جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

النظام القانوني لعقد النشر

مذكرةٌ مقّدمة لاستكمال متطّلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص:

قانون خاص معمق

إعداد الطالب: **إشراف الأستاذ:**

- **محفوظ بن علي بوراس** **- د/ باباعمي الحاج أحمد**

لجنة المناقشة:

لقب واسم الأستاذ:	الرتبة:	الجامعة:	الصفة
بابا واسماعيل يوسف	أستاذ تعليم عالي	جامعة غرداية	رئيسا
باباعمي الحاج أحمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة غرداية	مشرفا مقررا
أبصير طارق	أستاذ مساعد "أ"	جامعة غرداية	عضوا مناقشا

نوقشت المذكرة بتاريخ: 2021/09/26

السنة الجامعية: 1442-1441ه/2021-2020م

شكر وتقدير

نشكر الله عز وجل أن وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع

أن نور لنا بصيرتنا لطلب العلم والسعي في سبيله

نشكر كل من ساهم في سبيل إنجاز هذا البحث

وأخص بالذكر أستاذي المشرف القدير:

باباعمي الحاج أحمد

على دعمه المادي والمعنوي، وإسهامه الكبير

من خلال توجيهاته و ارشاداته التي بعثت في الروح

العلم والثقة بالنفس

كما لا أنسى ان أشكر كل شخص من قريب أو بعيد

ساهم ولو بكلمة طيبة ألهمتنا العزيمة والإرادة

لتحقيق هذا العمل المتواضع

والحمد لله رب العالمين

إهداء

إلى من ضحت بالنفس والنفيس من أجلي

إلى من وهبتني الحياة

إلى من أسقتني الدفئ والحنان

إلى من جعل الله تعالى الجنة تحت قدميها

إلى من رافقتني دعواتها في كل خطوة

وفي كل سبيل

وإلى روح أبي الطاهرة جعلها الله في أعلى عليين مع اللذين أنعم عليهم

من النبيين والصديقين والشهداء والصالحين

إلى كل العائلة الكريمة كل باسمه

إلى كل الطاقم التعليمي والإداري لجامعة غرداية

إلى كل الأصدقاء الذين رافقوني ماديا ومعنويا، ولم يبخلوا علي ولو بنصيحة

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل

قائمة المختصرات:

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.إ: القانون الإسباني

م: المادة

مج: مجلد

ع: عدد (مجلة)

ص: صفحة

ط: طبعة

ب.ط: بدون طبعة

ب.س.ن: بدون سنة نشر

مقدمة

إن اللبنة الأساسية لتقدم الأمم والحضارات، تقوم على تقدم وتطور الأفكار التي يقدمها مفكروها، من خلال ما يقدمه هؤلاء من إنتاجات فكرية وأدبية تسهم في تطوير شتى المجالات وتسهيل الحياة البشرية.

ولما كانت الأفكار وليدة العقل البشري، لن تحرك ساكنا إذا ما بقيت حبيسة لدى أصحابها، ولتحقق الهدف المنشود من ورائها، كان ولابد من ابتكار طريقة من شأنها أن تخرج تلك الأفكار إلى العلن، حيث تعمم إلى كافة الناس دعنا نقل إلى الباحثين عنها بغية تحقيق مآربهم.

ولتلبية هذا الاحتياج الملح ابتكر الإنسان منذ الأزل طريقة ساهمت في نشر العلوم وتبادل المعارف بين الحضارات والأمم، حيث كرست هاته الطريقة مبدأ عدم احتكار العلم، والذي يعد محرم في ديننا الحنيف مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم:" أيما رجا أتاه الله تعالى علما ألجمه الله تعالى يوم القيامة بلجام من نار ".حديث شريف.

حيث أطلق على هاته الوسيلة اسم النشر حيث امتهنها بعض الأشخاص بغية كسب لقمة العيش تارة وسعيا لنشر العلم عند البعض الآخر، وسمي سمي هؤلاء الأشخاص في القدم بالوراقين، إلا أنهم لم يكونوا يأخذون حقوق أصحاب الأفكار الأصليين على محمل الجد لانعدام وجود قانون ينظم ويحمي حقوق الطرفين.

حيث أن من حق صاحب الفكرة او المؤلف نسبة أفكاره إليه، ولابد من قانون يجسد حقوق أصحاب الأفكار، إلى جانب حقوق ناشريها والمساهمين فيها، وبين هذا وذاك تنشأ التزامات تقع على عاتق الطرفين.

لم تهتم الحكومات والشعوب في القديم بهذا الجانب إلا في وقت متأخر- حق المؤلف والناشر- في القرن التاسع عشر، بينما قبل ذلك كن الأدباء والمبدعون يلجؤون في استحقاق عائداتهم من أفكارهم –خاصة المالية منها- من خلال عرضها على الحكام والأغنياء الذين يجزلون عليهم بالعطايا حيث يعد هؤلاء أنفسهم حماة للأدب والأدباء.

وبالرغم من حصول الأدباء والمفكرين في القدم على جزء ضئيل من حقوقهم- والتي تتمثل في مجملها في الحقوق المالية- إلا أنهم كانوا يخسرون الجزء الأهم وهو حقهم الأدبي حيث وفي كثير من الأحيان تنسب أفكارهم إلى غيرهم بسبب عدم سن قانون يحميهم وحقوقهم.

إلا أنه وفي عصرنا الحالي اهتمت الدول والحكومات اهتماما كبيرا بهذا الجانب لما له من فائدة عظيمة تسهم في تطوير جميع المجالات، فاستخدمت وسائل قانونية مختلفة بغية أصحاب هذا

الحق فسنت قوانين خاصة بتنظيم حقوق المؤلف وحمايتها إلى المصادقة على مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والتي تسهم هي بدورها في توسيع نطاق الحماية.

ومن أبرز وسائل الحماية التي أقرتها أغلب التشريعات على اختلافها، عقد النشر والذي يعد جامع لحقوق المؤلف والتي على رأسها حقه في التصرف بأي طريقة شاء في مصنفه وحقه في استغلال ثمار مصنفها إلى نحو ذلك من الحقوق.

إلى جانب حقوق المؤلف يحتوي عقد النشر على الالتزامات التي تقع على عاتقه تجاه الناشر بدرجة أولى ثم الغير بدرجة ثانية.

وتتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع في أن عقد النشر من الوسائل التي تهدف في أساسها إلى نشر العلم والمعرفة هذا بدرجة أولى، أضف إلى ذلك انتشاره بطريقة أخلاقية وقانونية في نفس الوقت، بالإضافة إلى أنه الوسيلة التي يحتمي بها المؤلف للحصول على حقوقه التي أخذها بقوة القانون والاتفاقيات الدولية، حيث نسعى من وراء دراستنا لهذا الموضوع إلى إثراء المجال البحث العلمي بهذا النوع من الدراسات الذي يكاد ينعدم خاصة عند دارسي القانون في الدول العربية.

واختيارنا لدراسة هذا الموضوع لم يكن اعتباطا حيث أن ذلك جاء تبعا للعديد من الدواف والرغبات منها ما كان ذاتيا ومنها ما ارتبط بالموضوع نفسه وهذه الأهداف تتمثل:

الأهداف الذاتية:

- الرغبة والميل في الدراسة والبحث في مجال حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.
- إثراء رصيدي المعلوماتي في هذا المجال لأنه مجال قلت فيه الدراسات ولم يعطى يحقه الكامل، نظرا لأهميته الكبيرة.
- تصحيح بعض الأفكار المسبقة حول مدى اهتمام المشرع بحق المؤلف.

الأهداف الموضوعية:

- التعرف على السياسة التشريعية في التعامل مع حقوق المؤلف والحقوق المجاورة
- معرفة مدى انعكاس السياسة التشريعية على الواقع العملي للتعاقد بين الناشر والمؤلف.

ونهدف من خلال دراستنا هذه إلى تحقيق مجموعة من النتائج والأهداف في الأخير وتتمثل هذه الأهداف في:

- الهدف الأساسي من وراء دراستنا لهذا الموضوع يتمحور أساسا في كيفية تحقيق التوازن العقدي في عقد النشر.
- رصد الشروط التعسفية في عقد النشر ومحاولة إيجاد حل لها وفق القواعد القانونية المعمول بها.

بالرغم من ندرة الدراسات التي اهتمت بهذا المجال في العالم العربي إلا أننا سنعرض بعض ما توصلنا إليه:

اولا: دراسة الطالب: طوالبية فيصل، عقد النشر في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر جامعة مستغانم. وقد تناول الموضوع من جانب التوازن العقدي في عقد النشر وشرط تحقيقه إلى جانب الحماية القانونية للمؤلف لدفع الاعتداء على مصنفه وأهم النتائج التي توصل إليها:

- أن المشرع قد خصص مجموعة من الوسائل التي تحمي الإنتاج الفكري للمؤلف من الاعتداء والمساس به (مدنية وجزائية)
- أن الحماية التي سنها المشرع للمؤلف تتناسب وجسامة الاعتداء الذي يتعرض له المؤلف.

أما نحن في دراستنا هذه فستناول هذا الموضوع من جانب آخر والذي يتمثل في الاختلال العقدي الذي قد يقع في عقد النشر م اختلال الشروط التعسفية التي ترد في مثل هذه العقود.

ثانيا: دراسة الطالبين مكربش صادق وتركي محمد بلال بعنوان عقد النشر المصنف الأدبي، مذكرة ماستر، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة حيث أن الباحثين قد ركزا أكثر على الإطار المفاهيمي لعقد النشر بالإضافة إلى حماية حقوق أطراف عقد النشر ولقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج نذكر منها:

- مدى اهتمام المشرع بعقد النشر من خلال قانون حماية المؤلف والحقوق المجاورة
- في حالة إبرام عقد النشر صحيحا يرتب مجموعة من الالتزامات تقع على طرفي عقد النشر.

لكن في دراستنا هذه سنسعى إلى تبيان الثغرة التي تشوب القانون الجزائري عامة وقانون حماية حقوق المؤلف خاصة من خلال ابرازنا لقصور نظرية الإذعان في تحديد الشروط التعسفية.

وخلال بحثنا في هذا الموضوع اعترضنا مجموعة من الصعاب والعقبات التي صعبت من اتمامنا لهذا البحث وتتمثل هذه الصعوبات في:

- تتجلى الصعوبات التي اعترضتنا أثناء إنجاز هذا العمل، في ندرة المراجع في هذا المجال إلى جانب عدم توفر مكتبة جامعتنا على القدر الكافي من الكتب والمراجع، مما دعتنا الحاجة إلى التنقل خارج ولايتنا بغية الحصول عليها.
- بالإضافة إلى ندرة المراجع نجد كذلك البيروقراطية التي تعاني منها الإدارة الجزائرية حيث خسرنا الكثير من الجهد والمال للحصول على بعض الوثائق.

ومن خلال هذه الأطروحة سنحاول التعرف على مدى نجاح المشرع الجزائري -من خلال القواعد المختلفة لحماية حقوق المؤلف- في تحقيق التوازن العقدي وتحديد التزامات أطراف عقد النشر، أضف إلى ذلك الشروط التعسفية التي قد تخل بتوازن العلاقة التعاقدية في هذا العقد ومدى اهتمام المشرع بهذا الخلل إلى جانب كيفية توسيع فكرة الشروط التعسفية لتخرج عن نطاق عقد الإذعان لتشمل جميع العقود، فهل وفق المشرع من خلال النصوص المذكورة أعلاه في توفير الحماية اللازمة للمؤلف؟ وهل يعد هذا القانون كافيا لتنظيم العلاقة التعاقدية أم أننا بحاجة لقانون خاص بعقد النشر من شأنه الوقاية من الشروط التعسفية التي قد يتعرض لها المؤلف في عقد النشر؟

وقد سلكنا في سبيل معالجة هذه الإشكالية، المنهج التحليلي، الذي يقوم على الدراسة التفصيلية لموضوع البحث وتحليل أهم الجزئيات، ويظهر هذا الأسلوب جليا في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني عندما قمنا بتحليل قائمة الشروط التعسفية التي وردت في القانون 02-04 الذي يحدد قواعد الممارسات التجارية

لمعالجة هذه الاشكالية قمنا بالاعتماد على خطة تقسم إلى فصلين: حيث تناولنا في الفصل الأول النظام القانوني لعقد النشر- مبحثين

جاء المبحث الأول بمفهوم عقد النشر حيث تناولنا فيه الإطار المفاهيمي لعقد النشر إلى جانب خصائصه أما في المبحث الثاني فقد جاء تحت عنوان آثار عقد النشر تناولنا فيه التزامات أطراف عقد النشر

أما الفصل الثاني فقد تطرقا فيه إلى الاختلال العقدي في عقد النشر حيث جاء بمبحثين:

جاء المبحث الأول بمفهوم الشروط التعسفية تطرقنا فيه إلى التعريف الفقهي والتشريعي للشروط التعسفية إلى جانب معايير تحديد الشروط التعسفية.

أما المبحث الثاني فجاء بالشروط التعسفية في عقد النشر كيفية تحديدها وسلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية إلى جانب تقييم السياسة التشريعية في التعامل مع الشروط التعسفية.

ولحل هذه الإشكالية اتبعنا الخطة التالية:

خطة البحث:

مقدمة

الفصل الأول: الطبيعة القانونية عقد النشر:

المبحث الأول: مفهوم عقد النشر:

المطلب الأول: تعريف عقد النشر

الفرع الأول: التعريف اللغوي

الفرع الثاني: التعريف القانوني لعقد النشر

أولا: التعريف الفقهي لعقد النشر

ثانيا: التعريف التشريعي لعقد النشر

المطلب الثاني: خصائص عقد النشر

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد النشر

أولا: عقد النشر هو عقد معاوضة

ثانيا: عقد النشر عقد شكلي.

الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد النشر

أولا: عقد النشر هو عقد مؤقت

ثانيا: عقد النشر عقد يقوم على الاعتبار الشخصي.

المبحث الثاني: آثار عقد النشر:

المطلب الأول: التزامات الناشر:

الفرع الأول: التزام الناشر بطبع المصنف ونشره

أولا: الالتزام بحرفية النص

ثانيا: الالتزام بالنشر في الموعد والمكان المتفق عليهما

الفرع الثاني: التزام الناشر بدفع المكافأة للمؤلف

أولا: عدم جواز الحجز على الحق المالي

ثانيا: الحق المالي حق مؤقت

ثالثا: التصرف في الحق المالي

الفرع الثالث: التزام الناشر باحترام الحقوق الادبية للمؤلف

أولا: مضمون الحق الأدبي للمؤلف

ثانيا: عناصر الحق الأدبي

المطلب الثاني التزامات المؤلف:

الفرع الأول: التزام المؤلف بتسليم المصنف للناشر

أولا: مضمون الالتزام بالتسليم

ثانيا: زمن التسليم

ثالثا: توابع الالتزام بالتسليم

الفرع الثاني: الالتزام بضمان عدم التعرض للناشر

أولا: مضمون التعرض

ثانيا: جزاء التعرض

الفصل الثاني: الاختلال العقدي في عقد النشر

المبحث الأول: الشروط التعسفية في عقد النشر: (مفهوم الشروط التعسفية)

المطلب الأول: تعريف الشروط التعسفية:

الفرع الأول: التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

أولا: من حيث أطراف العلاقة العقدية .

ثانيا: تعريف الشروط التعسفية من حيث أثره على توازن العلاقة العقدية:

ثالثا: تعريف الشروط التعسفية ن خلال نوع الشروط:

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للشرط التعسفي:

أولا: تعريف الشرط التعسفي في القانون المقارن

ثانيا: تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي

المطلب الثاني: معايير الشرط التعسفي

الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

الفرع الثاني: معيار الميزة المفرطة

الفرع الثالث: معيار الاختلال الظاهر في التوازن العقدي

المبحث الثاني: الشروط التعسفية في عقد النشر:

المطلب الأول: النطاق القانوني للشرط التعسفي

الفرع الأول: سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية

الفرع الثاني: اعتماد المشرع الجزائري على نظام القائمة في تحديد الشروط التعسفية

الفرع الثالث : الاعتماد على لجنة الشروط التعسفية في تحديد الشروط التعسفية

المطلب الثاني: طرق معالجة الشروط التعسفية:

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

الفرع الثاني: صلاحيات القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

الفرع الثالث: تقييم السياسة التشريعية في التعامل مع الشروط التعسفية

أولا: دور المشرع من خلال نظرية الإذعان في محاربة الشروط التعسفية

ثانيا: خروج نطاق تحديد الشروط التعسفية عن نظرية الإذعان

خاتمة

الفصل الأول:

النظام القانوني لعقد النشر

الفصل الأول: النظام القانوني لعقد النشر:

سنتناول في هذا الفصل كل ما يتعلق يتوازن العلاقة العقدية في عقد النشر انطلاقا من تعريف هذا العقد ثم خصائصه أي ما يميزه عن غيره من العقود ثم أخيرا آثار عقد النشر حيث نستعرض فيه التزامات كل طرف ولدراسة هذا الموضوع قسمنا هذا الفصل كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم عقد النشر:

المطلب الأول: تعريف عقد النشر

المطلب الثاني: خصائص عقد النشر

المبحث الثاني: آثار عقد النشر:

المطلب الأول: التزامات الناشر

المطلب الثاني: التزامات المؤلف

المبحث الأول: مفهوم عقد النشر:

سنتناول في هذا المبحث مفهوم عقد النشر من خلال التعرض لأهم للتعريفات الواردة في معاجم اللغة ثم في التعريف القانوني بعد ذلك نتعرض لأهم الخصائص التي تميز عقد النشر عن باقي العقود في المطلب الثاني

المطلب الأول: تعريف عقد النشر:

تطلق كلمة عقد في لغة العرب على معان متعددة، أشهرها: الربط سواء أكان الربط حسيا: كقولك عقدت الحبل : إذا جمعت بين طرفيه وربطت أحدهما بالآخر، او كان الربط معنويان ومنه الربط بين أطراف الكلام، لذا سمي الربط بين كلام لشخصين إذا أراد مبادلة شيء بشيء عقدا مثل: عقد البيع والإجارة.

أما كلمة نشر فتطلق في لغة العرب على معان متعددة؛ كلها تدور حول إظهار الشيء في حالة جديدة لم يكن عليها من قبل فمن معانيها: البعث والإحياء؛ تقول نشر الله الموتى، إذا أحياهم، ومنه قوله تعالى" وإليه النشور" البسط: نقول نشرت الثوب إذا بسطته الإذاعة والإعلان: تقول نشرت الخير إذا أذعته وأعلنته.

ومن كل هذه المعاني أخذ النضر بمعنى إخراج الكتاب مطبوعا فهي تتحقق فيه؛ فإن الناشر يأخذ الأفكار من مؤلفها بعد تمام صياغتها ثم يبسطها على أوراق ويعلنها للناس، ويذيعها عليهم، فكأنه بذلك وفر لها الحياة الكاملة.

ومن معرفة معنى اللفظين الذي يتكون منهما عقد النشر نستطيع التوصل إلى تعريفه من الناحية اللغوية فنقول:(هو اتفاق بين شخصين على إذاعة شيء، وتوفير الحياة الكاملة له)[1] .

وسنتطرق إلى تعريف عقد النشر كما جاء في معاجم اللغة وتعريفات علماء اللغة ثم نعرج إلى تعريفه تعريفا قانونيا حيث نستهل ذلك كما جاء به معظم آراء الفقهاء ثم نعرج إلى تعريفه وفق التشريع الجزائري.

الفرع الأول: التعريف اللغوي:

إن أغلب المعاجم العربية على اختلافها قد عرفت مصطلح العقد على خدة والنشر على حدة وسنحاول الربط بين التعاريف للوصول إلى المفهوم الأشمل لعقد النشر.

أما بالنسبة للعقد:

فقد عرفه **معجم مختار الصحاح**[2] على أنه:

(عقد) الحبل والبيع والعهد (فالعقد)، و(عقد) الرب وغيره غلظ فهو (عقيد) وبابهما ضرب وأعقده غيره و(عقده تعقيدا). و(العقدة) بالضم موضع العقد وهو ما عقد عليه. والعقدة الضيعة، والعقد بالكسر القلادة، وكلام (معقد) بالتشديد أي مغمض، و (اعتقد) كذا بقلبه. وليس له(معقود) أي عقد رأى. و(المعاقدة) المعاهدة و(تعاقد) القوم فيما بينهم. و(المعاقد) مواضع العقد. و(العقيد) المعاقد.

أما في **معجم لسان العرب**[3] فقد عرف العقد على أنه:

العقد: نفيض الحل، عقده يعقده عقدا وتعقادا. وعقده.

وقد انعقد وتعقد. والمعاقد: مواضع العقد والعقيد. قال سيبويه: وقالوا هو مني معقد الإزار أي بتلك المنزلة في القرب.

---

[1] د/محمود علي عبد الجواد، الآثار للمترتبة على عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2010، ص22،21

[2] **معجم مختار الصحاح:** هو معجم لغوي من تأليف بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي المتوفي سنة 1261م، وهو مختصر عن تاج اللغة وصحاح العربية، تاركا ترتيب مداخله حسب الترتيب التقليدي، أي بدءا بحروف أواخر الكلمات.

[3] **معجم لسان العرب:** هو معجم لغوي عربي من تصنيف ابن منظور الأنصاري(1311/1232م) وقد جمع مادته في خمسة مصادر، وهو أشمل معاجم اللغة، العربية وأكبرها، وهو من أغنى المعاجم بالشواهد وهو يد الضبط ويعرض الروايات المتعارضة ويرجح الأقوال فيها

وانعقد عقد الحبل انعقادا. وموضع العقد من الحبل: معقد، وجمعه.

...، وعقد العهد واليمين يعقدهما عقدا وعقدهما: أكدهما. أبو زيد في قوله تعالى:" والذين عقدت أيمانكم وعاقدت أيمانكم".

عقود وهي أوكد العهود. ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا.

وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته.

وأما بالنسبة للشطر الثاني(النشر):

فقد عرفه المعجم الوسيط كالآتي:

النشر:

النشر: الريح الطيبة والنشر القوم المتفرقون لا يجمعهم رئيس. يقال: جاء القوم نشرا، والنشر طبع الكتب والصحف وبيعها.

نشر: نشر الشيء، نشرا : انتشر، نشر: نشر الثوب والكتاب ونحوهما: نشره، يقال صحف منشرة. نشرت: نشرت الأرض نشرت نشورا: أصابها الربيع فأنبتت.

ونشرت الشجر: اورق. ونشرت الشيء نشرا: فرقه. ويقال: نشر الراعي غنمه في المرعى. ونشرت الكتاب أو الثوب أو نحوهما: بسطه ونشرت الخبر أو المقال: أذاعه. ونشرت الكتاب أو الصحيفة: أخرجه مطبوعا، ونشرت الله الموتى نشرا، ونشورا: بعثهم وأحياهم.

الناشر: من يحترف نشر الكتب وبيعها. والناشر نوع من أنواع الثعابين السامة ينشر رأسه كالمغرفة[1]

من خلال التعاريف الآنفة الذكر نخلص إلى تعريف شامل لمصطلح **النشر** والذي يتمثل في: هو إذاعة العمل الفكري إلى العلن بعدما كان حبيس أفكار مؤلفه من خلال طبعه أو عرضه أو بتسجيله، أو بأي طريقة من طرق نشر المعلومة المتاحة

[1] **المجم الوسيط:** معجم عربي من إصدار مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الخامسة عام2011 ، ويتألف من جزء واحد .

الفرع الثاني: التعريف القانوني لعقد النشر:

نستهل التعريف القانوني بما جاءت به أهم اجتهادات الفقهاء في العنصر الأول ثم ننتقل إلى تعريف المشرع الجزائري وبعض من التشريعات المقارنة في العنصر الثاني.

أولا: التعريف الفقهي:

يعرف الدكتور مختار القاضي عقد النشر على أنه:" العقد الذي يرتبط به المؤلف أو خلفاؤه مع شخص يقوم بنشر مصنف أدبي أو فني بمقابل أو بغير مقابل[1]"

ويعرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه: العقد الذي الذي يخول بموجبه المؤلف إلى الناشر الحق الاستثماري لإنتاج عدد من النسخ بشكل وسيلة تقنية محددة، ويتولى الناشر بموجبه بإنتاج محدد أو غير محدد من النسخ على عاتقهن وضمان وصوله إلى جمهور بصفة مستمرة، وهو ما جاء به "جان رول" في رسالته التقليدية عن عقد النشر في القانون الفرنسي سنة 1927، حيث يتميز هذا التعريف بأنه يبرر الأساسيات التي يتمتع بها أو يتمتع بها عقد النشر عن غيره وهي التزام الناشر بأن يأخذ على عاتقه نفقات طبع المصنف، وتوزيعه على الجمهور مع تحماه مخاطر هذه العملية.

(....)وقد عرفه الأستاذ الدكتور/ عبد الله النجار بأنه: إذاعة أمر على الناس بأسلوب يحقق العلم به.

وهذا التعريف عام يشمل كل أنواع النشر وأساليبه، سواء تمثل في أداء علني للمصنف، أو عن طريق عمل نماذج منه، مرئية، أو مقروءة، أو مسموعة.

والأداء العلني يكون بواسطة المؤلف نفسه، أما النشر عن طريق صنع نماذج مرئية أو مقروءة، أو مسموعة. فهي التي تكون عن طريق ناشر يقوم بهذه المهمة بناءا على تعاقد بينه وبين المصنف المبتكر[2].

ثانيا: التعريف التشريعي:

إن قوانين الدول المختلفة لم تتحد كلمتها تجاه تعريف عقد النشر: فمنها ما تطرق إلى تعريف عقد النشر صراحة، ومنها ما اكتفى إلى الإشارة إليه: كالقانون المصري عندما اشترط الصحة لصحة تصرف المؤلف في حقه المالي أن يكون تعاقده مع الناشر مكتوبا وأن يتضمن العقد

[1] حسن محمد محمد بودي، حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2005، ص14.
[2] محمود علي عبد الجواد، -مرجع سابق-، ص24.25

تفصيليا كل حق يكون محل التصرف على حدة، وبيان مداه، والغرض منه، وزمان الاستغلال ومكانه، وذلك حتى يكون طرفا العقد على بينة من أمرهما وتجنبا للغموض الذي يحيط بالعقد.

وقد عرف القانون التونسي عقد النشر بأنه:" هو العقد الذي يحل بمقتضاه المؤلف أو من يحل محله حسب شروط معينة الحق للناشر أن يصنع بنفسه او بواسطة الغير عددا معينا من النسخ من المصنف على أن يتولى الناشر عمليتي النشر والتوزيع وينبغي أن يكون هذا العقد مكتوبا[1]"

والملاحظ من خلال هذا التعريف أنه اعتبر عقد النشر عقد استصناع وأنه لم يستثن صورا من نطاق عقد النشر ثم إنه اشترط في العقد أن يكون مكتوبا[2]

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد عرفه بأنه:" العقد الذي بمقتضاه يتنازل المؤلف أو ورثته من بعده وفقا لشروط محددة إلى شخص يسمى الناشر عن حق انتاج عدد من النسخ للمصنف على أن يلتزم هذا الأخير بالطبع والنشر"[3].

والملاحظ من خلال هذا التعريف ان يبين بوضوح الالتزامات الأساسية التي تقع على طرفي العقد والتي تتمثل بالنسبة للمؤلف في تنازله عن حقه في استغلال المصنف وهذا التنازل يقتضي التزامه بالتسليم والتزامه بالضمان أما بالنسبة للناشر فيتمثل في التزامه بالطبع والنشر، والتزامه بالطبع، واحترامه للحق الادبي للمؤلف وأيضا: التزامه بأداء المقابل المالي للمؤلف[4].

والأهم من جميع التعريفات الآنفة الذكر ما تطرق إليه المشرع الجزائري في القانون 05/03 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة حيث جمع المؤلف فيه كل ما تعلق بحقوق وواجبات المؤلف والناشر على حد سواء.

وكما هو معروف بان عقد النشر من بين عقود الاستغلال التي يدخل في نطاقها عقد التنازل وعقد الاستنساخ...

والملاحظ في القانون الآنف الذكر أن المشرع لم ينشأ تعريفا مباشرا لعقد النشر إلا انه يمكن استقاؤه من خلال الشروط العامة لعقد النشر والتي جاءت بها المادة 84 من القانون 05/03 حيث تنص على:" العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر عن حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب الشروط المتفق عليها وبمكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور لحساب الناشر وبالتالي يشمل عقد النشر المصنف الأدبي أو الفني في كل طباعة خطية أو تسجيلات سمعية، او سمعية بصرية"

[1] قانون رقم 36 لسنة 1994 المادة 27 منه.
[2] محمود علي عبد الجواد، الآثار المترتبة على عقد النشر (مرجع سابق) ص28.
[3] قانون رقم 11 المؤرخ سنة 1957 فرنسي المادة 48.
[4] محمود علي عبد الجواد، -المرجع السابق-، ص28،29.

فالمشرع الجزائري مثله مثل القوانين الأخرى رأي 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 بمقتضاه 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 اما 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 نسخ المصنفات الأدبية والفنية بل يتجاوزه[1].

المطلب الثاني: خصائص عقد النشر:

إن لعقد النشر –كغيره من العقود- عدة مميزات وخصائص تميزه عن غيره من العقود وهذا من الناحية القانونية، منها ما هو عام يشترك فيها مع بعض العقود الأخرى ومنها ما يختص بها لوحده وهي التي تعطيه تسميته عقد النشر وسنتناول هاته الخصائص في فرعين مستقلين خصصنا الأول للخصائص العامة لعقد وتطرقنا في الفرع الثاني للخصائص الخاصة لعقد النشر.

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد النشر:

يتميز عقد النشر بميزتين تتوافران في أغلب العقود المسماة غير المسماة في القانون المدني والقوانين الأخرى، حيث تتمثل أولها في كون عقد النشر عقد معاوضة حيث أنه ينشأ التزامات متقابلة لكلا الطرفين، وأما بالنسبة الثانية فتتمثل في الشكلية أي الكتابة الرسمية حيث ان التصرفات الواردة عليه لا تكون ناجزة إلا إذا تمت كتابة العقد كتابة رسمية. وسنعرج إلى تبيان هاتين الميزتين الآنف ذكرها في عنصرين مختلفين.

أولا: عقد النشر هو عقد معاوضة:

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه الطرفان مقابلا لما يعطيان أي يتبادل فيه الطرفان العطاءات وقد نص المشرع الجزائري عليه في المادة58 ق.م.ج بتعريفه حيث:" العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما"[2].

---

[1] جلال وفاء حمدين :الحماية القانونية للملكية الصناعية ،وفق للاتفاقية الجوانب المتصلة بتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس (،المكتبة القانونية ،الطبعة 2000 ،ص 10

[2] القانون المدني الجزائري ، الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المادة 58.

ومعنى كونه عقد معاوضة: أن كلا من المؤلف والناشر يأخذ عوض ما يعطي: فالمؤلف يأخذ العوض المالي، مقابل تنازله عن حقه في استغلال المصنف، والناشر يستفيد بما يحققه من ربح النشر مقابل ما يدفع من أموال. وهذا أمر محل الاتفاق بين الشريعة والقانون[1].

ثانيا: عقد النشر عقد شكلي:

إن المشرع الجزائري قد اشترط في أغلب العقود المسماة أن تكون شكلية أي مكتوبة كتابة رسمية والشكلية هي

تنص المادة 324 مكرر3 من ق.م.ج على:" زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب وتحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ....".

من خلال استقرائنا لص المادة نجد ان من بين العقود التي اشترط فيها المشرع افراغها في قالب رسمي عقود التنازل عن الاستغلال وقد النشر يرتكز أساسا على ذلك حيث ومن خلال المادة 84 من قانون حق المؤلف الجزائري على**:" يعتبر عقد النشر العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر عن حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب شروط متفق عليها ومقابل مكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور لحساب الناشر".**

حيث يتبين لنا من خلال المادة بأن عقد النشر هو عقد يتنازل من خلاله المؤلف للناشر عن حق استغلال العائد المالي من نشر المصنف مقابل مكافأة مالية متفق عليها بحيث يكون هذا التنازل عن طريق عقد رسمي وفق شكل معين أقرته المادة 87 من نفس القانون حيث تنص على:" يقع تحت طائلة البطلان كل عقد نشر لم يستوف الشروط التالية:

1. **نوع الحقوق التي تنازل عنها المؤلف للناشر وطابعها الاستئثاري أو غير الاستئثاري.**
2. **طريقة مكافأة المؤلف المتفق عليها مع مراعاة أحكام المادة 65 من هذا الأمر.**
3. **عدد النسخ المحددة في كل طبعة متفق عليها.**
4. **مدة التنازل والنطاق الإقليمي لاستغلال المصنف.**
5. **الشكل المناسب للمصنف الذي يجب الذي يجب أن يسلمه المؤلف مصنفه في وقت لاحق.**
6. **تاريخ الشروع في نشر المصنف وتوزيعه[2].**

[1] محمود على عبد الجواد، مرجع سابق- ص33

[2] الأمر 05/03 –مرجع سابق- المادة 87.

من خلال نص المادة نستخلص بأن المشرع قد أوقع تحت طائلة البطلان كل عقد لا يستوفي الشروط التي أقرها في المادة الآنف ذكرها.

الفرع الثاني: الخصائص الاستثنائية لعقد النشر

بعدما تعرفنا على أهم الخصائص العامة التي يتميز بها عقد النشر وفي نفس الوقت يشترك فيها مع أغلب العقود المدنية الأخرى، سنتطرق في هذا العنصر إلى أهم الخصائص الاستثنائية التي تكون نادرة في العقود الأخرى وهذه الخصائص تتمثل في خاصيتين اثنتين أولها خاصية التأقيت وخاصية الاختلاط. وسنتناول كل واحدة منها بشكل مستقل ومفصل.

أولا: عقد النشر هو عقد مؤقت:

إن عقد النشر وجب أن يكون محددا بمدة معينة وهذه المدة هي أمد الاستغلال الذي يمكن للناشر التمتع به، وبعد انتهاء المدة المحددة في العقد يعود حق الاستغلال إلى المؤلف شخصيا أو إلى ذوي الحقوق (ورثته) إذا ما توفي قبل انقضاء مدة الاستغلال.

فأغلب القوانين-على غرار القانون الجزائري- نصت على من وجوب تضمين عقد النشر تحديدا للمدة التي ينتهي بعدها حق الناشر في نشر المصنف، كما يجب أن يذكر فيه عدد الطبعات التي تتم خلال هذه المدة، بل وعدد النسخ في كل طبعة، والنطاق الإقليمي الذي توزع فيه[1].

وقد نصت المادة 87 من قانون حماية المؤلف على:**" يقع تحت طائلة البطلان كل عقد نشر لم يستوف الشروط التالية:**

(.....)

1. **عدد النسخ المحددة في كل طبعة متفق عليها.**
2. **مدة التنازل والنطاق الإقليمي لاستغلال المصنف[2].**

حيث ومن خلال استقرائنا لنص المادة يتبين لنا أن من شروط صحة عقد النشر تحديد مدة الاستغلال وهذا يبين بأن العقد النشر عقد محدود المدة، بالإضافة إلى وجوب تحديد عدد النسخ التي ينبغي على الناشر أن لا يتجاوزها في كل طبعة.

[1] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق-
[2] الأمر 03-05 -مرجع سابق- المادة 87.

ويأتي وجوب تأقيت عقد النشر، من كون الحق المالي الذي هو محل العقد مؤقتا في جميع التشريعات فلم يختلف أحد في هذا، والخلاف بين التشريعات المختلفة، غنما في المدة التي ينتهي بعدها الحق المالي، وعود بعدها المصنف إلى الحق العام، مما يجوز نشره لأي إنسان[1].

ثانيا: عقد النشر هو عقد مبني على الاعتبار الشخصي:

إن 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 نية)، ولقد نص المشرع الجزائري على الاعتبار الشخصي لعقد النشر، إذ جعل شخصية المتعاقد محل اعتبار شخصي لدى المتعاقد الآخر، لاسيما عند انعقاده، وإن الدليل القانوني الذي يثبت بأن عقد النشر من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي ما تضمنته الأحكام القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري، حيث يقر المشرع الجزائري أنه:" لا يحق للمتنازل له عن الحقوق المادية أن يحول هذه الحقوق إلى الغير إلا بترخيص صريح م المؤلف أو ممثله"[2].

المبحث الثاني: آثار عقد النشر

بعدما تطرقنا للمفهوم العام لعقد النشر في المبحث التمهيدي حيث تعرضنا لأهم التعريفات الناشئة في هذا الجانب سواء كان ذلك في التشريع أو في الفقه وبعد التعرف على خصائص هذا العقد.

نعرج في هذا المبحث إلى التزامات أطراف عقد النشر: المؤلف والناشر، حيث جزأنا هذا المبحث إلى مطلبين تطرقنا في الأول إلى التزامات الناشر ثم أخذنا التزامات المؤلف في المطلب الثاني.....

المطلب الأول: التزامات الناشر:

الفرع الأول: الالتزام بالطبع والنشر:

[1] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص 36.
[2] طوالبية فيصل، عقد النشر في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2018 ص6.

إن أساس أغلب الإنتاج الفكري يطمح مؤلفوه من ورائه –بغض النظر عن عائداته المالية- إلى نشر الثقافة والعلم ومشاركة الخبرات والنتائج المتوصل إليها في ذلك الإنتاج، ولما كان استنساخ او طبع المنتوج الفكري هو الوسيلة الوحيدة التي تلبي هذا الهدف حيث تعتبر اداة اتصال بين المؤلف او المبدع من جهة وبين الجمهور من جهة أخرى ،ويتمتع المؤلف وخلفة العام من بعده بحق استئثاري في الترخيص أو المنع لأي استغلال لمصنفه بأي وجه وخاصة عن طريق النسخ ، ويمكن القول بأن النسخ هو استحداث صورة أو أكثر مطابقة للأصل من مصنف أو تسجيل صوتي بأي طريقة أو في أي شكل بما في ذلك التخزين الإلكتروني الدائم أو الوقتي للمصنف أو التسجيل الصوتي1، ويمكن للمؤلف أن يرخص لشخص آخر بأن يقوم بعملية الطبع لشخص آخر وهذا الشخص يدعى بالناشر، والناشر كما هو منصوص عليه في أغلب الأنظمة والقوانين هو من يلتزم اتجاه المؤلف في عقد النشر باستنساخ ومشاركة المؤلف وايصاله إلى الجمهور، وامتناعه عن ذلك يعتبر إخلال بالتزامه يرتب عن ذلك بطلان العقد الذي بينه وبين المؤلف إلى جانب التعويض الذي يلزمه القانون بدفعه.

إن التشريعات التي نظمت عقد النشر نصت صراحة عل التزام الناشر بالطبع والنشر في الموعد المتفق عليه وهذا يبين واضحا م خلال نظرتنا للمواد التي تعرضت لتعريف عقد النشر والتي سبق وأن بسطنا القول فيها عند تعريفها لعقد النشر. بل إن هذه التشريعات أفردت موادا خاصة تقضي بوجوب تقبل الناشر لهذا الالتزام وإعطاء حق للمؤلف إذا تأخر الناشر عن الموعد المتفق عليه في ان يطلب فسخ العقد وأن يطالب بالتعويض عن التأخير في النشر إن كان له مقتضى.

ولقد أكد القضاء الفرنسي على فترات متباعدة على هذا الالتزام فقضى بأن الناشر إذا عرض على المؤلف أن يدفع له ما اتفق عليه معه من أجر كاملا وامتنع في الوقت ذاته عن طبع المصنف ونشره فإنه يكون قد أخل بالتزام اساسي ترتب في ذمته بموجب عقد النشر[2].

وقد عرف القانون الفرنسي بأنه العقد الذي يتنازل بمقتضاه المؤلف أو ورثته من بعده وفقا لشروط محددة إلى شخص يسمى الناشر عن حق إنتاج أو العمل على إنتاج عدد من النسخ على أن يلتزم هذا الأخير على الطبع والإعلان ويحدث أحيانا أن يتم الاتفاق بين المؤلف والناشر على تحديد حد أدنى أو أعلى للنسخ المطلوب طباعتها خلال مدة العقد وأن يترك للناشر طبع نسخ إضافية بحسب الطلب الفعلي على الكتاب[3].

[1] عبد الرزاق عمر شيخ نجيب حقوق. حقوق الملكية الفكرية جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الطبعة الأولى- الرياض، 9333 ص3

[2] محمود علي عبد الجواد-مرجع سابق- 268 وما بعدها.

[3] بولعظام حنان، بوصبيعة نسرين. حقوق المؤلف في ظل الأمر 03-05، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ، جامعة الإخوة منتوري قسنطيمة/ 2018، ص39.

وترجع الحكمة في ذلك إلى أن المؤلف، عندما قدم المصنف إلى الناشر لم يقصد من ورائه الربح المالي فقط بل له مصلحة أدبية تربو بكثير على ما له من حق مالي، هذا الحق هو الذي دفعه إلى عقد النشر منذ البداية[1].

والالتزام بالطباعة والنشر تنشأ عنه عدة التزامات تكون نافذة على عاتق الناشر وهاته الالتزامات تكون تابعة للالتزام بالطباعة أولهما يكون بالتزام الناشر بحرفية النص وثانيهما يكون بالطباعة والنشر في الزمان وبالكمية المتفق عليها في العقد وسنتناول كل واحد من هاته الالتزامات بشيء من التفصيل تاليا.

أولا: الالتزام بحرفية النص:

إن عقد النشر باعتباره عقدا ملزما للجانبين يفرض على الناشر القيام بطبع المصنف بكل أمانة فينقل المصنف الذي سلمه إليه المؤلف بشكله ومضمونه بما في ذلك اسم المؤلف، مع إضافة ما يميز اسم المؤلف عن غيره ووضع الألقاب العلمية والمناصب التي تولاها، وما حصل عليه من أوسمة ونياشين، متى طلب المؤلف منه ذلك، ويشمل هذا الالتزام أيضا، عنوان المصنف، فلا يجوز للناشر أن يختصر إسم المؤلف، أو اسم المصنف، بما يوقع الالتباس لدى القارئ. كما يشمل هذا الالتزام مقدمة الكتاب، وخطته، ومراجعه، وملاحقه، وغير ذلك.

ولقد درج العمل على عمل بروفات أولية تعطى للمؤلف ليقوم بتحديد أخطاء التي وقع فيها الناشر ويشير إلى تصويبها.

(.....)كما أن للناشر له أن يضيف ما شاء من تعليقات في حواشي الكتاب، تتعلق بالمعلومات المستحدثة في مجال العلم، والتاريخ، وله إذا كان الكتاب موضوعا للتلاميذ أن يجعله مسايرا لآخر منهج من المناهج غير أنه يشير في كل إضافة أو تعليق، أن هذا من عمل الناشر[2].

إذا أخل الناشر باحترام النص عند الطبعّ، فقام بالاعتداء على النص بإدخال تعديلات عليه سواء كانت هذه التعديلات بالحذف او الإضافة، أو التغيير، عد اعتداؤه هذا جريمة في حق المؤلف تنال من مكانته، وشرفه، واعتباره، بما يعرض الناشر للجزاء المدني والجزاء الجنائي[3].

أما بالنسبة للجزاء المدني فإن فقهاء القانون اشترطوا لمسؤولية الناشر مسؤولية عقدية عن تعديله على النص المسلم إليه ان يتحقق خطأ من الناشر أثناء طبعه للكتاب واعتبروا أن مجرد مخالفة النص الأصلي، تعدي من الناشر، تتحقق به مسؤوليته العقدية، وأن هذا التعدي يتحقق بإجراء مطابقة بين النص الأصلي وبين النص المعتدى عليه سواء أكان بالحذف او بالإضافة،

[1] محمد علي عبد الجواد-مرجع سابق- ص269.
[2] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص281 وما بعدها.
[3] المرجع نفسه ص283.

أو بالتعديل، واعتبر فقهاء القانون أن مجرد لتدخل من الناشر في النص اعتداء على حق المؤلف الأدبي، إذ هو وحده الذي يستطيع أن يدخل ما يراه من تعديلات، وأن يحافظ على سلامة مصنفه[1].

ويختلف الشخص الذي يقع عليه إثبات الضرر على حسب نوع العقد، فالعقد الذي لم يشتمل على غرر[2] في تنفيذه حيث يكون الخطأ مفترضا من عدم التنفيذ في ذاته، أما بالنسبة للعقد الذي اشتمل على غرر في تنفيذه فيقع عبئ اثبات الضرر على عاتق المؤلف نفسه حيث يقوم بإثبات الخطأ بأي وسيلة من وسائل الإثبات المقررة قانونا.

وأما بالنسبة للجزاء الجنائي فيرتكز أساسا على الضرر الذي لحق صاحب الحق وهو المؤلف من وراء هذا الاعتداء، والقواعد العامة في المسؤولية تشترط أن يسبب الخطأ ضررا بالطرف الذي وقع التعدي على حق من حقوقه.

ويقصد بالضرر كل أذى يصيب الشخص في حقوقه أو في مصالحه المشروعة سواء كان ذلك الحق، أو تلك المصلحة، ذات قيمة في نظر الآخرين أم لا.

ثانيا: الالتزام بالنشر في الموعد والمكان المتفق عليهما:

من خلال استقرائنا للمادة 94 من الأمر 03/05 يتضح أن الالتزام الجوهري الذي يترتب على الناشر في عقد النشر، هو التزامه بنسخ المصنف المعهود إليه، فلا يتعين على الناشر أن يقوم بالالتزامات المالية نحو المؤلف بل قبل ذلك وجب عليه أن يتولى عملية نشر المصنف وفق ما تم الاتفاق عليه[3].

فالعقد الذي لا يشمل في طياته التزام الناشر بنشر المصنف لا يعبر في حقيقة الأمر على عقد النشر، وإن أمكن اعتباره عقدا من نوع آخر بإيجاد تكييف مناسب له وهذا ما فعله الاجتهاد القضائي الفرنسي في عدة قضايا، فالمؤلف عندما قدم مصنفا للناشر لم يقصد الاقتصار على الجانب المالي(المقابل)، بل قصد إلى جانب ذلك نشر المصنف ليصل إلى نسبة كبيرة من الجمهور، فالمصلحة الأجبية للمؤلف تفوق بكثير مصلحته المالية لاهتمامه برواج المصنف

[1] المرجع نفسه ص 285.

[2] **الغرر:** هو العقد المبني على الاحتمال عقد العقد المحدد حيث يكون فيه المقابل فيه احتمال مكسب أو خسارة لكل من المتعاقدين احتمالا يتوقف تحققه على حادثة غير مؤكدة الوقوع، وبالتالي فإن التعاقدين لا يستطيعان –وقت إبرام العقد- تحديد مقدار الغنم والغرم من عقدهما.
وتشمل عقود الغرر كما هو منصوص عليه في التقنين المدني الجزائري- عل كل من عقود المقامرة والرهان ، والمرتب مدى الحياة، بالإضافة إلى عقد التأمين.

[3] حسينة جربوب النظام القانوني لعقد النشر, مذكرة ماستر جامعة زيان عاشور الجلفة 2018 ص68.

بالدرجة الأولى، وإن كان هذا له ما يبرره في أن حق النشر يحتفظ به المؤلف ويستطيع من خلاله إلزام الناشر بنشر مصنفه[1].

ويجب على الناشر تنفيذ الالتزام بالنشر في المدة المتفق عليها فإذا أغفل الطرفان تحديد مدة معينة، فوض القاضي في تحديد مدة معينة لتنفيذ هذا الالتزام خلالها واضعا في اعتباره ما يحيط بالمتعاقدين من ظروف كأن تضع المحكمة أمام بعدها مصلحة المؤلف في نشر مؤلفه في مدة زمنية معينة أراد المؤلف نشر فكرة خلالها فقد يكون المؤلف قد أضاف إلى المصنف أفكارا تفيد في حل مشكلة عامة ملحة، أو أن يكون المؤلف تعاقد مع الناشر قبيل حدث ثقافي عام وأراد بهذا النشر وأراد بهذا النشر أن يطلع المثقفون الذين يحضرون هذا الحديث الثقافي على فكرة.

ويجب على المحكمة كذلك أن تضع أمام بصرها الظروف التي تحيط بالناشر فقد يمر الناشر بضائقة مالية تعوقه عن النشر في فترة معينة، او ما يتعرض دار النشر بحريق أو بغلق بأمر إداري أو غير ذلك من الظروف التي تجعل المحكمة تمد له المدة التي يجب عليه النشر خلالها.

فإذ اتفق على موعد أو حدد عن طريق المحكمة وجب على الناشر ان ينفذ الالتزام خلاله إلا عد مقصرا مما يعرضه للعقوبات المدنية المترتبة على الإخلال بالالتزام العقدي2.

الفرع الثاني: الالتزام بدفع المكافأة المالية للمؤلف:

ينشأ حق الاستغلال المالي حالما يظهر المصنف إلى الوجود، اي حالما يكون له مظهر مادي، والمصنف هو إنتاج فكري وليد العقل البشري وبهذا يكون غير مادي، ولكن من حق المؤلف أن ينتفع منه ماديا إذا قرر وضعه في متناول الجمهور، أي نشره ويطلق على هذا المقابل الحق المالي، وهو حق عيني يمنح للمؤلف سلطة مباشرة على مصنفه وذلك بالتصرف فيه بكافة التصرفات المعترف بها قانونا، وإن كان الحق الأدبي جديرا بالحماية، فالحق المالي أيضا جدير بهذه الحماية لكي يستفيد المؤلف من عائد استغلاله لمصنفاته، على نحو يجعله مطمئنا على حاضره ومستقبله والا يخاف من جوع ولا فاقة[3].

غير انه يتميز عن الحق العيني المعروف بالقواعد العامة بميزتين، أولها أنه حق معين ينقضي بمرور زمن حدده القانون، وأنه لا يكتسب بطرق اكتساب الملكية المعروفة في القواعد العامة بل يكتسب مباشرة عن طريق الإبداع الفكري.

[1] محمد السعيد رشدي عقد النشر في القانون المصري والفرنسي دار النهضة، طبعة 1989. ص117
[2] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص296.
[3] رضا متولي وهدان، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2001 ص32

أضف إلى ما تم ذكره ميزة أخرى تميزه عن الحق العيني المعروف في القواعد العامة ألا وهي عدم جواز الحجز عليه وسنتناول هاته الخصائص بشكل مستقل وببعض التفصيل لرفع اللبس الذي قد يطرأ بينها وبين الحقوق الأخرى:

أولا: عدم جواز الحجز على الحق المالي:

الحق المالي لا يجوز توقيع الحجز عليه وبيعه بالمزاد، لأن الاستغلال للمصنف من الناحية المادية لا يكون إلا بنشره على الجمهور، والذي يملك سلطة تقرير النشر هو المؤلف سواء لأول مرة او عند الإعادة، ومن هنا فلا جدوى من قيام دائني المؤلف بالحجز على حق الاستغلال المالي، فذلك لا يتم إلا إذا قرر المؤلف بنشر مصنفه، والحجز إذا تم لا يكون على حق الاستغلال المالي، وإنما يتم على نسخ المصنف الموجودة بعد تقرير النشر حيث يقع على أشياء ذات قيمة مالية.

هذا حال حياة المؤلف، أما إذا مات قبل أن يقرر النشر، فلا يجوز الحجز على الجانب المالي، إلا إذا ثبتت أنه أراد النشر قبل موته، فإنه يمكن الحجز على نسخ المصنف ويتم النشر لحساب الناشرين الدائنين[1].

ثانيا: الحق المالي حق مؤقت:

إذا كان الحق المالي يدوم طول حياة المؤلف فإنه يكون للخلف العام الحق في مباشرة حقوق الاستغلال، وورثة الورثة ايضا، يباشرون هذا الحق خلال مدة الحماية المقررة وهي خمسون عاما طالما أنها لم تنقض.

وإذا كان المصنف عملا مشتركا ومات أحد المؤلفين ولم يكن له وارث، فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين أو و خلفهم، مالم يكن هنالك اتفاق يخالف الحكم السابق[2].

حيث أن الحق المالي على خلاف الحق الادبي حق مؤقت ، ينقضي بانقضاء مدة معينة ويصبح المصنف بعد فوات هذه المدة من عداد الثروة الفكرية العامة .

[1] المرجع نفسه ص 35 وما بعدها.
[2] رضا متولي وهدان –مرجع سابق- ص 37.

ولهذا الغرض يمر المصنف بمرحلتين ، ففي المرحلة الاولى والتي تبدأ مباشرة من بعد اخر يوم من انتهاء مدة مفعول الحق المالي للمؤلف لحين ابلاغ المصنف مائتي سنة من العمر فيصبح المصنف حينئذ مشاعا" بين جميع الافراد ، فيكون لمن يشاء الحق في الانتفاع به دون ان يدفع اي تعويض لورثة المؤلف مقابل ذلك .

اما في المرحلة الثانية والتي تبدأ بعد ابلاغ المصنف مائتي سنة من العمر ، يصبح المصنف جزءا" من تراث الامة واثرا" ثقافيا" من الاثار القديمة وتسري بحقها قوانين خاصة واحكام مشددة تضمن حمايتها من اي اعتداء داخلي او خارجي عليها[1].

(....) ولعل الحكمة التي تغياها من وراء هذا التأقيت هي حرصه على الصالح العام الذي يقتضي العمل على نشر ما ينتجه العقل الإنساني، وتيسير التزود بالثقافة والعلم، وبذلك تصبح جزءا من الثروة الفكرية ذات الطابع القومي[2].

ثالثا: التصرف في الحق المالي

الحق المالي للمؤلف هو عبارة عن حق الاستغلال المالي للمصنف يجوز التصرف فيه بنقله إلى شخص أخر بمقابل او بدون مقابل.

وللمؤلف وحده الحق في الاستغلال المالي ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق إلا بعد الحصول على إذن كتابي من صاحب حق الاستغلال المالي للمصنف الاصلي أو خلفه، ويتضمن الإذن طريقة ونوع ومدة الاستغلال[3].

فالمؤلف من حقه أن يتصرف في الحق المالي لمصنفه اتمه أم لم يتمه، وهذا التصرف من الممكن أن يقع على الحق المالي كله او على جزء منه، ويصح أن يكون مؤقتا بمدة معينة أو مكان معين، ويمكن أن معاوضة او تبرعا، وإذا تم الاتفاق على ان يكون الاستغلال معاوضة، فقد يكون هذا المعوض مبلغا ماليا يتم تقديره بطريقة جزافية، أو تكون نسبة معينة من الإيراد[4].

[1] كمال سعدي مصطفى، الملكية الفكرية ج1 الطبعة 1 ، 2014 ص 188

[2] رضا متولي وهدان، -مرجع سابق- ص39

[3] الأستاذة بوعلام، الحماية القانونية لحقوق المؤلف محاضرات في مقياس التشريعات الفنية في الجزائر (سنة 3 ليسانس) ص 8

[4] رضا متولي وهدان –مرجع سابق- ص 36.

ولخصوصية هذا الحق وأهميته اشترط المشرع الاردني- كغيره من التشريعات- أن تكون التصرفات الواردة عليه مكتوبة، متضمنة بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه[1]، وتكون جميع المعلومات-المذكورة آنفا- في العقد محل دراستنا والمسمى بعقد النشر.

إن عقد النشر بالنسبة للمؤلف يعتبر بمثابة استثمار لمجهوده الفكري(كما هو الحال بالنسبة للتاجر) فهو ينتظر مقابل ذلك فائدة مالية تعتبر كمكافأة له جزاء مجهوداته التي بذلها في سبيل إنتاج ذلك المؤلف.

فالمؤلف حين يتنازل عن حق الاستغلال المالي للمصنف إلى الناشر، تنشأ له مقابل ذلك، حقوق مالية يستمدها من عقد النشر. فعقد النشر- على ما سبق أن رأينا- عقد ملزم للجانبين، فيه ينزل المؤلف عن حق الاستغلال مقابل جعل مادي يقدمه له الناشر. وهذه القاعدة تعتبر من النظام العام وهي أحد المبادئ الأساسية التي استحدثها قانون حماية الملكية الفكرية والأدبية الصادر في 11 مارس1957.

.....وللمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه ماليا وبالطريقة التي يراها، فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير إذن منه. وإلا كان عملا عدوانا على الحق الذي اعترف به الشارع للمؤلف وإخلال به[2].

ولقد نصت المادة 95 من قانون 05/03 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على:**" يتعين على الناشر ان يدفع للمؤلف المكافأة المتفق عليها مع مراعات أحكام هذا الامر"**[3]

من خلال المادة يظهر جليا أن دفع المكافأة للمؤلف هو أمر إجباري –لا اختياري- يقع على عاتق الناشر حيث أن القاعدة السابقة آمرة ولقد نصت صراحة على فعل الأمر من خلال الفعل يتعين التي استهلت بها المادة، والمكافأة لتي ينبغي على الناشر دفعها للمؤلف تكون اتفاقية بينهما.

أما إذا كان الاتفاق ينصب على نسبة الإيرادات التي يجنيها الناشر من وراء بيعه للمصنف فيجب ألا تقل عن نسبة عشرة بالمئة من نسبة الإيرادات وهذا طبقا لما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 95 الآنفة الذكر حيث نصت على **:".. وإذا كانت المكافأة محسوبة بالتناسب مع**

[1] نوري محمد خاطر، دراسة في قانون حماية المؤلف الأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، م12، ع1 1997 ص 380.
[2] محمد السعيد رشدي، عقد النشر(دراسة تحليلية وتأصيلية) دار النشأة المعارف للنشر. الإسكندرية ط2008 . ص130
[3] الأمر 03-05 المؤرخ 19جمادى الأولى 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة. المادة 95 الفقرة الأولى

نسبة الإيرادات، فينبغي ألا تقل عن نسبة (10%) من سعر بيع نسخ المصنف للجمهور، وهذا فضلا عن أي علاوة تمنح مصنفا لم يسيق نشره"[1].

لكن يستثنى مما سبق ذكره المؤلفات الخاصة بالدعامات البيداغوجية المستخدمة في التعليم والتكوين نحو الكتب المدرسية والمناهج التربوية .....إلخ حيث يمكن لمؤلفيها الحصول على نسية فائدة أقل من خمسة بالمئة من سعر بيعها للجمهور حيث تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على ما يلي:**" غير أنه يمكن لمؤلف اي دعامة بيداغوجية مستعملة لحاجات التعليم والتكوين الحصول على مكافأة لا تفوق نسبة خمسة في المائة(5%) من بيع المصنف للجمهور"[2].**

والغرض من هذا الاستثناء هو المنفعة العامة ونشر الثقافة والعلم حيث أن الدعامات البيداغوجية تكون متاحة للجميع والجميع بحاجة إليها هذا ما أدى بالمشرع إلى إجازة تخفيض هامش الربح للمؤلف إذا أجاز ذلك هو شخصيا حيث يخضع ذلك إلى إرادته دونما إجبار.

ومما سبق نستنتج بأن دفع المكافأة المالية للمؤلف من طرف الناشر تعتبر شرطا من شروط صحة عقد النشر فالقاعدة العامة تقتضي بأن كل حق لدى طرف يعد التزاما لدى الطرف المقابل فالناشر هنا ملزم بتقديم المكافأة المالية للمؤلف لقاء تمتعه باستغلال الحق المالي للمؤلف، فالأصل هو أن المؤلف هو الوحيد صاحب الحق في استغلال الحق المالي للمصنف وأنه لا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إشعار خطي منه[3](عقد النشر عل سبيل المثال لا الحصر) وعقد النشر يخول للمؤلف حق التنازل عن الاستغلال المالي لفائدة الناشر حيث يلتزم هذا الأخير بدوره بتقديم مكافأة مالية يتفق على شكلها أو نوعها في بنود العقد.

وللاستغلال المالي للمصنف عدة وسائل -تمكن المؤلف من استغلال حقه- وهي الأداء المباشر.

الفرع الثالث: التزام المؤلف باحترام الحقوق الأدبية للمؤلف

إن الحق الأدبي للمؤلف من الحقوق اللصيقة بشخصية المؤلف غير القابلة للتنازل أو نقل بأي شكل من أشكال نقل الملكية التي أقرها القانون، حيث يعتبر من أهم الحقوق التي يتمتع بها المؤلف والتي بدورها تقع على عاتق الناشر والتي لا بد على هذا الأخير أن يصونها وأن لا يعتدي عليها بأي شكل من الأشكال خاصة ما تعلق منها بنسبة المصنف إلى صاحبه -أو أصحابه الأصليين في المصنف الجماعي أو المشترك- أو ما يتعلق كذلك بالتعديل أو اضافة معلومات إلى المصنف نفسه وفي هذا الفرع سنتعرف أولا إلى مضمون الحقوق الأدبية للمؤلف ثم سنتطرق تاليا إلى إلى انواع هاته الحقوق ثم سنختتمها بقايلية تقادم هذه الحقوق من عدمها

[1] المرجع نفسه المادة 95 الفقرة 2
[2] المرجع السابق المادة 95 الفقرة 3
[3] يوسف أحمد النوافلة، الحماية القانونية لحق المؤلف. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن ط2004 ص 45.

أولا: مضمون الحق الأدبي للمؤلف:

ان الحق الادبي يوجد قبل الحق المالي ويستمر حتى بعد انقضاء الحق الاخير والجانب الادبي من حق المؤلف هو الجانب الارجح لانه يستند في نشأته على هذا العنصر المعنوي وحده وان الجانب المالي فيه يظهر نتيجة لمباشرة صاحبه باستغلال نتاج ذهنه.

وان هذا العنصر الادبي يعتبر من قبيل الحقوق اللصيقة بالشخصية بالنظر لارتباطه الوثيق بشخص صاحبه ، فالمبتكرات العقلية تعد جزءا" من فكر الانسان وعقليته وملكاته. ويتضمن حق المؤلف من جانبه الادبي عدة سلطات تمكنه من حماية شخصيته التي تجلت في نتاج فكره.

تنص المادة 143-1 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على:" **أن للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر**، كما تنص المادة143-**3:"على أن للمؤلف وحده إدخال ما يرد من التعديل أو التحرير على مصنفه وأن للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه وأن يدفع أي اعتداء على هذا الحق وله كذلك أي أو تغيير في مصنفه".** ونصت المادة 144 على**" أن للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب جدية أن يطلب من المحكمة الإبتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية .....**

من خلال نص المادتين نستنتج بان القانون قد خول للمؤلف عدة حقوق أدبية وجب على الناشر احترامها حيث تتمثل هذه الحقوق في أربعة وهي:

- **الحق في النسبة (حق الأبوة).**
- **حق التعديل والسحب.**
- **حق الاحترام**

وسنتناول كل حق من الحقوق الأنفة بالتفصيل في عناصر متفرقة تاليا.

ثانيا: عناصر الحق الادبي للمؤلف:

1- الحق في النسبة(حق الأبوة):

يقصد بحق الأبوة أن من حق المؤلف أن يرتبط إسمه بالمصنف الذي أنجزه وذلك بغض النظر عن طبيعة المصنف سواء تمثل في كتاب أو صورة أو لوحة فنية أو منشأة من المنشآت. فمثلا من حق مؤلف كتاب من الكتب أن يذكر اسمه عليه، أن يذكر مؤهلاته العلمية ووظيفته الأكاديمية، والجوائز التقديرية أو التشجيعية التي حصل عليها، وأي بيانات أخرى من شأنها أن تعرف جمهور القراء بالمؤلف، وأي بيانات أخرى من شأنها أن تعرف جمهور القراء بالمؤلف، واي بيانات أخرى من شأنها أن ترفع من توزيع الكتاب كأن يشار على غلاف الكتاب الخارجي أن الكتاب من أعلى الكتب توزيعا. أو أن الكتاب حقق مبيعات

تتجاوز رقما معينا. ويستطيع مؤلف الكتاب أن يطالب بالتعويض كل من يتعمد تأليف كتاب يحمل نفس العنوان لكي يستفيد من شهرة الكتاب الأصلي[1].

اهتمت كل قوانين حماية المؤلف في الدول المختلفة فضلا عن الاتفاقيات الدولية، بإبراز حق النسبة وتحريم الاعتداء عليه بل إن القوانين المختلفة حرصت على النص عليه في بداية الحقوق الأدبية[2]، فقد نص عليه المشرع الجزائري في القانون **05/03** المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في **المادة 23** حيث تنص على**:" يحق لمؤلف المصنف اشتراط ذكر اسمه العائلي أو المستعار في شكله المألوف، وكذا على دعائم المصنف الملائمة.**

كما يمكنه اشتراط ذكر اسمه العائلي أو المستعار فيما يخص جميع أشكال الابلاغ العابرة للمصنف إذا كانت الأعراف وأخلاقيات المهنة تسمح بذلك"[3].

من خلال استقرائنا لنص المادة يتبين لنا بأن المشرع الجزائري قد ألزم الناشر بنسبة المصنف إلى صاحبه، والمؤلف هو من يختار الطريقة التي يحب أن بها اسمه سواء بإسم مستعار أو باسمه الحقيقي(أي العائلي) ويمكن للمؤلف أن يشرف على ذلك بشكل شخصي إبان حياته، وبعد وفاته فقد أجاز المشرع انتقال هذا الحق إلى ورثته أو إلى أي شخص آخر يمكن ان ينتقل إليه هذا الحق بموجب وصية كما تنص على ذلك المادة 26 من قانون حماية حقوق المؤلف (السالف الذكر) حيث تنص على:" تمارس الحقوق المنصوص عليها في المادتين 23و25 من هذا الأمر، من قبل ورثة مؤلف المصنف بعد وفاته أو من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي أسندت له هذه الحقوق بمقتضى وصية.

لكن يمكن أن يحدث نزاع بين ورثة المؤلف في شأن المصنف سواء أكان ذلك في نوع التسمية التي يجب إطلاقها عل المصنف أو حول أحد الحقوق الأخرى فإن القضاء وبعد إخطار من صاحب المصلحة، هو من يمكنه حل النزاع، وهذا طبقا لما جاءت به الفقرة 2 من المادة 26 - السالفة الذكر- حيث تنص على:" **إذا وقع نزاع بين ورثة مؤلف المصنف، تفصل الجهة القضائية بإخطار من صاحب المصلحة المبادر في الحقوق المشار إليها في الفقرة السابقة".**

إلى جانب القضاء يمكن للديوان الوطني لحقوق المؤلف أن يمارس الحقوق الآنفة الذكر(أي حق النسبة) إذا لم يكن للمؤلف ورثة، وهذا يجنب المصنفات السرقة ونسبتها إلى غير أصحابها وهذا ما يضمن الاستعمال الامثل لحقوق المؤلف وهذا ما جاءت به الفقرة 3 من نفس المادة(المادة26) حيث تنص على**:" يمكن للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة أن يمارس الحقوق المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة بما يضمن الاستعمال الامثل لحقوق المؤلف إذا لم يكن لهذا الأخير ورثة".**

---

[1] محمد أمين الرومي، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، دار الفكر الجامعي . الإسكندرية ط1. 2009، ص116

[2] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص430.

[3] القانون 05/03 –مرجع سابق- المادة 23.

ونستخلص من كل ما سبق ذكره بأن معظم الاتفاقيات والقوانين المعاصرة اتجهت نحو وجوب احترام حق النسبة، وألزمت الغير بعدم المساس بهذا الحق، وإلا تعرض للعقوبات التي ينص عليها قانون كل دولة من الدول.

وهذا الحق يتضمن حق المؤلف في أن يذكر اسمه، ولقبه، ومؤهلاته العلمية مع توضيح ذلك بما يفرد المؤلف بالشخصية الأدبية المستقلة، ويلتزم الناشر بذكر ما يحدده له المؤلف من هذه المعرفات، فلا يجوز له أن يختصر منها شيئا، أو يغفل ذكر شيء ما دون علم المؤلف، ويذكر اسم المؤلف وصفته، على كل نسخة من نسخ الصنف[1].

2- الحق في التعديل والسحب:

أ- الحق في التعديل:

يفرض الحق في احترام الإنتاج الفكري للمؤلف أن تكون لهذا الأخير إمكانيات لحماية مؤلفاته ضد كل تغيير، أو تشويه او إفساد، أي ضد كل عمل يمكن أن يمس بشهرته او شرفه[2].

حيث فكما يحظر التعدي على نسبة اسم صاحب المصنف يحظر على الناشر كذلك التعدي على النص بالحذف أو الإضافة دون الرجوع غلى المؤلف وذلك دفعا لما قد يحدث من إساءة غلى شرف المؤلف وسمعته[3].

حيث أن حق التعديل يعني أن كل مؤلف لا يمكن أن يتصف مصنفه بالكمال، ولكن لأن الإنسان مهما أتي من دراية وحكمة وموهبة فإن عمله غالبا ما يعتريه القصور وذلك راجع للصفات البشرية التي يتصف بها البشر، لذلك نجن مقولة مشهورة لبورخيى حيث يقول(إن فكرة النص النهائي هي محض خرافة أو وهم)[4].

وحق المؤلف في التعديل يعتبر من قبيل احترام المصنفات العلمية، وهذا الحق يعتبر من الحقوق الأدبية التي درجت أكثر التشريعات على الاعتراف بها، إذ بغير الاعتراف بهذا الحق لن يكون بموجود الحق الأدبي فائدة وبناء على ذلك لا يجوز للناشر إجراء أي تعديل أو حذف أو عبارة من المصنف أيا كان قصده أو الغرض من هذا الفعل[5]، وفي هذا الصدد

[1] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص 442.
[2] فرحة زراوي صالح ، الحقوق الفكرية (حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية) دار أبن خلدون للنشر والتوزيع وهران، ب.ط 2006. ص 472.
[3] حسن محمد بودي، -مرجع سابق- ص64
[4] محمد أمين الرومي –مرجع سابق- ص123.
[5] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص450.

ينص المشرع الجزائري صراحة على:" لا يمكن للناشر أن يدخل تعديلات على المصنف، بتصحيح او إضافة أو حذف إلا بموافقة من المؤلف"[1].

لكن الأمر يختلف قليلا بالنسبة لحق التعديل في بعض الحالات نذكر منها مثلا في مجال عقود التكليف لأن المؤلف الذي يمنح لشخص معين الحق في تكييف إنتاجه، يسمح له في هذا الصدد بتغيير مؤلفاته أو تعديلها في حدود شروط العقد[2].

ونذكر أيضا في حالة تحوير المصنف: وذلك كتحوير قصة لإخراجها في شكل فيلم سنيمائي أو مسرحية لأن هذا التحوير يقتضي أن يتمتع المحور بقدر من الحرية في حالة تغيير لون المصنف فإن كل لون له مقتضيات معترف بها قد يلجأ الناشر إلى الحذف أو التعديل. ولكنه يكون مقيدا بقيدين هما:

أولا: الالتزام بنقل روح المصنف إلى الجمهور.

ثانيا: أن لا يؤدي التحوير الذي بداخله على المصنف إلى مسحه بما يؤدي إلى الإساءة بشرف المؤلف واعتباره[3].

وثمة حالة أخرى يمكن لشخص آخر غير المؤلف التعديل في متن المصنف، وهي حالة عقود الترجمة التي يبرمها المؤلف قصد نشر تأليفه بلغة ثانية حتى يستفيد منه جمهور أوسع، فمن المعلوم بأن المترجم يتميز عن الناشر، وبالتالي إذا كان يمنع على هذا الأخير إدخال تعديلات على إنتاج المؤلف دون موافقته المسبقة، فبالعكس يتمتع المترجم بنوع من الحرية لتحقيق انتاجه المشتق من الأصل، ولعل هذا الذي يفسر مقولة الفقيه" كلومبي" حينما يؤكد بأن" للمترجم حرية اختيار التعبيرات، فلا يمكن للمؤلف رفع اعتراضات إلا في حالة تغيير المعنى" فالمترجم مقيد إذا بالمعنى الوارد في الإنتاج الأصلي أكثر من شكله، بحيث أنه غير ملزم باستعمال نفس الكلمات أو التعبيرات، ومن ثم يلاحظ أن الحق في الاحترام انخفض ولو قليلا بسبب الحرية الممنوحة لصاحب التكييف أو الترجمة او المنتج السنيمائي لإنجاز عمله[4].

ب-الحق في سحب المصنف: (حق التوبة):

رابطة الأبوة التي تربط المؤلف بمصنفه تجعله دائما حريصا على أن يكون هذا المصنف معبرا عن أفكاره، ويحظى بالمكانة العليا بين أقرانه ومريديه.

[1] الأمر 03-05 –مرجع سابق- المادة 90.
[2] فرحة زواوي صالح –مرجع سابق- ص473.
[3] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص 451.
[4] فرحة زواوي صالح –مرجع سابق- ص 473 وما بعدها..

وهذا الحرص قد يدفع المؤلف إلى سحب مصنفه من التداول لتعديله أو الامتناع عن نشره مرة أخرى[1]، حيث وإلى جانب حق التعديل الذي تعرفنا عليه سابقا ثمة حق آخر لا يقل أهمية عنه، ألا وهو حق السحب أو كما يسمى حق التوبة والذي وجب على الناشر احترامه وعدم الاعتداء عليه في حالة ما قرر المؤلف ذلك.

حيث إذا رأى المؤلف أن مصنفه غير صالح للنشر قرر عدم نشره دون أن يكون ملزما بإيضاح الأسباب التي اضطرته لذلك[2]، وما يهمنا هنا أن المؤلف قد يقوم مثلا بتأليف كتاب وليكن في القانون مثلا، ثم يحدث بعد ذلك ان يتم تعديل القانون تعديل جذري أو يقوم المؤلف بتأليف كتاب في العلوم استنادا لنظرية علمية معروفة ثم تظهر الاكتشافات الحديثة عدم صحة هذه النظرية وتنشأ نظرية جديدة، فهنا يحق للمؤلف أن يطالب بسحب مؤلفه من الاسواق إذا تم تسويقه بالفعل ويجري عليه التعديلات اللازمة.

وقد يغير المؤلف من آرائه ومعتقداته ومفاهيمه، أو أن يفاجأ بالهجوم اللاذع على مصنفه في كل هذه الحالات يحق للمؤلف أن يلجأ إلى المحكمة الابتدائية بطلب منع المصنف من التداول أو بسحبه أو بتعديله ويطلق على هذا الحق(حق الندم)[3].

ويقصد عادة بالحق في الندم الحق الممنوح للمؤلف في أخذ قرار سحب إنتاجه بعد نشره أو قبل نشره مع تعويض المتنازل له ، ولا شك بأن هذا الحق يمس القاعدة العامة للقوة الإلزامية للعقود، فيرى جانب من الفقه الجزائري أن مشرعنا كان يعترض على قبول الحق في الندم، وهذا بقوله- في إطار عقد النشر- أنه يجب على المؤلف أن يضمن للناشر الممارسة الدائمة والمانعة للحق المحول وذلك ما لم يرد شرط مخالف فالحق في الندم ما هو في رأيه إلا الإخلال في ممارسة الحق المحول.

غير ان المشرع لم يكن يرفض بصفة مطلقة وجود هذا الحق، والدليل على ذلك استعمال العبارة " مالم يرد شرط مخالف"، الأمر الذي على أساسه لا يجوز ممارسة الحق في الندم إلا إذا ذكر صراحة في عقد النشر.

فكان على المشرع التدخل بنص صريح –كما فعل نظيره الفرنسي- لبيان موقفه في ما يخص الحق في الندم بوجه عام، حيث يعد عقد النشر حالة خاصة لا يمكن أن نستنتج منها قاعدة مطلقة. ولقد تدارك مشرعنا هذا الإغفال ونص على هذا الحق بموجب الأمر رقم 97-10 واحتفظ به في الأحكام الراهنة[4].

---

[1] حسن محمد محمد بودي –مرجع سابق- ص

[2] أنور طلبة، حماية حقوق الملكية الفكرية، دار المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية مصر ص72.

[3] محمد أمين الرومي –مرجع سابق- ص 123.

[4] فرحة زواوي صالح –مرجع سابق- ص469 وما بعدها.

ومن بين هاته الأحكام ما جاءت به المادة 24 من الأمر 03-05 حيث نصت على:**" يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعاته أن يوقف صنع دعامة إبلاغ المصنف إلى الجمهور بممارسة حقه في التوبة أو ان يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب"**[1].

لكن يترتب على حق التوبة التزام يقع على عاتق المؤلف والذي يتمثل في التعويض الذي يجب عليه دفعه نتيجة عدوله عن إتمام العقد، يقول الدكتور السنهوري في كتاب أحكام الالتزام:" المؤلف في هذه الحالة يكون مسؤولا عن تعويض المتعاقد معه عن الضرر الذي أصاب هذا الأخير من جراء إخلال المؤلف بالتزامه طبقا للقواعد العامة ولا يكون المتعاقد معه مكلفا بإثبات أي خطأ في جانب المؤلف حتى يكون مستحقا للتعويض إذ يكفي أن المؤلف لم يسمه العمل دون أن تحول قوة قاهرة دون ذلك، فالتزام المؤلف إذا هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية وعندما التزم نحو المتعاقد التزم التزاما أصليا بتسليم العمل والتزاما بدليا بدفع تعويض إذا اختار ذلك"[2].

المطلب الثاني: التزامات المؤلف:

كما تقع على الناشر احترام حقوق المؤلف حيث تعتب بالنسبة للأول التزامات، وجب على المؤلف احترام حقوق الناشر التي تم الاتفاق عليها بموجب عقد النشر (مصدر الالتزام)، حيث تتمثل هاته الالتزامات في التزامين رئيسيين يتمثل أولها في التزام المؤلف بالتسليم(تسليم المصنف إلى الناشر) أما بالنسبة للالتزام الثاني فيتمثل في ضمان عدم التعرض وسنتناول كل من هذين الالتزامات في فرعين منفصلين.

الفرع الأول: التزام المؤلف بتسليم المصنف:

أولا: مضمون الالتزام بالتسليم:

يقع على عاتق المؤلف بمقتضى عقد النشر الالتزام بتسليم المصنف الادبي أو الفني للمتعاقد، وغن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الالتزام[3] في الأحكام الراهنة المتعلقة

[1] الأمر رقم 03-05 –مرجع سابق- المادة 24.
[2] أنور طلبة- مرجع سابق- ص72.
[3] فمعظم القوانين الحالية –على غرار القانون الجزائري- اكتفت بالنص على الالتزام بعدم التعرض، والالتزام بعدم التعرض يقتضي التسليم أولا. إلا أننا نرى أنه كان من الواجب على هذه القوانين بيان هذا الالتزام بيانا واضحا وبنصوص صريحة تحفظ

بعقد النشر على خلاف التشريع السابق، على خلاف نظيره الفرنسي حيث تنص المادة 132 من قانون حماية حقوق المؤلف الفرنسي على:**" يجب على المؤلف تمكين الناشر من تصنيع وتوزيع نسخ من المصنف"** لهذا يجب على المؤلف تقديم المصنف للناشر في الوقت المحدد مسبقا في عقد النشر، وفي موضوع الطبعة، وذلك يكون في الشكل الذي يسمح للناشر بطبعه بطريقة سهلة وعادية[1]، حيث نلاحظ أن المادة جاءت بطريقة غير مباشرة لإيراد حق المؤلف من المصنف من طرف المؤلف.

لكن وبالرغم من عدم ورود تعريف لالتزام المؤلف بالتسليم في قانون حماية حقوق المؤلف إلا أنه يمكننا استقاؤه من خلال النصوص القانونية من نفس القانون فقد تضمن قانون حق المؤلف الجزائري ضرورة أن يشتمل عقد النشر على مجموعة من الشروط وإلا وقع تحت طائلة البطلان، ومن بين هذه الشروط تحديد الشكل الذي يجب أن يسلم فيه المصنف إلى الناشر وميعاد هذا التسليم، حيث ويقصد بالتسليم في عقد النشر أن يقوم المؤلف أو أصحاب الحقوق بإعطاء المصنف إلى الناشر على وجه يمكنه من طبعه ونشره دون عائق[2].

والتسليم نوعان :

الأول: تسليم حقيقي ويكون بنقل حيازة المصنف من المؤلف إلى الناشر أو وكيله أو نائبه.

الثاني: تسليم حكمي وصورته أن يكون المصنف المراد نشره في حيازة الناشر بمقتضى عقد نشر سابق، او على سبيل الإعارة، أو العارية فالتسليم هنا لا يتطلب نقل حيازة المؤلف وإنما يكون بمجرد العقد[3].

ويلتزم المؤلف بتسليم الأصول" الدعامة" (Manuscrits) للناشر مع احتفاظه بملكيتها، وله حق استردادها بعد الفراغ من طبعها، ما لم يتفق على غير ذلك[4].

وبما أن التشريع الخاص لم يورد تعريفا لالتزام المؤلف بتسليم المصنف للناشر وجب علينا العودة إلى القواعد العامة للقانون والتي تتمثل أساسا في القانون المدني الذي يعتبر شريعة القوانين حيث عرف الالتزام بالتسليم في المادة367 من ق.م.ج على:" يتم التسليم بوضع المبيع

لطرفي العقد حقوقهم وذلك لوجود الاختلاف بين محل عقد النشر وغيره من محال العقود الأخرى مما يعطي تنفيذ الالتزام بالتسليم شكلا يختلف عن بقية العقود المالية. أنظر محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص 145.

[1] Marc autret. Le contrat d'édition (comprendre ses droits contrôle ses comptes). Et snac 2007 p.31

[2] يحي باي خديجة، مكانة عقد النشر في قانون الملكية الأدبية والفنية، مذكرة ماجستير جامعة وهران 2013، ص118 وما بعدها.

[3] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص 144.

[4] فاضلي إدريس، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ديوان المطبوعات الجامعية ، -بن عكنون- الجزائر ب.ط،2008، ص 187.

تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك.."[1]

من خلال المادة يتضح لنا بأن التسليم في القانون يرتكز على عنصرين، حيث يتمثل أولها في وضع الشيء تحت تصرف صاحب الحق وثانيا أن يتم إعلامه بوضع ذلك الشيء تحت تصرفه.

ومن الممكن تعريف الالتزام بالتسليم بأنه:" وضع المصنف تحت تصرف الناشر ليستوفي منه عدد النسخ المتفق على طبعها، دون عائق يعوقه عن هذا الاستيفاء".

وليس هناك إلزام على المؤلف بتسليم أصول المصنف، فمن الممكن أن استيفاء قدر المنفعة من صورة مطابقة للأصل، وتكون نفقات هذه الصورة على عاتق المؤلف لأنه الملتزم بالتمكين من استيفاء المنفعة(....) وإذا سلم المؤلف أصول المصنف كان الناشر ملزما برد هذه الأصول بعد انتهائه من عملية الطباعة. ويظل أمينا عليها طوال فترة الطباعة لأنها عنده كالوديعة[2].

يقول الدكتور السنهوري في هذا الصدد: على المؤلف أن يسلم الناشر المصنف محل النشر، ولا يشترط تسليم أصول المصنف، وإنما يكفي تسليم نسخة طبق الأصل من هذه الأصول، وأصول المصنف تدخل في ملكية المؤلف الخاصة وتنتقل هذه الملكية إلى الورثة، فإذا قام المؤلف أو خلفه بتسليم أصول المصنف إلى الناشر، فيكون لهم الحق باسترداد أصول المصنف من الناشر شريطة نسخ صورة طبق الأصل من المصنف، و تسليمها للناشر وعلى نفقة المؤلف أو خلفه[3].

ثانيا: زمن التسليم:

إن التسليم لا يكفي لوحده ليعتبر المؤلف بأنه قد أوفى بالتزامه، لكن يجب عليه أن يقوم بتسليم

المصنف إلى الناشر في الوقت المتفق عليه بينهما، فإذا كان عقد النشر منجزا وجب التسليم بعد العقد مباشرة، وإذا كان مضافا إلى أجل وجب التسليم في الوقت الذي أضيف إليه العقد[4].

وقد اجتمعت كلمة الفقه القانوني على وجوب تنفيذ هذا الالتزام مستهدية في ذلك بظروف الحال.

إلا ان وجوب التسليم في الوقت المتفق عليه قد تعترضه بعض الصعوبات، فقد يستعمل المؤلف حقه الأدبي في تقرير نشر مصنفه ويمتنع عن التسليم بحجة أنه أصبح غير راض عما ضمنه

---

[1] القانون المدني الجزائري –مرجع سابق- المادة 367 فقرة 1.
[2] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص146.
[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة -1989ص421
[4] محمود علي عبد الجواد -المرجع نفسه-، ص 149.

من أفكار، أو أنه لم يتمه بعد، وهو ما يعرف بالتنازع بين الحق الأدبي في تقرير النشر والقوة الملزمة لعقد النشر[1]..

حيث أن لعقد النشر خصوصية فيما يتعلق بامتيازات الحق الأدبي للمؤلف إذ لا يستطيع الناشر إلزام المؤلف بتسليم مصنفه له، ذلك أن الحق في النشر أي الحق في تقرير النشر هو من الحقوق الأدبية للمؤلف[2].

ولما كنا نعترف للمؤلف بحقه في تقرير نشر مصنفه، فهل يمكن إجباره على تسليم المصنف للناشر للإجابة على هذا التساؤل يجب التمييز بين أربعة فروض:

الفرض الأول: أن تحول قوة قاهرة دون أن يبدأ المؤلف العمل أو دون أن يتمه، وعلى المؤلف إثبات القوة القاهرة ليتسنى له التحلل من التزامه طبقا للقواعد العامة ولا يكون مسؤولا حتى عن التعويض.

الفرض الثاني: حالة المؤلف الذي يبدأ في عمل المصنف لكنه لا يتمه أو ينتهي من عمله ولكنه يمتنع عن تسليمه للناشر المتعاقد معه لأسباب يقدرها لوحده، وفي هذه الحالة يذهب الفقه والقضاء الفرنسي، وغالبية الفقه المصري، إلى ان من حق المؤلف الامتناع عن تسليم مصنفه الذي تعهد بتسليمه وعدم إجباره على التسليم احتراما لحقه الأدبي، ولأن إجبار المؤلف على الإبداع الذهني فيه إنكار لطبيعة الإبداع نفسه الذي يعتمد على الظروف النفسية والفكرية والمادية التي يمر بها المؤلف والتي تساعده على القيام بهذه العملية في الوقت الذي يريده، إلا أن ذلك لا يعني عدم التزام المؤلف بأي شيء تجاه الناشر، بل يلتزم بتعويض الضرر الذي يلحق بالناشر جراء امتناعه عن تسليم المصنف.

الفرض الثالث: حالة المؤلف الذي يسيء استعمال حقه في نشر مصنفه، كما لو كان الامتناع عن التسليم بسبب الغش كأن يتعاقد المؤلف مع ناشر يتنازل له عن حقوق النشر، ثم يتعاقد مع ناشر سيء النية، فعندئذ يكون للقضاء سلطة في إبطال العقد مع الناشر الثاني متى ثبت أن المؤلف أعطاه الإذن بطبع المصنف وهو دليل على أن المصنف قد تم إعداده للطبع وهذا يدل على سوء نية المؤلف، وهناك من يعطي الحق للناشر الأول أن ينتزع العمل من يد الناشر الثاني وبعد التنفيذ العيني في هذه الحالة خير تعويض عن اساءة المؤلف استعمال حقه وتواطؤه مع الناشر الأخير[3].

الفرض الرابع: حالة الامتناع عن التسليم لحين استيفاء الأجر فالأصل أن يتفق طرفا عقد النشر على الوقت الذي يدفع فيه الأجر فقد يتفقان على وجوب تعجيل الأجر أو على وجوب

---

[1] محمود علي عبد الجواد- مرجع سابق- ص 150

[2] أبو هزيم، محمد عبدالله ، الضمان في عقد البيع، عمان، دار الفيحاء، ط1 1986،ص 39

[3] عبد المهدي كاظم ناصر، آثار عقد النشر، كلية القانون، جامعة القادسية ص2

تأجيله(.....) أما إذا كان عقد النشر خاليا من بيان الوقت الذي يتم فيه دفع الأجر[1]، وجب العودة إلى القانون الذي ينظم العلاقة بين الناشر والمؤلف لتحديد رأي المشرع في ذلك.

ثالثا: توابع الالتزام بالتسليم:

يتبع الالتزام بالتسليم التزام ناتج عن هذا الأخير والتي يتمثل أساسا في تصحيح تجارب الطباعة، والمؤلف –وكما أسلفنا القول- ملزم بكل ما يتطلبه تمكين الناشر من الانتفاع بالعين، ولا شك أن ترك المصنف دون تصويب للأخطاء التي تقع عادة في مرحلة الطباعة يؤثر على حجم مبيعاته وبالتالي يؤدي إلى الإضرار بالناشر وإلى عدم انتفاعه بالمصنف على الوجه الأكمل[2].

حيث يلتزم المؤلف- بل إن هذا هو أيضا حق له- بأن يصحح تجارب مؤلفه عند طبعه، فيقوم بتصحيح التجارب في الميعاد المألوف، ويشمل التصحيح الأخطاء المادية التي تقع عند الطبع، وقد جرت العادة بأن يسمح للمؤلف بإدخال تعديلات يسيرة، عند تصحيح التجارب، على مؤلفه بالتغيير أو بالزيادة أو بالحذف، وتسمى هذه بتصحيحات المؤلف(corrections d'auteur)، وتكون عادة على نفقة الناشر[3].

والمؤلف يعتبر بقوة القانون ملزما بتصويب تجارب الطبع التي تقدم إليه من طرف الناشر وإعادتها إليه بعد مدة مناسبة، وهذا الالتزام وإن مثل عبئا على عاتق المؤلف إلا أنه في نفس الوقت حق له، ولا يجوز للمؤلف أن يدخل تعديلات جوهرية من شأنها الإضرار بمصلحة الناشر، ومن أمثلة هذه التعديلات تغيير خطة الكتاب، او إضافة بعض الفقرات الطويلة على موضوعات أو إضافة بعض الرسومات أو الخرائط أو الجداول وغير ذلك من التعديلات التي يترتب عليها زيادة تكاليف طباعة المصنف[4].

الفرع الثاني: الالتزام التعرض:

أولا: مضمون التعرض:

[1] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- 186
[2] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص 189.
[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مج1 ج7(العقود الواردة على العمل)، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ب.ط 1964، ص435 وما بعدها.
[4] محمود علي عبد الحواد -نفس المرجع- ص192.

بالرغم من بسط المشرع لحرية تكاد تكون مطلقة للمؤلف في التصرف بمصنفه، إلا أن حريته في التصرف بمصنفه ليست مطلقة كما ذكرنا، فـهو حين يتعاقد على نشر مصنفه تتحدد هذه الحرية بقيود تحكمها القواعد العامة في المسؤولية العقدية، التي تحدد الإطار العام لـهذه الحرية، بالإضافة إلى ما تضمنته الأحكام الخاصة الواردة في القوانين المتعلقة بحقوق المؤلف . و أهم الالتزامات التي تحددها القواعد العامة في المسؤولية العقدية على عاتق المؤلف، هو التزام المؤلف بالمواصفات أو واجب الضمان، الذي يقضي بالامتناع عن القيام بكل ما من شأنه الإضرار بالناشر ومزاحمته[1].

إن قوانين حق المؤلف المختلفة تعرضت في معظمها لضمان المؤلف تجاه الناشر بضمان التعرض، ولقد فسر الفقهاء هذا الضمان بأن المؤلف ملزم بمقتضى عقد النشر ان يمتنع عن أي عمل شخصي يتعارض مع حق الناشر في استغلال المصنف المتعاقد على نشره كما لو قام بطبع المصنف على نفقته الخاصة، أو عهد به إلى ناشر آخر وكذلك يضمن المؤلف كل تعرض للناشر يكون صادرا من الغير ويكون للمؤلف دخل فيه والمؤلف في الحالتين ملزم بإزالة أسباب التعرض[2].

ثانيا: جزاء التعرض:

لا يجوز للمؤلف، بعد أن يتفق مع الناشر على نشر كتاب له، أن يقوم هو بنشر الكتاب بنفسه أو بواسطة ناشر آخر، فينافس بذلك الناشر الأول منافسة غير مشروعة، وإذا فعل جاز للناشر الأول أن يطلب الحكم بمصادرة نسخ الكتاب التي قام بنشرها المؤلف أو الناشر الآخر، مع الحكم بالتعويض على كل منهما، على المؤلف بموجب المسؤولية العقدية، وعلى الناشر الآخر بموجب المسؤولية التقصيرية إذا كان يعلم أن الكتاب سبق أن اتفق الكاتب مع الناشر الأول على نشره، كذلك لا يجوز للمؤلف، بدعوى أنه ينشر الكتاب في مجلة أو جريدة تباعا في أعداد متعاقبة إذا كان ذلك مسموحا له به في عقد النشر، أن ينشر الكتاب كله في عدد واحد من المجلة أو الجريدة أو في عددين متواليين، فإن هذا يكون بمثابة نشر كامل الكتاب يتعارض مع حقوق النشر[3].

وقد يكون تصرف المؤلف في حقوق النشر مرة ثانية سببه إهمال الناشر الأول، وعدم تنفيذه لالتزامه بالنشر على الوجه المتفق عليه في العقد، فـهنا يتم التفريق بين حالتين: الأولى إذا كان الناشر سيء النية، وكان الإهمال ظاهراً، وكان قصد الناشر واضحاً في تعمده تعطيل نشر المصنف، فإن للمؤلف التصرف في حقوق النشر دون انتظار حكم المحكمة

[1] بلقاضي ، عبد الحفيظ ، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جزائياً ، دراسة تحليلية نقدية ، دار الأمان للنشر والتوزيع، المغرب –الرباط، 1996ص. 206.

[2] محمود علي عبد الجواد –مرجع سابق- ص 205 وما بعدها.

[3] عبد الرزاق السنهوريٍ، الوسيط في شرح القانون المدني مج1 ج7-مرجع سابق- ص336

بالفسخ؛ والثانية أن يكون هناك سبباً مشروعاً للناشر، منعه من تنفيذ التزامه بالنشر في الوقت المحدد، فإن القواعد العامة في العقود تقضي بإعذار المتعاقد الذي لم يقم بتنفيذ التزامه بموجب العقد، فإذا لم ينفذ التزامه خول مهلة اعذار، فللطرف الآخر طلب الفسخ والتعويض.
وإلى جانب التزام المؤلف بعدم تعرضه الشخصي، فإنه يتفرع عن التزام المؤلف بالضمان كذلك، ضمان تعرض الغير القانوني .فعلى المؤلف أن يرد عن الناشر الذي تعاقد معه إدعاء الغير بأن المصنف محل النشر مسروقاً منه، أو تضمن المصنف مساساً بحقوق الغير، كأن تضمن ذماً وقدحاً للغير يوجب المسؤولية الجزائية على الناشر إذا نفذ التزامه بالنشر، أو تضمن المصنف انتهاكاً لحرمة أسرار الغير .فإذا لم يتمكن المؤلف من دفع إدعاء الغير فإن للناشر أن يرجع عليه وفق أحكام المسؤولية العقدية[1].

[1] عبد الرحيم أحمد فلاح الحسبان، النظام القانوني لعقد النشر(دراسة مقارنة) مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت . الأردن 2008 ، ص85.

الفصل الثاني:

الاختلال العقدي في عقد النشر

الفصل الثاني: الاختلال العقدي في عقد النشر

بعدما تعرضنا في الفصل الأول لمفهوم عقد النشر في مختلف مصادر التعريف من معاجم اللغة العربية إلى المفهوم الفقهي ثم التشريع، وبعدها تعرفنا على آثار عقد النشر حيث عرضنا التزامات كل من الناشر والمؤلف حيث في مادام كل طرف ملتزما بحقوق الآخر كل ما حقق ذلك توازن العلاقة العقدية، لكن يمكن أن تختل هذه العلاقة في بعض الاحيان لعدة أسباب منها الشروط التعسفية التي يتضمنها هذا العقد.

سنتعرض في هذا الفصل إلى مفهوم الشروط التعسفية بتعريفها التشريعي والفقهي ثم سننتقل إلى معايير تحديد الشروط التعسفية ثم سننتقل إلى الشروط التعسفية في عقد النشر وكيفية تحديدها ثم سنتعرف إلى السياسة التشريعية في محاربة الشروذ التعسفية.

المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية

إن المتعاقد في عقد الإذعان لاسيما الطرف المذعن هو دائما وأبدا ما يكون الطرف الضعيف أو الشخص الذي يرضى بشروط لم يتم التفاوض عليها, حيث يقوم بالموافقة على شروط قد أعدت له مسبقا من طرف صاحب العقد أو يمكن تسميته الطرف القوي في العقد، ومتى كان التفاوض على شروط العقد منعدما في عقد الإذعان والذي يندرج عقد النشر بين طياته يمكن أن يتضمن العقد شروطا قد لا تكون عادلة أو مرهقة للطرف المذعن ويمكن أن تكون تعسفية وهي موضوع مبحثنا هذا حيث ولا بد من من التعرف على مفهوم تلكم الشروط حتى يتسنى لنا تمييزها عن الشروط الأخرى العادلة منها حيث سنتطرق إلى تعريفها تعريفا فقهيا حيث نبرز رأي أهم الفقهاء في ذلك ثم سنتطرق إلى رأي المشرع وهو الأهم في موضوع دراستنا ثم

سنتطرق إلى الشروط التعسفية ضمن مختلف التشريعات المختصة في حماية المؤلف حيث سنتطرق إلى قانون 04/02 الخاص بحصر الممارسات التعاقدية التعسفية ثم سنعرج إلى قانون حماية المستهلك حيث يعتبر المؤلف في عقد النشر هو المستهلك.

المطلب الاول: تعريف الشروط التعسفية:

الفرع الأول: التعريف الفقهي للشروط التعسفية:

لقد عرف جانب من الفقه الشرط التعسفي بأنه:" شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول او الرفض وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد ثم كانت آثرا من آثاره.

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه:" الشروط التي يوردها المحترف عادة في العقود التي يبرمها مع الطرف غير المحترف الذي لا توجد لديه خبرة كافية ويهدف من خلالها إلى ترتيب التزامات عقدية على النحو الذي تتحقق معه أكبر مصلحة له ولو كان على حساب الطرف الآخر". كما يذهب جانب من الفقه إلى وصف الشرط التعسفي بأنه:" مجموعة من الشروط التي تؤدي إلى الإضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف". ويعرفه الفقه الفرنسي بأنه:" الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح هذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر"، كما عرفه البعض بأنه:" الشروط التي تفرض على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير للسلطة الاقتصادية بغرض الحصول على الميزة المجحفة فهو الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذي النفوذ الاقتصادي القوي والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"[1].

من خلال التعريفات السابقة نستنتج بأن التعريف الفقهي للشروط التعسفية يعتمد على ثلاث جوانب أو صور وهاته الصور هي كالآتي: من حيث أطراف العلاقة العقدية ومن حيث أثره على توازن العلاقة العقدية ومن حيث نوع الشروط وسنتناول كل عنصر تاليا بشكل مستقل.

أولا: من حيث أطراف العلاقة العقدية .

يمكن تعريف الشرط التعسفي اعتمادا على أطراف العقد الاستهلاكي بأنه " ذلك الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المتدخل الاقتصادي نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير، لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة ".

[1] زوليخة .بن طاية/ حورية .لشهب، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ع1 2020 . مج07 . ص316.

وفي تعريف أخر فالشرط التعسفي هو "ذلك الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"

حيث يتعلق الأمر بشرط أدرج في العقود المبرمة بين المحترفين، وغير المحترفين أو المستهلكين، وفي نماذج الاتفاقيات التي اعتاد المحترفون عرضها على غير المحترفين أو المستهلكين.

وقد آثار قانون 1978 مشكلة تحديد مفهوم كل من المحترف وغير المحترف أو المستهلك. فأما تحديد مفهوم المحترف فما كان ليطرح كبير صعوبة[1]: بوصفه ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتصرف في إطار اعتيادي ومنظم لنشاطات: الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات[2].

ولكن أكبر عقبة واجهها الفقه هو تحديده لمفهوم المستهلك أو غير المحترف مما أدى إلى وجود ثلاث اتجاهات بين موسع ومضيق. والراجح هو الاتجاه الوسيط الذي يرى أن المستهلك الذي ينبغي أن يستفيد من القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية، هو ذلك الشخص الذي يحصل على مال أو خدمة لغير الاستعمال المهني، أي يتعاقد من أجل حاجته الشخصية أو العائلية.

وقد ثار الإشكال بشأن تحديد معنى المستهلك فيما يعرف بالاستعمال المختلط، أي فيما يتعلق بالأشخاص الذين يتصرفون لأغراض مهنية، ولكن خارج اختصاصهم المهني كالطبيب أو المحامي يستعمل سيارته لأغراض مهنته كما يستعملها لحاجاته الشخصية. وهذه المسألة لم تثر فقط بشأن الشروط التعسفية، وإنما مسألة عامة والتي بناء عليها يتحدد نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك[3].

ثانيا: تعريف الشروط التعسفية من حيث أثره على توازن العلاقة العقدية:

يمكن تعريف الشرط التعسفي اعتمادا على الأثر الذي يحدثه على مستوى توازن العلاقة العقدية على النحو التالي"هو الشرط الذي يرد في العقد الاستهلاكي، ويترتب عليه عدم توازن واضح و ممقوت بين حقوق والتزامات كل من المتدخل الاقتصادي والمستهلك، والمترتبة على تعسف المتدخل الاقتصادي في استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك"،وما يمكن أن نستخلصه من هذين التعريفين : هو أن السبب من وراء وجود شروط تعسفية يعود في الأساس إلى نتيجة تعسف أحد المتعاقدين على الآخر في استعمال تفوقه الناتج عن عدم التكافؤ في المراكز التعاقدية ، ولا يهم طبيعة هذا

[1] يجدر الإشارة إلى وجود خطأ مطبعي كبير صعوبة بدل صعوبة كبيرة.
[2] بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود. دار الفجر للنشر والتوزيع. القاهرة ط1 2007.ص24
3 محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، بيروت، دون رقم الطباعة ، 2003 .ص 49

التفوق سواء كان اقتصاديا أو فنيا أو قانونيا أو ثقافيا أو اجتماعيا أو غير ذلك مما يؤثر على حقوق والتزامات أطراف العقد، فيؤدي بالتالي إلى حدوث اختلال ظاهر وممقوت في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطرافه، وهذا الأثر عموما يظهر في الميزة المفرطة أو الفاحشة التي تعود لصالح أحد المتعاقدين على حساب الآخر[1].

...والشروط المقصودة هي تلك الشروط التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق- على حساب غير المحترف أو المستهلك- عدم توازن ذو دلالة بين الحقوق بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

ويبدو واضحا أن المادة: 132-5/1 من ق.ا تذهب إلى أن الطابع التعسفي للشرط يقدر بالاستناد – وقت إبرام العقد- إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذلك بالنسبة للشروط الأخرى للعقد، وأن يقدر بالرجوع إلى الشروط التي قد يتضمنها عقد آر عندما يكوم إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما قانونا للآخر كما هو الحال بالنسبة للقرض المرتبط بالبيع. وغذى تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لعقد معين سبق إبرامه، فإن ذلك يتم استنادا لمعيار شخصي inconcereto، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظروف إبرام العقد.

أما غذا وقع التقدير على الطابع التعسفي لشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين ، فإنه ولاشك يتم بطريقة مجردة inabstracto بالرجوع إلى مستهلك متوسط وفي ظل ظروف عادية[2].

ثالثا: تعريف الشروط التعسفية من خلال نوع الشروط:

إن النظام الذي جاء به قانون الاستهلاك يطبق على جميع الشروط التعاقدية، مادامت مكتوبة، ولا يهم الركيزة التي تظهر عليها. فقد تظهر مثلا في: وصل طلب شراء أو الفواتير، أو وصل الضمان، أو وصل التسليم او التذاكر او لوحة أو لافتة.

كما لا يهم أيضا طبيعة الشروط فيجوز أن تتناول كيفيات دفع الثمن او تسليم الشيء، أو عبئ المخاطر أو مدى المسؤولية أو الضمان وذا شروط التنفيذ والفسخ..... وهكذا فإن قائمة الشروط ليست محددة على سبيل الحصر. كما لا يهم أيضا القانون الواجب التطبيق على العقد.

[1] مولاي عبد الله، حسينة مباركة. حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر جامعة أحمد دراية، أدرار. 2015/2014 ص40.

[2] بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود -مرجع سابق- ص 30،29

ويتضح من نصوص قانون الاستهلاك، ان النظام المأخوذ به، وضع أساسا للشروط التي تتضمنها" الشروط العامة" المعدة سلفا، والتي لا تكون موضوع تفاوض وبالتالي فإذا كان هناك شرط محل المفاوضة، فإنه نادرا ما يقضى باعتباره تعسفيا.

وإذ كان يستخلص من النصوص القانونية أن قانون الاستهلاك لا يسري إلا على الشروط ذات الطبيعة التعاقدية، إلا ان ذلك لا بمنع من وجود شروط في بعض العقود أصبحت إلزامية بموجب قانون أو تنظيم.....[1]

كما هو الحال في عقد النشر حيث يعد بعض الناشرين قائمة من العقود في مجلها تعسفية حيث يسعى الناشر إلى الحصول على وضع مميز من خلال سنه لبعض الشروط في العقد حيث يرغم المؤلف على القبول بها –بشكل غير مباشر- بغية نشر مؤلفه والاستفادة من ثماره، حيث تكون هذه الشروط غير مناسبة للمؤلف بسبب عدم التوازن العقدي الذي أنشأه الناشر من خلال تلك الشروط، وفي حالة عدم القبول يتم رفض مؤلفه ورفض نشره فيضطر المؤلف إلى القبول بتلك الشروط نظرا لحاجته المادية أو نظرا لافتقاره للخبرة أو الدراية الاقتصادية والفنية.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للشروط التعسفية:

كما هو الحال بالنسبة للفقه فإن للمشرع أيضا حصته في تعريف الشروط التعسفية، فالمشرع أحيانا شأنه شأن الفقه يقدم لنا بعض التعريفات في ما يخص بعض المسائل، و سنعرج في هذا الفرع الى ما قدمه لنا التشريع من تعريفات ، وسنستهل ذلك أولا بالتعريفات الواردة في التشريعات المقارنة ثم سنعرج إلى التشريع الجزائري وهو محل دراستنا .

أولا: تعريف الشرط التعسفي في التشريعات المقارنة:

تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوروبية التي سارعت إلى إصدار قانون في هذا المجال .....حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة، كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير بعض الشروط ومن ثم الحكم ببطلانها، وكان رائد المشرع الألماني في ذلك كما يقول الأستاذ:B.Stauder تحقيق التوازن العقدي الذي قد تخل به الشروط العامة، والتي عرفتها المادة الأولى من القانون السابق2، بأنها تلك الشروط التي تصاغ في عديد من العقود، والتي

[1] بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود - المرجع سابق-، ص 28.

[2] القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1976
والجذير بالذكر أن هذا القانون قد أورد الشروط التعسفية على سبيل الحصر حيث قام بتقسيمها غلى نصفين على أساس قابلية تقويمها من عدمه ضمن قائمتين أطلق على الأولى القائمة السوداء حيث تعتبر هاته الشروط باطلة بقوة القانون أما الثانية فهي القائمة الرمادية حيث أعطي للقاضي سلطة رقابية في تقويم الشرط أو استبعاده (إبطاله)

يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعامل الآخر أثناء إبرام العقد. وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه، دونما اعتباره لموادها ولا الشكل الذي ترد فيه1.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي قد أشار إلى تعريف الشرط التعسفي بأنه : ذلك الشرط الذي يفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة وذلك من خلال المادة 1/35من القانون الفرنسي المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين في نطاق بعض عمليات الائتمان ،أي متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر، والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة إذاً فهو شرطاً تعسفياً.

أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لسنة 1995 بموجب الفقرة الأولى من المادة 132 – 1 من القانون رقم 95 - 96 المتعلق بحماية المستهلك والتي نصت على أنه "في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلك، أو إحداث عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"2.

الملاحظ من خلال تعريف المشرع الفرنسي أنه لم يستثني فئة من نطاق العقود التي ترد فيها شروط تعسفية حيث ذكرهم على سبيل الحصر

إلا أن الأجدر أن أنواع التعاملات التعاقدية وليس أنواع المتعاقدين حيث أنه وضع فراغا من خلال هاته الهفوة من خلال عدم ذكره لأنواع التعاملات التعاقدية وتركه المجال مفتوحا وأتاح للقاضي السلطة التقديرية لمعرفة ما إذا كان الشرط تعسفيا من عدمه.

ثانيا: تعريف المشرع الجزائري للشروط التعسفية:

بعدما تعرفنا على التعرف التشريعي للشرط التعسفي ضمن بعض التشريعات الأجنبية كان ولا بد أن نتطرق إلى تعريف المشرع الجزائري لتلك الشروط.

نلاحظ من أن المشرع لم يورد تعريف للشروط التعسفية في القانون المدني والذي يعتبر الشريعة العامة للقانون إلا أنه قد أجاز للقاضي تعديل أو إلغاء الشروط التي من الممكن أن تكون مجحفة في حق أحد أطراف العقد حسب نص المادة 110 من القانون المدني حيث تنص على:" إذا تم العقد عن طريق الإذعان وكان يتضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو ان يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

[1] بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود -مرجع سابق- ص 17.18.
[2] مولاي عبد الله، حسينة مباركة –مرجع سابق- ص35

، بينما إذا تم الرجوع إلى المادة الثالثة من قانون الممارسات التجارية 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر ، فإن المشرع قد جاء بهذا التعريف في الفقرة الخامسة منها بنصها على أنه يعتبر " **شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شانه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد** " وكذلك ما ورد من شروط تعسفية في الفقرات الثمانية من المادة 29 من نفس القانون، فالمشرع الجزائري ركز على الإخلال الظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد بالنظر للميزة القاصرة على المورد..، كما يتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري حدد موضوع الحماية بشكل واضح ودقيق لأجل ارساء حماية المستهلك

كما صنف المشرع الجزائري من خلال المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية السابق الذكر، وبهذا نجد أن المشرع الجزائري أزال الكثير من اللبس و التساؤلات التي أبديت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب حماية المستهلك منها، والمعايير اللازم توافرها كي يوصف الشرط بأنه تعسفي ، أما من يقرر ما إذا كان البند تعسفيا أم لا فالمشرع الجزائري وبموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين السابق الذكر ،فإن المشرع أوكل ذلك للجنة البنود التعسفية و التي تتمثل من ممثل عن وزارة التجارة و ممثل عن وزارة العدل و ممثل عن مجلس المنافسة و ممثلين من المتدخلين الاقتصاديين و ممثلين من جمعيات حماية المستهلكين[1]

المطلب الثاني: معايير الشرط التعسفي:

بعدما حصرنا تعريفا للشرط التعسفي في ما سبق حيث تعرفنا على تعريفه ضمن مختلف أصناف مصادر القانون، سنتناول في هذا المطلب جزء لا يتجزأ مما سبق، ألا وهو المعايير المعتمد عليها لاستنباط الشروط التعسفية واعتبارها شرطا تعسفيا يمكن للقاضي من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له بقوة القانون ابعاده أو تعديله مما يحقق التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

من خلا ل دراستنا لهذا الموضوع نلاحظ بأن أغلب الفقهاء يتفقون على ثلاثة معايير تتوفر في أي شرط تعسفي وهي ثلاثة معايير سنذكرها بالتفصيل لكل منها وآراء الفقهاء فيها وهذه المعايير تتمثل في: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، معيار الميزة المجحفة، معيار الاختلال بين التزامات أطراف العقد

[1] صادق عبد القادر ،عبد الوافي عز الدين ، في حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، مداخلة في ملتقى الوطني حول حماية المستهلك " الواقع والنصوص"، جامعة ادرار ، 2014،ص15ومايليها.

الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

يقصد بهذا المعيار التعسف الذي يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام لعدم الأمانة لذلك وصفه بعض الفقهاء بأنه تعسف في الموقف تمييزا له عن التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة، وهو الذي يعني تزاوج الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية، ويبدو ذلك منطقيا في ضوء مت تشهده معاملات الوقت الحاضر من التفوق المهني اقتصاديا وعالميا بالمقارنة بالمستهلك وهو الأمر الذي تتضح معه مظاهر استغلال الأول لحاجة الثاني للسلعة أو الخدمة، وبالتالي إمكانية فرض شروط على، وهو الذي لا يملك حيالها إلا قبول التعاقد أو رفضه أن تتوافر لديه أي إمكانيات حقيقية للمناقشة و ما يؤدي إليه ذلك-يقينا- من انعدام المقدرة على الاختيار[1].

يجب الاعتراف –مع البعض- أن هذا المعيار يتسم بالغموض وعدم الدقة très vague et imprècis ذلك أن المحترف يستخدم قوته الاقتصادية من اجل الحصول على الميزة المفرطة. غير ان القوة الاقتصادية ليست صفة ملازمة للمشروعات الكبرى والقوية اقتصاديا. فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة، مادام بإمكان تاجر صغير أن يتمتع باحتكار محل يماثل مشروعا وطنيا.

وأمام هذا الغموض حاول افقه البحث عن المقومات والعناصر التي تكشف عن القوة الاقتصادية للمحترف.

- فذهب رأي أول إلى ان المؤشر على السلطة أو القوة الاقتصادية للمحترف يتجلى منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم، وهو كاف لاعتبار هذا الشرط باطلا.
- وذهب رأي ثاني إلى ان التعسف يتأتى من الوضع المسيطر، والذي ينجر بدوره من حصول المحترف على شروط ملائمة له بصورة مبالغ فيها، لأن التعسف في استخدام السلطة الاقتصادية في نطاق المنافسة يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة.

- وذهب رأي ثالث إلى التشكيك في جدوى هذا المعيار، على أساس أن السيطرة الفنية والتقنية هبي الي تسمح للمحترف من فرض الشروط التعسفية على المستهلك.
وانتهى هذا الرأي إلى عدم جدوى معيار القوة الاقتصادية، أخذا على المشرع الفرنسي اختيار هذا المعيار[2].

[1] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008 ص 404.
[2] بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود –مرجع سابق- ص 128،129.

في حين ذهب البعض غلى ان النفوذ الاقتصادي يقوم متى كان المهني في وضعية هيمنة على السوق، وبحسب المادة 03من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة فإن وضعية الهيمنة في الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها[1].

الفرع الثاني: معيار الميزة المفرطة:

ذهب المشرع الفرنسي إلى وضع تعريف للتعسف من خلال ما يحصل عليه المحترف من نتيجة، بحيث لا يعتبر الشرط تعسفيا إلا إذا منح هذا الأخير ميزة فاحشة. ولم يحدد المشرع رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا معينا. وعلى ذلك فإن هذا المعيار لا يصلح وحده لاعتبار الشرط تعسفيا، نظرا لعدم وضوحه وعدم تحديده برقم معين[2].

وتقترب لفكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين .

وإن كانا يختلفان من حيث محل التعسف، حيث ينصب في الغبن على الثمن أما في الشروط التعسفية فينصب التعسف على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد[3].

قد يثور التساؤل حول الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد فهل تتعلق بالثمن فقط؟ أو أنها ذات طابع غير مالي لكن الحقيقة غير ذلك ويتجلى ذلك من ناحيتين:

- فمن ناحية أولى فإن ربط الغبن بالميزة الفاحشة هو أمر لا يستساغ وذلك لاختلاف محل كل منها إذ إن محل الغبن هو الثمن بينما في الروط التعسفية ينصب على الشرو المقترنة بالعقد، فقد ذهب بعض من الفقه الفرنسي إلى أن أمر تقدير صفة تعسفية فيما يتعلق بهذا العنصر لا يجوز أن يتعلق بمحل العقد أو موضوعه الأساسي أو الثمن وإنما ذلك الذي يؤدي إلى اختلال توازن كبير بين الحقوق، والالتزامات على طرف العقد عندما يتعرض شرط ما للنقد من زاوية شكله أو أسلوبه أو ما يميزه أساسا عن الغبن، ورغم الفرق بين الغبن الذي ينصب على الثمن، والتعسف الذي ينصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد والتي هي ليست ذات طبيعة مالية، لكن المحصلة النهائية هي دائما عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات[4]

---

[1] خديجي أحمد، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، رسالة دوكتوراه. جامعة الحاج لخضر-باتنة-2016 ص 145

[2] بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود –مرجع سابق- ص 129

[3] بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للنشر الجزائر، ط1 2007 ،ص94

[4] خديجي أحمد –مرجع سابق- ص145

وقد يثور تساؤل آخر فيما يخص كيفية تقدير الميزة المفرطة ووجوب النظر غلى جميع الشروط أم لكل شرط على حدة. والراجح هو وجوب النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن العقدي. لأن الشرط إذا نظر إليه- بصفة منفردة- قد يبدو تعسفيا، إلا انه يكون مبررا إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد[1].

فالبعض يسلم في تقدير عدم التوازن إلى مجموع الشروط العقدية ذلك إن شرط ما قد ينظر إليه في حد ذاته يمكن أن يكون مفيدا لأحد الأطراف فبالتالي اعتباره شرطا تعسفيا يكون أمرا مفيدا وفي نفس العقد قد يكون ثمة شرط آخر في صالح الطرف الآخر فيما يتعلق بنقطة اخرى وذلك بالنظر إلى الحقوق والالتزامات المتقابلة فإننا لا نكون أمام تعسف والاتفاق يكون متوازن فالميزة الفاحشة أو عدم التوازن يجب أن يقدر بالنظر إلى مجموع العقد .

ويبدو ان المشرع الجزائري أخذ بمجموع العقد أي بالنظر إلى كل الشروط مجتمعة وهو ما عبر عليه الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد. ويبدو أن المشرع الجزائري قد ساير التوجه الأوروبي لسنة 1993[2].

الفرع الثالث: معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات اطراف العقد

ذكرنا سابقا بأن المشرع الفرنسي استعاض عن المعيارين السابقين بمعيار " الاخلال الظاهر بالتوازن" والذي استمده من خلال تبنيه التعليمة الاوروبية لسنة 1993.

ويرى البعض ان شيئا لم يتغير من حيث الموضوع بمعنى أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة، والذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية.

(.....) ويبدو هذا التوجه منطقيا من حيث انه لا يمكن اعتبار الشرط تعسفيا لمجرد أنه يمنح أحد أطراف العقد مزايا معينة، إذ من الممكن أن يكون هناك شرط آخر يعطي المتعاقد الثاني مزايا تعيد التوازن في العقد.

وغذا كان هذا الأمر مسلم به في حالة ما غذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة واحدة. إلا ان الصعوبة تكمن في تقدير المقابل في حالة ما إذا كانت الأداءات متقابلة من طبيعة مختلفة، كما هو الحال إذا وجد من جهة أولى شرطا يقضي بتحديد مسؤولية المحترف، من جهة أخرى يعطي المستهلك الحق في الفسخ العقد بإرادة منفردة.

[1] بودالي محمد –الشروط التعسفية في العقود –مرجع سابق- ص95.
[2] خديجي أحمد –مرجع سابق- ص 146

ومع ذلك، ليس هناك من حل آخر غير النظر للعقد باعتباره كلا لا يتجزأ، أو كيانا واحدا يتضمن العديد من الشروط. وأنه يجب النظر إلى الالتزامات المتقابلة من مجموعها من أجل اعتبار الشرط تعسفيا والتأكد من عدم وجود التوازن العقدي.

(.....) إن معيار عدم التوازن الظاهر إذا كان ترديدا لمعيار الميزة المفرطة فإنه تبني مغلف لفكرة الغبن المجرد، أي أن النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بعدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة.

غير أن معيار عدم التوازن الظاهر يختلف عن الغبن من عدة وجوه منها: عدم تحديد عدم التكافؤ برقم معين، ومن حيث عدم اقتصاره على عدم التعادل في الثمن، وامتداده لمختلف الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان. وأخيرا من حيث عدم اقتصاره –مثل الغين- على المزايا المالية، وإنما يشمل المزايا الغير مالية[1].

إن هذا المعيار يعد أمثل معيار يمكن الاستناد إليه في إطار الشروط التعسفية ذلك انه يوسع من نطاق الحماية ضد كل المهنيين حتى ولو لم تكن لديهم قوة اقتصادية، كما أنه يتجنب الانتقادات الموجهة لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، غير أن ذلك المعيار يطرح صعوبة تقنية هامة تتعلق بكيفية تقديره ، إذ اكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة 3/5 من القانون 04-02 دائما، أنها تتم إما بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة، وتتحقق تعسفية الشرط في الصورة الأولى في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة مما يجعل الإخلال ظاهرا في الحقوق والالتزامات العقدية بين أطراف العقد، والذي يظهر خصوصا في تلك البنود التي جاء النص على اعتبارها تعسفية صراحة في القانون إلا أن هذه الحالة تمثل الاستثناء ، فالقاضي في غير هذه الحالات، يتمعن في البنود بأكملها للتحقق من الإخلال الظاهر، وهو ما يمثل الصورة الثانية لكيفية تقدير الطابع التعسفي[2].

[1] بودالي محمد –مرجع سابق- ص 132 وما بعدها.

[2] عيبر مزغيش/محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، الملتقى الدولي السابع عشر حول" الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة " 2017 جامعة محمد خيضر –بسكرة- ص107

المبحث الثاني: الشروط التعسفية في عقد النشر

إن تحديد نطاق الشروط التعسفية يسهم في تعديل الالتزامات في العقود، وتفادي الخلل الذي قد يرد في بعض العقود، وتحديد النطاق يكون أولا بكيفية تحديد تلك الشروط والوسائل القانونية لإثباتها ثم بطرق معالجتها والتي تتمثل بطرقتين إما بتعديلها أو بإلغائها تماما وفي هذا المبحث سنتناول هاذه العناصر وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: النطاق القانوني للشرط التعسفي

إن الشرط التعسفي لاعتباره كذلك لابد من آليات ووسائل قانونية ينص عليها المشرع في مختلف القوانين والأنظمة، وهاته الوسائل والآليات تهدف إلى تحديد الشروط ما أذا كان فيها تعسفا لصالح طرف من اطراف العقد، بالإضافة إلى تسهيل السبل لإثباتها

ثم إن وجود أي مسألة قانونية تستدعي الحل، لابد من وسيلة أو طريقة لتحديدها أولا وحصر ثناياها بغية الانتقال إلى المراحل التالية من معالجة واصدار حكم فيها، والمشرع الجزائري قد حدد مجموعة من الوسائل من شأنها أن تساعد القضاة في تحديد الشروط التعسفية وتمييزها عن الشروط الأخرى المتوازنة، وهذه الوسائل تتمثل في: سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية ،اعتماد المشرع على نظام القائمة في تحديد الشروط التعسفية، تحديد الشروط التعسفية عن طريق لجنة الشروط التعسفية

الفرع الأول: سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية: إ

ن سلطة تحديد وإيجاد الشروط التعسفية من مسؤوليات القاضي، فالقاضي وحده يملك تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا، ولا معقب للمحكمة العليا على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتمل

المعنى الذي أخذ به ، والمشرع لم يرسم في ذلك حدودا إلا ما تقتضي العدالة لذلك.

ومن الفقه من رأى أن عدم تحديد المعايير التي تحكم الشرط التعسفي قد يؤدي إلى صعوبة في التمييز بين أنواع الشروط، ولا شيء يضمن عدم انزلاق القضاء نحو التطرف في تحديد المقصود بالشروط التعسفية .

أما عن المعيار الذي يسترشد به القاضي (مراعاة لمقتضيات العدالة) لإعمال سلطة التعديل أو إلغاء للشروط التعسفية، فقد يكون معيارا مطلقا وغامضا لاختلاف الإحساس به من شخص لآخر، بل قد يتغير باختلاف الأزمنة والأمكنة ، لذلك فإن القاضي سلجا إلى العدالة في مجال تفسير العقود الخاصة بالإذعان إذا غم عليه الأمر في بيان ما إذا كان الشرط المعروض للتفسير تعسفيا أم لا، بالنظر إلى العناصر الداخلية او الخارجية للعقد، وقد وضع المشرع هذا المعيار للاسترشاد به خشية أن يتهم القاضي بالنكول عن أداء العدالة[1].

لكن ثمة خلاف فقهي حول هذا التوسع الذي أتاحه المشرع الجزائري للقاضي حيث يرى المعارضون لهذا التوجه بأن إعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط، التعاقدية يعتبر خروجا عن حدود مهمته العادية والمألوفة والمتمثلة في تفسير العقد عن طريق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وإزالة ما تخللها من غموض أو إبهام إلى غاية تعديل الشروط التعسفية أو إلغاءها. كما يضيف أصحاب هذا الاتجاه أن توسع القاضي في تعديل الشروط التعاقدية من شأنه أن يزعزع الاستقرار الواجب توافره في المعاملات ، فعند إنشاء العقد يعرف كل طرف من البداية الآثار التي سينتجها العقد وحقوقه وواجباته ، وعليه إذا ما تدخل القاضي لتعديل هذه الحقوق والواجبات ، فان ذلك يؤدي إلى اضطراب المعاملات[2]

الفرع الثاني: اعتماد المشرع الجزائري على نظام القائمة في تحديد الشروط التعسفية

[1] نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الإجتماعية مج17-ع01،2020. ص156

2 عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، موسوعة القانون المدني المصري ، القاهرة ، طبعة 2122 ، ص 122و122 . خالد محمد السباتين ، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القدس ، فلسطين ، ص 212و 212.

إن المشرع الجزائري حدى حذو المشرع الفرنسي في تحديد الشروط التعسفية حيث نص عليها بالاعتماد على أسلوب القائمة[1]، يمكن للقاضي الاسترشاد بما جاء به المشرع الجزائري في القانون 02-04 بحيث يعتبر هذا القانون بالنسبة لأغلب الفقهاء اللبنة الأساسية في بيان الشروط التعسفية.

حيث نص عليها المشرع بشكل بياني لا حصري، حيث ذهب في نص المادة 29 من القانون 04-02 إلى ذكر ثمانية أنواع من الشروط التي اعتبرها تعسفية وذلك في العقود بين المستهلك والبائع، حيث تنص المادة على:" **تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الاخير:**

1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

والجذير بالذكر بأن هذا النوع من الشروط قد يرد في العديد من العقود غير عقود الاستهلاك وعقود الإذعان، كما هو الحال بالنسبة لعقود النشر فحسب دراستنا لمجموعة من العقود فإننا نلاحظ وجود بعض من هذه البنود يندرج تحت هذا النوع الذي ذكره المشرع في الفقرة السابقة.

حيث يأخذ الناشرون الحق الحصري في طبع عدد النسخ التي أراد هو من خلال بعض البنود في العقد الذي أعده الناشر أو دار النشر مسبقا حيث ينص بند على:" تعهد الفريق الأول بإعطاء الفريق الثاني الحق الحصري بطبع ونشر وتوزيع الكتاب ....."[2]

في حين أن الناشر لا يقدم نفس الحق للناشر حيث يسلبه جزءا كبيرا من حقه المالين حيث وفي بعض الأحيان يسلبه بشكل كلي ويقدم له مقابله نسخا من الكتاب كمقابل مادي مقابل التنازل عن حق طبع ونشر وتوزيع الكتاب أو المؤلف:" حددت حقوق بيع الكتاب مقابل 80 نسخة من الكتاب تسلم إلى الفريق الثاني في.... ولا يحق للفريق الثاني مطالبة الفريق الأول بأي مبلغ مالي"[3]

حيث نلاحظ من خلال البند السابق سلب المؤلف حق المطالبة بحقه المالي في حين أن الناشر قد استوفى كامل حقوقه.

[1] **نظام القائمة** من أهم الأساليب التي يتبناها المشرع عند وضع تقنين خاص لقانون الاستهلاك، ويتمثل أسلوب القائمة في إعداد قوائم تتضمن تعدادا للشروط التي تعتبر شروطا تعسفية ويقوم هذا الأسلوب على افتراض الطابع التعسفي في الشروط المدرجة بالقائمة، وهذا الافتراض قد يكون بسيطا يجوز نفيه وقد يكون قطعيا بحيث لا يجوز دحضه

[2] انظر الملحق 1 ص 2.

[3] الملحق نفسه ص1.

2- **فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى اراد.**

حيث أن هذا النوع من الشروط أيضا يرد في عقود النشر، حيث ورد في أغلب العقود الآنفة الذكر شرطا ينص على إلزام المؤلف بتعويض كافة التكاليف للناشر في حالة ما صدر حكم قضائي يقضي بسحب المصنف من الأسواق لأي سبب من الأسباب:" يتحمل الفريق الثاني بكافة التكاليف التي أنفقها الفريق الأول في حال مصادرة نسخ الكتب أو صدور أمر من القضاء بسحبها من الأسواق لأي سبب من الأسباب"[1] حيث نلاحظ من خلال هذا الشرط بأن الناشر قد ألزم الناشر بالتزام التعويض دون أن يلتزم المؤلف يلتزم هو بذلك.

3- **امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم او الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.**

4- **التفرد بحق تفسير شرط او عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.**

5- **إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.**

وهذا النوع من البنود وارد وبكثرة في عقود النشر ، حيث ومن خلال عقد النشر الذي يعده الناشر مسبقا يلزم المؤلف بتنفيذ جميع التزاماته من تسليم المصنف وما يتبعه من تصحيح أثناء الطباعة، إلى جانب التزامه بضمان التعرض وما يشتق منه م عدم التعاقد على نشر المصنف مع مؤلف ثان....

في حين أنه يسعى إلى أقصى حد من التهرب من التزاماته تجاه المؤلف حيث يعطي الحق لنفسه بتقديم المقابل المادي بأي طريقة شاء وبالقدر الذي يراه هو مناسبا، بالإضافة إلى إلزام المستهلك بالتعويض في حال مصادرة المصنف دون أن يلتزم هو بذلك.

6- **رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا اخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.**

7- **التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ خدمة.**

8- **تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة**[2].

من خلال ما سبق يتجلى لنا المعيار الذي اعتمد غليه المشرع في تحديد مدى تعسف الشروط في العقود، ويتمثل هذا المعيار في الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

[1] أنظر الملحق رقم 01 ص02

[2] القانون 04-02(مرجع سابق) المادة 29.

وقد نقل المشرع لجزائري هذا المعيار عن المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 95-96 لسنة 1995، وهو المعيار نفسه الذي جاء في التوجه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وهذا الأخير كان له الأثر البالغ على النظام القانوني الفرنسي، والذي تجلى في تخلي هذا الأخير عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون 78-23 وهما معياري استخدام القوة الاقتصادية والميزة المفرطة، لصالح المعيار الجديد الذي جاء به التوجه الأوروبي وهو عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد[1].

ويستشف من الفقرة الأولى من المادة السابقة الذكر أن هذه القائمة وردت على سبيل المثال لا الحصر. وكان القضاء الفرنسي يؤكد على أن قائمة الشروط التعسفية الواردة في المادة 35 وردت على سبيل الحصر.

ويظهر فضل ورود قائمة الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر، من حيث توفيرها حماية فعالة للمستهلك وتوسيع نطاقها. إذ يستطيع القضاء –وكما أسلفنا الذكر- أن يعتبر شرطا معينا من الشروط التعسفية بالرغم من عدم ذكر هذا الشرط ضمن القائمة الواردة في المادة29.[2]

وقد اعتمد المشرع الجزائري أيضا على نظام القائمة في تحديد الشروط التعسفية حيث وطبقا لنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم حيث ينص على:**" تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:**

- **(.....)**
- **عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.**
- **التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة/ بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.**
- **النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.**
- **فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.**
- **الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.**

[1] عبير مزغيش/ محمد عنان بن بن ضيف –مرجع سابق- ص 106.
[2] بودالي محمد –مرجع سابق- ص 135 وما بعدها.

- **تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.**
- **فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.**
- **الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون ان يمنحه نفس الحق**[1]..

ويلاحظ أن هذه القائمة تتضمن العديد من الشروط، فهناك شروط تتعلق بحقوق والتزامات الطرفين، وشروط خاصة بالتعديل الانفرادي لعناصر العقد الأساسية كالثمن وخصائص المنتوج أو الخدمة، وشروط تتعلق بتفسير العقد وشروطه. وشروط تتعلق بإلزام المستهلك بتنفيذ التزامه دون أن يقابلها تنفيذ مماثل م طرف المحترف، وشروط تتعلق برفض الاعتراف بحق المستهلك في الفسخ في حالة إخلال المحترف بالتزاماته، وشروط تتعلق بالانفراد بتعديل آجال تسليم المنتوج أو أداء الخدمة من قبل المحترف. وأخيرا شروط يكون من شأنها التهديد بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط جديدة غير متكافئة.

وقد انتد أسلوب إعداد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية، على أساس أنها أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يتجه إلى منح القاضي سلطة إبطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية.

كما يؤخذ على الأسلوب السابق أنه لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توافرها على خصائص الشروط التعسفية، لأنها لم تذكر بالقائمة القانونية الواردة على سبيل الحصر[2].

الفرع الثالث: الاعتماد على لجنة الشروط التعسفية في تحديد الشروط التعسفية

بالإضافة إلى نظام القائمة فقد وضعت التشريعات وسيلة أخرى تتيح للقاضي تحديد الشروط التعسفية وهذه اللجنة تسمى بلجنة الشروط التعسفية وليس لهاذه اللجنة تعريفا محددا مثلما ذهب إلى ذلك جانب من الفقه، إلا أنه يمكن تعريف هذه اللجنة بأنها:" عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي- بالإضافة إلى الانظمة القانونية الاخرى، القضاء- لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأولين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان".

ومن الجذير بالذكر أن هذه اللجنة قد تم إنشاؤها بمقتضى القانون الصادر في 10يناير1978 الذي ترتب عليه ميلاد هذا الجهاز الاستشاري المختص بإصدار توصيات بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يدرجها التجار في عقود الاستهلاك،

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17شعبان 1427 الموافق ل10سبتمبر2006، المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتير تعسفية، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد56 المؤرخ في 11 سبتمبر 2006. المادة 5.

[2] بودالي محمد –مرجع سابق- ص136.

وعلى ذلك فإن هذه اللجنة الإدارية لا تصدر قرارات ملزمة، ولكنها تقدم توصيات لجهة أخرى تتمتع قراراتها بصفة الإلزام ومن المعروف أن قانون 10يناير لسنة 1978 قد سبقه مشروع مقدم من الحكومة والذي اقترح أن تكون هذه الجهة هي المحاكم، إلا أن هذا الاقتراح قد تعرض للعديد من الانتقادات أثناء مناقشة المشروع ، الأمر الذي ترتب عليه إسناد مهمة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية للحكومة على ان يعاونها في أداء وظيفتها لجنة مقاومة الشروط التعسفية. وبناء عليه، يجب على الحكومة وهي بصدد تعديل او إلغاء أحد الشروط التعسفية أن تقوم باستشارة لجنة مقاومة الشروط التعسفية التي أصبحت لها الاختصاص الأصيل في البحث والتحري لمختلف الشروط ثم توصي بتعديلها أو بمنع إدراجها في العقود المستقبلية او إلغائها في العقود القادمة[1].

ويمكن القول بأن المشرع الجزائري أخذ بمنهج المشرع الألماني بوضعه لقائمة سوداء تتألف من ثمانية انواع من الشروط التعسفية علما بأن المزية التي يرمي ليها المشرع من التجديد الحصري للشروط التعسفية هو تجنب تحكم القضاء، حتى وغن كان ذلك يؤدي إلى تضييق نطاق الحماية من حيث الأشخاص.
يضاف إلى ذلك أن القانون 04-02 لم يكتف بإيراد القائمة السوداء السابقة، وإنما أورد تعريفا للشرط التعسفي، وهو ما يسمح للقضاء ببسط سلطته لتلك الشروط التي لم يرد ذكرها في المادة 29. كل ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع2.
يعتبر تعدد وتنوع الوسائل والطرق المستخدمة في تحديد الشروط التعسفية من أهم النتائج الإيجابية المترتبة على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية، فعدم اختزال هذه الطرق في أسلوب واحد يمثل ميزة كبيرة للمستهلك عن طريق حمايته، كما أن تعدد هذه الأساليب يؤدي إلى تفادي العيوب والانتقادات التي يمكن توجيهها لأحدها، بمعنى أن الانتقادات التي يتعرض لها احد الأساليب التحديد يمكن ان تخفف إذا نظرنا إلى المزايا التي يحتويها أسلوب آخر، لأن العلاقة بينها علاقة تكاملية، هذه العلاقة التكاملية بين أساليب التحديد تعتبر ذات هدف مشترك يتمثل في استبعاد أكبر قدر ممكن من الشروط التعسفية. وقد راعى المشرع الفرنسي عدم التضارب بين هذه الأساليب، وذلك عن طريق التنوع في درجة إلزام كل أسلوب. فهناك أساليب تحدد الشروط بشكل ملزم، وأساليب أخرى غير ملزمة ويعتبر هذا المسلك التشريعي مسلكا محمودا منعا لحدوث أي تضارب[3].

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية .ب،ط 2014 ص145 وما بعدها
[2] بودالي محمد –مرجع سابق- ص137.
[3]. المرجع نفسه ص136.

المطلب الثاني: طرق معالجة الشروط التعسفية:

بعدما تعرفنا على الطرق القانونية التي أقرها المشرع لتحديد وإثبات الشروط التعسفية وأهم الآراء الفقهية في ذلك

إن تحديد الشرط التعسفي وإثباته يستوجب على القاضي أن يسلك إحدى المسالك العلاجية التي أقّرها الفقه والتشريع على حد سواء، حيث يمكن للقاضي تعديل تلك الشروط -التي تم الحكم عليها بأنها شروط تعسفية – إلى الحدود التي تضمن التوازن العقدي وهذا بدرجة أولى لكن ثمة بعض الشروط التي يتوجب على القاضي إلغاؤها بحيث يستحيل تعديلها فماهي الحالات التي تستوجب التعديل؟ وماهي الشروط التي لا يمكن تعديلها حيث يكون مصيرها الإلغاء المباشر؟ وماهي السلطات التي يتمتع بها القاضي في تعديل وإلغاء هاته الشروط؟

لحل الإشكاليات الآنفة الذكر، تناولنا في الفرع الأول سلطات القاضي في تعديل الشروط التعسفية وشروط ذلك، وخصصنا الفرع الثاني لإلغاء الشروط التعسفية وسلطات القاضي في ذلك وأهم الآراء الفقهية الواردة في هذا الشأن.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية:

سعى المشرع الجزائري أن يتمتع المستهلك في علاقته الاستهلاكية بالمهني في عقود الاستهلاك بصفة عامة، وفي الشروط أو الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية بصفة خاصة، بكل مظاهر الحماية القانونية المقررة للطرف المذعن المنصوص عليه في القانون المدني الجزائري أي المادتين "110و112" من هذا القانون1،حيث يجوز للمستهلك بموجب المادة السابقة أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد من العقود، أو بإعفائه منها كلية، على نحو ما تقضي به العدالة. مادام أن القانون منح للقاضي أداة قوية يحتمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار او المحترفين.

ووفقا للنص السابق فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الاعفاء منها، لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما لا يتأتى له ذلك إلا بناء على طلب الطرف المذعن او المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني.

[1] زغودي عمر، مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية ، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع2 2014، ص166.

كذلك نرى ضرورة الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل او الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات[1].

وقد تنبأ المشرع إلى ما قد يلجأ إليه المحترفون من تضمين عقودهم لشرط يستبعدون بموجبه سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية، فنص على بطلان أي اتفاق أو شرط في هذا الشأن وجعل من حق الطرف المذعن أو المستهلك في اللجوء غلى القضاء، وحق هذا الأخير في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها حقا يتعلق بالنظام العام وضمن بذلك للمستهلك حماية جدية[2].

فقد يرمي الشرط الاتفاقي إلى الإعفاء من المسؤولية مطلقا، وقد يرمي إلى التخفيف منها فقط: كالاتفاق على إنقاص مدى التعويض ليقتصر على تعويض بعض الأضرار دون البعض الآخر، وكالاتفاق على تقصير الأجل القانوني الذي ترفع خلاله دعوى المسؤولية.

والأصل وفقا لنص المادة: 178 هو جواز هذه الشروط في مجال المسؤولية العقدية، وبطلانها في مجال المسؤولية التقصيرية.

حيث نصت المادة السابقة في فقرتها الأخيرة على بطلان كل شرط بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي على أساس أن أحكام المسؤولية التقصيرية هي من النظام العام.

وقد يشمل هذا البطلان كل شرط إعفاء من المسؤولية التقصيرية سواء تعلق بأضرار مادية أو بدنية، وسواء ترتبت هذه المسؤولية عن فعل شخصي أو عن فعل الغير، وسواء أكان الخطأ جسيما أو يسيرا او عمدا[3].

الفرع الثاني: صلاحيات القاضي في إلغاء الشروط التعسفية:

لقد منع المشرع الجزائري من تضمين العقد المبرم بينه وبين المستهلك الشروط المعتبرة تعسفية سواء المنصوص عليها في القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أو تلك المحددة بموجب التنظيم، وذلك حرصا منه على حماية المستهلك في علاقاته مع المهني، وتحقيقا لشفافية ونزاهة الممارسات التجارية، وبالتالي يعتبر بطلان الشرط التعسفي أفضل عقوبة يمكن تطبيقها على هذه الشروط، بوصفها ممارسات تعسفية مخالفة تماما لقواعد ومبادئ شفافية الممارسات التجارية.

[1] محمد بودالي. حماية المستهلك في القانون المقارن ، دار الكتاب الحديث القاهرة مصر، ب.ط ص 260

[2] بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن –مرجع سابق- ص 262.

[3] بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري –مرجع سابق- ص70 وما بعدها.

إن الهدف من منح القاضي سلطة إلغاء الشروط التعسفية الواردة في العقود المبرمة بين المستهلكين والمهنيين، هو حماية التوازن العقدي المختل إثر إدراج الشروط التعسفية في هذه العقود[1]، وسلطة الإلغاء تعني أن القاضي إذا ما ارتأى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي، وان مجرد تعديله بتخفيف الالتزام الذي يفرضه على عاتق الطرف المذعن لا يفي بغرض الحماية المطلوبة، فإنه يستطيع ان يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه لا من تنفيذه، مخالفا بذلك قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" كما لو كان الشرط متمثلا في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية، جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع[2].

وهناك من يرى ان رقابة الإلغاء هي أشد جرأة من رقابة التعديل، وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله فيعفي الطرف المذعن منه[3].

وعليه فغن قاضي الموضوع يتمتع بصلاحية تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه وفقا لما تقتضيه العدالة، وأن ممارسة هذه الصلاحية هو أمر جوازي له، فله أن يمارسه وله أن لا يمارسه، حتى ولو توفرت شروط ممارستها، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة القانون.

الفرع الثالث: تقييم السياسة التشريعية في مواجهة الشروط التعسفية:

إن تقييم أي وسيلة قانونية حمائية يتوقف على تحديد مدى قدرتها على استيعاب أكبر عدد من الحالات التي تستحق الحماية والتي يمكن أن تدخل في نطاق تطبيقها، لذلك فالسؤال الذي يتم طرحه دائما عند تقدير مثل هذه الوسائل هو قياس مدى أو درجة تدخلها لحماية الأشخاص التي تستحق الحماية. فما مدى توفق المشرع في محاربة الشروط التعسفية من خلال نظرية الإذعان

أولا: دور المشرع من خلال نظرية الإذعان في محاربة الشروط التعسفية:

ومن الجدير بالذكر بان معظم الفقهاء يرون أن نظرية الإذعان تمنح القاضي السلطة في التدخل لحماية كل طرف يتوافر فيه صفة الضعف، سواء كان هذا الضعف اقتصاديا أم معرفيا وفنيا، وبمعنى آخر فهؤلاء الفقهاء يرون أن المشرع قد أسند للقاضي مهمة التوسع في مد نطاق الرقابة

[1] زغودي عمر –مرجع سابق- ص170.
[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام : مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، 2121 ، ص 1
[3]

القضائية على الشروط التعسفية. وعلى ذلك فكلما زادت جرأة القضاء في التصدي لحالات عديدة تتوافر فيها الشروط التعسفية، كلما زادت فاعلية الرقابة القضائية[1].

ثم إن المشرع وسع مفهوم عقود الإذعان حيث ومن خلال بعض النصوص القانونية لم يشترط عدم إمكانية المتعاقد مناقشة شروط العقد لاعتباره مذعنا، وإنما يكفي عجزه عن إحداث تغير حقيقي أو جوهري في العقد خروجا عن القواعد العامة، وبالتالي حتى وإن ناقش التعاقد الضعيف بنود العقد المحرر مسبقا دون أن يتمكن من إحداث تغيير حقيقي فيه بقي مذعنا ، على أن تقدير مدى جوهرية التغيير الحاصل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ولا يخفى أن اعتماد المشرع عدم التغيير الحقيقي معيارا للإذعان في عقود الاستهلاك –بدل عدم المناقشة- من شأنه أن يوسع من نطاق حماية الطرف الضعيف تجاه الشروط التعسفية سيما إذا توسع القضاء في مفهوم التغيير الحقيقي، كما أن ذلك يسد الباب أمام دهاء بعض الأعوان الاقتصاديين الذين يتفردون بصياغة العناصر الجوهرية للعقد ويتركون للمستهلك إمكانية المساومة على بعض العناصر التفصيلية البسيطة التي لا تؤثر في جوهر العقد في شيء، سعيا منهم لإضفاء صفة المساومة على العقد بدل صفة الإذعان قصد التخلص م الأحكام التي تحمي الطرف المذعن في هذا الصنف من العقود[2].

ثانيا: خروج نطاق تحديد الشروط التعسفية عن نظرية الإذعان:

إن النظرة الأولى لكل من الشروط التعسفية وعقود الإذعان يمكن ان تؤدي إلى الاعتقاد بأنهما يرتبطان دائما بعروة وثقى وأن هنالك نقاط التقاء بينهما تجعل من يرصد العلاقة بينهما يتخيل أنهما يدوران معا وجودا وعدما، والواقع العملي يمكن أن يدعم هذه النظرة ويقويها، حيث أن العلاقة التي تجمع الطرف الضعيف مع الطرف القوي يتمخض عنها تفاوت اقتصادي ظاهر بين الطرفين، وهذا يترتب عليه القول أن الطرف القوي يمكن أن يتعسف في استعمال حقوقه وينحرف بسلطته التي تمكنه من صياغة العقد مسبقا بشكل منفرد، دون أي تدخل من جانب الضعيف الذي يظل بمنأى عن القيام بأي دور إيجابي في العلاقة التعاقدية من أجل ذلك زاد الاعتقاد قديما بأن عقود الإذعان تمثل التربة الخصبة التي تنمو فيها الشروط التعسفية ويكثر استعمالها من جانب الطرف الأقوى اقتصاديا.

ولكن ذلك لا يعني ارتباط الشروط التعسفية بعقود الإذعان فإنه رغم تماس دوائرهما إلا انه يظل لكل منهما ذاتيته المستقلة ومجاله الذي يعمل فيه آثاره. أي أن الشروط التعسفية لا تحتاج إلى علاقات الإذعان لكي يمكن القول بوجودها كما انها لا تختفي باختفاء وصف الإذعان من

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة –الإسكندرية- (ب.ط) 2014. ، ص69.

[2] أحمد خديجي-مرجع سابق- ص156

العلاقة التعاقدية، كما في حالة توافر عنصر المفاوضة والمناقشة بين الطرفين على بنود العقد وشروطه. فالواقع العملي نفسه يؤكد أن الشروط التعسفية تتوافر في ظل عقود وعلاقات لا ينطبق عليها وصف الإذعان[1]، وعقد النشر ليس بمنأى عن هذه العقود حيث وبالرغم من أنه ليس من عقود الإذعان إلا أنه يحوي بين طياته العديد من الشروط المجحفة والتعسفية في حق المؤلف.

إن ربط الشروط التعسفية بعقد الإذعان أدى إلى حصرها في نطاق ضيق، وهو نطاق الشرط المجحفة بالطرف المذعن فقط في العلاقة التعاقدية، لكن واقع الحال يثبت لنا بأن هنالك أشخاص لا يتوافر فيها وصف الطرف المذعن، بالرغم من أنهم في أمس الحاجة للحماية، وهذا يجعلنا نقول أن نظرية الإذعان لا توفر حماية كاملة للأطراف الضعيفة التي تفرض عليها شروط تعسفية من قبل الأطراف القوية[2].

[1] إبراهيم عبد العزيز داود –مرجع سابق- ص64 وما بعدها
[2] المرجع نفسه ص63.

1

1

خاتمة:

وفي الأخير نستنتج بأن عقد النشر هو وثيقة قانونية تربط إرادتين إثنين لتحقيق أثر قانوني، الأول يسمى بالمؤلف والثاني يسمى بالناشر، حيث يتميز هذا العقد بعدة خصائص تميزه عن غيره من العقود فهو عقد مؤقت حيث يعتبر تحديد مدة العقد من أركانه الأساسية أضف إلى ذلك يعتبر من عقود المعاوضة حيث ينشئ التزامات متقابلة على طرفيه إلى جانب كل هذا كله يختص عقد النشر بأنه يقوم على الاعتبار الشخصي بحيث أن شخصية المؤلف تعد عاملا أساسيا لنجاح هذا العقد.

وعقد النشر لكي يكون متوازنا وجب على كل طرف من أطرافه الوفاء بالتزاماته تجاه الآخر، بحيث يجب على الناشر احترام حقوق المؤلف الأدبية والتي تتمحور أساسا في حقه في تقرير النشر متى شاء وبالطريقة التي يراها هو مناسبة، إلى جانب الحق الأدبي وجب على الناشر أيضا احترام حقوق المؤلف المالية والتي تعتبر جوهر العقد، كما هو الحال بالنسبة للناشر وجب على المؤلف أيضا احترام حقوق الناشر والوفاء بالتزاماته من خلال تسليم المصنف إلى المؤلف حسب ما تما الاتفاق عليه في عقد النشر بالإضافة إلى تجنبه التعسف في استعمال حقه في تقرير النشر، أضف إلى ذلك التزام المؤلف بضمان التعرض من خلال التعاقد مع ناشر آخر قبل انتهاء فترة العقد.

لكن قد يحدث وأن يختل التوازن في عقد النشر من خلال تفاوت صارخ بين التزامات اطراف والذي يكون فيها الطريف الضعيف عادة المؤلف، حيث ومن خلال اعمال معايير تحديد الشرط التعسفي والتي تتمثل في:- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ومعيار الميزة المجحفة إلى جانب معيار الاختلال في التوازن بين التزامات اطراف العقد- نجد بأن هنالك شروط تعسفية متعددة.

وقد تعامل المشرع في معالجة هذا الاختلال من خلال نظرية الاذعان على إعطاء القاضي كامل السلطة التقديرية في تحديد الشروط التعسفية إلى جانب منحه قائمة رمادية من الشروط على سبيل المثال لا الحصر يمكن له الاستئناس بها في تحديده للشروط التعسفية.

وقد حدد المشرع أيضا وسيلتين علاجيتين لمثل هاته الشروط وأعطى القاضي سلطة اختيار الأنسب، وهاته الوسيلتين هما الإلغاء أو التعديل.

لكن ثمة خلل في تحديد الشروط التعسفية وجب على المشرع تداركه ألا وهو توسيع مفهوم تحديد لشروط التعسفية خارج نطاق نظرية الاذعان، لأنه ثمة العديد من العقود قد تحتوي شروطا تعسفية غير عقود الإذعان والتي من بينها عقد النشر الذي قمنا بدراسته وتوصلنا إلى أنه يحتوي على العديد من الشروط التعسفية بالرغم من أنه عقد رضائي وليس عقد إذعان.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر:

1) المجم الوسيط: معجم عربي إصدار مجمع اللغة العربية القاهرة جمهورية مصر العربية، ط.5 .2011 ،
2) قانون رقم 57-298 المؤرخ في 11مارس 1957 فرنسي، المتعلق بحماية حقوق الملكية الأدبية والفنية.
3) القانون المدني الجزائري ، الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.
4) الأمر 03-05 المؤرخ 19جمادى الأولى 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.
5) المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17شعبان 1427 الموافق ل10سبتمبر2006، المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الصادر في الجريدة الرسمية
6) الأمر رقم 02-04 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
7) قانون رقم 36 لسنة 1994 مؤرخ في 42 فيفري1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية.
8) [1] قانون رقم 11-57 المؤرخ في 11 مارس 1957 المتعلق بحماية حقوق الملكية الادبية والفنية فرنسي المادة 48.

9)

قائمة المراجع:

الكتب المتخصصة:

1) جلال وفاء حمدين :الحماية القانونية للملكية الصناعية ،وفق للاتفاقية الجوانب المتصلة بتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، المكتبة القانونية ،الطبعة 2000
2) نوري محمد خاطر، دراسة في قانون حماية المؤلف الأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، م12، ع1 1997

3) د/محمود علي عبد الجواد، الآثار المترتبة على عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2010،

4) حسن محمد محمد بودي، حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2005، ص14.

5) جلال وفاء حمدين :الحماية القانونية للملكية الصناعية ،وفق للاتفاقية الجوانب المتصلة بتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)،المكتبة القانونية ،الطبعة 2000 ،

6) عبد الرزاق عمر شيخ نجيب حقوق الملكية الفكرية جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، الطبعة الأولى- 2003

7) محمد السعيد رشدي عقد النشر في القانون المصري والفرنسي دار النهضة، طبعة 1989.

8) رضا متولي وهدان، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ب.ط 2001

9) كمال سعدي مصطفى، الملكية الفكرية، دار دجلة للنشر والتوزيع بغداد العراق ،ج1 الطبعة 1 ، 2014

10) محمد السعيد رشدي، عقد النشر(دراسة تحليلية وتأصيلية) دار النشأة المعارف للنشر. الإسكندرية ط2008 .

11) يوسف أحمد النوافلة، الحماية القانونية لحق المؤلف. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن ط2004.

12) محمد أمين الرومي، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ، دار الفكر الجامعي . الإسكندرية ط1. 2009.

13) فرحة زراوي صالح ، الحقوق الفكرية (حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية) دار أبن خلدون للنشر والتوزيع وهران، ب.ط 2006..

14) أنور طلبة، حماية حقوق الملكية الفكرية، دار المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية مصر

15) فاضلي إدريس، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ديوان المطبوعات الجامعية ، -بن عكنون- الجزائر ب.ط،2008،.

16) عبد المهدي كاظم ناصر، آثار عقد النشر، كلية القانون، جامعة القادسية ص2

17) بلقاضي ، عبد الحفيظ ، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جزائياً ، دراسة تحليلية نقدية ، دار الأمان للنشر والتوزيع، المغرب –الرباط، 1996.

18) بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود. دار الفجر للنشر والتوزيع. القاهرة ط1 2007.

19) محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، بيروت، دون رقم الطباعة ، 2003.

20) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف الإسكندرية، ب.ط 2008 ص 404.

21) بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للنشر الجزائر، ط1 2004 ،

22) إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية .ب،ط 2014 ص145 وما بعدها

23) محمد بودالي. حماية المستهلك في القانون المقارن ، دار الكتاب الحديث القاهرة مصر، ب.ط 2007

24) إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة –الإسكندرية- (ب.ط) 2014.

الكتب العامة:

1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام : مصادر الإلتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر

2) عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، موسوعة القانون المدني المصري ، القاهرة ، ط 2012.2

3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مج1 ج7(العقود الواردة على العمل)، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ب.ط 1964

4) أبو هزيم، محمد عبدالله ، الضمان في عقد البيع، عمان، دار الفيحاء، ط1 1986

5) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة -1989

المذكرات:

1) بولعظام حنان، بوصبيعة نسرين. حقوق المؤلف في ظل الأمر 03-05، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة/ 2018، ص39.

2) حسينة جربوب النظام القانوني لعقد النشر, مذكرة ماستر جامعة زيان عاشور الجلفة 2018

3) خالد محمد السباتين ، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القدس ، فلسطين

4) خديجي أحمد، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، رسالة دوكتوراه. جامعة الحاج لخضر-باتنة-2016

5) مولاي عبد الله، حسينة مباركة. حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر جامعة أحمد دراية، أدرار. 2015/2014

6) عبد الرحيم أحمد فلاح الحسبان، النظام القانوني لعقد النشر(دراسة مقارنة) مذكرة ماجستير، جامعة آل البيت . الأردن 2008

المقالات العلمية:

1) زوليخة .بن طاية/ حورية .لشهب، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ع1 2020 .

2) نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية مج17-ع2020،01

3) زغودي عمر، مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية ، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع2 2014.

4) نوري محمد خاطر، دراسة في قانون حماية المؤلف الأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، م12، ع1 1997 .

المحاضرات العلمية:

1) الأستاذة بوعلام، الحماية القانونية لحقوق المؤلف محاضرات في مقياس التشريعات الفنية في الجزائر (سنة 3 ليسانس)

- **الندوات العلمية:**

1) عيبر مزغيش/محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، الملتقى الدولي السابع عشر حول" الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة " 2017 جامعة محمد خيضر –بسكرة

2) صادق عبد القادر ،عبد الوافي عز الدين ، في حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، مداخلة في ملتقى الوطني حول حماية المستهلك " الواقع والنصوص"، جامعة ادرار ، 2014

- **المراجع باللغة الفرنسية:**

- Marc autret. Le contrat d'édition (comprendre ses droits contrôle ses comptes). Et snac 2007 p.31

فهرس المحتويات:

المحتوى:	الصفحة:
مقدمة	1
الفصل الأول: الطبيعة القانونية عقد النشر:	13
المبحث الأول: مفهوم عقد النشر:	13
المطلب الأول: تعريف عقد النشر	13
الفرع الأول: التعريف اللغوي	14
الفرع الثاني: التعريف القانوني لعقد النشر	16
أولا: التعريف الفقهي لعقد النشر	16
ثانيا: التعريف التشريعي لعقد النشر	18
المطلب الثاني: خصائص عقد النشر	20
الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد النشر	20
أولا: عقد النشر هو عقد معاوضة	21
ثانيا: عقد النشر عقد شكلي	21
الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد النشر	22
أولا: عقد النشر هو عقد مؤقت	23
ثانيا: عقد النشر عقد يقوم على الاعتبار الشخصي.	24
المبحث الثاني: آثار عقد النشر:	24
المطلب الأول: التزامات الناشر:	25
الفرع الأول: التزام الناشر بطبع المصنف ونشره	25
أولا: الالتزام بحرفية النص	27
ثانيا: الالتزام بالنشر في الموعد والمكان المتفق عليهما	29
الفرع الثاني: التزام الناشر بدفع المكافأة للمؤلف	30

أولا: عدم جواز الحجز على الحق المالي	31
ثانيا: الحق المالي حق مؤقت	31
ثالثا: التصرف في الحق المالي	32
الفرع الثالث: التزام الناشر باحترام الحقوق الادبية للمؤلف	35
أولا: مضمون الحق الأدبي للمؤلف	36
ثانيا: عناصر الحق الأدبي	37
المطلب الثاني إلتزامات المؤلف:	44
الفرع الأول: إلتزام المؤلف بتسليم المصنف للناشر	44
أولا: مضمون الالتزام بالتسليم	47
ثانيا: زمن التسليم	47
ثالثا: توابع الالتزام بالتسليم	49
الفرع الثاني: الالتزام بضمان التعرض	50
أولا: مضمون التعرض	50
ثانيا: جزاء التعرض	50
الفصل الثاني: الاختلال العقدي في عقد النشر	54
المبحث الأول: الشروط التعسفية في عقد النشر: (مفهوم الشروط التعسفية)	55
المطلب الأول: تعريف الشروط التعسفية:	55
الفرع الأول: التعريف الفقهي للشرط التعسفي:	55
أولا: من حيث أطراف العلاقة العقدية	56
ثانيا: تعريف الشروط التعسفية من حيث أثره على توازن العلاقة العقدية:	57
ثالثا: تعريف الشروط التعسفية ن خلال نوع الشروط:	59

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للشرط التعسفي:	60
أولا: تعريف الشرط التعسفي في القانون المقارن	60
ثانيا: تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي	61
المطلب الثاني: معايير الشرط التعسفي	63
الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية	63
الفرع الثاني: معيار الميزة المفرطة	65
الفرع الثالث: معيار الاختلال الظاهر في التوازن العقدي	67
المبحث الثاني: الشروط التعسفية في عقد النشر:	70
المطلب الأول: النطاق القانوني للشرط التعسفي	70
الفرع الأول: سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية	70
الفرع الثاني: **اعتماد المشرع الجزائري على نظام القائمة في تحديد الشروط التعسفية**	72
الفرع الثالث : الاعتماد على لجنة الشروط التعسفية في تحديد الشروط التعسفية	77
المطلب الثاني: طرق معالجة الشروط التعسفية:	79
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية	80
الفرع الثاني: صلاحيات القاضي في إلغاء الشروط التعسفية	82
الفرع الثالث: تقييم السياسة التشريعية في التعامل مع الشروط التعسفية	83
أولا: دور المشرع من خلال نظرية الإذعان في محاربة الشروط التعسفية	83
ثانيا: خروج نطاق تحديد الشروط التعسفية عن نظرية الإذعان	84
خاتمة	86
قائمة المصادر والمراجع	88

ملخص الدراسة:

تتناول هذه الدراسة موضوعا مهما من مواضيع حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والذي يتمثل في عقد النشر حيث يتطرق إلى أهم المفاهيم الواردة في تعريف عقد النشر إلى جانب إيراد الخصائص التي تميز هذا العقد عن باقي العقود، بالإضافة إلى ما سبق تعرض آثار عقد النشر والتي تتمثل في الالتزامات التي تقع على كل طرف في الفصل الأول.

إلى جانب ما تم ذكره تعرض الدراسة في الفصل الثاني حالة الاختلال العقدي الذي قد يرد في بعض عقود النشر والذي يتمثل أساسا في الشروط التعسفية التي يفرضها الناشر على المؤلف حيث تطرقت إلى التعريفات التي أوردتها التشريعات المقارنة إلى جانب المشرع الجزائري

أضف إلى ذلك كيفية تعامل المشرع الجزائري، مع الشروط التعسفية والآليات القانونية في مواجهتها لتحقيق التوازن العقدي.

Summary of the study:

This study shows the importance of copyrights and it relations. A publishing contract is where you will find the main concepts contained, in addition to the characteristics that distinguishes this contract above all else. Moreover, the consequences of the contract defined as commitments for both parties in the first chapter.

Besides to the above-mentioned, the study in the second chapter identifies the abusive terms which the publisher impose on the author in some contracts. This latter cited the definitions of the comparative legislation alongside the Algerian legislator.

Furthermore, the methodology of the legislator in defending against abusive terms and the legal mechanisms to achieve nodal balance/