 1. Introduction

### 1.1 STATEMENT OF THE PROBLEM

The International Criminal Law (ICL) classifies the body of an international law that describes the international crimes through international customary law, mainly; crime of genocide, war crimes, crimes against humanity, and the crime of aggression, as well as the technique and procedure to be functional during the trial and prosecution before the International Criminal Court (ICC). ICL has a significant role and impact to the ICC in establishing the subject matter jurisdiction of the court as well as rule of procedures of the ICC. One of the main sources of the ICC and its Rome Statute which established the court is ICL. Therefore, the research is targeting to explore these ICL impacts toward the ICC accordingly.

### 1.2 RESEARCH QUESTIONS

1. What is the concept and sources of international criminal law?
2. What is the international criminal court and the subject matter jurisdiction of the court?
3. How does international criminal law Impact on the international criminal court?

### 1.3 RESEARCH OBJECTIVES

1. To elaborate the concept and sources of international criminal law?
2. To analyse in how does international criminal law Impact on the international criminal court?
3. To examine and define the international criminal court and the subject matter jurisdiction of the court?

### 1.4 RESEARCH METHODOLOGY

1. **Analytical Approach:** By studying the rules and laws related to the international criminal law and international criminal court identifying and analysing the provisions related to the ICL and ICC.

2. **Inductive Methodology:** Studying various works including publications, reference books, books, articles, court, regulations, laws, decisions and rulings related to the ICC and ICL.
3. **Critical, Conceptual, and Descriptive Part:** pointing to find solutions of the research problem.

## CONTENTS

1.1. Statement of the Problem

1.2 Research Questions

1.3 Research Objectives

1.4 Research Methodology

## 2. The Concept of International Criminal Law (ICL)

## 3. The Sources of International Criminal Law (ICL)

## 4. International Criminal Court (ICC)

4.1 Crimes within the Subject Matter Jurisdiction of the ICC

1.4.1 Genocide Crime

1.4.2 Crimes Against Humanity

1.4.3 War crimes

1.4.4 Crime of aggression

## 1.5 ICL and ICC

## 1.6 Conclusion

1.6.1 Findings

1.6.2 Recommendations

## 1.1 Introduction

International Criminal Law (ICL) is one of the parts of international law. The international criminal law concerns about the issues relating to international crimes, such as war crimes, genocide, crimes against humanity, crimes of aggression and other international crimes. The International criminal law is still an important within the context of international law. Despite in recent prior and especially in the last decade, it has experienced there is no developments and renewed attention from the international community toward international criminal law.

The establishment and the good work of International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia (ICTY) and International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), and creation of various international criminal courts and tribunals have some an advance, contribution to the development in international criminal law.<sup>1</sup> However, it can be seen that there are some evidences that international criminal law has become a long way since International Military Tribunal (IMT), Nuremberg and International Military Tribunal (IMT) Tokyo.

The International Criminal Court (ICC) deals with the most serious criminal offenses and its objectives are to achieve individual accountability for those who committed atrocity crimes of concern to the international community.<sup>2</sup>

## 1.2 The Concept of International Criminal Law (ICL)

International criminal law is a subset of public international law, and is the main subject of these materials, while international law typically concerns inter-state relations, international criminal law concerns individuals. In particular, international criminal law places responsibility for individual person, not states or organisations, and proscribes and punishes acts that are defined as crimes by international law.

International criminal law is a relatively new body of international law, and aspects of it are neither uniform nor universal. For example, some aspects of the law of the ICTY are unique

---

<sup>1</sup> Silvia D. Ascoli, Sentencing in International Criminal Law, the Approach of the two UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the International Criminal Court, (Florence, Hart, 2011).

<sup>2</sup> Ibid.

to that jurisdiction, do not reflect customary international law and also differ from the law of the ICC. Although there are various interpretations of the categories of international crimes,<sup>1</sup> these materials deal with crimes falling within the jurisdiction of international tribunals, *hybrid* and *ad hoc* courts, including the ICTY, ICTR and the ICC. These crimes comprise genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression.<sup>2</sup> In the concept of those international criminal courts and tribunals, international crimes do not include piracy, terrorism, and slavery, drug trafficking and other international crimes.

ICL and ICC proceedings include laws, procedures and principles relating to modes of liability, defenses, evidence, court procedures, sentencing, victims participation, witnesses protection, mutual legal assistance and cooperation issues.<sup>3</sup>

### 1.3 The Sources of International Criminal Law (ICL)

ICL is one of the international law features. ICL concerns on issues relating to international crimes, such as war crimes, genocide, crimes against humanity, crimes of aggression and other international crimes. Public international law is law that governs the action of state and how state interacts with each other and individual citizens. Public international law involves rules and principles that deal with the conduct, rights and obligations of states and international organisations, as well as dealing with relations among states.<sup>4</sup>

However, the relationship between public international law and domestic criminal law has greatly contributed to the development of the ICL, not only in a historical context, but also in the present situation of turmoil and conflicting ideologies. The sources of ICL originally derived from public international law, and though they have passed through a development of their own,

<sup>1</sup> Robert Cryer and et al, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, (UK: Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2010), 4.

<sup>2</sup> Related to the Crime of Aggression, ICC ASP RC/Res.6, The Crime of Aggression, 11 June 2010; Rome Statute of the International Criminal Court, Art. 8bis (2002).

<sup>3</sup> ICC, International Criminal Law and Practice Training Materials, 3.

<sup>4</sup> Ibid., 3.

they still, of necessity, depend on this traditional field of law. Therefore, it will be a starting-point in this article to establish what these sources are.<sup>1</sup>

By consulting the 1945 Statute of the International Court of Justice (ICJ) located in the Hague, Netherlands, annexed to the United Nations Charter,<sup>2</sup> it can be easily ascertained from article 38 what sources of law the international courts are expected to apply.<sup>3</sup> ICJ is one of the six principal organs of the United Nations (UN). Its function is to decide in accordance with international law, such international disputes between states as are submitted to it. ICJ does not deal with and decide criminal cases. In spite of this fact, there is a good deal of reason to assume that the sources purporting to constitute international law according to the introductory provision of Article 38 also do apply, though not directly, to criminal cases as minimum standards required for international criminal liability. This is true, irrespective of the enforcement model applied, whether the case is tried by a national court, an international court or the ICJ itself if it were given the authority and competence to do so.

The sources listed in Article 38<sup>4</sup> are the following:

- (a) "International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognised by the contesting States;
- (b) International custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- (c) The general principles of law recognised by civilized nations;
- (d) Subject to the provisions of Article 59,<sup>5</sup> judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. International conventions and international custom are the most important sources of public international law, and even more so where ICL is concerned".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Jonatan Thormundsson, *The Sources of International Criminal Law with Reference to the Human Rights Principles of Domestic Criminal Law*, (Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2009), 387.

<sup>2</sup> United Nations Charter (adopted 14 August 1941, signed 26 June 1945, effective 24 October 1945, Art. 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*, Art. 38.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 38.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 59

<sup>6</sup> Jonatan Thormundsson, 388.

Thus, the sources of the contemporary public international law can be classified into seven:<sup>1</sup>

1. "International customs;
2. Treaties;
3. General principles of law;
4. Judicial decisions;
5. Opinions of legal scholars;
6. Equity;
7. Acts of international organizations".<sup>2</sup>

The crimes against ICL are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced. This is probably the most renowned phrase from the judgment of the IMT at Nuremberg.<sup>3</sup> In more than six decades which have passed since the IMT, Nuremberg judgment was handed down, the recognition and the understanding of the concept of individual responsibility under ICL has been significantly reinforced and developed.<sup>4</sup>

Particularly, since the establishment of the ICTY,<sup>5</sup> the <sup>6</sup>ICTR,<sup>7</sup> the ICC, as well as other *hybrid* courts or internationalised domestic courts and tribunals, such as the Special Court for Sierra Leone (SCSL)<sup>8</sup> Extraordinary Chambers for the Courts of Cambodia (ECCC),<sup>9</sup> Kosovo

<sup>1</sup> See: United Nations Charter.

<sup>2</sup> Walid Abdulrahim, "Sources of Public International Law", <https://sites.google.com> (accessed 10 July, 2019).

<sup>3</sup> Judlawch, "International Military Tribunal. Judgment: The Law of the Charter", <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp> (accessed 5 July, 2019).

<sup>4</sup> R. Kerr, *The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: An Exercise in Law, Politics and Diplomacy*, (UK: Oxford University Press, 2004), 6.

<sup>5</sup> R. Kerr, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, (UK: Cambridge University Press, 2006), 4.

<sup>6</sup> UNIRMCT, <http://www.irmct.org/en> (accessed 18 December, 2018).

<sup>7</sup> L. J. van den Herik, *The International Criminal Tribunal for Rwanda, New York, 1998: The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, (The Hague: 2005).

<sup>8</sup> UN, <http://rscsl.org/> (accessed 18 December, 2018).

<sup>9</sup> ECCC, <https://www.eccc.gov.kh/en/node/39457> (accessed 17 December, 2018)

Specialist Chambers (KSC),<sup>1</sup> Special Tribunal for Lebanon (STL).<sup>2</sup> The concept of individual responsibility under ICL has a much higher profile today, than ever before in the history. The rules of international law concerning international crimes and individual responsibility have not always appeared sufficiently clear.<sup>3</sup>

As ICL is a subset of public international law, the sources of ICL are largely the same as those of public international law.<sup>4</sup> Those five sources of ICL used by international and *hybrid* criminal courts generally.<sup>5</sup> The relevance and importance of these sources in national criminal jurisdictions differ between countries. For example, in some jurisdictions, the direct source of ICL is national legislation incorporating ICL. In this instance, treaty and customary international law cannot be used as a direct source.

Conversely, some courts can apply the treaty law, but not customary international law, while in others; custom can be applied as well. Moreover, even if national legislation is the direct source of the applicable law, ICL treaties, commentaries on them and international judicial decisions are often used as aids to interpret the national law and are sometimes considered persuasive (not binding) precedent.<sup>6</sup>

#### 1.4 International Criminal Court (ICC)

The ICC in The Hague has been part of the global criminal justice system since 2002. The Rome Statute which established the court has been ratified by 122, and 33 states parties to the court are from the African continent.

For the first time in the history of humankind, states decided to accept the jurisdiction of a permanent international criminal court for the prosecution of the perpetrators of the most serious

<sup>1</sup> KSC, <https://www.scp-ks.org/en> (accessed 18 December, 2018).

<sup>2</sup> STL, <https://www.stl-tsl.org/en/> (accessed 18 December, 2018).

<sup>3</sup> Pawel Aleksander Kupis, "Sources of International Criminal Law", Munich, GRIN Verlag, <http://www.grin.com/en/e-book/288051> (accessed 12 June, 2019).

<sup>4</sup> Dapo Akande, *The Sources of International Criminal Law in Companion to International Criminal Law and Justice*, (UK: Oxford University Press, 2012), 41-53.

<sup>5</sup> ICC, *International Criminal Law and Practice Training Materials*, 4.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 5.

crimes committed in their territories or by their nationals after the entry into force of the Rome Statute on 1 July 2002.<sup>1</sup>

On 17 July 1998, a conference of 160 states established the first treaty-based permanent international criminal court. The treaty adopted during that conference is known as the Rome Diplomatic Conference of the ICC. Among other things, it sets out the crimes falling within the jurisdiction the ICC, the rules of procedure and the mechanisms for States to cooperate with the ICC. The countries which have accepted these rules are known as states parties and are represented in the Assembly of States Parties.<sup>2</sup>

The ICC is not a substitute for national courts. According to the Rome Statute, it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes. The ICC can only intervene when a state is unable or unwilling genuinely to carry out the investigation and prosecute the perpetrators.<sup>3</sup>

The primary mission of the ICC is to help put an end to impunity for the perpetrators of the most serious crimes of concern to the international community as a whole, and thus to contribute to the prevention of such crimes.

#### 1.4.1 Crimes within the Subject Matter Jurisdiction of the ICC

ICC is a permanent international criminal court established to investigate or prosecute individuals accused of committing the most serious crimes of concern to the international community as a whole, namely the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression.<sup>4</sup>

The mandate of the court is to try individuals "rather than states", and to hold such persons accountable for the most serious crimes of concern to the international community as a whole,

<sup>1</sup> ICC, Public Information and Documentation Section. Understanding the International Criminal Court, Registry, International Criminal Court, (The Hague: Maanweg), 1.

<sup>2</sup> Ibid., 3.

<sup>3</sup> Antonio Cassese and et al, The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, (UK: Oxford University Press, 2002), vol. 1, 334.

<sup>4</sup> William A. Schabas, The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, (UK: Oxford University Press, 2010), 101.

namely the crime of genocide, war crimes, crimes against humanity, and the crime of aggression, when the conditions for the exercise of the court's jurisdiction over the latter are fulfilled.<sup>1</sup>

1. Genocide.
2. Crimes against humanity.
3. War crimes.
4. Crime of aggression.<sup>2</sup>

#### 1.4.1.1 Genocide Crime

According to the Rome Statute, crime of genocide" means any of the following act committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group: "killing members of the group; causing serious bodily or mental harm to members of the group; deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; imposing measures intended to prevent births within the group; forcibly transferring children of the group to another group".<sup>3</sup>

#### 1.4.1.2 Crimes against humanity

Crimes against humanity include any of the following acts committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:<sup>4</sup> "murder; extermination; enslavement; deportation or forcible transfer of population; imprisonment; torture; rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilisation, or any other form of sexual violence of comparable gravity; persecution against an identifiable group on political, racial, national, ethnic, cultural, religious or gender grounds; enforced disappearance of persons; the crime of apartheid; other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering or serious bodily or mental injury".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ICC, Elements of Crimes, (The Hague: ICC, 2011), 13.

<sup>2</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) (adopted 17 July 1998, corrected 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November, 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002, entered into force July 2002), Preamble, Para 4, and Art. 5.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Dieter Kastrup, "From Nuremberg to Rome and Beyond: The Fight against Genocide, War Crimes, and Crimes against Humanity", Hein Law Journal, Fordham International Law Journal, vol. 23, (1999): 406.

<sup>5</sup> Rome Statute, Art. 5.

#### 1.4.1.3 War crimes

War crimes are included mass grave breaches of the Geneva Conventions (GC),<sup>1</sup> of International Humanitarian Law (IHL), and other serious and grave violations of international law and customs, which is applicable in International Armed Conflict (IAC) and Non International Armed Conflicts (NIAC) conflicts “not of an international character” listed in the Rome Statute, when they are committed as part of a plan or policy or on a large scale. These prohibited acts include:<sup>2</sup> “murder; mutilation, cruel treatment and torture; taking of hostages; intentionally directing attacks against the civilian population; intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historical monuments or hospitals; pillaging; rape, sexual slavery, forced pregnancy or any other form of sexual violence; conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities”.<sup>3</sup>

#### 1.4.1.4 Crime of aggression

As adopted by the Assembly of States Parties during the Review Conference of the Rome Statute<sup>4</sup> held in Kampala, Uganda, between 31 May and 11 June 2010,<sup>5</sup> the crime of aggression means: “planning, preparation, initiation or execution of an act of using armed force by a state against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another state”.<sup>6</sup>

The act of aggression includes,<sup>7</sup> among other things, “invasion, military occupation, and annexation by the use of force, blockade of the ports or coasts, if it is considered being, by its

<sup>1</sup> Geneva Conventions (adopted and entered into force 12 August 1949).

<sup>2</sup> Shana Tabak, “War Crimes and the Development of the Rome Statute”, *Hein Law Journal, Georgetown Journal of International Law*, vol. 40, no. 10, (2009): 77.

<sup>3</sup> Rome Statute, Art. 5.

<sup>4</sup> M. Milanovic, “Crime of Aggression and Legality: Custom in Kampala”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, (2012): 165-157.

<sup>5</sup> ICC, Public Information and Documentation Section, 6.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> S. Sayapin, *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*, (T. M. C. Asser Press, 2014), 202-203.

character, gravity and scale, a manifest violation of the Charter of the United Nations". The perpetrator of the act of aggression is a person who is in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State".<sup>1</sup>

### 1.5 ICL AND ICC

International criminal law (ICL) has developed in large part of international crimes since during the mid-to-late twentieth century.<sup>2</sup> The International Criminal Court (ICC) is a permanent independent international judicial institution established in 2002 to investigate or prosecute the ICL crimes and cases.<sup>3</sup> In the formal legal terms, ICL and ICC are just like other branches of public international law in terms of their relationship since the ICL criminalises international crimes while the ICC prosecutes those international crimes.

The ICL does not challenge primary executive and judicial powers of the states since has no primacy over national criminal system.<sup>4</sup> Similarly to the ICC as the court is a court of last resort and does not have the primacy over national criminal system.<sup>5</sup> ICC procedure, thus is not different from the ICL procedure which directly impacts the court and its proceedings. When ICL does come into play, however, arguably it might the ICC also does not exist at all.<sup>6</sup>

The ICC jurisdiction is that jurisdiction over the most serious ICL crimes committed by individuals such as nationals of, or on the territory of a state party to the Rome Statute or other states accepting the ICC's jurisdiction. It has jurisdiction also over ICL crimes cases referred by the United Nations Security Council (UNSC).<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Rome Statute, Art. 5.

<sup>2</sup> M. Sharif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, (New York: Transnational Publishers, Ardsley, 2<sup>nd</sup> ed., 2003), 30.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> M. Politi and F. Gioia, The International Criminal Court and National Jurisdictions, (Georgia: Ashgate, Aldershot, 2008), 21.

<sup>5</sup> Kreß, C. and Lattanzi, F., The Rome Statute and Domestic Legal Order, (Italy: Sirente, Ripa di Fagnano Alto, 2000), 11.

<sup>6</sup> Kirsch P., "The Role of the International Criminal Court in Enforcing International Criminal Law", American University International Law Review, vol. 22, no. 4, (2007): 539-543.

<sup>7</sup> Ibid., 5.

The prosecution of ICL crimes often accorded with the establishment of international criminal court, whether special or ad hoc and hybrid courts.<sup>1</sup> The history of the contemporary ICL begins with IMT Nuremberg and IMT Tokyo tribunals which established after World War II (WW II) to prosecute senior German and Japanese Military officials for war crimes, crimes against humanity, and the crime against peace known as the crime of aggression.<sup>2</sup>

In addition successor of ad hoc tribunals include an international criminal court created by the United Nations Security Council to address crimes committed in the former Yugoslavia and in Rwanda (ICTY and ICTR) in the 1990s, and various "hybrid" courts that reflect cooperation between domestic authorities and international judicial institutions, including a mix of domestic and foreign judges.<sup>3</sup>

And recently also seen the establishment and operation of the international criminal court. In general discussion, these international criminal courts and tribunals all concentrate on core crimes of the ICL mainly; crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression.<sup>4</sup>

In short, the current establishment of the ICC is great noteworthy of new episode of harmonisation between the ICL and ICC in developing the ICL since the ICC has the latent to investigate or prosecute the ICL core crimes committed wherever in the world.<sup>5</sup>

## 1.6 Conclusion

International criminal law is one of the most vital aspects of international criminal court rules of procedure since it concerns on the issues connecting to the international crimes, such as war crimes, genocide, crimes against humanity, crimes of aggression and other international crimes. The relationship between the international criminal law and the international criminal court has

<sup>1</sup> Alexander K.A. Greenawalt, *The Pluralism of International Criminal Law*, (India: Pace Law Faculty Publications, 2011), 50.

<sup>2</sup> Kerr, R., 9.

<sup>3</sup> ICTY Case (Prosecutor v Duško Tadić aka) (Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) ICTY Case no. IT-94-1, 2 October 1995, Para 117.

<sup>4</sup> ICTY Case (Prosecutor v Radovan Karadžić and Ratko Mladić) Indictment, ICTY Case no. IT-95-18-I, 14 November, 1995, Para 111.

<sup>5</sup> Robert Cryer and et al., 10.

critically contributed in developing the ICL, where the sources of the international criminal court initially derived by the international criminal law.

### 1.6.1 Findings

Based on the study conducted on the topic, the researcher found that;

1. The sources of the international criminal court originally imitative by the international criminal law.
2. The International criminal law has a role in being the international criminal court and its procedure where the court prosecutes the international crimes described by the ICL.
3. The connection between the international criminal law and the international criminal court censoriously funded in increasing the rules of the ICL.

### 1.6.2 Recommendations

1. The ICC has to be engaged in order to overcome the challenges in applying some of the principle described by the international criminal law such as sentence approach.
2. The ICC should overwhelmed the challenges of the future prospect of the ICC to prosecute the perpetrators of international crimes.
3. The ICC has to boost the significance of international criminal law and related area, such as international humanitarian law, and international human rights.

### References

- Alexander, K. A. (2011). Greenawalt, *The Pluralism of International Criminal Law*, (India: Pace Law Faculty Publications, 50.
- Bassiouni, M. Sharif. (2003). *Introduction to International Criminal Law*, New York: Transnational Publishers, Ardsley, 2<sup>nd</sup> ed., 30.
- Cassese, Antonio and et al. (2002). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. UK: Oxford University Press. vol. 1, 334.
- Dapo, Akande. (2012). *The Sources of International Criminal Law in Companion to International Criminal Law and Justice*. UK: Oxford University Press. 41-53.

- Dieter, Kastrup. (1999). "From Nuremberg to Rome and Beyond: The Fight against Genocide, War Crimes, and Crimes against Humanity". *Hein Law Journal, Fordham International Law Journal*. vol. 23, 406.
- ECCC, <https://www.eccc.gov.kh/en/node/39457> (accessed 17 December, 2018)
- Geneva Conventions (adopted and entered into force 12 August 1949).
- Herik, L. J. van den. (2005). *The International Criminal Tribunal for Rwanda, New York, 1998: The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*. The Hague.
- ICC, (2010). Public Information and Documentation Section. *Understanding the International Criminal Court, Registry, International Criminal Court*. The Hague: Maanweg. 1.
- ICC, (2011). *Elements of Crimes*. The Hague: ICC. 13.
- ICC, *International Criminal Law and Practice Training Materials*. 4.
- ICTY Case (Prosecutor v Duško Tadić aka)* (Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) ICTY Case no IT-94-1, 2 October 1995, Para 117.
- ICTY Case (Prosecutor v Radovan Karadžić and Ratko Mladić)* Indictment, ICTY Case no IT-95-18-I, Para 111.
- Jonatan, Thormundsson. (2009). *The Sources of International Criminal Law with Reference to the Human Rights Principles of Domestic Criminal Law*. (Stockholm Institute for Scandinavian Law. 387.
- Judlawch, "International Military Tribunal. Judgment: The Law of the Charter", <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp> (accessed 5 July, 2019).
- Katherine Iliopoulos, "The African Union and the ICC", <http://www.crimesofwar.org> (accessed 20 October, 2018).
- Kerr, R. (2004). *The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: An Exercise in Law, Politics and Diplomacy*. UK: Oxford University Press. 6.

- Kerr, R. (2006). *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. UK: Cambridge University Press. 4.
- Kirsch P. (2007). "The Role of the International Criminal Court in Enforcing International Criminal Law", *American University International Law Review*, vol. 22, No. 4, 539-543.
- Kreß, C. and Lattanzi, F. (2000). *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, Italy: Sirente, Ripa di Fagnano Alto, 11.
- KSC, <https://www.scp-ks.org/en> (accessed 18 December, 2018).
- M. Politi and F. Gioia, (2008). *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Georgia: Ashgate, Aldershot, 21.
- Milanovic, M. (2012). "Crime of Aggression and Legality: Custom in Kampala". *Journal of International Criminal Justice*. vol. 10, 165-157.
- News Africa, "Why African States are Leaving the ICC"? <http://www.iol.co.za/news> (accessed 19 January, 2019).
- Pawel, Aleksander Kupis. "Sources of International Criminal Law", Munich, GRIN Verlag <http://www.grin.com/en/e-book/288051> (accessed 12 June, 2019).
- Politi, M. and F. Gioia, (2008). *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Giogia: Ashgate, Aldershot, 21.
- Related to the Crime of Aggression, ICC ASP RC/Res.6, The Crime of Aggression, 11 June 2010; The Rome Statute of the International Criminal Court, Art. 8 *bis*.
- Robert Cryer and et al, (2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. UK: Cambridge University Press. 4.
- Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) (adopted 17 July 1998, corrected 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November, 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002, entered into force July 2002), Preamble, Para 4, and Art. 5.
- Sayapin, S. (2014). *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*. T. M. C. Asser Press. 202-203.

Shana, Tabak. (2009). "War Crimes and the Development of the Rome Statute". *Hein Law Journal, Georgetown Journal of International Law*, vol. 40, No. 10, 77.

Silvia, D. Ascoli. (2011). *Sentencing in International Criminal Law, the Approach of the two UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the International Criminal Court*. Florence, Hart.

STL, <https://www.stl-tsl.org/en/> (accessed 18 December, 2018).

UN, <http://rscsl.org/> (accessed 18 December, 2018).

UNIRMCT, <http://www.irmct.org/en> (accessed 18 December, 2018).

United Nations Charter (adopted 14 August 1941, signed 26 June 1945, effective 24 October 1945.

Walid, Abdulrahim. "Sources of Public International Law", <https://sites.google.com> (accessed 10 July, 2019).

William, A. Schabas. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. UK: Oxford University Press. 101.



مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2019