

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد النشر:

ان ملكية الانسان لنتاج ذهنه وثمره فكره ومبتكراته، هي الملكية التي تتصل بذاته وتتجسد فيها شخصيته، لذلك المؤلف يعتبر الوحيد الذي يقرر التصرف فيها، وعقد النشر من أهم عقود الاستغلال الذي يسمح من خلاله للمؤلف بنقل المصنف الى الجمهور بطريقة غير مباشرة عن طريق نسخ صور من المصنف ونشرها للتداول.

والتعرف على ماهية عقد النشر يفرض علينا تحديدا دقيقا لطبيعته القانونية من بعد معرفة نشأته، وخصائصه، كما أن هذا العقد يطرح مشكلة في بعض الأحيان تتعلق بوجود خلط بينه وبين بعض المفاهيم، قد تكون هذه المفاهيم عبارة عن عقود أخرى لاستغلال حق المؤلف، أو عبارة عن عقود لنشر المصنف من نوع آخر، أو الخلط بين حق النشر وعقد النشر.

المبحث الأول: مفهوم عقد النشر في التشريع الجزائري

تحركت معظم التشريعات بشأن حماية حق المؤلف بإصدار قوانين تنظمه وخصصت جزء منها لتنظيم عقد النشر، خاصة وأنه لا يمكن تجنب انتقال الحق بواسطة تصرفات تتعلق باستغلال الإبداع والابتكار، ذلك إن المؤلف عندما يقوم بانجاز المصنف يكون هدفه في غالب الأحيان وضعه في متناول الجمهور لتداوله وليس لاستعماله الشخصي، كما يريد بهذا التداول الحصول على فائدة مالية مقابلة للجهد المبذول يحققه له عقد النشر وعقود الاستغلال الأخرى وبما أن هذا العقد يشتمل على طرفين فأحداث توازن في الوضع التعاقدي لا يتحقق الا بمجموعة من الترتيبات التشريعية الالزامية¹، لذلك يجب إيجاد تعريف له ومعرفة نشأته وتحديد خصائصه الى أن نصل مميزات عقد النشر عن غيره.

المطلب الأول: تعريف عقد النشر

ان الواقع العملي أكد عدم امكانية تعريف عقد النشر بمعزل على مستجدات العصر الحديث، فمن المسلم به وفق عالمي أن التقنيات الجديدة تعد جزءا لا يتجزأ من العالم الواقعي، فلا يمكننا أن نغفل في هذا الشأن ما توصل له العلم من طرق جديدة لتنشيط المصنفات، كون موجة الانترنت والأقراص المدمجة باعتبارها وسائط الكترونية للنشر أوجدت ما يعرف بالنشر

¹ .COLOMBET Claude: Grands principes du droit d'auteur et de droits voisins dans le monde approche de droit compare, UNESCO 1990, LITEC, p.84.

الإلكتروني الرقمي، لذلك بداية يجب اعطاء تعريف لعقد النشر في التشريع الجزائري، ومعرفة نشأته وتحديد خصائصه¹

الفرع الأول: التعريف الفقهي:

ان المفهوم الذي استقر عليه الفقه، وما كرسه نصوص القوانين المختلفة لعقد النشر "بأنه عقد يتنازل المؤلف بمقتضاه الى الناشر عن الحق في انتاج مصنفه على أن يلتزم الناشر بالطبع والنشر والتوزيع والبيع والاستغلال".²

وفي الاصطلاح الفقهي النشر اذاعة أمر على الناس بأسلوب يحقق العلم به، ويعني النشر في مجال حق المؤلف وضع المصنف في متناول الجمهور لأول مرة واعداده في عدد كاف من النسخ الملموسة، أو اعداد المصنف في صورة مناسبة لتقديمه الى الجمهور.

وقد عرف الفقه عقد النشر بأنه الاتفاق بين المؤلف والناشر والذي يتعهد بمقتضاه المؤلف أن يقدم انتاجه الذهني الى الناشر، وهذا الأخير يلتزم بطبع هذا الانتاج على نفقته ويقوم بتوزيعه تحت مسؤوليته وهو العقد الذي يرتبط به المؤلف أو خلفائه مع شخص يقوم بنشر مصنف أدبي أو فني نظير مقابل أو غير مقابل، وكذلك يعرف بأنه عقد بمقتضاه يتعاقد المؤلف أو أحد مكسبي الحقوق عنه بأن يتنازل عن عمله ضمن شروط محددة الى متعاقد يدعى الناشر عن حق الصنع، أو صنع عدد من النسخ عن المؤلف بغية تأمين بثها ونشرها، وكذلك يعرف بأنه العقد الذي يتم بمقتضاه تنازل صاحب المصنف الأدبي أو الفني الى شخص يسمى الناشر عن الحق في انتاج عدد غير محدد أو محدد من نسخ هذا مصنف على أن يلتزم هذا الأخير بالطبع وعرضه على الجمهور.

الفرع الثاني: تعريف المشرع الجزائري.

ان المشرع الجزائري عند تنظيمه لحقل مؤلف من أول قانون صدر في هذا الشأن الى آخر قانون رقم 05/03³ الصادر بتاريخ 19 جويلية 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق

¹ أحمد حشمت أبو متيت: نظرية الالتزام، طبعة 1945، د ن، ص37.

- جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، دار النهضة، 1981، ص47 وما بعدها.

- بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري- التصرف القانوني (العقد والارادة المنفردة)-، ديوان المطبوعات الجامعية، جزء1، ص 40 وما بعدها.

² أبو اليزيد، علي المتيت، الحقوق على المصنفات الفنية والأدبية، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1967، ص86.

³ أمر رقم 26/73 صادر في 05/06/1973 المتضمن انضمام الجزائر الى الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف لسنة 1952 والمراجعة في باريس في 24/07/1971، الجريدة الرسمية العدد53.

المجاورة، فقد اعتنق الاتجاه الثاني بحيث لم يترك تنظيم هذه العقود للممارسة القضائية ولا للفقهاء، بل أحسن تنظيمها ضمن القانون السابق الذكر، ولم يصدر إذن قانون خاص بعقود الاستغلال سواء عقد التنازل أو عقد النشر وحتى عقد الإنتاج السمعي البصري، ولقد نظم عقد النشر في قانون حق المؤلف من المادة 84 إلى المادة 98 في حوالي 15 مادة لتنظيم أحكام هذا الأخير، وبما أن عقد النشر اعتبرته البعض ومن ضمنه ايمانويل مويس على أنه النموذج الأم لكل عقود الاستغلال، فلقد خصه القانون الجزائري المتعلق بحث المؤلف بتنظيم دقيق كما فعل المشرع الفرنسي في قانون الملكية الفكرية.

في حالة عدم وجود أحكام معينة تنظم مسألة في عقد النشر أن يتم الاستعانة بالقواعد العامة للتنازل، كون عقد النشر يعبر على تنازل من نوع خاص هذا ما أكدته المادة 84 من قانون حق المؤلف الجزائري رقم 05/03 عند تحديدها لمفهوم عقد النشر على أنه " العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر عن حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب الشروط المتفق عليها ومقابل مكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور لحساب الناشر،

بالتالي يشمل عقد النشر المصنف الأدبي أو الفني في كل طباعة خطية أو تسجيلات سمعية، أو سمعية بصرية (المادة 84 من قانون حق المؤلف الجزائري رقم 05/03).

فالمشرع الجزائري مثله مثل القوانين الأخرى رأى أهمية تحديد مفهوم عقد النشر قبل التفصيل في الحقوق والواجبات التي تنشأ للأطراف نتيجة لهذا العقد وحتى قبل تحديد الأحكام المتعلقة بعقد النشر.

وعقد النشر بهذه الصورة هو اتفاق يتنازل بمقتداه المؤلف على حق استنساخ للناشر، كما يترتب عليه التزامات تقع على الطرفين، فالمؤلف يقع على عاتقه وضع المصنف في متناول الناشر ليقوم هذا الأخير بنشره في شكل نسخ توزع بعد ذلك ليتناولها الجمهور أما الناشر بالمقابل ملزم بمكافأة المؤلف على ما حققه أو ما سيحققه من أرباح نتيجة للنشر ويتضح ذلك من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة على أن عقد النشر لا يقتصر على نسخ المصنفات

أمر رقم 10/97 صادر في 06/03/1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لجريدة الرسمية العدد 13.

أمر رقم 05/03 المؤرخ في 19/07/2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

الأدبية والفنية بل يتجاوزه الى التسجيل السمعي والسمعي البصري، ليتسع الى القرص وغيرها من الوسائل.¹

المطلب الثاني: نشأة و خصائص عقد النشر في التشريع الجزائري

الفرع الأول: نشأة عقد النشر في التشريع الجزائري

لقد أولى المشرع الجزائري اهتمامه بتنظيم عقد النشر بقانون خاص بالملكية الأدبية والفنية منهجا في ذلك منهج نظيره الفرنسي وعلى خلاف بعض تشريعات الدول التي نظمت أحكام عقد النشر في التقنين المدني الذي يتضمن مجموعة من القواعد الخاصة لأهم العقود من بينها عقد النشر.

وقد تطرق المشرع لعقد النشر منذ أول نص خاص بحقوق المؤلف، أي الأمر رقم 73-14 المؤرخ في 3 أبريل 1973 المتعلق بحقوق المؤلف حيث خصص له قسما خاصا تحت عنوان عقد النشر وهو القسم الثاني من الفصل السادس وتضمن 11 مادة خاصة بعقد النشر من المادة 44 الى المادة 54،² الا أن هذا القانون ألغي بموجب الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ويتضمن هذا القانون أحكاما متعلقة بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وقد نظم هذا القانون الأحكام المتعلقة بعقد النشر تنظيما دقيقا دون أن يفرد لها قسما أو فصلا خاصا بها تحت عنوان عقد النشر، بل جاء به ضمن مجموعة من المواد المتعلقة بتنظيم كيفية استغلال الحق المالي للمؤلف في الفصل الخامس، من الباب الثاني تحت عنوان استغلال الحقوق، واشتمل هذا القانون على 16 مادة خاصة بعقد النشر من المادة 85 الى المادة 99 وقد ألغي هذا الأخير بدوره بموجب رقم 2003-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وتضمن هذا الأمر هو الآخر 16 مادة خاصة بعقد النشر من المادة 84 الى المادة 98، وقد وردت هذه الأحكام في لافصل المتعلق باستغلال الحقوق المالية للمؤلف دون تخصيص لها قسم خاص تحت

¹ جلال وفاء حمدين : الحماية القانونية للملكية الصناعية، وفقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، المكتبة القانونية، الطبعة 2000، ص10.

² . نواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، الطبعة 3 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان : الأردن، 2000، ص139.

عنوان استغلال الحقوق، ويلاحظ على هذه القواعد أنها نفس قواعد الأمر رقم 97-10 الملغي فالمشرع لم يأت بأي تعديل جوهري بشأنها.¹

الفرع الثاني: خصائص عقد النشر في التشريع الجزائري

إن دقة التعريف القانوني لعقد النشر تسمح باستنباط الخصائص والسمات التي تميزه عن غيره من العقود، وتتمثل هذه الخصائص في نوعين: خصائص عامة يتفق فيها عقد النشر مع خصائص معظم العقود الأخرى سواء تلك المنصوص عليها في القانون المدني أو التي تضمنها قانون حق المؤلف، وسميات خاصة بهذا العقد التي يتمتع بها وحده وينفرد بها عن غيره، حيث تبرز الخصائص والسمات الكيان القانوني المتميز للعقد، تأسيسا على هذا سيتم التطرق أولا إلى الخصائص العامة لعقد النشر وخصائصه الخاصة ثانيا.

أولا: الخصائص العامة لعقد النشر

تبرز الأحكام القانونية المتعلقة بعقد النشر لا سيما تلك الخاصة بتعريفه القانوني وخصائصه العامة التي يتفق فيها مع معظم العقود، والتي تتمثل أساسا في خاصيتي العقد الملزم لجانبي وعقد المعاوضة هذا من جهة، وفي كون هذا العقد من العقود المحددة من جهة أخرى.

1- عقد النشر من العقود الملزمة لجانبيين وعقود المعاوضة.

سيتم التطرق في البداية إلى خاصية العقد الملزم لجانبي ثم التطرق بعدها إلى خاصية عقد المعاوضة اللتين يتميز بهما عقد النشر.

أ. عقد النشر من العقود الملزمة للجانبيين²

يعتبر العقد الملزم للجانبيين ذلك العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين (المادة 55 ق.م.ج : يكون العقد ملزما لطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا) أي يعد كل منهما دائنا ومدينا في آن واحد، وعليه فإن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا الصدد، هل عقد النشر من العقود الملزمة لجانبيين أم هو عقد ملزم لجانبي واحد؟ يرى أغلب الفقه أن عقد النشر من العقود الملزمة للجانبيين، إذ يترتب منذ انشائه التزامات

¹ . خليل يوسف أبوبكر، حق المؤلف في القانون، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، 2008،

ص105.

² نواف كنعان، حق المؤلف، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان: الأردن، 2004، ص135

متقابلة على عاتق كل من طرفيه أهمها بالنسبة للمؤلف التزامه بتقديم أصول مصنفة للناشر وبالنسبة لهذا الأخير يلتزم بنشر هذا المصنف.¹

ويلاحظ على هذه الخاصية أنها ذات أهمية بالغة، حيث يترتب عليها نتائج قانونية هامة تتمثل فيما يلي: يمكن لكلا الطرفين التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لأن التزام كل طرف يعد سببا قانونيا لالتزام الطرف الآخر مما يخلق توازنا نسبيا بين الالتزامات للناشر والمؤلف. وهذا المنطق يتفق مع حقيقة قصد المتعاقدين (المادة 123 ق.م.ج: " في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به") ويحق للمؤلف الدفع بعدم التنفيذ والامتناع عن تسليمه النسخة الأصلية للمصنف اذا لم يدفع الناشر المبلغ المتفق عليه في الميعاد المحدد. كذا من أهم هذه النتائج القانونية الحق في فسخ عقد النشر في حالة اخلال أي من الناشر أو المؤلف لالتزاماتهما (المادة 97 من الأمر رقم 2003-05، المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر. 23 يوليو 2003، والمادتين 119-120 ق.م.ج.). ويجوز كذلك لإحدهما طلب الفسخ في حالة استحالة تنفيذ التزامهما (المادة 121 ف. أولى ق.م.ج.). كما أن تبعة الهلاك في عقد النشر تكون على عاتق المدين: المؤلف أو الناشر (المادة 121 ف.2 ق.م.ج.).

ب - عقد النشر من عقود المعاوضة.

إن عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يؤخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطى ولما التزم،² (المادة 58 ق.م.ج: (العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين اعطاء أو فعل شيء ما). وبذلك فإن الحكمة من اعتبار عقد النشر من عقود المعاوضة يجد مصدره في أن كل طرف يأخذ مقابلا لما أعطاه. فالمؤلف يتنازل عن حق النشر ويتقاضى في نظير ذلك مقابلا، كما أن الناشر يتقاضى مقابلا معيناً في مقابل قيامه بنشر المصنف، فالناشر يعد تاجرا فهو يسعى الى تحقيق الربح فليس من المتصور أن يؤدي عملا على سبيل التبرع.³

¹ المرجع نفسه، ص 135.

- السعيد رشدي، عقد النشر، دراسة تحليلية والتأصيلية لطبيعة العلاقات بين المؤلف والناشر وكيفية حمايات حقوق الملكية الفكرية على الشبكة المعلوماتية الاولى "الانترنت"، دار منشأة المعارف، مصر، 2008، ص 48.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والارادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط4، 2005، رقم 26، ص 49.

³ السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 48.

وعليه فإن خاصية المعاوضة التي يتميز بها عقد النشر تفرز نتائج قانونية جدا مهمة سيتم ذكر أهمها:

- 1/ أن المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بأحد الالتزامات التي يرتبها تكون أشد من المسؤولية الناشئة عن الإخلال لأحد الالتزامات التي يرتبها عقد التبرع كالهبة مثلا.¹
- 2/ في عقد النشر تكون مسؤولية المؤلف أشد اذا لم يوفي بالتزاماته للناشر، التي من أهمها تسليم المصنف محل التعاقد للناشر في الميعاد المحدد اتفاقا أو قانونا.
- 3/ اختلاف شروط دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين " الدعوى البولييسية" بعوض عنها في تصرفات التبرعية، فليس للدائن أن يطعن بطريقة الدعوى البولييسية في تصرف مدينه بعوض إلا إذا كان هذا التصرف قد انطوى على غش المدين كان المتعاقد قد علم بهذا الغش (المادة 192 ف.1 و 2 ق.م.ج: " اذا كان تصرف المدين بعوض، فانه لا يكون حجة على الدائن اذا كان هناك غش صدر من المدين، واذا الطرف الآخر قد علم بذلك الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره. كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم ان هذا المدين في حالة عسر". ويقصد بالغش أن يترتب على تصرف المدين اعصاره او زيادة اعصاره").

2- عقد النشر من العقود المحددة:

ان العقد المحدد هو ذلك العقد الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد.² (المادة 57 ف.أولى ق.م.ج: " يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح، أو يفعل له".) ويقابل العقد المحدد العقد الاحتمالي فهو العقد الذي لا يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي أو مقدار ما يأخذ وتتوقف هذه المعرفة على حادث في المستقبل غير محقق الوقوع أو محقق تاريخ الوقوع.³

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق رقم 26، ص 49.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، الجزائر، ط7، 2006.

² علي سليمان، المرجع السابق رقم 16، ص 16.

- العربي بلحاج، المرجع السابق، رقم 27، ص 50.

³ - علي سليمان، المرجع السابق، رقم 16، ص 16: " أن المشرع أخلط بين العقد المحدد والعقد التبادلي كما أنه لم يأتي باهم ما يميز العقد وهو معرفة كل من الطرفين مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد، ولا يختلف النص الفرنسي عن النص

(المادة 57 ف.2 ق.م.ج: "إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح، أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حساب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر) فهل عقد النشر هو من العقود المحددة أو الاحتمالية ؟

يرجع سبب طرح هذا السؤال هو أن الفقه ذهب في اتجاهين، الأول أن عقد النشر من العقود الاحتمالية بينما الاتجاه الثاني أن عقد النشر محدد.

حيث يستند الرأي الفقهي الذي يعتبر أن عقد النشر عقدا محدد، على أن طرفاه محددان لحظة إبرام العقد.¹ بينما ذهب جانب آخر من الفقه الى أن عقد النشر محدد بحسب الأصل واحتمالي في بعض الحالات، فهو محدد، لأن الالتزامات تحدد عند انعقاد العقد واحتمال لسببين: أولهما المشاركة النسبية في ايراد الناتج من الاستغلال المالي للمصنف و ثانيهما اعتباره احتماليا، لأن المشاركة النسبية تحرر العقد من الطعن فيه بطريقة الغبن.² ولما كانت هذه الخاصية تثير العديد من الاختلافات الفقهية، كان لابد من الرجوع الى موقف المشرع الجزائري من جهة، ونظيره الفرنسي من جهة أخرى لتحديد ما اذا كان عقد النشر عقدا محددًا أو احتماليا.

تجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري،³ قد نص في الأمر 2003-05 على وجوب أن يتضمن عقد النشر شروط أساسية، اذ أقر بأنه "يقع تحت طائلة بطلان كل عقد نشر لم يستوفي الشروط الآتية:

- نوع الحقوق التي تنازل عنها المؤلف للناشر وطابعها لاستثنائي أو غير استثنائي.
- طريقة مكافئة المؤلف المتفق عليها مع مراعاة أحكام المادة 65 من هذا الأمر.
- عدد النسخ المحددة في كل طبعة متفق عليها.
- مدة التنازل والنطاق الاقليمي لاستغلال المصنف.
- الشكل المناسب للمصنف الذي يجب أن يسلمه المؤلف للناشر قصد استنساخه

العربي، الا في أنه سمي بالعقد commutative وهي التسمية الصحيحة". ويرى كذلك ع. علي سليمان، أن تعريف العقد غير محدد وغير واضح، اذ هو منقول من المادة 1104 ق.م.ف.

¹ نواف كنعان، المرجع السابق، ص135.

خليل يوسف أبوبكر، المرجع السابق، ص104.

² السعيد رشدي، المرجع السابق، ص48.

³ المادة 87 من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

- أجل تسليم المصنف، إذ لم يكن في حوزة الناشر عند إبرام العقد ومتى تقرر أن يسلم المؤلف مصنفه في وقت لاحق.
- تاريخ الشروع في نشر المصنف وتوزيعه.

كما تضمنت الأحكام العامة المتعلقة باستغلال الحق المادي للمؤلف نصا يقضي بأن التنازل عن الحقوق المادية للمؤلف يكون مقابل مكافأة تحتسب أصلا تناسبيا مع إيرادات مع ضمان الحد الأدنى.¹ وفي حالة اذا ما كانت ظروف الاستغلال لا تسمح بالتحديد الدقيق للمكافأة النسبية للواردات، فإن هذه تحتسب جزافيا.² كما يحق للمؤلف الطعن بالغبن في حالة اذا تبين له أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بربح المكتسب.³ أما المشرع الفرنسي فلقد نص في تقنين الملكية الفكرية على أن "نقل حقوق المؤلف مشروط بان يكون كل حق متنازل عنه محل للبيان المستقر الخاص به في عقد التنازل وكذلك نطاق الحقوق المتنازل عنها، كما يجب أن يكون محددا من حيث مداه وغرضه ومدته ونطاقه الجغرافي"، ولما كانت هذه المادة عامة، فهي تتسع لتشمل كافة عقود استغلال الحق المادي للمؤلف، اذ يمكن أن تمتد أحكامها لتشمل عقد النشر.

ان استعمال العبارتين الحد الأدنى والدقيق في التشريع الجزائري والعبارة "delimit" فيف التشريع الفرنسي توحى أن عقد النشر يعد عقدا محددا وليس احتماليا وهذا من جهة نظر كلا من المشرع الجزائري، وكذا نظيره الفرنسي.

ثانيا: الخصائص الخاصة لعقد النشر

لقد نظم قانون حق المؤلف الأحكام المتعلقة بعقد النشر تنظيميا دقيقا كما جعل شخصيتي كلا من المؤلف والناشر محل اعتبار أحدهما لدى الآخر، وألزم أن يفرغ رضاهما في قالب مكتوب. هكذا، فعقد النشر يعد من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي هذا من جهة ومن العقود الشكلية من جهة أخرى.

1- عقد النشر من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي

¹ المادة 65 ف. أولى من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

² المادة 65 ف. 2 من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

³ المادة 66 ف. أولى من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

ان الثقة القوية والمتبادلة بين طرفي عقد النشر المؤلف والناشر، تترجم من جهة في الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد النشر ومن جهة أخرى في نية التعاقد وضرورة تنفيذ العقد بحسن النية.¹

ولقد نص المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي على الاعتبار الشخصي لعقد النشر، إذ جعل شخصية المتعاقد محل اعتبار شخصي لدى المتعاقد الآخر، لاسيما عند انعقاده، لذا سوف يتم توضيح ذلك على النحو التالي.

أ/ الاعتبار الشخصي بالنسبة للمؤلف في مجال عقد النشر

ان شخصية الناشر تعد محل اعتبار لدى المؤلف، وهو عقد مبني على الاعتبار الشخصي ليس فقط لأن العلاقات الشخصية المستمرة تلعب دورا كبيرا في هذا المجال ولكن أيضا لأن الناشر ملزم بضمان للمؤلف نشر وتوزيع مصنفه وفقا لمصالحه لا سيما مصالحه المعنوية وليس فقط المالية،² فالمؤلف ليس من أهدافه الربح المادي فقط، بل يسعى أيضا الى انتشار أفكاره لا الاستئثار بها.

ان رفع الاحتكار الذي كانت تمارسه الدولة في مجال الطبع والنشر، وفسح المجال لدور النشر الخاصة أدى إلى تعدد هذه الأخيرة، غير أن كل دار نشر لها خصوصيتها الموضوعية والذاتية، وطرقها الخاصة في النشر التي تدفع للمؤلفين إلى التعاقد مع احدها دون الأخرى، فالمؤلف يبحث عن ناشر ذي امكانيات مادية وتقنية عالية وذا سمعة طيبة حتى يضمن انتشار أوسع لمصنفه.³

ان الدليل القانوني الذي يثبت بأن عقد النشر من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي هو ما تضمنته الأحكام القانونية الخاصة بالتشريعين الجزائري والفرنسي.⁴ على حد سواء، حيث يقر المشرع الجزائري أنه " لا يحق للمتنازل له عن الحقوق المادية للمؤلف أن يحول هذه الحقوق إلى الغير إلا بترخيص صريح من المؤلف أو ممثله،⁵ كما ينص المشرع الفرنسي في

¹ M.vivant et J-M. Bruguiere, bruguiere(j-m), droit d'auteur, dalloz,2009,n 724,p.505,

Ch. Caron, droit d'auteur et droits voisins,litec,2006 , n424,p.373

² F.Pollaud-Dulian, le droit d'auteur, economica, 2eme ed, 2005, n1021, p.617.

³ Ch. Caron, op. cit., 424,p.338

⁴ المادة 70 من الأمر 05-2003، السالف للذكر.

⁵ المادة 70ف. أولى من الأمر 05-2003، السالف للذكر

نفس الصدد أن الناشر لا يستطيع التنازل عن حقوقه سواء على سبيل التبرع أو المعاوضة لناشر آخر إلا بموافقة المؤلف.¹

والجدير بالملاحظة أن الناشر غالبا ما يكون شخصا معنويا يمثل شخص طبيعي، فالمؤلف لا يهتم بمؤسسة النشر أكثر مما يهتم بشخص المدير نظرا للعلاقة والثقة المرسختين، غير أن في حقيقة الأمر أن المتعاقد مع المؤلف هو مؤسسة النشر لا مديرها، لذا فالمؤلف الذي يفضل العلاقة الشخصية يمكن أن يؤدي رحيل هذا المدير إلى فسخ العقد من طرف المؤلف.²

ب/ الاعتبار الشخصي بالنسبة للناشر في مجال عقد النشر

أن الناشر يعد تاجرا وبطبيعة الحال فهو يستثمر أمواله بما لديه من إمكانيات مادية وقانونية أيضا، لذا يفضل التعاقد مع المؤلف ذا شهرة لأن هذا الأخير المؤلف المشهور تلقى ابداعاته رواجاً كبيراً لدى الجمهور، وهكذا يجني الناشر أرباحاً طائلة نتيجة استثمار أمواله.³ فالناشر يدرك جيداً لماذا يتعاقد مع مؤلف معين دون الآخر، إذ لا يمكن أن يقوم مؤلف مقام مؤلف آخر والأمر نفسه بالنسبة للمصنف، كما لا يمكن أن يقوم مصنف مقام مصنف آخر، ويظهر هذا جلياً في عقد الطلبية عندما يتعاقد الناشر مع مؤلف معين قصد اعداد مصنف ما وكذا في حالة اتفاقات الأفضلية المنصوص عليها في التشريع الفرنسي، غير أنه بمجرد اعداد المصنف الذي يهم الناشر ليس الشخص المتعاقد معه ولكن صفة صاحب حقوق التأليف على المصنف، بعبارة أخرى يصبح المصنف هو محل اعتبار لدى الناشر وليس شخص المؤلف المتعاقد معه. ودليل ذلك الإمكانية الممنوحة لذوي الحقوق في التشريعين الجزائري والفرنسي أو لذوي المصلحة ابرام عقود مع الناشر تتعلق باستغلال الحقوق المادية لمورثهم، فهذه الأخيرة قابلة للتنازل في ما بين الأحياء وتنتقل للورثة بعد وفاة المؤلف. نتيجة ذلك يمكن اعتبار حسب جانب من الفقه أن عقد النشر ينعقد أساساً على الاعتبار الشخصي بالنسبة للناشر أكثر منه بالنسبة للمؤلف وذلك ما عدا شروط مخالفة أو ظروف خاصة.⁴

2- عقد النشر من العقود الشكلية

¹ Art. L. 123-16.al. C. fr. propt.intell.

² Paris, 28 Mars 1997, Lrgipresse, 1998, p.9.

³ Ch.Carnon.op.cit., n 424,p.337,

F.Pollaud-Dulian, op. cit., n1021, p.617.

⁴ المادة 44ف. 2 من الأمر رقم 73-14، الملغى.

حتى ينعقد عقد النشر صحيحا لابد من التقاء ارادتي المؤلف والناشر وتطابقهما تطابقا تاما، غير إن السؤال الذي يطرح: هل يكفي لانعقاد عقد النشر مجرد تطابق الارادتين أم يستلزم شكلية معينة لانعقاده؟ إن هذا السؤال مرده كون أن المشرع الجزائري كان ينص في ظل الأمر الملغي رقم 73-14 صراحة على ان الكتابة في عقد النشر متطلبة كشرط انعقاد وليست كوسيلة إثبات، حيث جاء في متن النص التشريعي.¹ أنه "لا بد ان يكون هذا العقد مكتوبا وإلا وقع تحت طائلة البطلان". وهو ما أكدته جانب من الفقه الجزائري،² الذي ذهب إلى القول أن عقد النشر في القانون الجزائري يجب افراغه في عقد مكتوب وإلا كان باطلا بطلان مطلقا.

ويلاحظ على الأحكام السارية المفعول لحق المؤلف أنها لا تتوفر على مثل هذا الحكم بالنسبة لعقد النشر وإنما جاءت بحكم عام يسري على جميع عقود استغلال الحق المادي للمؤلف، إذ أقر المشرع.³ بأنه يتم التنازل عن حقوق المؤلف المادية بعقد مكتوب، ويبدو من استقراء هذا الحكم أنه يعترضه اللبس، حيث لم يبين المشرع ما اذا كانت الكتابة شرط لصحة انعقاد عقد النشر أو وسيلة لإثباته فقط.⁴ وفي غياب الأعمال التحضيرية بالنسبة لهذه المادة يبقى السؤال مطروحا في هذا الشأن

وإذا كان الأمر على هذا الحال بالنسبة للتشريع الجزائري، فكيف هو الوضع بالنسبة للتشريع الفرنسي؟ لقد أكد المشرع الفرنسي بمقتضى الأحكام العامة المتعلقة باستغلال الحق المادي للمؤلف،⁵ على وجوب ان يكون العقد مثبتا بالكتابة حتى في حالة التراخيص المجانية في تنفيذ العقد، فقد أكد بموجب النص القانوني الخاص بعقد النشر على اجبارية الرضا الشخصي والكتابة من المؤلف، إزاء هذا الغموض وتعارض النصوص التي تشترط الكتابة فقد رجح الرأي الفقهي الفرنسي، الذي يرى أنه لما كانت الرضائية هي الأصل في القانون الفرنسي والشكلية هي الاستثناء، فإن الكتابة الواردة في قانون الملكية الادبية والفنية تكون متطلبة للإثبات وليس للانعقاد. غير انه ذهب جانب من الفقه الفرنسي وان كان قليلا بمقابل الفقه السابق إلى العكس من ذلك، واعتبر المشرع الفرنسي عندما اشترط الكتابة في ظل التشريع السابق الملغى، والتشريع الساري المفعول، انما اشترطها للانعقاد وليس للإثبات فحسب، بالتالي

¹ المادة 62 ف. أولى من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

² محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1985، ص 89.

³ المادة 62 ف. أوى من الأمر رقم 2003-05، السالف الذكر.

⁴ فرحة زراوي صالح، محاضرات الماجستير، الملكية الفكرية، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2010-2011.

⁵ Art.L. 131-2 C.fr.propt.intell.

يكون عقد النشر حسب هذا الرأي شكليا لا رضائيا، ومن ثم يترتب على تخلف الكتابة بطلان العقد على حد قول هذا الفقه، ولقد استند صاحب هذا الرأي الى الأحكام القانونية السالفة الذكر، حيث ورد بها حكم يجيز التعاقد بتبادل البرقيات. غير أنه وإن كان يبدو أن هذا الرأي وجيه إلا أنه يصعب التسليم به، لأنه بالرجوع إلى الأحكام القانونية السابقة الذكر¹ التي تنص على أنه في جميع الحالات الأخرى (يقصد بها عقد النشر وعقد التمثيل) فإن النصوص الخاصة بالقانون المدني تكون واجبة التطبيق ويلاحظ أن الأمر يتعلق بالإثبات بشهادة الشهود ذلك أن المسألة خاصة بالإثبات لا بالانعقاد.

وهكذا يستخلص أن المشرع الفرنسي لم يجعل الكتابة شرطا لانعقاد عقد النشر، بل أنه انجاز صريحة على إبرام عقد النشر عن طريق البرقيات، ولقد كان لهذا المسلك من المشرع الفرنسي أثره واضح في أحكام القضاء الذي حكم بأن في حالة وجود استحالة معنوية للحصول على ترخيص مكتوب من المؤلف لا يبرر بطلان العقد كما لا يبرر عدم الحصول عليه.

وان كان هذا هو مسار المشرع وموقف القضاء الفرنسيين فما هو يا ترى مؤلف القضاء الجزائري من مسألة الكتابة في عقد النشر ؟ لقد قررت المحكمة العليا في قرارها ازاء طعن مرفوع من المؤلف ضد الناشر برفضه في الموضوع لعدم التأسيس، حيث قامت بتأييد ما حكم به قضاة الموضوع حينما رفضوا دعوى المؤلف المدعي، إذ رأت أن ما توصل اليه قضاة الموضوع يعد تطبيقا سليما للقانون ولقد أسست قرارها على عدم وجود عقد مكتوب لا يمكنه من التطرق لتحديد المسؤولية أو التعويض المترتب عنها.

تأسيسا على ما سبق ذكره، تعتبر الكتابة في عقد النشر شرطا لانعقاد والإثبات معا دون أن يستدعي الأمر إفراغه في شكل رسمي، فالكتابة العرفية تكفي لانعقاده.

المطلب الثالث: مميزات عقد النشر في التشريع الجزائري

من المؤكد أن حق المؤلف له جانبان حق أدبي، وحق مالي الذي يعد عنصرا من عناصر الذمة المالية، وعقد النشر يعبر على استغلال الحق المالي هذه الصفة تجعله يرتبط بجملة من الأنظمة القانونية كما يختلف عن هذه الأخيرة في بعض المسائل

¹ المحكمة العليا غ.م 15 سبتمبر 1999، ملف رقم 202312. م.ق، عدد 2، 2000، ض.84.

هذه الأنظمة القانونية قد تكون عبارة عن عقود تشابه عقد النشر من حيث النتيجة المراد الحصول عليها وهو نشر المصنف، أو عبارة عن عقود يستغل فيها الحق المالي غير عقد النشر، بالإضافة إلى أن عقد النشر مصدره حق يعترف به القانون للمؤلف هو حق النشر.¹

الفرع الأول: عقد النشر والعقود التي تشابهه

أكدت كل التشريعات وحتى المشرع الجزائري عند تحديد عقد النشر على أنه اتفاق بين طرفين أحدهما المؤلف والثاني الناشر، لكن هذه الخاصية تجعله يشابه بعض العقود لأنه يجوز للمؤلف إبرام العقود مع الناشر دون أن يترتب عليها تطبيق أحكام عقد النشر، ويتحقق ذلك في نوعين من العقود الأساسية يمكن للمؤلف إبرامها مع الناشر وهي العقد لحساب المؤلف، والعقد لنصف الحساب كما يضاف اليهما عقدا آخر بعض أحكامه تتشابه مع عقد النشر رغم أن طرفه الثاني ليس ناشرا وهو ما يسمى بعقد اعداد مصنف بناء على طلب.

أولا: عقد لحساب المؤلف

عند استقراءنا للأمر رقم 05/03 الصادر في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة في القانون الجزائري، يظهر عدم تطرق المشرع لهذا النوع من العقود، فالملاحظ غياب حكم خاص بالعقد لحساب المؤلف في مواد هذا الأمر، رغم أهميته للمؤلف من خلال ما تحققه لهذا الأخير من عائد مالي، كما تسمح له بإيصال المصنف إلى الجمهور مثله مثل عقد النشر، والعقود الأخرى التي سيتم دراستها.²

في هذا الشأن القانوني الفرنسي كان أكثر دقة ووضوحا، ويظهر ذلك من خلال إدراجه لهذا النوع من العقود ضمن قانون الملكية الفكرية الفرنسي الذي يشمل بداخله حق المؤلف، بحيث عند تطرقه لتحديد المقصود من عقد النشر في المادة 132 فقرة الأولى حاول فصله على جملة من العقود من ضمنها العقد لحساب المؤلف، بقوله في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: "لا يعتبر عقدا للنشر بمفهوم المادة 1/132 العقد لحساب المؤلف، وأن العقد لحساب المؤلف يدفع فيه المؤلف أو أصحاب الحقوق للناشر مكافأة مقابل أن يقوم هذا الأخير بصنع نسخ للمصنف وفقا للشمل وابتاع الطريقة المتبع عليها في العقد (وفق شروط المتفق عليها)، بالإضافة إلى قيامه بنشرها وتوزيعها".³

¹ السعيد رشدي، المرجع السابق، ص.57.

1. محمد حسنين، المرجع السابق، ص.92.

³ Article 132/2 du CPI Français " ne constitue pas un contrat d'édition, au sens de l'article 132/1, le contrat dit a compte d'auteur l'auteur l'auteur ou ses ayants droits versent a l'éditeur une rémunération

فمن خلال هذا التعريف يظهر الحد الفاصل بين عقد النشر والعقد لحساب المؤلف وهذا ما خرج به الأستاذ تاش كنتيجة عند دراسته المفصلة لعقد النشر في رسالته، فمن خلالها أقر أن "طبيعة التبادل المحقق من عقد النشر يجعلنا حسب رأيه نفترض عدم تناسب أي اقتراح لقلب تعاقد آخر، ويرجع السبب في اعتقاده الى عدم امكانية احداث الآثار التي يحققها عقد النشر".¹

لكن العقد لحساب المؤلف وعقد النشر، رغم تشابههما في الغرض المراد تحقيقه وهو استغلال المصنف من أجل إبلاغه للجمهور، إلا أنه لا يجب أن يقع خلط بينهما في الهدف أو الغرض من العقد المبرم، والهدف الذي يصبو كلا المتعاقدين لتحقيقه. فهما ليسا نفس الشيء ورغم عدم نص القانون الجزائري علي هذا النوع من العقود لأنه لا يدخل ضمن عقود الاستغلال لذلك لا يحكمه قانون حق المؤلف، إلا أن البعض يعتبره فرصة ناتجة عن خيبة أمل المؤلفين، كما أثبت الواقع العلمي خطورة هذا النوع من العقود على المؤلف لذا ننصح المشرع الجزائري أن يتدخل وينص عليه صراحة أسوة بقانون الملكية الفكرية الفرنسي. وتجدر الإشارة على وجود عقد النشر الالكتروني على حساب المؤلف، هذا الأخير يأخذ مفهوما واسعا وآخر ضيقا، فالأول يتعاقد فيه المؤلف أو ذوي الحقوق بتحويل مبلغ متفق عليه الى الناشر الالكتروني الذي يلتزم ببث المصنف وفقا للشكل المتفق عليه أما الثاني فيتعاقد مؤلف أو ذوي الحقوق على ايجار موقع من الناشر الالكتروني او غيره مقابل مبلغ متفق عليه في العقد بغرض بث العمل الابداعي وهذه النتيجة أكدتها المادة 2/132 لأن عبارة الناشر الذي أورده المشرع الفرنسي في المادة جاء عاما، ومن ثم فهو يتسع ليشمل الناشر الالكتروني أيضا، وهذا يجرنا إلى دراسة نوع آخر من العقود تشابه عقد النشر في بعض المسائل لكن تختلف في ما ينطوي عليها من نتائج.²

ثانيا: عقد لنصف الحساب

ان المدلول المعتمد لعقد النشر الذي تم بيانه في المبحث الأول جعل لهذا العقد صلة مع أنواع متعددة من الاتفاقات، هذه الاتفاقات التي تكون في شكل عقود يظهر فيها التماثل في

convenue, a charge par ce dernier de fabriquer en nombre = dans la forme et suivant les modes d'expression déterminés au contrat, des exemplaires de levure et d'en assurer la publication

¹ TACHE Pierre Alain : le contrat d'édition de l'œuvre littéraire (contribution a l'étude de la remise de la législation suisse) these 1970, p.151.

² TACHE Pierre Alain: op. cit, P.157.

بعض النقاط مع عقد النشر، وليس العقد لحساب المؤلف وحده الذي يحقق التشابه مع هذا العقد بل هناك نوع آخر من العقود تعرف بالعقد لنصف الحساب وعقد اعداد مصنف بناء على طلب، والمشرع من أول نصوصه التشريعية المنظمة لحق المؤلف والحقوق المجاورة الى آخر تعديل لها بموجب الأمر رقم 05/03 قد سلك نفس الموقف الذي اتخذه بشأن العقد لحساب المؤلف، بحيث لا يوجد أي نص تشريعي في هذا القانون يحدد المقصود والأحكام المطبقة على العقد لنصف الحساب، لذلك يجب الرجوع في ذلك الى قانون الملكية الفكرية الفرنسي الذي عدل لعدة مرات منذ أول قانون في 11 مارس 1957 الذي نص على هذا النوع من العقود في المادة 48 بينما آخر تعديل نص عليها في المادة 132 الفقرة الثالثة في جزئها الأول بقولها: "لا يعتبر عقد للنشر بمفهوم المادة 1/132 العقد لنصف الحساب. فمن خلاله يتعاقد المؤلف وأصحاب الحقوق مع الناشر، يتحمل فيه الناشر صنع المصنف على حسابه (تحمل المصاريف)، وفق عدد من نسخ المصنف وبالشكل ونوع التعبير المحدد في العقد، كما يلتزم بتأمين النشر وتوزيع مقابل التزام متبادل بين الطرفين بتقسيم الأرباح والخسائر الناتجة عن الاستغلال على حسب النسبة المتفق عليها).

اذن ووفقا لهذه المادة العقد لنصف الحساب لا يعد عقد للنشر، لأنه ينتج آثار تختلف في مضمونها على هذا الأخير، فهو في حقيقة الأمر عقد شركة من نوع خاص، هذه المشاركة لا تتوفر في عقد النشر لالتزام المؤلف أساسا في هذا العقد بالتنازل كليا او جزئيا عن حقه في النشر للناشر، ومقابل يدفعه الناشر للناشر، ومقابل يدفعه الناشر للمؤلف، على أن يقوم الناشر بنسخ المصنف ونشره وتوزيعه، ولا يهم الطريقة المتبعة لنسخ المصنف، أما عقد الشركة فيلتزم الطرفان تبادليا فمن جهة المؤلف يتولى انجاز المصنف بما يجعله قابلا للنشر، أما الناشر فيكلف على حسابه الخاص بنسخ المصنف ونشره وتوزيعه، فالالتزامات في هذا العقد متقابلة ومقسمة بقدر المجهود المبذول من كلا الطرفين وعادة يكون مناصفة.¹

والأمر كذلك بالنسبة لتحمل المخاطر، ففي عقد النشر لا يساهم المؤلف في تحمل المخاطر وان كان يعاني من عواقب كساد مصنفة، ويتحمل الناشر وحده تبعه هلاك النسخ، أما في عقد المشاركة أو العقد لنصف الحساب فان المؤلف يشترك في تحمل تبعه الهلاك في حدود ما تم الاتفاق عليه أي في حدود النسب المتفق عليها في العقد، لكن في العقد لحساب

¹ PLAISANT Robert: contrat d'édition des œuvres littéraires, J,Cl.P.P.L.A.Fase 330,1984,08.

المؤلف كما ذكرنا يتحمل المؤلف كل نتائج بيع المصنف ويتحمل بمفرده مغبة الخسائر سواء كان مرجعها كساد المصنف أو هلاك النسخ بقوة القاهرة.¹

لا دخل للشخص في إحداثها، فمركز المؤلف في هذا العقد مماثل لمركز الناشر في عقد النشر، بينما في العقد لنصف الحساب من اسمه يتضح أن كلا من الطرفين مؤلف وناشر في نفس المركز وعلى قدم المساواة في تحمل المخاطر التي قد تتجر على نشر المصنف.

بالتالي هذا العقد يساهم المؤلف فيه بإبداعاته بينما يشارك الناشر بإمكاناته الاقتصادية والتقنية اللازمة لإيصال المصنف للجمهور، ونفس الشيء بالنسبة للناشر الإلكتروني الذي يساهم في بث المصنف وفقا للأسلوب المتفق عليه بينهما على اعتبار أن المادة اوردت لفظ الناشر دون قيد أو تخصيص، ومن ثمة فإن مفهومه يشمل عقد النشر الإلكتروني لنصف الحساب.

فهذا العقد بهذا الشكل يعد عقد شركة مستمد من القانون المدني والقانون التجاري، لأن مفهوم عقد الشركة يعبر على التزام الطرفين بتقديم حصة نقدية أو مالية أو حصة عمل للقيام بمشروع اقتصادي ذي منفعة اجتماعية بهدف اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر، فاقتراس الأرباح والخسائر هو الدافع الى اعتبار العقد لنصف الحساب عقد شركة، بالإضافة أن تكوين العقد يكون بتقديم حصة من المؤلف تتمثل في انجازه للمصنف الذي سينشر بعد ذلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى حصة نقدية أو حصة عمل يقدمها الناشر بنسخ المصنف في عدة نسخ ونشره وتوزيعه بعد ذلك.

ثالثا: عقد إعداد مصنف بناء على طلب

قد تبين من خلال دراسة كل من عقد لحساب المؤلف وعقد لنصف الحساب أن طرفيه دوما هما المؤلف من جهة والناشر من جهة أخرى وهذا ما يتفق فيه مع عقد النشر بالإضافة إلى أمور أخرى يتشابه فيها مع هذا الأخير سبق التطرف لها، أما عقد إعداد مصنف بناء على طلب فيختلف فيه الأمر.²

كون عقد اعداد مصنف بناء على طلب ما هو إلا عقد يبرم بين شخص يعرف بطالب اعداد المصنف والمؤلف الذي يعد مبدعا يلتزم على اثره هذا الأخير أن يبدع مصنفا محل

¹ غريال ابراهيم غريال، الحقوق المؤلف الأدبية وعلاقتها بالنظام العام في القانون الفرنسي، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد 3- السنة 16- 1972، ص699.

² DURRANDE Sylvain : Contrat de commande, J.C.I.P.P.L.A, Fase 390,n :01, souligne que : « le contrat de commande est un contrat par lequel une personne, physique ou morale, confie, a un auteur independant le soin de realiser pour son compte une ou plusieurs œuvres determinees moyennant un prix fixe dans le contrat »

التعاقد مقابل أجر يلتزم بدفعة الطرف الأول أي طالب إعداد المصنف، فطالب إعداد المصنف لا يمكن اعتباره في أي حال من الأحوال ناشرا فهو شخص طبيعي كما يمكن أن يكون شخصا معنويا يكلف المؤلف على وجه الاستقلالية لانجاز مصنف معين أو عدة مصنفات لحسابه لقاء أجر ثابت في العقد.

اذن الشخص الطبيعي قد يطلب من المؤلف أن يبدع له مصنفا معينا، كأن يكلفه بكتابة قصة أدبية أو أن يطلب منه رسم لوحة فنية، أو أن يطلب منه ايجاد لحنا موسيقيا لأغاني معينة، وبالإضافة إلى الشخص الطبيعي كما هو الحال في الفروض السابقة هناك الشخص المعنوي، قد تكون الدولة أو أحد هيئاتها باعتبارها شخصا معنويا عاما ويتحقق ذلك بأن تبرم عقد اعداد مصنف من خلال تكليفها لمجموعة من الكتاب لوضع موسوعة معينة، أو أن تطلب وزارة التربية من عدد غير مستهان به من المختصين (مؤلفين) لوضع كتب مدرسية التي من خلالها يتم تدريس الطلبة في الثانوية أو المتوسطة مثلا، كما يمكن في بعض الفروض للشخص المعنوي أن يكون شخصا خاصا ومثال ذلك ان تتعاقد شركة انتاج سينمائي مع مؤلف لإعداد قصة أدبية تكون موضوع عمل سينمائي، بالتالي في كل هذه الفروض وغيرها الشخص سواء كان طبيعيا او معنويا يطلب من المؤلف ابداع مصنف معين أدبيا كان أو فنيا وحتى رقميا لاستعماله لأغراض معينة.

فمن خلال ما تقدم يقصد بهذا النوع من العقود في مجال المصنفات الأدبية والفنية ذلك العقد الملزم للطرفين.¹ الرضائي، يكون فيها المؤلف ملزما بإبداع ثم التزامه بتسليم المصنف في شكله المادي المتفق عليه الى طالب اعداد المصنف مقابل عوض يدفعه هذا الأخير، دون أن يكون مصحوبا بحقوق المؤلف عليه أو يكون المحل مصحوبا بالحق المالي للمؤلف،² على عكس عقد النشر الذي هو في حد ذاته تنازل على حق استغلال المصنف يصدر من المؤلف لصالح الناشر، مع العلم أن المؤلف يمتلك عدة حقوق مالية يسمح له باستغلالها لوحده او بتوكيل شخص آخر بعد إبرام عقد معه، ويكون موضوعه استغلال المصنف، وهي حالة عقد النشر، ويتولى على أثره الناشر نشر المصنف وتوزيعه ليتداوله الجمهور مع التزامه بدفع مقابل ذلك أجر للمؤلف.

¹ Leterne Alain: Manuel de la propriete litteraire et artistique, 2eme edition, Dalloz 1966, p.201

² عبد الرشيد مأمون: أبحاث في حق المؤلف، دار النهضة العربية، طبعة 1987، ص 148.

وأيضاً يجب التأكيد على أن عقد اعداد مصنف بناء على طلب لا يدخل ضمن طائفة عقود استغلال الحق المالي التي يبرمها المؤلف لاستغلال نتاج فكره وعقله، كما هو الشأن بالنسبة لعقد النشر، وعقد الإنتاج السمعي البصري ورخصة لإبلاغ الجمهور التي سيتم دراستها، إنما هو عقد مستقل بذاته سواء من حيث أطرافه وحتى في بعض أحكامه، لذلك نجد المشرع الجزائري قد تنبه لهذه المسألة مما دفعه الى ادراج هذا النوع من العقود والتي سماها بالمصنفات المنجزة في اطار عقد المقالة ضمن الفصل الثاني من الأمر 05/03 المعنون بالمؤلف وقرينة ملكية الحقوق وذلك من خلال المادة 20 منه. (تنص المادة 20 من الأمر 05/03 على أنه: " اذا تم ابداع مصنف في اطار عقد المقالة يتولى الشخص الذي طلب انجازه ملكية حقوق المؤلف في اطار العرض الذي أنجز من أجله، ما لم يكن ثمة شرط مخالف").

بالتالي القواعد التي تنظم هذا العقد تختلف بعض الشيء عن تلك التي تنظم عقود استغلال حقوق المؤلف وخاصة عقد النشر، وحتى يزداد الأمر وضوحاً نشير الى نقطة مهمة تتعلق بانعقاد العقد.

يجب التنويه الى ان المصنف الواحد يمكن أن يكون محلاً لعقد النشر وعقد اعداد المصنف بناء على طلب في ذات الوقت، إلا أن الفارق يظل واضحاً من عدة أوجه أهمها أن هذا العقد الأخير يكون المصنف فيه لم يبتكر بعد كما لا يفرض على الطالب كالناشر ابلاغ المصنف للجمهور واستغلاله مالياً.¹

فعقد اعداد المصنف بناء على طلب رغم أنه من العقود الرضائية مثله مثل عقد النشر، إلا أن عقد النشر رغم خضوعه للقواعد العامة في القانون المدني فيما يتعلق بالإثبات، فهو ليس عقداً شكلياً يستلزم افراغه في قالب معين حتى ينعقد، لكن كما سنلاحظ أن جل التشريعات ومن ضمنها المشرع الجزائري قد تطلب اجراءات خاصة في الإثبات حماية للمؤلف في طائفة معينة من العقود التي هي في حقيقة الأمر عقود استغلال الحق المالي والتي من ضمنها عقد النشر، هذه الإجراءات يرى البعض تطبيقها على المصنفات التي تعد بناء على طلب بمعنى أن العقد يجب افراغه في قالب مكتوب.² على عكس من ذلك بالنسبة للفقهاء الفرنسي الذي برر

¹ . عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص152.

² حسن حسين البراوي، المصنفات بالتعاقد (النظام القانوني للمصنفات التي تمتد بناء على طلب أو بمقتضى عقد العمل - دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية 2001، ص17.

رفضه للكتابة في عقد اعداد المصنف بناء على طلب الى أن الكتابة هنا للإثبات لا للانعقاد وتقتصر على العقود الواردة ذكرها في النص، أما ما عدا ذلك من العقود يظل خاضعا للقواعد العامة في الإثبات.

لكن هذا الاختلاف لا يمنع من وجود تشابه بين كلا العقدين مما يجعلهما متقاربين في بعض المسائل يظهر ذلك كليا في الاعتبار الشخصي، فعقد إعداد المصنف بناء على طلب تكون فيه الشخصية أحد المتعاقدين محل اعتبار ونعني بذلك شخصية المؤلف، مما يترتب انفساخ العقد إذا افترضنا وفاة المؤلف، فلا يسمح للورثة اعداد المصنف بدلا من المؤلف، فيستحيل نتيجة لذلك أن يحل شخص ما من الغير محل المؤلف في تنفيذ العقد، إذ أن هذا العقد من عقود الاعتبار الشخصي من جهة المؤلف فقط.

لكن ما يجمع العقدين قد يكون سببا في تفریطهما فالاعتبار الشخصي رغم اتحاده في كلا العقدين، إلا أنه يختلف محتواه في عقد النشر، فهذا العقد يعبر على عقود تقوم على الاعتبار الشخصي من جهتي المؤلف والناشر، فلا يمكن أن يتغير الناشر دون أن يؤثر ذلك على العقد من حيث وجوده وتكوينه، على العكس من ذلك بالنسبة لطالب اعداد المصنف الذي يمكن أن يتغير دون أن يؤثر ذلك على صحة العقد، فلو توفي طالب اعداد المصنف قبل استلام المصنف جاز للورقة أن يطالب المؤلف بإبداع المصنف الذي تعاقد عليه مؤلفه.¹

وبلاحظ أن هذا العقد يدخل كذلك ضمن طائفة العقود التي لم يول لها المشرع تنظيمًا خاصا بها رغم أنها متداولة في الاستعمال في المجال الأدبي وحتى الفني، على عكس المشرع الفرنسي الذي شمل كل العقود التي قد يكون محلها المصنفات الأدبية والفنية، وقد ذهب الى أبعد من ذلك في أحكام عقد اعداد المصنف بناء على طلب من خلال جعل التنازل يتم عن حقوق الاستغلال لصالح طالب اعداد المصنف الذي يكون المنتج في بعض الأحيان رغم أن القاعدة العامة المقررة في قانون حق المؤلف تجعل التنازل ثابتا في الأصل للمؤلف وتمنحه الحق في مباشرة هذه الحقوق بنفسه أو التنازل عنها بإرادته مقابل اجر يستحقه يدفع للمؤلف في كل مرة يتم فيها استغلال المصنف.

وبعني بذلك ان حقوق المؤلف التي يمكن مباشرتها في سبيل استغلال المصنف يتم التنازل عنها بشكل مباشر لصالح المنتج ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، وهذا التنازل لا يشترط

¹ حسن حسين البراوي، المرجع السابق، ص 19.

فيه شروط خاصة كما هو الشأن في عقد النشر الذي تفرض كتابة العقد لحماية المؤلف، بل يكفي تواجد الشروط العامة.

تجدر الإشارة الى ان هذا العقد يعبر عن العلاقة بين النشر بصفة عامة والابتكار، وغالبا ما يكون في مجال الدعاية والصحافة، كما أنه يتم الكترونيا تكليف من الطالب أي وكالة اعلان أو دعاية الى احد المبدعين لطرف ثاني، وذلك لتصميم اعلان أو مصنف معين لحساب هذه الوكالة عبر الانترنت، لكن كل هذا لا ينص بالمبدأ الذي يجعل من استغلال حق المؤلف حكرا على المؤلف يمكنه من الاستغلال المباشر للحقوق المالية، أو يتنازل للغير على هذا الاستغلال بموجب عقود يبرمها معه.¹

الفرع الثاني: عقد النشر والعقود الاخرى لاستغلال حق المؤلف.

بالإضافة إلى عقد النشر هناك عقود أخرى يتم فيها استغلال الحق المالي الذي سماه البعض بالحق الاقتصادي، هذه العقود قد أكد عليها المشرع الجزائري وشملها في ثلاث عقود أساسية ويضاف إليهم عقد النشر، وذلك من خلال المواد من 61 الى 106 من الأمر 05/03 تحت عنوان استغلال الحقوق، ويعتبر عقد التنازل من اهم هذه العقود لذلك اعطاها المشرع اولوية من حيث عدد النصوص المنظمة لها (حوالي 14 مادة) ومن حيث جعلها في المرتبة الأولى ويلبها عقد الإنتاج السمعي البصري، وعقد النشر، وفي الأخير رخصة الإبلاغ إلى الجمهور، كل هذه العقود قد تأثرت بالتطور التكنولوجي والتقنيات الرقمية، فما مدى هذا التأثير؟ لذلك يجب التطرق لها على التوالي.

أولا: عقد النشر وعقد التنازل²

ان تحليل القوانين اثبتت وجود اختلاف عميق بين التشريعات رغم أن عددا كبيرا من المبادئ الأساسية تكون دائما محترمة سواء بفضل القانون او بأية وسيلة أخرى تحقق هذا الغرض فمبادئ عقد التنازل من ضمنها، لأنه يعتبر على عقد استغلال الغير مباشر للإبداع الفكري، ويعد كذلك كونه سبب في نسخ صور منه تكون في متناول الجمهور.

¹ DJENANA Amar Le regime algerien des droits dauteur, These 1983, universite dalger, p.06.

² لقد اعتبر الأستاذ السنهوري عقد التنازل عبارة عن: "عقد بيع لحق استغلال أبرمه المؤلف مع الناشر في مقابل ثمن معين"، كون البيع لا يقع على حقوق معنوية لأنها لصيقة بالشخصية تبقى ملك للمؤلف وليس غيره، وتنتج عن ذلك أن يطبق على التصرف بحسب طبيعته بعوض أو بغيره، قواعد عقد البيع أو الهبة على حسب نوع التصرف"، أنظر د/ أحمد السنهوري - الوسيط-، ج07، المجلد 01، ص326.

فرغم تنظيم المشرع له إلا أنه يعاب عليه عدم ذكره في بداية الفصل الخامس أي استغلال الحقوق- أن عقد التنازل عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية العامة-، وتكتسب هذه العمومية نتيجة لرجوع عقود الاستغلال الأخرى الى أحكامه في حالة غياب نص خاص يحكم مسألة معينة، لكن يمكن أن يفهم ذلك بطريقة ضمنية عند تعريف المشرع لعقد النشر في المادة 84 من الأمر 05/03 بقوله: "يعتبر عقد النشر العقد الذي يتنازل ...".

وبما أن عقد النشر هو في حقيقة الأمر يتم في شكل تنازل، لذلك يتم الرجوع لأحكامه باعتبارها قواعد عامة تحكم كل العقود الناشئة عن حق المؤلف من أجل عدم وجود فراغ قانوني ووجود مسألة بدون حل، لذلك يتم إتباع أحكام عقد التنازل في حالة اغفال المشرع عن تنظيم مسألة معينة في عقد النشر دون أن يكون قاصدا لذلك، أو إغفاله العمدي الذي يكون سببه تجنب تكرار نفس المواد، هذه القواعد العامة تشمل كل من تكوين العقد (وجوده) وتنفيذ من حيث ما يترتب عن عقد التنازل من التزامات وحقوق لكلا الطرفين، متنازلا كان أو متنازلا له فهو (عبارة عن اتفاق بين طرفين بموجبه يحول المؤلف حقوق المالية كلياً أو جزئياً الى الغير سواء بصفة مجانية أو بمقابل).¹

فعن تكوين عقد التنازل، فهو يشمل ثلاث نقاط: رضا، أهلية المؤلف، محل الاتفاق، التراضي الواضح فيه أن قليلا من التشريعات تتولى تنظيم قواعده بصفة صريحة رغم أن الشرط الأساسي في كل عقود الاستغلال رضا المؤلف، وكذلك المشرع الجزائري في المادة 63 بقوله: "يعطي الرضا على التنازل عن الحقوق المادية الخاصة بقاصر أو بعديم الأهلية وفقا لأحكام التشريع المعمول به، يمكن للقاصر أن يعرب شخصا عن موافقته إذا كان مميزا، يحدد وليه كيفية تنفيذ العقد"

فهو لم يتطرق بشكل مفصل لأحكام الرضا من جانب المؤلف لكي لا نكون أمام اعتداء على حقوقه المالية والأدبية، فكان من الأفضل توضيح فكرة تبادل الارادتين في كل العقود كون المواد المتعلقة بعقد النشر ترجعنا إلى المادة السابقة الذكر، واكتفى بتحديد الشروط التي اذا لم يستوفيهما العقد اعتبر باطلا، وبعبارة أخرى شروط تخص هذا العقد يلزم توافرها وإلا وقع العقد في طائلة البطلان.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 82.

لذلك يجب أن يحدد المؤلف إذا كان التنازل عن حقه المالي كلياً أو جزئياً، فيحدد ما إذا كان يتنازل عن حق النشر والتمثيل ويكون التنازل هنا كلياً، أو التنازل على إحداهما ويكون التنازل جزئياً، وليس عدم ذكر طبيعة التنازل وحده الذي يدفع إلى إبطال العقد بل عدم تحديد طرق الاستغلال التي من خلاله تظهر الحقوق المتنازل عنها، وإلى جانب شروط وطبيعة العقد، وحتى الشكل الذي يتم فيه، والنطاق الزمني والمكاني للاستغلال، كل هذه المسائل لها من الأهمية ما جعل المشرع يذكرها ضمن المبادئ العامة للتنازل للسماح بتطبيقها على عقود الاستغلال الأخرى كلما استدعت الضرورة لذلك.

وحسب المادة 63 السابقة الذكر يظهر أن للقاصر وحتى عديم الأهلية الحق في إبرام عقد التنازل وتطبق عليهم أحكام التشريع المعمول بها، ويقصد به حكام قانون الأسرة الجزائري بحيث يكون لوليه أو القيم عليه أن يوافق على تصرفه فيجيزه، هذا إذا كان الشخص عديم الأهلية. أما القاصر مميز: فمن المعروف أن القاصر ما كان دون 13 سنة بدلاً من 16 سنة بعد تعديل القانون المدني،¹ فالمادة 20 الجديدة عدلت المادة 42 بقولها: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغير السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز ويمكنه من إبرام عقود كما يكون لوليه تحديد كيفية تنفيذها فقط، على عكس عديم الأهلية الذي ولية أو القيم عليه يتولى ذلك.

لكن هذا لا يمنع من أن يتم تسيير الحقوق المالية من قبل مفوض الذي يكون عادة مؤسسة تجمع المؤلفين،² رغم تمتع كل مؤلف بأهلية كاملة، كون الاستغلال الناجح يتطلب عادة استعمالاً للطرق الجماعية.

فرغم أهمية أن تكون التصرفات التي يجريها المؤلف في هذا الشأن رضائية،³ إلا أنه يجب توفر شروط شكلية في هذه التصرفات وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 62 من خلال فرضه على المتعاقدين كتابة عقد التنازل، وبما أن قواعد هذا الأخير عامة تطبق على كل العقود ومن ضمنها عقد النشر الذي يكون في شكل مكتوب، كما يمكن إبرام العقد عند

¹ أنظر قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/ العدد 44، الصفحة 17.

² COLOMBET Claude: Grands principes du droit datura, op cit, p.85.

³ جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية- والنظرية العربية والإسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد-، دار الجامعة الجديدة للنشر 2003، ص 45.

الحاجة بواسطة تبادل رسائل أو برقيات تحدد الحقوق المادية المتنازل عنها وهذا ما هو إلا دليل على أن الكتابة تعد في التصرفات التي يجريها المؤلف شرطاً للإثبات وليس لصحة العقد. ان انعقاد عقد التنازل صحيح يرتب جملة من الآثار على الجانبين تظهر من خلال الالتزامات التي تفرض على المتنازل كطرف مهم في العقد يتعلق بتسليم المصنف وضمان الحقوق المتنازل عنها للمتنازل له، فالمؤلف يلتزم بضمان الاستغلال الهادئ بعد تسليمه لهذا الأخير من خلال مساعدته والوقوف الى جانبه في كل ما من شأنه ان يحول دون انتفاعه بالحقوق من جراء فعل الغير، ما لم يوجد اتفاق مخالف لذلك، وفي هذا يجب الرجوع الى القواعد العامة لعقد البيع، وينتج عن ذلك أن يطبق على التصرف بحسب طبيعته بعوض أو بغير عوض، قواعد عقد البيع او عقد الهبة على حسب نوع التصرف،¹ وهذا الالتزام في الحقيقة يفرض على المؤلف ذلك عند ابرامه لعقد مع الناشر يتعلق بالتنازل عن نسخ عدد من النسخ. وبالمقابل يتمتع المؤلف بحق إبلاغ المصنف للجمهور، هذا الأخير ينشأ منه التزام على عاتق الطرف الآخر المتنازل له بأن يبلغ المصنف الى الجمهور ويراعي المصالح المشروعة للمتنازل عن الحقوق وفقاً لبنود عقد التنازل، ولكي يحقق الالتزام ثمره سمح المشرع للمتنازل توجيه أضرار للمتنازل له نتيجة لسببين:

1. اذا أحجم عن ابلاغ المصنف الى الجمهور في الآجال المتفق عليها، وهو يمثل عدم استغلال المصنف من قبل المتنازل له.
2. أو التوقف عن استغلال المصنف بصورة عادية حسب الشروط المنصوص عليها في العقد بعدها يفقد المتنازل له حقه لاستثنائي إذا لم يهتم بالاعذار طوال مدة 3 أشهر، ويفسخ العقد بعد مضي سنة بطلب ممن له مصلحة (المتنازل عن حقوقه) اذا لم يستغل الحقوق المتنازل عنها، ويبدأ حساب المدة من تاريخ تسليم المصنف (المادة 68).²

ثانياً: عقد النشر وعقد الإنتاج السمعي البصري

بالإضافة إلى عقد التنازل وعقد النشر هناك عقود أخرى حديثة النشأة مقارنة بسابقتها تعرف بـ "عقود الإنتاج السمعي البصري" ففي وقت غير بعيداً أغلبية القوانين لم تكن

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص45.

² أنظر أمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 جمادي الأولى 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية رقم 44، ص03 وما يليها.

تدرج تنظيمًا خاصًا بهذه العقود، إلا بعض التشريعات التي حاولت النص عليها ولو بطريقة غير مباشرة من خلال التطرق إلى الإنتاج السينمائي الذي يعد صورة من صور الإنتاج السمعي البصري، ويرجع سبب التأخر في معرفة أهمية هذا العقد إلى مشكلتين: أولهما تتعلق بتحديد من يثبت لهم الحقوق الناتجة عن هذه المصنفات التي تعد مصنفات مشتركة Collaboration والثاني يتعلق بمسألة توزيع الحقوق.¹

وبما أن هذه العقود أحدثت تغييرًا في محتوى حق المؤلف رأى المشرع ضرورة السير في نفس المجرى من خلال إدراج عقد الإنتاج السمعي البصري ضمن قوانينه المتعلقة بحق المؤلف سواء في أمر 10/97 الصادر في 06/03/1997 أو آخر تعديل أي قانون 05/03 الصادر في تاريخ 19 يوليو 2003، بحيث من خلالها وضع تنظيم خاص بهذا العقد سواء من حيث تحديده أو من حيث الآثار المترتبة عليه من التزامات تقع على كل من الطرفين، وسبقه في ذلك القانون الفرنسي للملكية الفكرية في 03/07/1985 بعد أن كان في قانون 11/03/1957 يحمي فقط المصنفات السينمائية.²

حاول الفقه اعطاء تعريف لعقد الإنتاج السمعي البصري فأوجد له مفهومين مفهوم واسع وآخر ضيق، فعن المفهوم الواسع يرى الفقه " أن هذا العقد موضوعه المصنف السمعي البصري أو أية مشاركة فنية موجهة لإنتاج هذا النوع من المصنفات". (تتص المادة 16 بقولها: " يعتبر مصنفًا سمعيًا بصريًا المصنف الذي ساهم في إبداعه الفكري بصفة مباشرة كل شخص طبيعي، يعد على الخصوص مشاركًا في المصنف السمعي البصري الأشخاص الآتي ذكرهم مؤلف السيناريو، مؤلف الاقتباس، مؤلف الحوار أو النص الناطق، المخرج، مؤلف المصنف الأصلي إذا كان المصنف السمعي البصري مقتبسًا من مصنف أصلي، مؤلف التلحين الموسيقي مع كلمات أو بدونها تتجزأ خصيصًا للمصنف السمعي البصري، الرسام الرئيسي أو الرسامون الرئيسيون إذا تعلق الأمر برسم متحرك"). لكن هذا التعريف عام يشمل كل أنواع الاستغلال الذي يقع على المصنف السمعي البصري دون أن يحدد من هم أطراف العقد والالتزامات التي تقع على كليهما.

¹ COLOMBET Claude: grands principes du droit dauteur, op cit, P100.

² BERTRAND Andre: Le droit dauteur et les droit voisins, 2eme edition, Dalloz 1999, p,197.

ولقد لوحظ تباين بين التشريعات في تعريف هذه المصنفات فمن خلال اختلاف المنظور يختلف التعريف، فالمشرع الجزائري في المادة 16 من قانون 05/03 عرفه بالنظر للأشخاص الطبيعية المشاركة فيه.¹

وهذا لا يدفعنا للقول أن كل المقاطع الحية للصورة تعبر عن مصنفات سمعية بصرية، فهذا المعيار لا يكفي وحده رغم أهميته لاعتباره كذلك.²

بينما الذي يهمنا في هذا الشأن المفهوم الضيق لعقد الإنتاج السمعي البصري فيعتمد، عقد الذي يرخّص بموجبه مؤلف المصنف الأدبي أو الدرامي لشخص آخر قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا يعرف بالمنتج باستغلاله لحسابه الخاص، ويتحمل كل الخسائر والمخاطر بدون تواجد رابطة تبعية قانونية بينهما، ويلتزم المنتج فيها بإعطاء المصنف قيمته من الإشهار اللازم والتوزيع لإبلاغه للجمهور، ويتحقق ذلك بعدة وسائل من ضمنها تمثيله بالنسبة للمصنفات السينمائية، أو بيعه أو تأجير نسخة منه إذا كان في شكل مصنف فيديو، كما يلتزم المنتج بدفع المقابل في شكل أجرة الاستغلال وتقدر اما جزافا او تناسبا.³ فالملاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق والمفهوم الواسع، فعن هذا الأخير يظهر من خلال تأكيد على أن العقد السمعي البصري يتعلق بالمصنف السمعي البصري في المادة 2/75 من قانون 05/03 عند تطرقه لهذا الانتاج أقر: " على أنه يكتسب صفة المؤلف نتيجة مساهمته تلك، ويمكنه ان يسحب اسمه من مقدمة المصنف السمعي البصري" وكذلك المادة 1/48 من القانون السابق.

أما المفهوم الضيق يتضح من خلال تحديد العلاقة التي تربط بين طرفي العقد المؤلف من جهة الذي حددته المادة 16 من نفس القانون والسابقة الذكر، والمنتج من جهة أخرى الذي هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتولى انتاج المصنف تحت مسؤوليته المادة 2/78، وتظهر العلاقة في مادة 1/78 بقوله " تحدد في عقد مكتوب العلاقات بين المؤلفين المشاركين في مصنف بصري ومنتجه..." ويكون موضوعه التنازل عن الحق الاستثنائي بشكل مكتوب لفائدة المنتج ليقوم اما باستنساخ المصنف عن طريق تسجيلات معدة للتوزيع على الجمهور، أو عرضه بعدة طرق، أو القيام بترجمة المصنف.

¹ LIPSZYC Delia: Droit voisins, UNESCO 1997, P382.

² Bertrand Andre: op cit, P197.

³ LIPSZYC Delia: op cit, p329 et s.

ورجوعا الى النصوص المخصصة لهذا العقد في القانون الجزائري يظهر لنا كيفية تنفيذ العقد السمعي البصري من قبل الطرفين: المنتج من جهة ومجموعة من المؤلفين في المصنف المشترك من جهة اخرى بدءا من مؤلف السيناريو ومؤلف الاقتباس، مؤلف الحوار، والمخرج الخ، ووصولاً الى الرسامين الرئيسيين حسب المادة 16 من قانون 05/03 كما ذكرهم المشرع الفرنسي في قانون الملكية الفكرية لسنة 1957 لكن ضمن المشاركين في المصنف السينماتوغرافي.¹

نجد من ضمن الحقوق التي تتمتع بها هذه المجموعة من المؤلفين المشتركين السماح لكل منهم ان يستغل اسهامه في نوع مختلف الا اذا كان هناك اتفاق بين طرفي العقد مخالف لذلك، ويظهر ذلك من خلال المادة 74 من الأمر 05/03 وهذا تماشيا مع ما أقرته المادة 3/15 من نفس الأمر عند تطرقها الى المصنف المشترك، لكن خصوصية هذا العقد شملت كذلك الحقوق، فرغم أن المؤلف في كل عقود الاستغلال يبقى متمتعا بالحق الأدبي لحماية ذاتية المؤلف للمصنف، الا أن استعماله في المصنفات السمعية البصرية له طابع خاص فهو مفيد بمسألة اساءة استعمال الحق، لذلك نصت المادة 77 على أن تمارس الحقوق المعنوية على الصيغة النهائية لهذا المصنف وتتحقق هذه الصيغة عند اعداد النسخة النموذجية المتفق عليها في العقد المبرم بين المنتج والمخرج، بعدها يمكنه معارضة كل اضافة أو حذف غير مرخص به من المؤلف وذلك منعا لعرقلة الاستغلال الذي يعد التزاما على المؤلف لحسن سير المصنف بالاضافة الى التزامات أخرى لا يسعنا ذكرها جميعا، فالمؤلف يتحصل على مقابل لذلك يتحدد في مرحلة ابرام العقد أو عند استغلاله بعرضه للجمهور بأي وسيلة من الوسائل المربحة. أما المنتج كطرف ثاني في هذا العقد فله حق استثنائي تسمح له باستنساخ المصنف وعرضه بأي وسيلة من الوسائل المدرجة في المادة 78.

والمذكورة على سبيل الحصر، واطافة أي حق متنازل عليه من المؤلفين المشاركين لا يتم الا اذا كان مذكورا في العقد المكتوب، كما تفرض عليه جملة من الالتزامات نذكر اهمها، دفع مكافأة للمشاركين في التأليف² لكل نمط من انماط الاستغلال، سواء في مرحلة ابرام عقد انتاج المصنف أو عند استغلاله وفقا للمادة 79، هذه المكافأة قد تكون تناسبية او جزافية مثلها مثل عقد النشر، بالاضافة الى احترام الحق الأدبي كما سبق توضيحه، وأن لا يتجاوز المنتج

¹ LETERNEC Alain: op cit, p251 et s.

² FRANCON.A: Propriete litteraire et artistique, Rev Trim. Dr Com 1986/1, P.94

الحالات التي سمح له المشرع فيها بالاستغلال، فالتنازل هو قيد للمنتج، وأي تجاوز له قد يترتب عنه نتائج وخيمة.

وفي الأخير تظهر أهمية عقد الانتاج السمعي البصري خاصة في العشرية الأخيرة، وقد أحسن المشرع بتنظيمها قواعد خاصة واجبة الاحترام من كلا المتعاقدين، بالمقابل هناك نوع آخر من استغلال الحقوق يعرف بالرخصة للإبلاغ للجمهور نظمها المشرع الجزائري كذلك ومقتضى الأمر 05/03

ثالثا: عقد النشر ورخصة الإبلاغ للجمهور

يتم استغلال المصنف بعدة طرق من ضمنها تقديم رخصة للإبلاغ المصنف الى الجمهور من قبل المؤلف ويقصد به استعمال طريقة التمثيل أو في شكل اداء , ولقد نظم المشرع الجزائري ضمن استغلال الحقوق من المادة 99 الى المادة 106 , كما فعل مع عقد النشر , فرغم التشابه الموجود بين كل من عقد النشر ورخصة الإبلاغ للجمهور باعتبارهما وسيلة لاستغلال الحق المالي لصاحب المؤلف, إلا أنهما يتفرقان في أن عقد النشر بعد كما سبق ذكره استغلالا غير مباشرة للإبداع ويتم تحقيقه بنسخ صور من المصنف ونشرها بعد ذلك لتداولها بين الجمهور, أما رخصة الإبلاغ للجمهور هي في حقيقة الأمر استغلال مباشر للمصنف يسمح من خلاله بنقل الإبداع الفكري من المؤلف ليصل للجمهور بطريقة مباشرة دون وجود أي وساطة ويتم من خلال التمثيل أو الأداء.¹

ما يعاب على تنظيم المشرع لهذا الاستغلال هو عدم تطرقه لتعريف رخصة الإبلاغ للجمهور ولو بطريقة غير مباشرة من خلال تحديد المقصود بالتمثيل والأداء العلني, عكس ما فعله مع عقد النشر عند قيامه لتعريفه في المادة 84 من نفس الأمر, رغم أنه لا يقل أهمية عن الأخير, كما أنه أظهر أهم التزام في هذا الاستغلال بتقديم رخصة من المؤلف إلى شخص آخر لإبلاغ المصنف للجمهور, وحصوله على مقابل لذلك يدفعه إما المقاول أو منظم العرض باعتباره الشخص الثاني الملتزم في العلاقة, كان أجدد هنا على المشرع أن يظهر الطابع التعاقدي لهذه الرخصة كما فعل المشرع الفرنسي في المادة 2/122 بتسمية هذا النوع من الاستغلال بعقود التمثيل الذي من خلاله تظهر القوة الإلزامية فيه وما يترتب عنه من التزامات تقع على كلا الطرفين.²

¹ محمد حسنين: المرجع السابق، ص95.

² SIRRLLI:op cit, p.155.

فمسألة التمثيل هي في حقيقة الأمر النقل المباشر للمصنف إلى الجمهور خصوصا بواسطة التلاوة العلنية، الأداء الغنائي، التمثيل الدرامي، التقديم العلني، الإذاعة بأي صورة كانت الكلام، الأصوات أو الصورة، العرض العلني، نقل المصنف المذاع بواسطة مكبر الصوت أو حتى بواسطة شاشة تلفزيونية موضوعة في مكان عام، فكل التشريعات التي تضع قواعد تنظم العقود الخاصة بحق المؤلف يكون تطبيقها في مجال واسع يشمل كل النقاط المذكورة آنفا، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 10 من الأمر 03 / 05.

أما الأداء فهو في حقيقة الأمر يسمح بنقل المصنف إلى الجمهور بطريقة مباشرة عن طريق أدائه علنيا، مما يجعله جزءا من التمثيل الذي يشمل كل عمليات نقل المصنفات ويتم هذا الاستغلال بموجب رخصة أو إذن يعطى من المؤلف أو الديون الوطني لحق المؤلف والحقوق المجاورة في شكله المكتوب.

فرغم أن الرخصة لإبلاغ الجمهور ما هي إلا عقد ينشئ التزامات في ذمة الطرفين: المؤلف من جهة والمقاول أو منظم من جهة أخرى، تدخل ضمن العقود الرضائية واشتراط الشكلية فيه ما هي إلا وسيلة للمساعدة على الإثبات وليس ركنا للانعقاد، إلا أن المشرع الجزائري أضاف شكلا آخر للرخصة ماعدا العقد عندما تقدم من قبل الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لشخص طبيعي أو معنوي من خلاله يمكن لهذا الأخير إبلاغ المصنفات التي يتألف منها فهرس هذه الهيئة من المؤلفات الصادرة أو التي ستصدر في خلال المدة المتفق عليها إلى الجمهور ووفق الشروط المتفق عليها ويعرف هذا الشكل ب: "اتفاقية عامة".

وسواء تأخذ الرخصة التعاقدية لإطلاع الجمهور على الانتاج الفكري صيغة اتفاق عام شامل، أو صيغة عقد بين المؤلف وشخص طبيعي أو معنوي يشترط فيهما احترام الاعتبار الشخصي، فهي تشبه عقد النشر في هذا الشرط لأن شخصية المرخص له محل اعتبار في هذه الرخصة، فالقاعدة العامة تقر أنه لا يمكن للمرخص له أن ينقل حق الاستفادة من رخصته للغير، إلا إذا صدرت الموافقة من المؤلف أو من يمثله قانونا، لكن قد يرد على أي قاعدة استثناء وهذا هو الحال بالنسبة لهذه القاعدة بحيث يسمح فيه بنقل الرخصة في حالة تحويل المحل التجاري دون اشتراط موافقة المؤلف، على أن يراعي المقتني شروط العقد الأصلي الذي يحدد من خلاله شروط ممارسة الحقوق المحولة.¹

¹ محمد حسنين: المرجع السابق، ص 91

فالعقد هو اتفاق يحدد فيه شروط انعقاد الرخصة بتحديد كل من طريقة الإبلاغ للجمهور إلى جانب الحدود الجغرافية لهذا الأخير، وكذلك الاتفاقية العامة، ورغم عدم ذكر المشرع الجزائري بصريح العبارة الالتزامات التي تفرض على المؤلف لم يمنع ذلك من استنتاجها من محتوى المواد من 99 إلى 106 ومن القواعد العامة للعقود، فأهم التزام يتعلق بتسليم المؤلف لعمله الفكري للمتعاقد الآخر في الميعاد المتفق عليه ولا يسترده إلا بعد انتهاء مدة الاستغلال سواء عن طريق الأداء العلني أو التمثيل... الخ (الاستغلال المباشر)، ويلتزم بالضمان الذي يشمل عدم التعرض للمرخص له من المؤلف أو من يمثله وبأن يدفع عنه تعرض الغير له.

أما من جانب المقاول أو منظم العرض فهما يستفيدان من الرخصة ماديا من خلال استغلال المصنف بتمثيله أو أدائه العلني كحصول على قيمة الدخول للعرض مثلا، لكن في جانب الالتزامات حاول المشرع حصرها من خلال المادة 103 من الامر 05/03 ويمكن تقسيمها إلى التزامات مادية والتزامات أدبية، فالأولى يلتزم فيها المقاول أو منظم العرض بتقديم مقابل للمؤلف يكون في شكل إتاوات حسب ما وضعته المادة 65 من الأمر السابق الذكر، وتكون مقدرة كما تقدر العقود الأخرى وحتى عقد النشر، أي تقديرا تناسبيا أو جزافيا، كما يفرض عليه تسليم فهرس مصنفات كاملة، أما الثاني فهو التزام يتعلق باحترام الحق الأدبي للمؤلف فعلى المقاول أو منظم العرض (المرخص له) ... احترام محتوى المصنف واستغلاله بحيث لا يجوز ان يتم تعديل أو الزيادة أو الإنقاص في المحتوى، كما أنه إذا لم يتم استغلاله في مدة سنة يفقد الشخص حقه الاستثنائي إذا كان متمتعا به، إلى جانب الالتزامين السابقين يقع على المرخص له واجب إظهار المصنف تحت اسم مؤلفه.

واخيرا ومن خلال دراسة عقود استغلال الحق المالي التي نظمها المشرع بتحديد المقصود منها وكيفية تنفيذه من جانب المؤلف والمتعاقد معه، يظهر ارتباط عقد النشر بعقد التنازل، كما يتضح بعض التشابه مع رخصة للإبلاغ للجمهور من خلال مراعاة الاعتبار الشخصي، أما عقد الإنتاج السمعي البصري رغم التأخر في وجوده مقارنة بالعقود الأخرى إلا أنه يشابه في بعض النقاط عقد النشر وهذا لا يمس باستقلالية عقد الإنتاج السمعي البصري.¹

¹ SIRRLLI:op cit, p..63

الفرع الثالث: عقد النشر وحق النشر

إن المؤلف يتمتع بحقوق مالية إلى جانب حقوقه الأدبية، يسعى من خلال الحقوق المالية إلى تحقيق عائد مالي نتيجة لاستغلال إبداعه الفكري، ويعد حق النشر من ضمن تلك الحقوق بالإضافة إلى حق إبلاغ المصنف للجمهور وحق التتبع.

فبعد التثبيت على الدعامة الذي يعد عنصرا من عناصر حق الإبلاغ والاستتساخ (النشر) المعترف به من القوانين الوطنية المنظمة لحق المؤلف ومعاهده برن، كما أنه شرط لحماية المصنف، تأتي مرحلة استفادة المؤلف من الامتيازات التي تمنحها عقود استغلال المصنف ومن ضمنها عقد النشر.

أولاً: المقصود بحق النشر

حق النشر أو حق الاستتساخ كما يدعوه البعض، لم يتول المشرع تعريفه رغم اعترافه بأنه من الحقوق المالية، لذلك يجب الرجوع في هذا لقانون الملكية الفرنسية في مادته 13/122 التي تقر أن: "النسخ هو التثبيت المادي للمصنف بكل الطرق التي تسمح بإبلاغه للجمهور بصفة غير مباشرة".

أما المادة 27 من الأمر 05/03 من القانون الجزائري أقرت فقط أحقية المؤلف في استغلال مصنف بأي شكل من الأشكال من أجل الحصول على عائد مالي، بما أنه لم يحدد المقصود من حق المؤلف في نشر مصنفه أدى ذلك إلى فتح الباب بمصراعيه للمؤلف عند استغلال إبداعه بالطرق التي يراها مناسبة، هذه الطرق في حقيقة الأمر غير محدودة ومتنوعة في نفس الوقت، والنقطة التي تجمع بينهم على حسب تعبير القانون الفرنسي في المادة السابقة الذكر هو وضع الجمهور في إتصال غير مباشر مع المصنف، على عكس التمثيل الذي يجعل الاتصال فيه مباشرا مع محل هذا الإبداع.¹

وهذا الحق سمح لبعض من الفقه إلى التفكير أن للنسخ معنيين، فالأول يحمل المعنى الضيق أما الثاني فيحمل المعنى الواسع، فالمعنى الضيق يأخذ بعين الاعتبار الدعامة المادية التي تعد أساس النسخ، فالنسخ أو النشر بالمعنى الضيق تم تحديده من قبل المشرع الجزائري في المادة 27 من الأمر 05/03 بقوله "استتساخ المصنف بأية وسيلة" فرغم عدم تحديد الوسيلة إلا أنه

¹ . راجع في ذلك ما سبق ذكره حول رخصة إبلاغ الجمهور، ص 35 وما يليها.

لا يمكن اعتباره معنى واسعا، كونه يركز على الدعامة المادية التي هي نشر أو استنساخ المصنف.

أما المعنى الواسع فيتعلق الأمر هنا بما يمنحه حق النسخ للمؤلف من حقوق علا مصنفه وكيفية حمايته، أو بتعبير آخر حق المؤلف على النسخ، ويفهم بذلك أنه بمجرد نشر المصنف يجوز للشخص الذي يحصل على نسخة منه سواء حصل عليها من المؤلف أو من الناشر بمقابل أو من دونه لاستعمال هذه النسخة فقط لمنفعته الشخصية، فلا يمكن لهذا الشخص أن يقوم بنسخ المصنف دون حصوله على إذن أو ترخيص مسبق من المؤلف أو أصحاب الحقوق من بعده، وهذا ما يدعى بحق النسخ في معناه العام.

ولحق النشر خصائص تميزه عن الحقوق الأخرى فهو حق مطلق واستثنائي وناقل للملكية: وتعتبر هذه الازدواجية في خاصية احتكار صاحب الإبداع سواء كان كاتباً أو فناناً... الخ لثمرة مجهوده ونتائج ذهنه من الناحية المالية، فيكون له وحده الحق في نقل مصنفه إلى الجمهور ونشره ونسخه، ولكي يسمح للغير باستعمال هذا الحق يجب حصول هذا الأخير على موافقة تكون في شكل إذن مكتوب من المؤلف أو أصحاب الحقوق من بعده، كون الحقوق تبقى محمية حتى بعد وفاة المؤلف.

وهذه الخاصية تجعل للمؤلف وحده الحق في اختيار وسيلة لنقل مصنفه إلى الجمهور، ولقد اكد المشرع الجزائري على الطابع الاستثنائي من خلال المادة 2/27 من الأمر 05/03 بنصها على اعتبار كل نشر يتم دون رضا صاحب المصنف يعد باطلا ولو فهم ذلك ضمناً وليس بصريح العبارة.¹

أما الصفة الثانية المتعلقة بالطابع المطلق تعني أن النشر يستعمل لكل أنواع المصنفات سواء أدبية أو فنية أو موسيقية، فقصور الحق على المؤلف لا يمس بأنواع المصنفات ولا بتوسع طرق النشر التي أصبحت تشمل أنواع جديدة للنشر، لإمكانية إعطائه رخصة للغير لاستغلال المصنفات، أما اعتباره ناقل للملكية يرجع سببه إلى حرية التصرف في حقه كلياً أو جزئياً.

¹ . توفيق فرج حسن، محمد يحي مطر، الأصول العامة للقانون، دون دار نشر، 1988، ص241.

ثانياً: طرق النشر

ان الفكرة التي استقرت في وقت مضى حول اعتبار النشر واقعة مادية يجب تحقيقها بطريقة ملموسة من خلال الدعامة الورقية قد تلاشت مع ظهور طرق جديدة لعملية النشر تتميز بطبيعتها الخاصة وعلى أساسها يعرض المصنف بطريقة غير مادية وغير ملموسة ورغم ذلك يمكن للأشخاص تداوله.

فمن خلال تحديد المقصود بحق النشر ظهر اتفاق شامل لكل من الفقه والتشريعات الوطنية وحتى الاتفاقيات الدولية على أن النشر أو النسخ يتم بأية وسيلة، فنقل المصنف الى الجمهور بطريقة غير مباشرة يسمح أن يصبح في متناول الجميع ولا يهم الوسيلة المستعملة لتحقيق ذلك، سواء تم ذلك بالطريقة التقليدية المعتمدة في البدايات الاولى للنشر على طباعة والنسخ بالقلم والرسم أو الحفر أو التصوير، ليصل بعد تطوره نوعاً ما الى التثبيت على الاسطوانات والأشرطة المسموعة أو المرئية، وفي الأخير يصل الى عرض المصنف باستعمال الوسيلة اللاسلكية يعرضها رقمياً عبر شبكة الانترنت ويعرف بالمصنف الرقمي وعند البعض بالوثيقة الالكترونية¹ كل هذا من أجل التسهيل لمستخدم الشبكة للحصول على ما يحتاجه من ابداعات المؤلفين، دون أن يحتاج الى ان يكون هذا المصنف عند استغلاله غير مباشر مثبتاً مادياً، اذن أساس فكرة النشر هو ضرورة الاتصال بالجمهور أياً ما كانت الوسيلة.²

فبعد أن كان النشر بمفهومه التقليدي يتم عن طريق الكتابة، من خلال الكتاب يتحقق اتصال الجماهير بالمصنف الأدبي، وذلك بالحصول على نسخة منها، تغير هذا المفهوم بتطور وسائل النشر، هذه الأخيرة لم تتوقف عند مرحلة طباعة الكتب، لكن التقدم التكنولوجي جعلها تستحدث لتشمل النشر الالكتروني (النشر الرقمي)، ويؤيد هذا الواقع الأستاذ تاش في مذكرته المتعلقة بعقد النشر بقوله: "ان النشر لم يعد محله مادي بل يتجاوز تلك الحدود لينظر اليه كوسيلة للتبادل الثقافي" ويعود سبب تراجع استعمال الكتب التقليدية الى عدة أسباب، حيث تعود هذه الأخيرة اما للمؤلف أو للناشر، أو الى محل أي المصنف:

أولاً: من جهة المؤلف: ارتفاع تكلفة طباعة المصنفات، كان الدافع لجعل المؤلف يبتعد عن نشر مصنفاته، او يقوم بنشرها لكن بكميات قليلة، بما يتماشى مع قدرته.

¹ FROCHOT Didier: Internet – quelques principes juridiques a connaitre sur internet, SDI, 02/05/2000,P.01.

² فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت – دراسة تطبيقية لعقود التجارة

الالكترونية الدولية- دار الجامعة الجديدة للنشر 2002، ص168.

ثانياً: من جهة الناشر: الناشر في هذا الشأن أصبح يعاني من كميات كبيرة من الكتب غير مباعة، ومخزنة، تسبب له خسائر كبيرة، لذلك تطورت وسيلة النشر بمراحل بدأت بظهور في أسواق الكتب كتب مسجلة على أشرطة بأصوات مؤلفيها أو بأصوات قراء محترفين يجيدون الالقاء.¹

ثالثاً: من جهة المصنفات: ظهر مشكل غاية في الأهمية عند استعمال الكتب التقليدية كوسيلة للنشر، فصفحات الورق المستعملة للنشر التقليدي تقف عاجزة عن احتواء واستيعاب الكم الهائل من المعلومات، لذا تدخل الكمبيوتر وأصبح يمكن إصدار كتاب عند طلبه من المستخدم، حيث على أساسه يمكن الاتصال الإلكتروني بالناشر من خلال شاشة الكمبيوتر وبعد دفع المقابل أو بدون مقابل في بعض المصنفات تبدأ صفحات الكتاب في التدفق على الشاشة، ويتم الضغط على زر في الآلة الطابعة لإخراج نسخة أو أكثر من الكتاب، لذلك اعتبرت هذه الطريقة عملية توفير في تكاليف الكتاب وتجعله متاحاً وقت الطلب.

اذن حالياً أصبح المصنف يتخذ أشكالاً عديدة باختلاف الوسيلة المتبعة للنشر تقليدية كانت أو الكترونية، فبعد ان كان ينشر في شكل كتاب، تغير هذا بحدوث انقلاباً جذرياً في معنى الكتاب وظهر الكتب الإلكترونية أكبر دليل على ذلك، ويدخل في مفهومها كذلك مصنفات الحاسب الآلي من برامج وقواعد البيانات وما يماثلها من مصنفات حيث تعتبر من المصنفات الأدبية.² مما يفرض على التشريعات اعتناق فكر معين يتعلق باستيعاب فكر قانوني جديد يشمل مفهومها متطوراً لوسائل النشر.

ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما ذكر في المادة 2/27 الجزء الأول على ان استنساخ المصنف بأية وسيلة تماشياً مع مستجدات العصر واتباعاً لما استقر عليه، بالتالي كل وسيلة للنشر والنسخ التي تجعل الكتاب في متناول الجمهور تخضع لما أقرته هذه المادة، شرط أن يتم ذلك عن طريق إبرام عقد مع طرف آخر يعرف بالناشر الذي يتفق مع المؤلف على عملية النشر، من جهة وعلى الوسائل المستعملة لذلك سواء كانت وسائل حديثة أو تقليدية من جهة أخرى، فهذه المادة السابقة الذكر تطرقنا لها في الفصل الثاني المتعلق بالحقوق المادية.

¹ رضا متولي وهدان، الضرورة العملية للاثبات لصور المحررات في ظل التقنيات الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة،

1999ص21.

² فاروق محمد الأباصيري: المرجع السابق، ص23.

لذلك الملاحظ على المشرع الجزائري عمومية في هذا الشأن، وهذا ما تأكده كذلك نفس المادة أي المادة 2/27 في جزئها الثامن عند اقرارها لأحقية استغلال الحقوق المادية من قبل المؤلف أو السماح لمن يقوم مقامه بذلك عند ذكرها من ضمن الأعمال (في الجزء الثامن) : " ابلاغ المصنف الى الجمهور بأي منظومة معالجة معلوماتية، لقد كان محقا في ذلك عند عدم ذكره للمنظومات المعلوماتية المعتمدة بجعل المادة شاملة ويرجع السبب الى التطور المستمر للمنظومات المعلوماتية المعتمدة بجعل المادة شاملة ويرجع السبب الى التطور المستمر للمنظومات، فاذا افترضنا وهذا ليس الواقع احتمال قيام المشرع بتحديد هذه المنظومات والطرق الجديدة المعلوماتية بصريح العبارة قد يؤدي ذلك حسب رأينا الى عدم تماشي المادة التي تذكر المنظومات مع ما قد يستجد بعد ذلك من أنظمة معلوماتية جديدة خاصة بعد تحول أشكال الاتصال من الطريقة التزامنية تكون وسيلة الاتصال لا يتحكم فيها الشخص، الى الطريقة اللاتزامنية يمكن التحكم فيه بارادة الشخص، وليس هي التي تتحكم في الشخص¹ لذلك يفضل التقنيات الرقمية المتفاعلة التي حلت محل الوسائل التناظرية.²

وبما أنه قد تم اثبات فعالية الوسيلة الجديدة، إلا أنه تعرقنا صعوبة بشأنه تتعلق بالنظام القانوني الذي يحكم النشر الإلكتروني أو بعبارة أخرى مسألة صلاحية القواعد المتعلقة بحق المؤلف لتنظيم هذه الوسيلة، فالواقع العملي أكد تطبيق هذه القواعد على النشر الإلكتروني، ويظهر ذلك جليا من خلال قضايا فصل فيها القضاء الفرنسي وحتى قضاء بعض الدول الأخرى، فأصدرت قرارات يمنع فيها نشر المصنف بطريقة حديثة اذا لم يحصل القائم بذلك على ترخيص من المؤلف.

لكن الطبيعة الخاصة للبث عبر شبكة الكمبيوتر المنزلي، تحتاج الى تكيف، كما تستدعي اعادة النظر في تعريف النشر لتحديد ما يمثله حق النشر خاصة مع ظهور فكرة حديثة بحدثة وسيلة النشر تتمثل في اعتبار ترقيم المصنف نشر له، أي نسخا له يجب أن يتم بموافقة من المؤلف ويكون عادة بأبرام عقد من الطرف الآخر يكون موضوعه نشر المصنف، كما أن هذه

¹ البث على شبكة الانترنت يحقق الطريقة اللاتزامنية فشخص مستعمل الشبكة لا ينتظر وقت معين تعرض فيه المصنفات ليحصل على ما يريد منها، بل يتوقف هذا الأمر على ارادته، ففي أي لحظة يرغب فيها حصول عليها يمكنه ذلك، بينما برامج التلفزيون مثلا تعرض بالطريقة التزامنية اذا أردت مشاهدة برنامج معين ما عليك الا انتظار الوقت الذي يبث فيه. أما الطريقة التفاعلية: فهي تسمح لمستخدم الانترنت الاطلاع على قدر كبير من المصنفات اكثر مما أراد الحصول عليه.

² أسامة أحمد بدر، تداول المصنفات عبر الانترنت - مشكلات وحلول في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية قم 82 سنة 2002، المكتبة القانونية 2004. ، ص01.

الوسائل الحديثة تؤدي الى المساس بالحقوق الأدبية وفي بعض الأحيان الحقوق المالية رغم وجود حماية من قانون حق المؤلف، لذلك يجب ايجاد تنظيم دولي لهذه الوسيلة كون الخصائص التي تتمتع بها تجعل كل من المؤلف والناشر يفضلها على الوسائل الأخرى.

ثالثاً: علاقة عقد النشر بحق النشر

تبين من خلال دراسة حق النشر ثبوت هذا الحق للمؤلف، أو بعبارة أخرى صاحب حق النشر هو المؤلف، وتبعاً لذلك يسمح هذا الحق للمؤلف أو من يقوم مقامه عادة هم الورثة من بعده بان يباشر استغلال الحق المالي بنفسه، ويقع على الغير واجب احترام حق النشر، ويتحقق ذلك بالامتناع عن كل ما من شأنه المساس باستثنائات صاحب الحق وتسلمته عليه، وأنه اذا وقع أي اعتداء من الغير كان لصاحب الحق ان يدفعه بان يقتضي احترام حقه.¹ فالمصنف من المفروض انه أعد لاذاعته ونشره على الجمهور، لهذا السبب قد يقوم المعنى بالأمر أي المؤلف باستغلاله او التنازل عنه للغير ليقوم مقامه بذلك، ويكون التنازل عن حق النشر عن طريق ابرام عقد مع الغير بالشكل المنصوص عليه قانوناً ويعرف هذا العقد بعقد النشر، يقصد بالغير فيه الناشر، يقوم هذا الناشر عادة بصفته متنازلاً له عن طريق الاتفاق بينه وبين المؤلف باستغلال المصنف.

وعقد النشر اذن هو اتفاق بين المؤلف، والناشر كما سبق توضيحه عند تعريف عقد النشر، بموجبه لا ينتقل الحق المالي للناشر، وانما ينتقل اليه حق استغلال المصنف بطبعه أو نقله الى الجمهور بطريقة غير مباشرة، ويبقى المؤلف هو صاحب الحق المالي رغم وجود هذا العقد، ولهذا لا يصح لمن اشترى نسخة مثلاً ان يعيد نشر المصنف واستغلاله على أساس شرائه لهذه النسخة، فمن يشتري كتاباً يكتسب الملكية على الكتاب فقط وهو منقول مادي.

ويراعي بالنسبة للتصرف في حق الاستغلال أنه لا يعني نزوله (تنازله) عن الحق الأدبي² اذ يكون له الحق في سحب مصنفه من التداول، مع مراعاة تعويض الأضرار التي تترتب على ذلك للغير مباشر مثلاً، اذن العلاقة التي تربط عقد النشر بحق النشر تبدو واضحة، فهذا العقد ما هو الا نتيجة منطقية لحق النشر، هذا الحق يسمح للمؤلف التصرف فيه نهائياً أو مؤقتاً لمدة

¹ هذه النتيجة اقراها أستاذ دابان عند تطرقه الى النظرية الحديثة لتعريف الحق

راجع: جلال على العدوى ورمضان أبو مسعود - المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق، منشأ المعارف الاسكندرية 1997، ص25.

² توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة، مؤسسة الثقافة الجامعية 1983، ص399.

معينة، وقد يكون كاملاً أو جزئياً، وله أن ينزل عن هذا الحق حال حياته أو بعد وفاته، مضمون حق النشر يتلخص في استغلال المصنف، ولايتأتى هذا الاستغلال إلا عن طريق اتفاق بين المؤلف والناشر.¹ يتحقق بعقد النشر، إلا إذا أراد المؤلف هو الذي يتولى طبع ونشر وتوزيع المصنف على الجمهور.

أن تمتع صاحب المصنف بحق التصرف في حقوقه المالية التي من ضمنها حق النسخ أو النشر² أقرته معظم التشريعات الوطنية وحتى الاتفاقيات الدولية المنظمة لحق المؤلف، أن لم نقل كلها، لكن استلزمت الكتابة لقيام التصرف، فحق النشر، لا يمكن استغلاله إلا بموجب عقد مكتوب بين المؤلف والناشر، يحدد فيه بصريح العبارة، وبالتفصيل، كل حق على حدى يكون محل للتصرف أي ضرورة تحديد التزامات التي تقع على عاتق كل من طرفي العقد، الذي من خلاله يوضح محل العقد الذي يلتزم به كل طرف من الطرفين، فرغم أن هذا العقد يختلف في طبيعته ومحلّه على عقد البيع، فعقد البيع ناتج عن حق الملكية أما عقد النشر كما سبق ذكره ما هو إلا استغلال لحق النشر الذي يتمتع به المؤلف، لذلك يظهر أن محل هذا العقد تحقيق منفعة مالية والنشر هو الطريق الوحيد لتحقيقها، إلا أنهما يتشابهان في مضمون الالتزامات.

فعقد النشر المبرم بين المؤلف والناشر على استغلال المصنف، يلتزم فيه المؤلف بتسليم المصنف إلى الناشر بعد اكماله مع تقرير صلاحيته للنشر، إلا في حالة وجود ظروف خارجة عن نطاق المؤلف تمنعه عن التسليم، بما أن العقد يتم وفق الأوضاع القانونية، يتعين على المؤلف الامتناع عن القيام بأي عمل يكون من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه، وفي هذا الشأن روعي مصلحة من ينتقل اليهم الحق كالناشرين³ ولهذا يتمتع المؤلف الذي ينزل عن حق النشر إلى الناشر بالنسبة إلى الطبعة الأولى أن يتفق مع ناشر آخر على طبعه ثانية، وطالما أن الطبعة الأولى لم تنفذ بعد، وهذه الالتزامات تشبه التزام البائع بالتسليم وبعدم التعرض للمشتري.

بالمقابل يقع على الناشر التزامين هامين: أولهما دفع مقابل للتسليم في حقيقة الأمر عائد مادي يحصل عليه المؤلف من الناشر الذي يحدد عادة بالنسبة المئوية من قيمة البيع بالإضافة

¹ رضا متولي وهذان، المرجع السابق، ص41.

² النشر ما هو إلا نقل المصنف إلى الجمهور بالنسخ بالتالي هناك تطابق بين النشر والنسخ ارجع الى:

BUCHALET Jean Louis et BERNALES: le droit d'auteur approche juridique et étude fiscale ou compositeurs

³ توفيق حسن فرج: المرجع السابق، ص400.

الى التزامه بطبع المصنف وينشره بالصورة المتفق عليها، كما يحدد أثناء كتابة العقد مدة استغلال حق النشر ومكانه.

اذن حق تقرير النشر، يتقرر بموجبه للمؤلف امكانية كشف مصنفه، وفي تعيين طريقة كشف عليه، فقد يرى صلاحية النشر وامكانية تداوله بعد ذلك وأنسب الأوقات والأماكن لهذا النشر، كما يمكن لظروف معينة واعتبارات عادة تكون أدبية أو علمية تدفع بالمؤلف الى تقرير عدم النشر، كان يقرر ضرورة عدم الكشف للمحافظة على سمعته اذا لم يكن راضيا عن نتاجه الفكري.

ولقد نص المشرع على هذا الحق في المادة 22 من أمر رقم 05/03 (تنص المادة 22 الفقرة الأولى والثانية من الأمر 05/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة أنه " يتمتع المؤلف بحق الكشف عن المصنف الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار، ويمكنه تحويل هذا الحق للغير" يعود كف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه الى ورثته ما لم تكن هناك وصية خاصة) من خلالها منح للمؤلف سلطة كشف عن مصنفه الصادر باسمه او تحت اسم مستعار، ويمكن تحويل هذا الحق الى الغير، وحق الكشف الذي أقره المشرع في هذه المادة لا يثبت فقط للمؤلف أثناء حياته بل كذلك يعود هذا الحق الكشف الى الورثة بعد وفاته الا اذا وجدت وصية خاصة بالتالي يتم اعمالها،¹ اذن يفهم من ذلك أنه اذا استعمل المؤلف سلطته التقديرية (حق تقرير الكشف) فقام بنشر مصنفه بتقديمه للجمهور تطبيقا لحق النشر، فالأصل أنه لا يجوز للغير دون اذن من المؤلف ودون مقابل أن يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر أو التقديم ولو بطريقة أخرى، ورغم ذلك المشرع المصري أقر امكانية الخروج عن هذا الأصل في بعض الحالات فأجاز فيها تكرار النشر أو تقديمه بطريقة اخرى دون اذن من المؤلف مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من "تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري"

بالتالي يجب أن نميز بين كل من الحق في تقرير نشر المصنف، والحق في النشر، فالحق في تقرير النشر يعد من الحقوق الأدبية اللصيقة بشخصية المؤلف فله وحده دون غيره، تقرير نشره بالصورة وبالطريقة التي يراها ملائمة لحاجاته، ولا يمكن التنازل عنه وسماء المشرع الجزائري بحق الكشف السابق لحق النشر الذي هو حق مالي يسمح من خلاله للمؤلف باستغلال مصنفه

¹ حسن كبرة، المدخل الى القانون بوجه عام (نظرية عامة للقاعدة القانونية، نظرية العامة للحق)، منشأة المعارف الاسكندرية،

والحصول على عائد مالي سواء كان الاستغلال من طرفه أو بإبرام عقد مع طرف آخر (الغير) يقوم بالنشر بدلا منه يعرف بالناشر، وذلك عن طريق عقود النشر المبرمة.¹

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد النشر في التشريع الجزائري

يعد عقد النشر عقدا مختلطا، إذ هو مدني بالنسبة للمؤلف، وتجاري بالنسبة للناشر،² فيعد مدنيا بالنسبة للمؤلف لأنه يرد على ابداعاته ويكون تجاريا بالنسبة للناشر، لأن الناشر في عقد النشر غالبا مايكون تاجرا أو يرتبط هذا العقد بنشاطه التجاري،³ غير أن الطبيعة المختلطة لعقد النشر تجعل منه عقدا كسائر العقود المختلطة غير قابل للتجزئة، ففي حالة نشوء نزاع بين المؤلف والناشر موضوعه تنفيذ عقد النشر مثلا يستحيل تجزئة هذا النوع الى جزئين، ومن ثم اخضاع المؤلف الى قواعد قانون حق المؤلف والناشر الى قواعد القانون التجاري، بل يجب تطبيق نظام قانوني موحد عليهما،⁴ وهكذا ان كان المشرع الجزائري قد نظم أحكام عقد النشر تنظيما دقيقا الا أن هذا العقد مثله مثل العقود المختلطة يثير بعض المشاكل تتعلق أساسا باختصاص القضائي في حالة نشوء نزاع بين المؤلف والناشر من جهة ومسألة الاثبات من جهة أخرى بالاضافة الى مشاكل أخرى.

المطلب الأول: النظريات المحددة لطبيعة عقد النشر

ليس من الغريب أن دراسة أي عقد يستوجب تحديد طبيعته، خاصة أن طبيعة عقد النشر تتميز بطابع المركب كما سيتم ملاحظته عند التطرق لها بالتفصيل ويكون ذلك في العقد الداخلي الذي تمركزت فيه عناصره في دولة واحدة، يرجع سبب ذلك لوجود شقين ان لم نقل ثلاث، فيمكن أن يكون هذا العقد عقدا مدنيا، كما يحتمل أن يعتبر عقدا تجاريا وبتجمع خصائص العقد المدني والعقد التجاري في عقد النشر الواحد اعتبر ذا طبيعة مختلطة.

¹ نواف كنعان: حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، مكتبة دار الثقافة، عمان الأردن، 1992، ص82،

عبدالسميع أبو الخير: الحق المالي للمؤلف في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مكتبة وهبة، القاهرة 1988، ص104.

² - Ch. Caron. Op.cit., n 424.P337: < II s'agit d'un contrat civil a l'égard de l'auteur et d'un contrat commercial pour l' éditeur.

³ - خليل يوسف أبوبكر، المرجع السابق، ص.101، ص.104.

نواف كنعان، المرجع السابق، ص135.

السعيد رشدي، المرجع السابق، ص48.

⁴ - I- P.Le Gall et C.Ruellan, Droit commercial, Dalloz, 14eme ed.2008.P18.

ويرجع سبب الاختلاف في تكييف عقد النشر في حقيقة الأمر الى صفة كل طرف في هذا العقد، فاذا نظرنا له من جهة صاحب الابداع أي المؤلف فهو طرف مدني في العلاقة العقدية، أما اذا اتجهنا من جهة الناشر فهو عقد تجاري.

ولا شك أن تجاوز عناصر العلاقة العقدية حدود دولة واحدة يجعل من أي عقد ذي طبيعة دولية، وكذلك الشأ في عقد النشر، بشرط عدم ارتكاب أطراف العقد غش نحو القانون من أجل تحويل العقد الداخلي الى عقد دول، فلكي يمكن الحديث عن تنازع القوانين في عقود استغلال حق المؤلف الذي من ضمنه عقد النشر يجب كمسألة أولية تحديد الطبيعة الدولية لأي عقد ومن ضمنها عقد النشر،¹ والمعلوم أن كل من الفقه والقضاء وضعوا معايير معمول بها في تحديد الطبيعة الدولية للعقود، سواء المعيار القانوني أو الاقتصادي أو الجمع بين كلا المعيارين.

الفرع الأول: نظرية العقد المدني

ان العقد الذي يخضع لأحكام القانون المدني بصفة عامة يعبر على تطابق ارادتين من أجل احداث آثار قانونية، ويفترض في هذا العقد أن يكون أحد أطرافه أو كلاهما يتمتع بالصفة المدنية، وهذا هو الحال بالنسبة لعقد النشر.

لذلك ان الأهلية اللازمة قانونا لمباشرة عقد النشر هي الأهلية المدنية بالنسبة للمؤلف، لأن المؤلف ليس تاجرا، عكس هو الحال بالنسبة للناشر² فالهدف الأساسي من ابرامه لعقد النشر نشر فكرته وعرضها على الجمهور حتى يتم الاستفادة منها، ومن ثم فان عمله يدخل في نطاق الأعمال المدنية حتى وان قصد الربح من وراء النشر، لأن الربح بالنسبة له يأتي في المرتبة الثانية مقارنة بالقصد الأول السابق الذكر، ويفند هذا الرأي بقول البعض أنه: "مما يدل على أ الربح ليس هو المقصد الأساسي لعقد النشر بالنسبة للمؤلف أنه دائما هو الطرف المهضوم من الناحية المالية."³

¹ - هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص60.

² - حسن محمد محمد بودي، حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر، دار الجامعة الحديدة للنشر، مصر، 2005، ص20.

³ - محمد السعيد رشدي، عقد النشر في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة، طبعة 1989، ص75.

وتجدر الإشارة أنه لم يرد تعريف للمؤلف في اتفاقية المسائل التجارية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية المعروفة بتريس* كما أن اتفاقية برن* اكتفت ببيان من يثبت له هذا الوصف، ولقد انتهج المشرع الجزائري نفس الأسلوب بحيث نص في المادة 12 من الأمر رقم 05/03 المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على اعطاء وصف المؤلف لكل شخص طبيعي ابدع مصنفاً أدبياً أو فنياً، وبالإضافة الى الشخص المعنوي بقولها: "يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر الشخصي الذي أبدعه، يمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفاً في الحالات المنصوص عليها في هذا الأمر".

فبالرغم من اختلاف وجهات النظر حول صفة المؤلف بين الاتجاه الذي يعتبر المؤلف هو مبتكر العمل الذهني، والذي أخذ به القانون الفرنسي الصادر في 11/03/1975 وبقي كذلك رغم تعديله لعدة مرات وتبعته في ذلك دول شمال أفريقيا ومن ضمنها مصر والجزائر، والاتجاه الثاني الذي يقر أن المؤلف هو من يمنحه القانون امتيازات والحقوق المترتبة على حق المؤلف فهذا الاتجاه رغم الأخذ به من قبل الدول الأنجلو ساكسونية الا أنه منتقد لأن هذا الشخص ليس بالضرورة مبتكر العمل، والدليل على ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 1/13 من قانون حق المؤلف (أي الأمر 05/03) بقولها: "يعتبر مالك حقوق المؤلف، ما لم يلبث خلاف ذلك، الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يصرح بالمصنف باسمه أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور.

فمن خلال المادة 12 والمادة 13 تبين أن المؤلف قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً يقدم ابداعاً فكرياً للاستفادة منه، لكن لا يمكن اعطاء صفة المؤلف لمالك الحقوق في كل الحالات، فمن غير المقبول ذلك، كون هذا الوصف من المفروض أن يقتصر على من ابتكر وقدم فعلاً عملاً ذهنياً لا على سواه، وهذا هو ما يدعو إليه جانب من الفقه المصري وتؤيده المؤسسات الأدبية والفنية والدولية وعلى ذلك يعتبر مؤلفاً كل من أنتج انتاجاً ذهنياً أياً كان نوعه وغرضه وأهميته

* هذه الاتفاقية ما هي الا نتيجة لاتفاقية جات (GATT)، هذه الأخيرة مرت بعدة جولات دولية من أهمها جولة الأوروغواي، ولقد تم التوقيع علي وثيقتها الختامية في مراكش سنة 1994، والذي يهمننا في اتفاقية الجات الملحق رقم (1/ج) من الوثيقة الختامية ويتعلق باتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، ويطلق عليها باتفاقية "تريبس".

* اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية الؤرخة في 09/09/1889 والمعدلة بروما في 02/06/1928 وبروكسل 26/06/1948 واستكهولم 14/07/1967، وباريس 24/07/1971، وأخيراً 1979.

وطريقة تعبيره، ويعتبر صاحب حق نشأه من مجرد الابتكار يستغل جانبه المالي يتحصل فيه على عائد مالي لكن هذا لا يجعل منه تاجرا¹

فالمعلوم أن حق المؤلف في بدايته الأول تجاذبته نظريتين لتكييفه بحسب الحق الذي جسده، لكن نظرية الازدواجية جمعت بين الحق المالي والحق والأدبي مع فصلهما في المحتوى لأن لكل منهما كيان خاص وهذا ما أخذ به المشرع في المادة 21 من نفس الأمر وكذا القانون الفرنسي للملكية الفكرية في المادة 111/1 L فالمادة 21 نصت على أن: " مؤلف المصنف الفكري يمارس على مصنفه حق ملكية معنوية استثنائية في مواجهة الكافة يحمل صفات من نظام ذهني أدبي وكذا من نظام مالي محددة في هذا القانون"، فحق المؤلف يعرف على أنه حق استثنائي يخول شخص ما على كل انتاج ذهني مبتكر مهما كانت الحقوق الأدبية والمالية² لذلك يجب أن يحترم الطرف المتنازل له (الناشر) عن الحقوق المالية حقوق المؤلف الأدبية، فالتنازل هو في الحقيقة عبارة عن اجراء منفصل تماما عن الحق الأدبي.³

اذن المؤلف سواء كان شخصا طبيعيا أ ومعنويا يعد مالكا لهذه الحقوق وهو طرف مدني يطبق على عقود التنازل عن حقوقه المالية أحكام القانون المدني كون الحقوق الأدبية لا يمكن التنازل عنها، لذلك عقد النشر اعتبر عقدا مدنيا بالنسبة للمؤلف، ويترتب على اعتباره كذلك عدة نتائج من أهمها:

- تحديد الاختصاص القضائي: فان اعتبار العقد المدني بالنسبة للمؤلف، يؤدي الى أن القضاء المختص اذا كان المؤلف مدعي عليه هي المحاكم المدنية فلا يجوز بأي حال من الأحوال رفعها أمام المحاكم التجارية رغم أن الناشر هو المدعي، الا في الحالة العكسية اذا كا المؤلف هو المدعي عنا يمكنه الاختيار بين رفع الدعوى أمام المحاكم المدنية أو التجارية.

- أما المحاكم الاثبات فتخضع لقواعد القانون المدني،⁴ ويعنى ذلك أن الطرف الآخر المتمثل في الناشر اذا أراد اثبات أمر على المؤلف، ما عليه الا استعمال الطرق وقواعد

1 - جمال محمد الكردي: المرجع السابق، ص35.

2 - ابراهيم الوالي محمود: حقوق الملكية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983، ص141.

3 - عبد الله مبروك النجار: الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية، دار النهضة العربية، 1990، ص203، أشار الى حكم محكمة سين في 1935/04/01 التي تم اقرار فيه أن : الحق في التصرف في الجانب المالي الذي يتمثل في نسخ المصنف من أجل الحصول على القيم المالية وإبرام العقود.... ما هو الا سلطة بسيطة تكون ممارستها متوقفة على ارادة المؤلف.

4 - حسن محمد حمد بودي: المرجع السابق، ص23.

الاثبات المقررة في هذا القانون، والمعلوم في هذا الشأن أن المشرع لا يسوي بين كل الطرق الاثبات بل جعل أهمها الكتابة الرسمية وتليها الكتابة العرفية.

لكن اعتبار العقد مدني بالنسبة للمؤلف تطرح صعوبة تظهر عند قيام المؤلف بنشر المصنف بنفسه، بطباعته ونسخة بأي أسلوب، كما يتولى هو بيعه، كما انتقد هذا الرأي من قبل البعض على كل الحالات كونها تعبر على فكرة متحررة من الصعب قبولها، اذا توفرت حالة الشراء من أجل البيع بعد ذلك من احداث بعض التعديلات عليها التي تكسب المعني صفة التاجر وتأسيسهم في ذلك أن الملكية الصناعية التي ليست بعيدة عن الملكية الأدبية، يمكن للمخترع فيها استغلال اختراعه لتصنيع المنتج، فيعتبر بذلك متمتعاً بصفة تاجر¹ هذا من جهة، ومن جهة أخرى عقد النشر الذي يكون طرفه الأول ليس المؤلف انما أصحاب الحقوق يتضح أنهم يعتبرون تجاراً، لوجود مسألة بقصد البيع.

اذن رغم هذه الحجج الا أن عقد النشر يبقى عقداً مدنياً من جهة المؤلف ولا يعد هذا الأخير تاجراً بل الوحيد الذي يحمل هذه الصفة هو الناشر، هذا ما يدفعنا الى البحث في هذه الصفة التي تجعل العقد تجارياً بالنسبة للناشر.

الفرع الثاني: نظرية العقد التجاري.

حسب هذه النظرية يعد عقد النشر عقداً تجارياً بالنسبة للناشر بما أنه في الطرف الثاني في هذا العقد، اذن تطبق عليه احكام القانون التجاري، فرغم عدم وجود تعريف دقيق ومحدد للعقود التجارية نتيجة لوجود عقود ينظمها القانون المدني قد تكون تجارية اذا ما اندرجت تحت ولاء الأعمال التجارية، لذلك لا يمكن القول بوجود طائفة مستقلة من العقود ذات صفة تجارية بحتة توجد الى جانب العقود المدنية² هذا من جهة، كما أن الواقع أثبت أن العقود التجارية المتعارف عليها لا تختلف في جوهرها سواء من حيث أركانها أو شروط صحتها أو اسباب انقضاءها عن العقد المدني هذا جهة أخرى.

لكن رغم عدم الفصل بين العقد المدني والعقد التجاري، الا أن العقود التجارية تتمتع بجملة من الخصائص التي تميزها عن مثيلتها من العقود المدنية، وعقد النشر يعتبر بالنسبة للناشر من

¹ - عبد الحميد المنشاوي: حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الدولية، دار الفكر الجامعي، 2002، ص97.

² - محمد بهجت عبد الله قايد: العقود التجارية (البيع التجاري، الرهن التجاري)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1995، ص05.

قبيل هذه العقود، والدليل على ذلك أن النشر جعلته بعض التشريعات يدخل ضمن الأعمال التجارية من ضمنها المشرع المصري على عكس المشرع الجزائري الذي لم يكن دقيقا واكتفى بجعل مقابلة استغلال الانتاج الفكري ضمن الأعمال التجارية بحسب موضوعه في المادة الثانية من قانونه التجاري، بالاضافة الى أن الناشر يعد تاجرا كونه يهدف الى المضاربة¹ فهو يشتري بقصد البيع فتدخل مبالغ الاستغلال للحق المالي على المصنف ويحقق الربح المرجو من ذلك، فعنصر القصد هو الذي يميز بين هذين النوعين من العقود (المدني والتجاري).

اذن الناشر في عقد النشر يشتري حق التأليف أي عمل ذهني أو عمل فني من اجل استغلاله ماديا والحصول بذلك على عائد مالي ويساعده في ذلك استعماله لطرق النشر والتوزيع على الجمهور، ليصبح متداولاً بينهم بقصد تحقيق الربح، ولقد احسن المشرع المصري في اعتبار جميع الخدمات المرتبطة بالاستغلال التجاري للملكية الأدبية والفنية من الأعمال التجارية بتوفر شرط مهم لا يمكن الاستغناء عنه يتعلق بممارستها على وجه الاحتراف وهي خدمات الطباعة والتصوير والكتابة سواء كانت بطريقة الآلات الكاتبة أو الحاسبات الآلية، ويتضح ذلك من خلال المادة الخامسة من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999.²

فقد تناولت المادة السالفة للذكر تعداد لكل الأعمال التي تعد تجارية اذا تم ممارستها على سبيل الاحتراف، والاحتراف كما هو معلوم تكرار نشاط تجاري مهني تتوفر فيه صفة التنظيم، كما أن هناك من يعتبره توحيد النشاط بصفة معتادة للقيام بأعمال واتخاذها سبيلا للارتزاق منها³ فرغم الاختلاف في تحديد المقصود من الاحتراف الا أنهما يصبان في مجرى واحد.

ولما كان عقد النشر من ضمن العقود التجارية اذا نظرنا له من جانب الناشر، فلهذا الوصف أثره على هذا العقد، اذ تتضح أهميته بالنسبة لمسألة الأهلية والاختصاص القضائي وكذا الخضوع لوسائل الاثبات:

- بالنسبة لأحكام الاهلية: تعتبر الأهلية القانونية اللازمة (كما سنلاحظه في الفصل الثاني من هذا الباب) لمباشرة عقد النشر هي الأهلية التجارية.

¹ - عبد الحميد المنشاوي: المرجع السابق، ص96.

² - عبد الحميد الشواربي: نظرية الأعمال التجارية والتجار وفقا للقانون رقم 17 لسنة 1999، منشأة المعارف 2001، ص38/37،

حسن محمد محمد بودي: ص21.

³ - محمد فريد العريني: هاني دويدار: مبادئ القانون التجاري والبحري، طبعة: دار الجامعة الجديدة 2000، ص62.

• بالنسبة للاختصاص القضائي: فمن المفروض عندما يكون العقد التجاري فان الدعوى التي يتم رفعها في حالة وجود نزاع هي دعوى تجارية بشرط أن تكون أعمال كل من الطرفين تجارية، لكن هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل توجد قاعدة أخرى تقر أنه اذا كان العمل تجاريا بالنسبة الى من يرفع عليه الدعوى فقط، فانه يكون للمدعى الذي له الصفة المدنية خيارين بين أن يرفع الدعوى أمام القضاء المدني والقضاء التجاري، بالتالي بما أن هذه القاعدة تجسد ما قد يقع في عقد النشر، فانه يمكن تطبيقها اذا كان الناشر هو المدهي عليه في دعوى يتنازع فيها كل من المؤلف والناشر، فيكون للمؤلف في حالة رفع دعوى قضائية حق في الاختيار بين الرجوع الى دعوى مدنية او دعوى مدنية أو دعوى تجارية.

• بالنسبة لقواعد الاثبات: من المعلوم أنا المشرع الجزائري يفرق في هذا الشأن بين الاثبات في المسائل التجارية عنه في المسائل المدنية، فاشتراط الكتابة للاثبات يحقق تطبيق نظام أكثر تركيباً، أن في اثبات المسائل التجارية اوبالأحرى العقود التجارية يختلف الأمر كون طرق الاثبات تعامل على قدم المساواة لا يوجد تمييز بينها ولا تغلب فيها الكتابة كطريقة للاثبات عن الطرق الأخرى، فالظاهر أن الاثبات هنا حر طليق من كل قيد، وتستند هذه الحرية في الاثبات الى ما تقتضيه التجارة من السرعة والائتمان، وهذا ما يخدم مصلحة الطرف الثاني في العقد بإمكانية الاستعانة بأحد طرق الاثبات.¹ من شهادة وكتابة وقرائن.

اذن المؤلف عند اثباته يمكن استعمال أحد الطرق التي يراها مناسبة وتخدم مصلحته حتى وان كانت غير الكتابة، فالدعوى التي تكون مرفوعة ضد الناشر يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات بما فيها البيئة.

مع ذلك تتحدد طبيعة عقد النشر حسب ما تم دراسته باتباع وجهين، فمن جهة المؤلف يعتبر العقد بالنسبة له عقدا مدنيا، ومن جهة الناشر يمثل عملا من الأعمال التجارية تتحقق فيها المضاربة، ويجعل العقد يمثل عقدا تجاريا، لذلك جمعت كلا النظريتين السابقتي الذكر في نظرية واحدة جعلت لعقد النشر طبيعة خاصة واعتبرته ضمن العقود المختلطة تتحد فيه خصائص العقود المدنية و التجارية لاختلاف صفة الطرفين في هذا العقد.

¹ - زكي زكي الشعراوي: العقود التجارية في القانون والفقه والقضاء المصري، دار النهضة العربية، 1994، ص12.

الفرع الثالث: نظرية العقد المختلط

تعتبر كلا من النظريتين السابقتي الذكر والمعتمدة لتحديد الطبيعة القانونية لعقد النشر ناقصة من حيث محتواها، كونها تبنت هذه الطبيعة بالرجوع الى احد أطراف هذا العقد دون النظر للطرف الآخر، لذلك وجدت نظرية ثالثة شملت كل من طرفي عقد النشر بحيث جعلته ذا طبيعة مزدوجة فتعد من ضمن الأعمال المدنية بالنظر الى المؤلف كطرف أول في العقد، ومن جهة الناشر يدخل عقد ضمن الأعمال التجارية.

هذه النظرية تجعل من عقد النشر تصرفا مختلطا أو بالمعنى الصحيح عقدا مختلطا.¹ وحاولت الجمع بين المسائل المدنية والمسائل التجارية في هذا الأخير، والتنسيق لمباشرة التعاقد التي تنص عليه القوانين الوضعية، أما التنسيق في هذه النظرية يلاحظ مسألة الاختصاص القضائي وكيفية الخضوع لقواعد الإثبات.

ونفس النتيجة تلاحظ بالنسبة لعقد النشر الإلكتروني لأنه يدخل ضمن العقود المختلطة، وبما أن القانون التجاري الجزائري لم ينص عليها اذن يتم بالرجوع الى الشريعة العامة لكل العقود، أي يطبق على الناشر القانوني المدني الا في حالة الناشر القاصر المرشد، بما أن القانون التجاري نص عليه فتطبق أحكامه على الناشر البالغ من العمر 18 سنة الا أنه لم يبلغ سن الرشد، وتجعل له الحق في ممارسة التجارة قبل بلوغه السن القانوني (19 سنة) عندما تتوفر الشروط المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون التجاري.

أما بشأن تنسيق نظرية العقد المختلط بين اعتبار عقد النشر عقدا مدنيا وتجاريا في نفس الوقت فيظهر في الاختصاص القضائي أولا، من خلال تطبيق النظرية الموضوعية فيمكن رفع الدعوى التجارية اذا كانت مرفوعة على من كان التزامه ناشئا عن عمل تجاري، وهذا هو الحال بالنسبة للناشر، فاذا رفع المؤلف دعوى على الناشر يكون كما سبق ذكره بين خيارين اما الرجوع الى القضاء المدني أو القضاء التجاري، بينما العكس ليس صحيحا، فالناشر في حالة وجود نزاع مع المؤلف فما عليه الا اتجاه واحد وهو رفع الدعوى المدنية أمام القضاء المدني.

ويظهر التنسيق كذلك في وسائل إثبات فالقاضي يسمح للمؤلف باعتماد على كل طرق الإثبات ولا يغلب أحدهما على الطرق الأخرى نظرا للطابع المميز للأعمال التجارية وهي السرعة والائتمان، لذلك يمكن للقاضي أن يأخذ دليلا آخر غير الكتابة رغم وجود دليل مكتوب،

¹ . زكي زكي الشعراوي، المرجع السابق، ص12.

وهذا لتحقيق مصلحة المؤلف الذي يمكنه من الاثبات عن طريق الشهود مثلاً، فالدعوى المرفوعة ضد الناشر يخضع اثباتها لأحكام الاثبات بالنسبة للتجار، أما ضد المؤلف فتخضع للقانون المدني الذي لا يسوى بين كل وسائل الاثبات بل جعل الكتابة الرسمية لها حجية ولا يمكن الطعن فيها الا بالتزوير وتليها في المرتبة الكتابة العرفية.¹

لكن رغم وضوح طبيعة عقد النشر باعتباره عقد مختلط يخضع بصفة خاصة لأحكام حق المؤلف إلا أنه يمكن ان لا ترتكز عناصر العقد سوءا تعلق الأمر بأطراف العلاقة أو مجالها في دولة واحدة أو تعلقها بمصالح التجارة الدولية مما يغير في طبيعة عقد النشر ليصبح عقدا دوليا، فكيف يتحول العد من عقد داخلي الى عقد دولي.

الفرع الرابع: نظرية المعيار القانوني:

رغم وجود تعريف جامع ومانع للعقد الدولي نظرا لأن المسألة هنا لا تطرح بشأن العقد الذي هو اتفاق يتم بين طرفين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الخاص بل في الصفة الدولية التي يتمتع بها هذا العقد مع العلم أن في قواعد التنازع الأخرى ما عدا المتعلقة بالعقد يوجد ما يشير الى دولية العلاقة التي يتطرق لها.²

لذلك رأى كل من الفقه والقضاء ضرورة ايجاد معايير تتحدد على أساسه هذه الصفة، وكانت النتيجة أن أصبح المعيار السائد لدى الفقه التقليدي يعرف بالمعيار القانوني، ويتضح من خلاله أن العقد يعتبر دوليا اذا اشتمل على عنصر أجنبي، وهذا الأخير يتوفر في أركان العلاقة، وهذا ما أكد به بصريح العبارة الفقيه باتيفول، بينما الفقيه رابل عرفه باتباع منمهج الاستنتاج بمفهوم المخالفة بحيث اعتبر العقد الدولي يستخلص بمفهوم المخالفة من العقد الداخلي، فالعقد الداخلي ترتبط كافة عناصره بسيادة دولة واحدة ويكون بذلك خاليا من كل عنصر أجنبي.³

¹ . راجع: الغوتي بن ملحة، القواعد وطرق الاثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية 201، الطبعة الأولى.

- بكوش يحي: أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب 1988.

² . هشام صادق، المرجع السابق، ص60.

³ . طيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق و العلوم الادارية بن عكنون، سنة 1990، ص112.

اذن يتحقق العنصر الأجنبي في العقد الدولي وفقا لهذا المعيار بأن يكون العقد مبرما بين طرفين أحدهما جزائري والثاني أجنبي لا يتمتع بهذه الجنسية، أو الذي محله شيء موجود خارج الجزائر، كما يتحقق اذا كان العقد واجبا تنفيذه في الخارج، أو الذي يكون قد أبرم في اقليم دولة أجنبية، ويترتب على توفر العنصر الأجنبي في العقد بأحد الأشكال السابقة الذكر، أن يتعلق العقد بأكثر من قانون، فالقصد الحقيقي من المعيار القانوني هو جعل العقد متصلا بأكثر من نظام قانوني عن طريق أحد عناصره القانونية من جنسية أو موطن أو الواقعة القانونية كمكان الابرام أو التنفيذ أو جميع هذه العناصر لكي يعتبر العقد دوليا، وهذا ما أقره الفقيه باتيفول في السنوات الأخيرة، بحيث تتنوع عناصر الاتصال في عدة دول، ويمكن تقسيمها الى عناصر شخصية كاختلاف الجنسية أو اختلاف المواطن بالنسبة للدول التي تأخذ به كضابط بدلا من الجنسية، اضافة الى عناصر موضوعية تتعلق بمحل العقد سواء كان التنفيذ أو محل الابرام. غير أن تحديد محتوى المعيار القانوني دفع البعض الى اعتباره الحد الفاصل بين العقد التجاري الدولي أو العقد الدولي بصفة عامة والعقد الداخلي، ويرجع ذلك الى أنه يتحدد فيه اعمال مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص.¹ فاذا توفر المعيار القانوني في أي عقد اعتبر عقدا دوليا أن هذا المبدأ معمول به مضابط أصلي في العقد الدولي مما يجعل قانون ارادة المتعاقدين هو المختص.

أما جانب القضاء فيظهر تبني المعيار القانوني في قضية تارديوا وتلتها بعد ذلك عدة قضايا، كما أن هذه القضية ليست الأولى التي تم الاعتماد فيها على المعيار القانوني بل سبقته قرارات أخرى أولها في سنة 1970.²

الفرع الخامس: نظرية المعيار الاقتصادي

يعتبر المعيار الاقتصادي، المعيار الذي كاد أن يحل محل المعيار السابق في ظهر في أواخر العشرينات من القرن الماضي، وكان يؤسس صفة الدولية على الضمون الاقتصادي، فالمعيار هذا هو معيار موضوعي يتناول مادة النزاع والعملية التي يحققها العقد الدولي المتمثلة في مصالح التجارة الدولية.

ففي البدايات الأولى لهذا المعيار تم الاعتماد على حركة المد والجزر وتبادل القيم عبر حدود دولتين أو أكثر الذي يحققه العقد الدولي. فوفقا لهذا المعيار، لا يمكن تحديد دولية العقد

¹ . سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، ص397.

² . LAGARDE Paul: Rev. Crit DIP 1972 Tome 1, p 82.

سواء كانت هذه العناصر مرتبطة بأشخاص العقد أو موضوع العلاقة العقدية، انما رجوعا الى فكرة مؤداها ذهاب واياب أو تصدير واستيراد القيم الاقتصادية بين الدول، ليصل في الأخير الى فكرة ربط دولية العقد بمصالح التجارة الدولية.

اذن حسب هذا المعيار يكون العقد دوليا اذا كان موضوعه نقل بضاعة من دولة الى دولة أخرى، والحصول بالمقابل على ثمن البضاعة تنقل من الدولة الثانية الى الدولة الأولى، ويتحقق عادة هذا الفرض في عقد النشر عندما يتواجد كل من المؤلف والناشر في دولتين مختلفتين، رغم أنهما متحdan في الجنسية في بعض الحالات، فرغم عدم توفر المعيار القانوني السابق دراسته الا أنه يتم تبادل القيم عبر الحدود مما يحقق المعيار الاقتصادي.

كما يختلف هذا المعيار مع الأول في انه يستند في الدلالة عليه الى فحوى العقد، ليستخرج منه ما يدل على مصالح التجارة الدولية، بحيث أنه لكي يخضع أي عقد ومن ضمنه عقد النشر للمبادئ المطبقة على العقد الدولي ينبغي بادئ ذي بدء توفر المعيار الذي يستنتج من خلال ادراج في العقد الدولي لي بنودا لو توفرت في العقد الداخلي اعتبر هذا الأخير باطلا، كأن يتفق الطرفان على اخضاع ما ينشأ من منازعات نتيجة تنفيذ العقد الى قضاء التحكيم بدلا من القضاء الوطني.

وليس شرط التحكيم الدولي الوحيد الذي يمكن من خلاله التفرقة بين العقد الداخلي والعقد الدولي انما يضاف اليه شرط الدفع بالذهب.¹

وأمام هذا التردد ظهر اتجاه جديد يرى تطبيق الحل الوسطي بالجمع بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني لجعل العقد دوليا، كون المعيار القانوني الحديث الذي يفرق بين العناصر الفعالة والغير فعالة لتوفر العنصر الأجنبي، يؤدي بطريقة غير مباشرة الى ضرورة تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، سواء كان هذا العنصر يتعلق بتنفيذ العقد في الخارج أو اختلاف موطن المتعاقدين.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري

لقد أولى المشرع الجزائري اهتمامه بتنظيم عقد النشر بقانون خاص بالملكية الأدبية والفنية منهجا في ذلك منهج نظيره الفرنسي وعلى خلاف بعض تشريعات الدول التي نظمت أحكام

¹ . جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 136.

عقد النشر في التقنين المدني الذي يتضمن مجموعة من القواعد الخاصة لأهم العقود من بينها عقد النشر

انتهج المشرع الجزائري نفس الأسلوب بحيث نص في المادة 12 من الأمر رقم 05/03 المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على اعطاء وصف المؤلف لكل شخص طبيعي ابدع مصنفا أدبيا أو فنيا، وبالإضافة الى الشخص المعنوي بقولها: "يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر الشخصي الذي أبدعه، يمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفا في الحالات المنصوص عليها في هذا الأمر".

وعقد النشر يعتبر بالنسبة للناشر من قبيل هذه العقود، والدليل على ذلك أن النشر جعلته بعض التشريعات يدخل ضمن الأعمال التجارية من ضمنها المشرع المصري على عكس المشرع الجزائري الذي لم يكن دقيقا واكتفى بجعل مقولة استغلال الانتاج الفكري ضمن الأعمال التجارية بحسب موضوعه في المادة الثانية من قانونه التجاري، بالاضافة الى أن الناشر يعد تاجرا كونه يهدف الى المضاربة¹ فهو يشتري بقصد البيع فتدخل مبالغ مقابل الاستغلال للحق المالي على المصنف ويحقق الربح المرجو من ذلك، فعنصر القصد هو الذي يميز بين هذين النوعين من العقود (المدني والتجاري).

أما جانب القضاء فيظهر تبني المعيار القانوني في قضية تارديوا* وتلتها بعد ذلك عدة قضايا، كما أن هذه القضية ليست الأولى التي تم الاعتماد فيها على المعيار القانوني بل سبقته قرارات أخرى أولها في سنة 1970.

✓ بالنسبة لقواعد الاثبات: المعلوم أن المشرع الجزائري يفرق في هذا الشأن بين الاثبات في المسائل التجارية عنه في المسائل المدنية، اتباعا لما وصل له الاجتهاد القضائي في التزام الكتابة في المسائل المدنية، فاشتراط الكتابة للاثبات يحقق تطبيق نظام أكثر

¹ . عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 96.

* تتلخص وقائعها في عقد ابرم بين مؤسسة تخضع القانون الفرنسي ومقرها فرنسا وفرنسي مقيم في باريس لكي يتولى تمثيل الشركة في الدولة الكولومبية، وقد تضمن هذا العقد شرط التحكيم في حالة نشوب نزاع، لكن أيدت المحكمة النقض ما أقرته محكمة الاستئناف، واعتبرت العقد داخليا بقولها "حيث أن محكمة الاستئناف قد أوضحت ... أن العقد المبرم بين فرنسيين متوطنين بفرنسا، والذي يخضع التزامات الطرفين المتعاقدين للقانون الفرنسي، لا يكتسب الطابع الدولي، حتى لو كان أحد طرفيه مضطرا لمغادرة فرنسا، وأنه لهذا السبب تكون محكمة الاستئناف قد أسست حكمها، الأمر الذي يتعين القول معه بأن الطعن بالنقض غير مؤسس.

تركيباً.¹ أما في اثبات المسائل التجارية أو العقود التجارية يختلف الأمر كون طرق الإثبات تعمل على قدم المساواة لا يوجد تمييز بينها ولا تغلب فيها الكتابة كطريقة للإثبات عن الطرق الأخرى، فالظاهر ان الإثبات هنا ح طليق من كل قيد، وتستند هذه الحرية في الإثبات الى ما تقتضيه التجارة من السرعة والائتمان وهذا يخدم مصلحة الطرف الثاني في العقد بإمكانية الاستعانة بأحد طرق الإثبات من شهادة وقرائن وكتابة...²

✓ المشرع الجزائري قد نظم أحكاماً عقد النشر تنظيمياً دقيقاً الا أن هذا العقد مثله مثل العقود المختلطة يثير بعض المشاكل تتعلق أساساً بالاختصاص القضائي في حالة نشوء نزاع بين المؤلف والناشر من جهة ومسألة الإثبات من جهة أخرى بالإضافة الى مشاكل أخرى.

بالنسبة للحق المالي للمؤلف هو بطبيعته حق معترف به عالمياً لا يحتاج الى معيار اقتصادي، كما أن المشرع الجزائري ذكره في الفصل الثاني من الأمر 05/03 في المادة 27، بداية حق النشر والابلاغ، الترجمة والاقتباس كما يشمل كذلك حق التتبع ف الفنون التشكيلية، ويعود السبب في اعتراف كامل للدول بالحقوق المالية الى المعاهدات الدولية والاتفاقيات المتعلقة بحقوق المؤلف التي أقرت بها، فمعاهدة برن تشترط التثبيت على الدعامة لحماية المصنف، كما أنه في الفقرة الثالثة من المادة تعترف بحق النشر كحق من حقوق المؤلف كما تم بيانه.³

¹ . عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 42.

² . زكي زكي الشعرواي، المرجع السابق، ص 12.

³ . جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 139.