INTERNATIONAL REVIEW OF LAW

OPEN ACCESS

Research Article

الاستنساخ الرقمي للمصنفات المحمية في القانون القطري رقم 7 لسنة 2002 بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة: دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والأمريكي

طارق جمعه السيد راشد

Faculty of Law, University of Qatar, Doha, Qatar
Email: tr.gomaa@qu.edu.qa

ملخص

عرّف المشرع القطري الاستنساخ في المادة ١ من القانون ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بأنه إعداد نسخة واحدة أو أكثر من المصنف وعدد طرق الاستنساخ التقليدية كالطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب. ورغبة منه في مسايرة التطور التكنولوجي لم يقصر وسائل استنساخ المصنف على هذه الطرق التقليدية المعروفة، وإنما أشار إلى بعض الطرق الحديثة في الاستنساخ كالتخزين الدائم أو المؤقت للمصنف في شكل إلكتروني. ولا غرو فيما ذهب إليه المشرع القطري لأن هناك طرقًا كثيرة لاستغلال المصنفات المحمية في البيئة الرقمية. بيد أن الصعوبة تثور بشأن التمييز بين ما يعد من أعمال الاستنساخ، وما يعد من أعمال الأداء العلني أو الاتصال بالجمهور. ومن ثَم كان من الضروري تحديد مفهوم الاستنساخ الرقمي للمصنفات المحمية والتعرف على صوره وأشكاله المختلفة في البيئة الرقمية لتوفير أكبر قدر من الحماية لمؤلفي المصنفات المحمية. ومن ثَم تتعلق إشكالية هذا البحث بمدى إمكانية اعتبار استنساخ المصنف المحمي أو إعادة استنساخه في شكل رقمي بدلاً من شكله الورقي المطبوع فيه استنساخًا جديدًا يتطلب الحصول على موافقة المؤلف أم لا؟

الكلمات المفتاحية: الاستنساخ الرقمي، الترقيم، التخزين الإلكتروني، الاستنساخ الخاص

http://dx.doi.org/10.5339/irl.2014.3

Submitted: 20 March 2013
Accepted: 19 January 2014
© 2014 El Sayed Rashed, Licensee Bloomsbury Qatar Foundation Journals. This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License CC BY 3.0 which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

QSCIENCE.com
Member of Qatar Foundation

Cite this article as: El Sayed Rashed TG. Digital reproduction of copyrighted works in Qatari Law No. 7 of 2002 on protection of copyright and neighboring rights: Comparative study with French and American laws. *International Review of Law* 2014.3 http://dx.doi.org/10.5339/irl.2014.3

مقدمة

لقد عرف المشرع القطري الاستنساخ في المادة الأولى من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بأنه إعداد نسخة واحدة أو أكثر من المصنف وعدد طرق الاستنساخ التقليدية التي تتمثل في الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب. ورغبة من المشرع القطري في مسايرة التطور التكنولوجي، لم يقصر وسائل استنساخ المصنف على هذه الطرق التقليدية المعروفة، وإنما أشار كذلك إلى بعض الطرق الحديثة المستخدمة في الاستنساخ في البيئة الرقمية كالتخزين الدائم أو المؤقت للمصنف في شكل إلكتروني [١].

ولا غرو فيما ذهب إليه المشرع القطري لأن هناك طرقًا كثيرة لاستغلال المصنفات المحمية في البيئة الرقمية. بيد أن الصعوبة تثور بشأن التمييز بين ما يعد من أعمال الاستنساخ، وما يعد من أعمال الأداء العلني أو الاتصال بالجمهور. حيث يتم نسخ المصنف واتصاله بالجمهور عبر شبكة الإنترنت في وقت واحد عن طريق التحميل في ذاكرة الكمبيوتر، بحيث يتم أداؤه علنيًا عبر الشاشة. ويفقد فعل الاستنساخ ذاتيته لصالح فعل الاتصال بالجمهور الذي يعد الشكل الوحيد للاستغلال الرقمي للمصنف في البيئة الرقمية. ومن ثَم كان من الضروري تحديد مفهوم الاستنساخ الرقمي للمصنفات المحمية والتعرف على صوره وأشكاله المختلفة في البيئة الرقمية لتوفير أكبر قدر من الحماية لمؤلفي المصنفات المحمية. ومن ثم تتعلق إشكالية هذا البحث بمدى إمكانية اعتبار استنساخ المصنف المحمي أو إعادة استنساخه في شكل رقمي بدلًا من شكله الورقي المطبوع فيه استنساخًا جديدًا يتطلب الحصول على موافقة المؤلف أم لا؟

ولذلك سوف نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الاستنساخ الرقمي

المبحث الثاني: صور الاستنساخ الرقمي

المبحث الثالث: الاستنساخ الرقمي المشروع

المبحث الأول
مفهوم الاستنساخ الرقمي

لا يمنح الحق في الاستنساخ المؤلف الحق في تثبيت مصنفه على دعامات مادية فقط - طبقًا للمفهوم الضيق للحق في الاستنساخ - وإنما يخوله كذلك - وفقًا للمفهوم الواسع للحق في الاستنساخ - الحق في الرقابة على جميع الاستغلالات الحقيقية للدعامات المثبت عليها المصنف عندما يتم تأجيره أو إعارته أو توزيعه.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: المفهوم الضيق للاستنساخ الرقمي

المطلب الثاني: المفهوم الواسع للاستنساخ الرقمي

المطلب الأول
المفهوم الضيق للاستنساخ الرقمي

ينحصر المفهوم الضيق للحق في الاستنساخ في قيام المؤلف بنسخ مصنفه عن طريق استحداث أو إعداد نسخة أو أكثر منه أو تثبيته بأي وسيلة تتيح اتصاله غير المباشر بالجمهور ولا يمتد هذا الحق إلى ما يتولد عن هذا التثبيت أو هذا الاستحداث من أشكال الاتصال والاستغلال الآخر للمصنف. وفي ضوء هذا التعريف نتساءل عن التعريف القانوني لفعل الاستنساخ، وهل يعد التثبيت المادي للمصنف شرطًا لحماية المصنفات عبر شبكة الإنترنت؟

١- التعريف القانوني للنسخ

في البداية نود التأكيد على أن الحق في النسخ من الحقوق الاستئثارية للمؤلف حيث نصت المادة ٩ من اتفاقية برن على أنه: "يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تحميهم هذه الاتفاقية بحق استئثاري في التصريح بعمل نسخ من هذه المصنفات بأي طريقة وبأي شكل كان"[٢]. وأوجبت كذلك المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في ٢٢ مايو ٢٠٠١ - بشأن توفيق بعض جوانب حق المؤلف، والحقوق المجاورة في مجتمع المعلوماتية - على الدول الأعضاء أن تنص في قوانينها على الحق

---

[١] - ومما تجدر الإشارة إليه أن وسائط أو دعامات التخزين تتمثل في: الشرائط المثقبة والكروت المثقبة وعلب الشرائط والأقراط المضغوطة والأقراص الصلبة وأقراص الليزر ودي في دي وفلاش ميموري وشرائح الذاكرة. للمزيد من التفصيل عن وسائل حفظ وتخزين البيانات على الدعامات الإلكترونية، راجع: د. سمير طه عبد الفتاح: الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٢ وما بعدها.

[٢] اتفاقية برن للمصنفات الأدبية والفنية – وثيقة باريس المؤرخة ٢٤ يوليو / تموز ١٩٧١ والمعدلة في ٢٨ سبتمبر / أيلول ١٩٧٩. راجع نص الاتفاقية في موقع الوايبو. http://www.wipo.int. وقد انضمت قطر إلى اتفاقية برن في الرابع والعشرين من شهر ذي القعدة لعام ١٤٢٠ هجرية، الموافق للتاسع والعشرين من شهر فبراير لعام ٢٠٠٠ ميلادية، وصادقت على الانضمام بموجب المرسوم رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠١، راجع موقع الميزان http://www.almeezan.qa/LawPage.aspx?id=1057&language=ar. وانظر في الفقه الفرنسي:

A. Françon, La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, op. cit., 1997, p. 3.

وعرف بعض الفقه المصري النسخ بأنه "التثبيت المادي للمصنف بأي طريقة تقنية تسمح بالنقل غير المباشر للعامة". راجع: د. محمد حسام محمود لطفي، حقوق المؤلف في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، بدون ناشر، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، ص ٥٥.

الاستئثاري بالترخيص، أو بالمنع للنسخ المباشر أو غير المباشر المؤقت أو الدائم - بأي وسيلة ما أو تحت أي شكل من الأشكال كليًا أو جزئيًا - للمصنفات، والخدمات المحمية بموجب الحقوق المجاورة Prestations couvrtes [٣].

ومن ثَم عرفت المادة الأولى من القانون القطري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الاستنساخ بأنه "إعداد نسخة واحدة أو أكثر من المصنف وذلك عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب أو بأي وسيلة وفي أي شكل آخر بما في ذلك التحزين الدائم أو المؤقت في شكل إلكتروني".

كذلك عرفته المادة ١٢٢ -٣ من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي بأنه: "التثبيت المادي للمصنف بأي وسيلة تتيح الاتصال غير المباشر للمصنف بالجمهور"[٤].

وعرفته المادة 101 من قانون حق المؤلف الأمريكي في الألفية الرقمية ١٩٩٨ Digital Millennium Copyright Act النسخ الرقمية بأنها: "أشياء مادية – بخلاف التسجيلات الصوتية – يتم تثبيتها بأي طريقة معروفة الآن، أو يكشف عنها التطور لاحقًا، بحيث يمكن أداؤها أو نسخها أو اتصالها بطريقة مباشرة أو بمساعدة آلة أو جهاز"[٥].

نخلص إلى أن التثبيت المادي للمصنف من شأنه السماح للجمهور بالكشف عن المصنف عن طريق الحواس، أو جهاز وسيط للقراءة. أما التثبيت الرقمي الذي يتم في شكل صفر وواحد، فإنه لا يسمح للجمهور بالكشف عن المصنف إلا من خلال الحاسوب أو أي جهاز آخر مخصص لهذا الغرض.

٢- هل يعد التثبيت المادي للمصنف شرطًا لحمايته عبر شبكة الإنترنت؟

لم يستخدم المشرع القطري - خلافًا للمشرعين الفرنسي والأمريكي - في تعريفه للاستنساخ - المادة الأولى من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة - مصطلح التثبيت المادي للمصنف Fixation matérielle، وإنما استخدم مصطلح إعداد نسخة واحدة أو أكثر من المصنف. وهذا يدل على تخلي المشرع القطري - تمشيًا مع التقدم التكنولوجيا في مجال المعلوماتية - عن معيار التثبيت المادي كشرط للحماية اكتفاءً بأن يكون المصنف مبتكرًا حتى يتمتع بالحماية القانونية، وذلك بغض النظر عن الوسيلة التي يتم بها اتصال المصنف بالجمهور - وفقًا لنص المادة الأولى- "بما في ذلك التخزين الدائم أو المؤقت في شكل إلكتروني"[٦].

وتكمن المشكلة فيما نصت عليه المادة الثانية من اتفاقية برن في فقرتها الأولى من أن تشمل عبارة المصنفات الأدبية والفنية "كل إنتاج في المجال الأدبي والعلمي والفني أيًا كانت طريقة، أو شكل التعبير عنه...". فالعبرة في الحماية أن يكون المصنف من إنتاج الذهن، وأن يكون قد أفرغ في صورة مادية يبرز فيها إلى الوجود، ويكون معدًا للنشر لا أن يكون مجرد فكرة يعوزها الإطار الذي تتجسد فيه[٧]. وورد في نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية برن "تختص مع ذلك تشريعات دول الاتحاد بحق القضاء بأن المصنفات الأدبية أو الفنية أو مجموعة منها لا تتمتع بالحماية طالما أنها لم تتخذ شكلاً ماديًا معينًا".

إن التطبيق الحرفي لنص اتفاقية برن يستلزم قيام المشرع الوطني بالنص في قانونه الداخلي على ضرورة أن يتخذ المصنف شكلاً ماديًا معينًا حتى يضفي عليه الحماية القانونية؛ لأن المظهر المادي هو الشكل الذي يتجسد فيه المصنف، ويصبح بموجبه حقيقة واقعية ملموسة، وليس مجرد فكرة في مكنون مؤلفها.

وخلافًا للمشرعين القطري والفرنسي، أعطى المشرع الأمريكي للتثبيت المادي للمصنف دورًا كبيرًا من حيث اعتباره شرطًا لحماية المصنف[٨] حيث إنه طبقًا لنص المادة ١٠٢ فقرة أ من قانون حق المؤلف الأمريكي "لا يتمتع بالحماية القانونية إلا المصنفات المبتكرة التي يتم تثبيتها على وسيط مادي ملموس - معروف الآن أو مستقبلاً - بحيث يمكن أداؤها أو نسخها أو

---

[٣] - انظر:

"les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie. JOCE n° L. 167/10 du 22 juin 2001.

[٤] - انظر:

Art 3-122 " La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte".

[٥] - انظر:

Art 101 " "Copies" are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device".

[٦] - ومما يؤكد ذلك إصدار المشرع القطري للمرسوم بقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية ١٦ / ٢٠١٠. فقد اعترف بموجب هذا المرسوم بالمعاملات الإلكترونية. حيث عرف في المادة الأولى من الفصل الأول كلمة إلكتروني بأنها "تقنية استعمال وسائل كهربائية، أو كهرومغناطيسية، أو بصرية، أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة". وعرف في ذات المادة رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو معالجتها، أو استلامها، أو تخزينها، أو عرضها، بواسطة نظام أو أكثر من نظم المعلومات، أو بوسائل الاتصال الإلكترونية. فهذا كله يدل على تخلي المشرع القطري صراحة عن معيار التثبيت المادي كشرط لحماية المصنف.

[٧] - د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن (حق الملكية) – (تنقيح المستشار أحمد مدحت مراعي) القاهرة، دار الشروق، الطبعة الأولى ٢٠١٠، ص ٢٥٠، فقرة ١٧٠.

[٨] - انظر:

Y. GENDREAU, le critère de fixation en droit d'auteur, RIDA, janv.1994, 111.

اتصالها بالجمهور اتصالاً مباشرًا أو غير مباشر بمساعدة ماكينة أو جهاز"[٩]. وعلى الرغم من اشتراط المشرع الأمريكي ضرورة تثبيت المصنف المحمي على وسيط مادي ملموس، إلا أنه ألمح إلى احتمال حدوث تطور في طرق تثبيت هذه المصنفات، فأشار إلى ذلك بقوله "معروف الآن أو مستقبلاً بحيث يمكن أداؤها أو نسخها أو اتصالها بالجمهور اتصالاً مباشرًا أو غير مباشر بمساعدة ماكينة أو جهاز"، وهذا يعني أن المشرع الأمريكي يعترف بجميع الوسائل الحديثة الأخرى التي سيسفر عنها التقدم العلمي لنقل المصنف إلى الجمهور بما يمكن من أداء أو نسخ أو اتصال هذه المصنفات بالجمهور.

رأى الباحث في مدى اعتبار التثبيت المادي للمصنف شرطًا للحماية

إن إفراغ المصنف في شكل مادي ملموس لا يعد شرطًا للحماية؛ لأن الدعامة الورقية أو الوسيط الرقمي الذي يثبت عليه المصنف ما هو إلا وسيلة من وسائل نقل المصنف إلى الجمهور أو نسخه، وقد حل التخزين في ذاكرة خادم متعهد الإيواء[١٠] محل الوسيط المادي لنقل المصنف إلى الجمهور.

ونرى مع بعض الفقه أن المصنف يكون محميًا متى كان مبتكرًا ولا أهمية للشكل الذي يفرغ فيه، سواء أكان مصنفًا ورقيًا مطبوعًا على دعامة ورقية، أم كان مثبتًا على قرص مرن، أم مخزنًا في ذاكرة الحاسوب[١١]، ونستند في ذلك إلى مايلي:

١- إن نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية برن يعد تزيدًا لم يضف جديدًا؛ لأن المصنف يستأهل الحماية متى كان مبتكرًا بغض النظر عن نوعه أو طريقة التعبير عنه، وأن الشكل الذي يفرغ فيه المصنف يدل فقط على وجوده، أو هو عنصر يسمح بإظهاره ولكنه ليس شرطًا لحمايته. فالمصنف يكون محميًا منذ لحظة ابتكاره، وأما إفراغه في شكل مادي ملموس، فيعد نسخًا للمصنف؛ لأن الاستنساخ ما هو إلا تثبيت مادي للمصنف بوسيلة ما.

٢- إن المؤلف بمجرد ابتكاره للمصنف تنشأ له حقوقه المالية والأدبية بغض النظر عن نشر المصنف بالفعل، أو إعلانه بأي طريقة كانت ليصل إلى علم الجمهور. وعلى هذا فإن مكتسب الدعامة المادية للمصنف سواء بالشراء أو غيره لا يكتسب بالتبعية حقوق المؤلف على هذه الدعامة. وفي المقابل إذا تنازل المؤلف عن حقوقه المالية على المصنف، فإنه لا يكون بذلك متنازلاً بطريقة تلقائية عن ملكية الدعامة المادية حيث إن هناك إجماعًا لدى الفقه الفرنسي على أن وجود أو عدم وجود الدعامة المادية للمصنف لا يؤثر على نشأة حقوق المؤلف[١٢].

٣- إن التثبيت كشرط للحماية لا مكان له في العصر الرقمي الذي تختفي فيه الدعامة المادية. فالمصنفات الرقمية لا تثبت على وسيط مادي، وإنما يتم تخزينها في ذاكرة الحاسوب. ومن ثَم تتمتع هذه المصنفات بالحماية مع غياب الوسيط أو الدعامة المادية استنادًا إلى ما نص عليه المشرع القطري في المادة الأولى من قانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة حيث لم يستخدم مصطلح التثبيت، وإنما استخدم مصطلح أكثر ملاءمة للعصر الرقمي هو «إعداد نسخة واحدة أو أكثر من المصنف». ففي العصر الرقمي تختفي الدعامة المادية، وتكون الصورة الغالبة للنسخ هي التخزين أو الترقيم. وبناءً على ذلك يمكن القول بأن الشرط الجوهري المتطلب لإضفاء الحماية على هذه المصنفات هو أن تكون ذات طابع ابتكاري دون حاجة إلى اشتراط التعبير عنها في شكل مادي[١٣].

المطلب الثاني
المدلول الواسع للاستنساخ الرقمي

يقصد بهذا المفهوم أن حق المؤلف في الاستنساخ لا يمتد فقط إلى التثبيت الأول للمصنف، وإنما يمتد كذلك إلى جميع أشكال الاتصال والاستخدام والاستغلال التي تعد امتدادًا للتثبيت الأول للمصنف[١٤]. فالمؤلف يستطيع - وفقًا للمفهوم الواسع للحق في

---

٩ - انظر:

Section 102 (a) of the Copyright Act of 1976: "Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device (….)".

١٠ - هو "من يقوم بتأجير مكان على الويب للمستأجر للاتصال على الإنترنت"، انظر: السيد عبد الوهاب عرفة: الوسيط في حماية حقوق الملكية الفكرية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، عام ٢٠٠٤، ص ٢٤١. أو هو «شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين التطبيقات والسجلات المعلوماتية لعملائه، ويمدهم بالوسائل التقنية، والمعلوماتية التي تمكنهم من الوصول إلى ذلك المخزون عبر الإنترنت خلال الأربع والعشرين ساعة». انظر: د. محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، عام ٢٠٠٩، ص ١٦٩.

١١ - فمناط ثبوت حق المؤلف، ومن ثَم وجوب حماية القانون له، أن يتضمن المصنف قدرًا من الابتكار. راجع د. عبد المنعم فرج الصده: الملكية المعنوية، حق المؤلف، بحث مقدم للمؤتمر التاسع لاتحاد المحامين العرب، المنعقد في القاهرة فبراير عام ١٩٦٧، ص١٤. ود. محمد حسام محمود لطفي: المدخل لدراسة القانون – في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، بدون ناشر، ٢٠٠٨ ص ٤٨٤. فقد ذهب سيادته إلى أن الابتكار هو معيار الحماية، وأن التشريع لا يحمي سوى المصنفات المبتكرة، أو على حد قوله "والشرط الوحيد اللازم في هذا الشأن هو الابتكار، فيجب أن يكون للمصنف طابعًا ابتكاريًا حتى يتمتع بحماية القانون". راجع: د. محمد حسام محمود لطفي: حقوق المؤلف، المرجع السابق، ص ٢٥.

١٢ - انظر:

M. EL SAYED, "la titularité initiale des droits patrimoniaux de l'auteur sur les œuvres de l'esprit, étude comparative des droits positifs français et égyptien", thèse, Montpellier I, 2010, p. 210.

١٣ - انظر في هذا المعنى: د. سعيد سعد عبدالسلام: الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، القاهرة، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص ٣٩، ود. مصطفي عبد الحميد عدوي: الاستعمال المشروع للمصنف في قانون حماية حق المؤلف، دراسة مقارنة بالقانون الأمريكي، المنوفية، مطبعة حمادة بقويسنا ١٩٩٦ ص ١٤-١٥، ود. فتحي الدريني: حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، بيروت مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة عام ١٩٨٤ ص ١٧.

١٤ - انظر:

F. Pollaud-Dulian,le droit d'auteur - Paris: Economica, 2004, N 730.

الاستنساخ - أن يراقب العديد من الاستخدامات المختلفة لدعامات المصنف من الإيجار والاستعارة والتوزيع. وبالطبع يؤدي التوسع في مفهوم الحق في الاستنساخ إلى التوسع في المسؤولية الناشئة عن جميع الانتهاكات التي تمس الاستخدامات المتعددة للدعامات الإلكترونية للمصنف.

١- الحق في التأجير

اعترف المشرع القطري بالحق الاستئثاري للمؤلف في استغلال مصنفه عن طريق التأجير في نص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة حيث إنه "للمؤلف أو لمالك حق المؤلف، وحده دون غيره، الحق في مباشرة الأعمال التالية أو التصريح بمباشرتها:

- استنساخ المصنف.
- ترجمة المصنف.
- اقتباس أو توزيع موسيقي، أو إجراء أي تحوير آخر، للمصنف.
- توزيع المصنف على الجمهور من خلال البيع.
- التأجير للجمهور بالنسبة للمصنفات السمعية البصرية وبرامج الحاسب الآلي، ومع ذلك لا يطبق حق التأجير إذا لم يكن برنامج الحاسب نفسه الموضوع الأساسي للتأجير.
- الأداء العلني للمصنف.
- نقل المصنف إلى الجمهور".

ونص المشرع الفرنسي في المادة١٢٢-٦ - ٣ من تقنين الملكية الفكرية على اختصاص مؤلف البرنامج بالحق في التأجير على أساس نظرية الحق في التخصيص[١٥]). وأكدت محكمة النقض الفرنسية على أن: "الحق في التأجير الذي يعد أحد امتيازات الحق في الاستغلال هو حق معترف به للمؤلف وورثته من بعده بحيث يخوله هو أو ورثته الحق في عدم الترخيص بنسخ مصنفه إلا لغايات محددة"[١٦].

٢- الحق في التوزيع الرقمي للمصنف والحق في التخصيص

إن التخزين الرقمي للمصنف يتولد عنه نسخًا أو صورًا من هذا المصنف تكون خاضعة للحق في الاستنساخ، ولكن عندما يتم نشر نسخ هذا المصنف رقميًا، فإن هذا الاستنساخ قد ينظر إليه - وفقًا لاتفاقية الوايبو والقانون الأمريكي - من خلال الحق في التوزيع Droit de distribution، وقد ينظر إليه في القانون الفرنسي من خلال الحق في تخصيص الغرض من استعمال واستغلال المصنف Droit de destination.

- التوجيه الأوروبي واتفاقية الوايبو بشأن حق المؤلف ١٩٩٦

ألزمت المادة 4 من التوجيه الأوروبي الدول الأعضاء بالنص في تشريعاتها على «الحق الاستئثاري للمؤلفين في الترخيص، أو المنع لأي شكل من أشكال توزيع النسخ الأصلية من مصنفاتهم أو نسخ عنها للجمهور عن طريق البيع أو أي شيء آخر»[١٧].

---

[١٥] - انظر:

Art 6-122,3 "La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les Etats membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire".

[١٦] - انظر:

Cass. civ. 1ère, 27 avril 2004, Bull. civ. 1, N 117, p. 96.

ومما نجدر الإشارة إليه أن التوجيه الأوروبي الصادر في ١٩ نوفمبر ١٩٩٢ قد منح المؤلف الحق في التأجير والحق في الإعارة، وللمزيد راجع:

H. Comte, Une étape du droit d'auteur; la directive CE du 12 novembre 1992 relative au droit de prêt et de location RIDA, oct. 1992, p. 3.

وكذلك نصت المادة ٧ فقرة رقم ١ من اتفاقية الوايبو بشأن حماية حق المؤلف في على أنه: (١) يتمتع مؤلفو المصنفات التالية: ١" برامج الحاسوب"، ٢ "والمصنفات السينمائية"، ٣ "والمصنفات المجسدة في تسجيلات صوتية كما ورد تحديدها في القانون الوطني للأطراف المتعاقدة، بالحق الاستئثاري في التصريح بتأجير النسخة الأصلية أو غيرها من نسخ مصنفاتهم للجمهور لأغراض تجارية". وقد انضمت قطر إليها في ٢٨ يوليو ٢٠٠٥، ودخلت حيز التنفيذ في ٢٨ اكتوبر ٢٠٠٥. وللمزيد من التفصيل حول الحق في الإيجار في الفقه الفرنسي، راجع هذه الرسالة:

A. Lebois, Le droit de location des auteurs et des titulaires de droits voisins: thèse, Nantes, 2001.

[١٧] - التوجيه الصادر في ٢٢ مايو ٢٠٠١ الخاص بتوفيق بعض جوانب حق المؤلف والحقوق المجاورة في مجتمع المعلوماتية.

DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL

°of 22 May 2001. on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.dir. n CE, 22 mai 2001, art 4" le droit exclusive d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public , par la/29/2001 vente ou autrement , de l'original de leurs œuvres". v.aussi; J. Passa, La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information: JCP G 2001, I, 331. – C. Caron, La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen: Comm. com. électr. 2001, chron. 20.

ومنحت اتفاقية الوايبو بشأن حق المؤلف ١٩٩٦ - طبقًا لنص المادة ١/٦ - مؤلفي المصنفات الأدبية والفنية حقًا استئثاريًا بالتصريح بإتاحة النسخ الأصلية أو غيرها من نسخ مصنفاتهم للجمهور عن طريق البيع أو نقل الملكية بأي طرق أخرى[١٨].

- القانون الفرنسي ونظرية الحق في التخصيص

إن هذا الحق نشأ في ظل البيئة التناظرية التقليدية التي لا تعرف سوى النسخ المادية للمصنف. فمحل هذا الحق في ظل هذه البيئة هو الدعامة المادية التي هي وعاء للمصنف. فالأساس الذي قامت عليه نظرية الحق في تخصيص الغرض من استعمال واستغلال المصنف Droit de destination هو التمييز بين المحتوى الفكري، والدعامة التي هي وعاء المصنف. وهذا التمييز هو أساس مشكلة وجود هذا الحق في البيئة الرقمية. حيث إن هذا التمييز بين المحتوى الفكري، والدعامة الحاملة للمصنف يعد مستحيلاً في البيئة الرقمية؛ لأن سلطة المؤلف في تقييد أو رقابة الاستخدامات المختلفة لدعامات مصنفه لا تمتد إلا إلى الاستخدامات الاخرى غير المرخص بها. أما استخدامات النسخ المرخص بها، فإنها تكون مستبعدة من مجال تطبيق الحق في تخصيص الغرض من استعمال واستغلال المصنف[١٩].

لم ينقل المشرع الفرنسي الحق في التوزيع إلى قانون 1 أغسطس ٢٠٠٦ اكتفاءً منه بوجود الحق في التخصيص الذي يسمح لأصحاب الحقوق بالرقابة والتحكم في تداول واستعمال دعامات مصنفاتهم المطروحة للتداول في السوق.

وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي لم ينقل الحق في التوزيع المنصوص عليه في التوجيه الأوروبي إلى القانون الفرنسي لوجود الحق في التخصيص، فإن ذلك لا يعني التماثل التام بين الحقين. حيث إنه من المؤكد أن هناك تباينًا شديدًا بينهما، فيما يتعلق بفكرة استنفاذ الحق في التوزيع المنصوص عليها في المادة الثانية من التوجيه الأوروبي بأنه "لا يستنفذ حق توزيع أصول المصنف أو نسخها في الاتحاد الأوروبي إلا في حالة التصرف الأول لصاحب الحق فيه بالبيع، أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية في نطاق الاتحاد الأوروبي". فهذه الفكرة غير متصورة، إلا في نطاق القانون الأوروبي، وذلك بهدف عدم حرمان المستهلك في باقي دول الاتحاد الأوروبي من الاستفادة من المصنف الذي قرر صاحبه إتاحته، وتداوله في إحدى هذه الدول. ومن الغريب أن المشرع الفرنسي تبني فكرة استنفاذ الحق في التوزيع دون أن يتبنى الحق في التوزيع نفسه. حيث نصت المادة ١٢٢-٣-١ من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي على أنه "متى صرح المؤلف، أو ورثته بالبيع الأول لنسخة، أو نسخ مادية من المصنف بإحدى الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، أو أحد الأطراف في اتفاقية الاقتصاد الأوروبي، فإنه لا يجوز للمؤلف، أو ورثته بعد ذلك منع بيع هذه النسخ من المصنف في أي من هذه الدول"[٢٠].

وقد استند بعض الفقه[٢١] - في تأسيس نظرية الحق في تخصيص الغرض من استعمال واستغلال المصنف Droit de destination - إلى نص المادة ٣١٣-٣ التي اشترطت لنقل حقوق المؤلف أن ينص في تصرف الحوالة على كل حق من الحقوق المحالة من حيث مداه والغرض منه ومكان ومدة الاستغلال[٢٢]. وكذلك نص المادة ٣٣٢-١ التي تتحدث عن "الاستخدام غير المشروع للنسخ" (Exemplaires illicitement utilisés)، ونص المادة ٣٣٥-٣ التي ذكرت مصطلح «نشر النسخ» (diffusion des exemplaires).

إن هذا الحق يدخل في نطاق الحق في الاستنساخ بما يخول المؤلف الحق في الاعتراض على إتاحة وإيجار وإعارة دعامات مصنفه للغير بدون ترخيص مسبق منه[٢٣].

---

[١٨] - انظر:
J.-L. Goutal, Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur, op. cit., 2001. 81.

[١٩] - راجع في الفقه الفرنسي:
S. Dusollier "le droit de destination: une espèce franco-belger vouée à la disparition" propr. intell. 2006, 20, p. 289. et N. Craipeau, le droit de reproduction des œuvres de l'esprit, op. cite, p. 243.

[٢٠] - انظر:
Ch.Caron, La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JCP G n 38, 20 Septembre 2006, I 169.

[٢١] - انظر:
F. Pollaud-Dulian, Le droit de destination: LGDJ, Paris, 1989,n 729 et V. th.Desurmont, "le droit de l'auteur de controler la destination des exemplaire sur lesquels son œuvre se trouve reproduite" RIDA, oct 1987, p. 21.et A. Lebois" DROITS DES AUTEURS. – Droits patrimoniaux - Droit de reproduction", JCl – propriété littéraire et artistique; fasc. 1246 , 30 Juin 2010 , n 61.

[٢٢] - انظر:
art L131-3 " La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée".
وتقابلها المادة ٨ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة القطري التي تنص على أن "للمؤلف أن ينقل أيًا من حقوقه المالية الواردة في هذا القانون، إلى شخص أو أشخاص آخرين ويُشترط لإتمام ذلك أن يكون نقل الحق مكتوبًا، وأن يحدد صراحة كل حق يكون محلاً للتصرف على حدة، مع بيان مدى ذلك التصرف أو النقل، والغرض منه ومدته ومكانه".

[٢٣] - انظر:
Gautier, Propriété littéraire et artistique, op. cit., n° 258.

- القانون الأمريكي[٢٤]

تنص المادة ١٠٦ فقرة ٣ من قانون حق المؤلف الأمريكي على أن «لمالك حق المؤلف حق استئثاري في القيام والترخيص بما يلي: ٣ – توزيع نسخ أو تسجيلات صوتية من المصنف المحمي للجمهور عن طريق البيع أو نقل الملكية أو عن طريق الإيجار أو الإعارة [٢٥].

وأكد القضاء الأمريكي في دعوى *Playboy Enters Enterprises, Inc. v. Frena* على إمكانية تطبيق الحق في التوزيع على جميع ما يتم نشره رقميًا. فقد استندت المحكمة إلى الحق في التوزيع لإدانة مؤسسة BBS على أساس أن المستخدمين وضعوا وحملوا في الوقت نفسه صورًا فوتوغرافية رقمية مملوكة للشركة المدعية Playboy [٢٦].

المبحث الثاني
صور الاستنساخ الرقمي

يكون الاستنساخ الرقمي بأي وسيلة من شأنها نقل المصنف إلى الجمهور. فقد نصت المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة القطري وكذلك المادة ١٢٢-٣ فقرة ٢ من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي على إمكانية القيام بالاستنساخ من خلال مختلف الوسائل المحددة بطريقة غير حصرية عن طريق الطباعة، والرسم، والتصوير الفوتوغرافي، والفنون التصويرية، والبلاستيكية، والميكانيكية، والمغناطيسية، والتسجيل[٢٧]. وتطبيقًا لذلك يتحقق فعل الاستنساخ من خلال ظهور لوحة في فيلم إعلاني، أو صورة لمصنف فني[٢٨].غير أنه يجب أن نميز في مجال الاستنساخ الرقمي - وفقًا لأحكام القانون - بين نوعين من التصرفات في شأن استنساخ المصنفات الأدبية أو الفنية هما ترقيم المصنف وتخزينه أو تثبيته في ذاكرة الخادم[٢٩].

وهذا ما سنفصل فيه القول في هذين المطلبين:

المطلب الأول: الاستنساخ الرقمي بواسطة الترقيم

المطلب الثاني: الاستنساخ الرقمي بواسطة التخزين الإلكتروني

المطلب الأول
الاستنساخ الرقمي بواسطة الترقيم

الترقيم Numérisation هو دعامة من دعامات الاتصال تساهم في إبداع، واستغلال الجمهور للمصنفات المحمية بموجب حق المؤلف[٣٠].

---

٢٤ - لمعرفة المزيد عن موقف المشرع الأمريكي من الحق في التوزيع الرقمي للمصنفات، راجع:
- Lisa A. Zakolski, J.D. Copyright and Literary Property,١٨ Am. Jur, 2d Database updated November 2013. § 72. Right to distribute copies, pp.1–2. Available at: www. international.westlaw.com.
- Bernthol, Jason H : Copyright Infringement in Cyberspace: On-line Service Provider Liability on the Cyberfrontier , Intellectual Property Law Bulletin(Intell. Prop. L. Bull), Vol. 2, Issue 1 (Spring 1997), pp.٤.
N. CRAIPEAU , Le droit de Reproduction des oeuvres dans l'environnement Numérique , thèse 2006 , Nantes - P. 202 – 217.

٢٥ - انظر:
Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:(3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;"

٢٦ - انظر:
Playboy Enters Enterprises,Inc.v.Frena ; ٨٣٩ F.Supp. 1552 M.Fla.1993 by site http://www.jmls.edu/cyber/cases/Frena.txt et http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/uclr64&div=29&id=&page=.

٢٧ - انظر:
Art L122-3 "Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématogra-phique ou magnétique".

٢٨ - انظر:
- Cass. 1re civ., 15 oct. 1985: RIDA juill. 1986, n° 129, p. 124.et CA Paris, 19 juin 1979: D. 1981, inf. rap. p. 83, obs. C. Colombet. – CA Paris, 23 oct. 1990: JCP G 1991, II, 21682, note A. Lucas.

٢٩ - الخادم يطلق عليه مصطلح server وهو عبارة عن حاسب في شبكة يقوم بخدمة مجموعة من الحاسبات والنهايات الطرفية لتسهيل المشاركة في الأجهزة المختلفة المتصلة بالشبكة. راجع معجم الحاسبات، الطبعة الثانية الموسعة ١٩٩٥ باب حرفs إصدار مجمع اللغة العربية متاح على موقع http://uqu.edu.sa/files2/tiny_mce/plugins/filemanager/files/4290561/82/dd25.pdf موقع

٣٠ - يطلق عليه كذلك مصطلح digital، أوélectronique ، أو informatique. وتتمثل أهداف هذا الترقيم أو الرقمنة فيما يلي:
١- إتاحة مصادر المعلومات التقليدية على نطاق واسع. ٢- صيانة، وحفظ المجموعات ضد التلف، والكوارث، والفقد. ٢- الربح المادي من خلال بيع المنتج الرقمي على أقراص مليزرة، أو إتاحته على الشبكة. نقلاً عن: د. عماد عيسى صالح، ود. محمد فتحي عبد الهادي: المكتبات الرقمية، الأسس النظرية والتطبيقات، القاهرة، الدار اللبنانية ٢٠٠٥، ص ٢٢٠- ص ٢٢١. وللمزيد من المعلومات عن مفهوم الترقيم، والمخاطرة القانونية، والاقتصادية، راجع في الفقه الفرنسي:
- E.Derieux , Numérique et droit d'auteur ,JCP G N 41 , 10 oct 2001 , I 353.
-S. NEHME, Le droit moral de l'auteur à l'épreuve du numérique, mémoire de DESS Université paris II France 2002 –

ويعد ترقيم المصنف الأدبي أو الفني نسخًا له يتطلب ضرورة الحصول على موافقة مؤلفه قبل القيام بعملية الترقيم[٣١]. ويستخلص ذلك من فحوى نص المادة ٧ من القانون ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة - وتقابلها المادة ١٢٢-٣ من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي - عندما خول المشرع القطري المؤلف وحده دون غيره الحق في استنساخ المصنف بصفة عامة وبغض النظر عن شكل هذا الاستنساخ. فالهدف من استخدام الوسيلة أو الدعامة المثبت عليها المصنف – طبقًا لنص المادتين الأولى والسابعة من القانون ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة – هو تحقيق العلانية للمصنفات المتاحة للجمهور وهو ما يمكن الوصول إليه من خلال نشر هذه المصنفات عبر شبكة الإنترنت"[٣٢].

إن ترقيم المصنف ينجم عنه مجموعة من النسخ الرقمية التي تكون وسيلة الاتصال غير المباشر للمصنف بالجمهور. وهذا يدعو إلى القول بأن طبيعة الدعامة التي يثبت عليها المصنف تتغير حسبما إذا كان المصنف موجودًا في داخل، أو خارج البيئة الرقمية. فإذا كان المصنف منشورًا عبر شبكة الإنترنت، فإنه يكون محررًا تمامًا من التثبيت على أي دعامة دائمة (القرص الصلب disques durs والأقراص disquettes أو القرص المدمج CD- Rom)، ويكون موجودًا في شكل نسخ مؤقتة على ذاكرة الكمبيوتر. وإذا كان المصنف منشورًا خارج شبكة الإنترنت، فإنه يجب تثبيته على دعامة مادية دائمة[٣٣].

واعتبر القضاء الفرنسي أن الترقيم وسيلة جديدة للنسخ يخضع للحق الاستئثاري للمؤلف[٣٤]. وتطبيقًا لذلك قضى بأن ترقيم المصنفات الذهنية يعد نسخًا لها يستوجب الحصول على ترخيص من المؤلف، وإلا اعتبر هذا الاستنساخ غير مشروع[٣٥]. حيث إن نشر المصنف على شبكة الإنترنت لا يتحقق إلا من خلال تحويل المصنف من الشكل الورقي إلى الشكل الرقمي الذي يؤلف من صفر، وواحد، ويطلق على كل صفر أو واحد مصطلح بت Bit[٣٦].

وقضت محكمة باريس الابتدائية في ١٨ ديسمبر ٢٠٠٩ بأنه "يعد ترقيم المصنف عن طريق الطبع الكامل له - بحيث يتطابق تمامًا مع الأصل - نسخًا للمصنف يتطلب وجوب الحصول على الترخيص المسبق من المؤلف أو أصحاب الحقوق"[٣٧].

المطلب الثاني

الاستنساخ عن طريق التخزين الرقمي

يستلزم بث ونشر المصنف عبر شبكة الإنترنت - من جهة ثانية - القيام بتخزين هذا المصنف رقميًا في ذاكرة الخادم المتصل بالشبكة. وسوف نتناول فيما يلي موقف اتفاقية الوايبو والتوجيه الأوروبي والقضاء من إمكانية القيام بهذه العملية التقنية.

2003, p. 4–5. Disponible sur www.deshoulieres-avocat.com/.../6_droit%20moral.

٣١ - انظر في هذا المعنىانظر في هذا المعنى: د. حسام الدين كامل الاهواني - حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت، ورقة عمل مقدمة في المؤتمر العلمي العالمي الأول حول الملكية الفكرية في الفترة من ١٠-١١/تموز/٢٠٠٠م، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، منشورة ضمن وقائع المؤتمر. وهذاالبحثمنشورإلكترونيًاعلىموقع:

http://www.wasmia.com/jazy/civil27.pdf

وانظر كذلك د. أسامة أحمد بدر: بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الإنترنت, القاهرة، دار النهضة العربية 2002, ص 80, وفي القضاء الفرنسي: TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 18 déc. 2009, n° 09-00.540, Sté Éditions du Seuil et a. c/ Sté Google Inc et Sté Google France: JurisData n° 2009-016553 ; Propr. intell., janv. 2010, pp. 644–650, obs. A. Lucas ; Gaz. Pal. fév. 2010, pp. 7–11, comm. E. Pierroux.

٣٢ - انظر في ذات المعنى: د. أشرف جابر سيد: الصحافة عبر الإنترنت وحقوق المؤلف (مشكلة حقوق الصحفي على مصنفاته إزاء إعادة نشرها عبر الإنترنت – دراسة مقارنة) القاهرة، دار النهضة العربية ٢٠١٠، ص ٧٢.

٣٣ - انظر:

N.CRAIPEAU , Le droit de Reproduction des oeuvres dans l'environnement Numérique , OP-cit; P.80.

والقرص الصلب: هو عبارة عن قرص معدني رقيق مغطى بمادة قابلة للمغنطة، ويتميز القرص الصلب بسرعاته العالية وسعته التخزينية الكبيرة التي تصل في المتوسط إلى ٥٠ مليون حرف (٥٠ ميجابايت)، فضلاً عن استرجاع البيانات المسجلة على القرص بصفة فورية. راجع د. مظهر طايل، موسوعة الكمبيوتر لغة وأداء الجزء الثالث (كوبول) دار الراتب الجامعية القاهرة ١٩٨٦، ص ١٠٦، ١٢٠، ١٥١. مرجع مشار إليه بواسطة سمير طه عبد الفتاح، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٩٩، ص ٥١ -٥٢.

٣٤ - انظر:

Y.Gendreau, Le droit de reproduction et internet , RIDA ,oct.1998, p.3

٣٥ - انظر:

TGI Paris, 5 mai, 1997, RTD, com, 1997, 457, not Françon. Disponible sur: www.leglis.net.

٣٦ - انظر:

TGI Paris, réf., 5 mai 1997, Queneau: JCP G 1997, II, n° 22906, note F. Olivier ; RTD com. 1997, p. 457, note A. Françon; RIDA 4/1997, p. 265 ; Expertises juin/juill. 1997, p. 219, note A. Lucas." La numérisation d'une oeuvre, technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le bit, constitue une reproduction de l'oeuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une oeuvre originale, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit ".

٣٧ -

انظر:

TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 18 déc. 2009, n° 09/00540: JurisData n° 2009-016553; JCP G 2010, p. 844, note J. C. Ginsburg et P. Sirinelli ; Propr. intell. 2010, n° 34, p. 620, obs. A. Lucas ; RLDI févr. 2010, n° 1877, obs. A. Singh ; Comm. com. électr. 2010, étude 11, F.-M. Piriou. V. aussi V. P. Sirinelli, intervention in colloque, Paris 1996: RIPIA 1996, p. 149; Internet et droit d'auteur: Dr. et patrimoine déc. 1997, n° 55, p. 76.

ـ موقف اتفاقية الوايبو والتوجيه الأوروبي

أقرت اتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية الوايبو l'OMPI المبرمة في جنيف في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٩٦ أن «الحق في الاستنساخ المعلن في المادة ٩ من اتفاقية برن واستثناءاته يتلاءم تطبيقه أحيانًا بشكل تام في البيئة الرقمية، ولا سيما استخدام المصنفات في شكل رقمي». ونصت المادة 1 فقرة 4 من ذات الاتفاقية على أنه "يعد نسخًا القيام بتخزين المصنف المحمي في شكل رقمي على دعامة إلكترونية"[٣٨].

وتبنى التوجيه الأوروبي الصادر في ٢٢ مايو سنة ٢٠٠١ ـ بشأن توفيق بعض جوانب حق المؤلف، والحقوق المجاورة في مجتمع المعلوماتية – في مادته الثانية تعريفًا واسعًا للحق في الاستنساخ بما يسهل معه عملية الاستنساخ بدلاً من أن يحدد بالتفصيل الأفعال المادية التي تندرج في إطار هذا الحق[٣٩].

ـ موقف القضاء الفرنسي

اعتبر القضاء أن تخزين المصنف في ذاكرة الحاسوب يعد من أفعال الاستنساخ التي تستلزم الحصول على ترخيص مسبق قبل القيام بها من أصحاب الحقوق[٤٠].

وقد صدر أول حكمين في هذا الخصوص ويقال لهما Brel et sardou في ١٤ أغسطس ١٩٩٦ من محكمة أول درجة بباريس عندما قام مجموعة من التلاميذ في مدرسة علمية كبيرة بترقيم، ونشر نصوص، وقطع موسيقية للمغنيين Jacques Brel et Michel Sardou على صفحاتهم الشخصية على خادم مدرستهم، وذلك بدون ترخيص من المؤلفين. حيث تم إثبات الوقائع بشكل فعلي من قِبل وكالة حماية البرامج التي أفادت بأن المواقع المذكورة كانت متاحة لأي مستخدم للإنترنت. طالب أصحاب الحقوق بصفة مستعجلة بالوقف الفوري لهذا الاستغلال الذي أضر بحقوقهم المالية، وتمسكوا أمام المحكمة بأن التخزين الرقمي يعد نسخًا غير مشروع للمصنفات المحمية يستوجب الحصول على موافقة ورضاء مؤلفيها قبل نشرها[٤١].

وقضت محكمة استئناف باريس بأن "تخزين مصنف محمي في شكل رقمي على دعامة إلكترونية يتشكل به فعل الاستنساخ. وعللت المحكمة حكمها بأن نسخ التسجيلات الصوتية على القرص الصلب لكمبيوتر دار الإذاعة بدون ترخيص من المنتج يشكل مساسًا بحقوق هذا الأخير"[٤٢].

من الواضح أن هذا الحكم اتسم بالعمومية، وحدد آلية الترخيص القانوني المقررة بموجب نص المادة ٢١٤-1من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي التي لم تشر إلا إلى الاتصال المباشر في مكان عام للبث الإذاعي والتوزيع بواسطة الكابل، ولم تعط للمحطات الإذاعية نفس الامكانية لإعادة تسجيل برامجها[٤٣]. ويجمع الفقه على أن تخزين مصنف في ذاكرة الخادم في

---

[٣٨] ـ انظر:

A. Françon, La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins: RIDA avr. 1997, n° 172, p. 3

وكما نعلم فإن المعاهدة لم يتم اعتمادها نظرًا لعدم توافق الآراء المصاحبة للوثائق المسماة «الإعلانات الجماعية» والتي كانت قيمتها ومداها القانوني محلاً للشك والاضطراب. ومن بين هذه الإعلانات الجماعية déclaration communes ما يتعلق بالمادة الأولى الفقرة الرابعة من المعاهدات التي لم يوافق عليها الأغلبية.

[٣٩] ـ انظر:

Art 2 " Droit de reproduction :Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quel que moyen et sous quelle que forme que ce soit, en tout ou en partie :
a) pour les auteurs, de leurs oeuvres;
a) pour les auteurs, de leurs oeuvres;
b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;
c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;
d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;
e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite . N° 2001/29/CE du 22 mai 2001. http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=126978#JD_b2.

[٤٠] ـ انظر:

TGI Paris, 30 juin 2000: Comm. com. électr. 2001, comm. 3, obs. Ch. Caron.

[٤١] ـ انظر:

TGI Paris, 14 août ١٩٩٦, ord. réf., 2 esp.: JCP E 1996, II, 881, note préc. B. Edelman ; JCP G 1996, II, 22727, note F. Olivier et E. Barbry ; D. 1996, jurispr. p. 490, note P.-Y. Gautier ; Légipresse 1996, III, n° 122, obs. E. Derieux ; Expertises, sept. 1996, n° 197, p. 292, obs. M.-H. Tonnelier et S. Lemarchand ; RTD com. 1997, p. 97, obs. A. Françon ; RIDA janv. 1997, n° 171, p. 253, obs. A. Kéréver et p. 361, note C. Caron ; JCP E 1997, I, 657, n° 24, obs. M. Vivant et C. Le Stanc ; Petites affiches 2 juin 1997, n° 66, p. 15, note C. Ferrière. – V. aussi L. Costes, Reproduction par numérisation, pages Web et contrefaçon: Cah. Lamy informatique, oct. 1996, p. 1. – F. Olivier et E. Barbry, OEuvre musicale, protection et virtualité: Légicom 1/1997, p. 57

[٤٢] ـ انظر:

CA Paris, 29 sept. 1999: D. 1999, act. jurispr. p. 37 ; Com. comm. électr. déc. 1999, actual. n° 47, obs. G. Haas ; RIDA juill. 2000, n° 185, p. 462.

[٤٣] ـ انظر:

Rappr. CA Paris, 26 oct. 1999: Légipresse, janv.-févr. 2000, n° 168, p. 13, note C. Alleaume.

شكل نص أو صورة أو صوت على الكمبيوتر يعد نسخًا له يخضع لوجوب الحصول على الترخيص من أصحاب الحقوق[٤٤]. وذهب القضاء الفرنسي كذلك إلى التأكيد على أن تخزين المصنف على وسيلة رقمية، كالهارديسك، أو القرص الصلب، أو القرص المدمج، أو الخادم يجب اعتباره نسخًا؛ لأنه يحل محل التثبيت على الدعامة المادية[٤٥].

المبحث الثالث

الاستنساخ الرقمي المشروع

يخضع الاستنساخ باعتباره أحد أشكال الاستغلال المالي للمصنف لوجوب الحصول على ترخيص المؤلف حال قيامه بنشر مصنفه للجمهور. واستثناءً من هذه القاعدة يجوز لكل شخص - قانونًا - الحصول على صورة ضوئية أو إلكترونية أو نسخة من المصنف المتاح للجمهور، شريطة أن تكون هذه الاستنساخات لمحض الاستعمال الشخصي للناسخ[٤٦].

ويتطلب الاستعمال المشروع للمصنف المحمي وجوب احترام مستخدمي شبكة الإنترنت لشروط تطبيق هذا الاستثناء، وألا يخرج هذا الاستعمال عن المعايير التي وضعها المشرع الأمريكي للاستخدام العادل للمصنف المحمي. وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: شروط تطبيق استثناء الاستنساخ الخاص عبر شبكة الإنترنت.

المطلب الثاني: معايير الاستعمال المشروع للمصنف المحمي في قانون حق المؤلف الأمريكي.

المطلب الأول

شروط تطبيق استثناء الاستنساخ الخاص عبر شبكة الإنترنت[٤٧]

في البداية يجب التأكيد على إمكانية تطبيق هذا الاستثناء في البيئة الرقمية عبر شبكة الإنترنت، كما هو الحال بالنسبة للبيئة التناظرية التقليدية[٤٨]. حيث تجيز المادة ١٨ من القانون ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة القطري - تقابلها المادة ١٢٢-٥ من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي - عندما يكون المصنف متاحًا للجمهور القيام بالعديد من أفعال الاستنساخ التي يتم التمييز بينها من الناحية التقليدية على أساس ما إذا كانت هذه الأفعال لأجل الاستعمال الخاص أو العام، من حيث الاقتباس الموجز والمجلة الصحفية وغيرها من الاستثناءات الأخرى المنصوص عليها في تقنين الملكية الفكرية الفرنسي. فالاستنساخ الخاص أو النسخة الخاصة ليست حقًا يمنحه القانون للأفراد، وإنما هي استثناء قانوني يتقيد تطبيقه بشروط نصت

---

٤٤ - انظر:

A. Lucas, Le droit de l'informatique, PUF, coll. « Thémis », 1987, n° 285. –P. Sirinelli, L'auteur face à l'intégration de son oeuvre dans une base de données doctrinale. De l'écrit à l'écran: D. 1993, chron. p. 323. – et, H. Desbois, Le droit d'auteur en France, 3e éd , Paris, Dalloz, 1978, p. 57.

٤٥ - انظر:

TGI Paris, 30juin 2004, Vecteur Plus, disponible sur www.legalis. net .

٤٦ - تجدر الإشارة أن هناك استثناءً جديدًا نص عليه التوجيه الأوروبي ٢٠٠١، ونقله القانون الفرنسي ١ أغسطس ٢٠٠٦ هو الاستنساخ المؤقت reproduction provisoire الذي تقتضيه النواحي الفنية للنقل السريع للمصنف عبر شبكة الإنترنت. وقد اشترطت المادة ٥ من التوجيه الأوروبي أن يكون هذا النسخ مؤقتًا، وسريعًا، وتبعيًا، وضروريًا من الناحية الفنية، وأن يكون الغرض منه هو نقل المصنف للغير عبر شبكة الإنترنت عن طريق وسيط، أو الاستخدام المشروع، وألا يكون لهذا النسخ أي قيمة اقتصادية في حد ذاته. ونصت المادة ٥-١٢٥ فقرة ٦ من قانون ١ أغسطس ٢٠٠٦ على أنه "لا يجوز للمؤلف أن يمنع النسخ المؤقت الذي يكون مؤقتًا، وتبعيًا، فضلاً عن كونه أساسيًا، وضروريًا من الناحية الفنية، بحيث يكون الغرض منه الاستخدام المشروع للمصنف، أو نقله للغير عبر شبكة الإنترنت". وبالرجوع إلى قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة القطري نجده لا يتضمن مثل هذا الاستثناء.

وللمزيد راجع:

Dir. 2001/29/CE, art. 5, § 1. loi n° 2006-961 du 1er août 2006 dite loi DADVSI (CPI, art. L. 122-5, 6°. TGI Paris, réf., 6 août 2008: Propr. intell. 2008, n° 29, p. 427, note J.-M. Bruguière; RTD com. 2009, p. 312, obs. F. Pollaud-Dulian. V. aussi.P. Tafforeau, droits voisins du droit d'auteur , J-CI. PLA, Fasc. 1417, 2008.

وانظر كذلك:

- J. LACKER , les oeuvres en ligne en droit comparé: droits américain et Français, Mémoire, Mai 2003 ,P.11. disponible sur: www.juriscom.net.
- L. Marino , florilègede notions communautaires en droit d'auteur, à partir du droit de reproduction provisoire , JCP G. N 39, 21 sept 2009, 272.

٤٧ - يرى بعض الفقه وجوب توافر أربعة شروط لتطبيق استثناء النسخة الخاصة تتمثل في الآتي:

١- أن يكون المصنف المراد نسخه قد سبق نشره ٢- ضرورة اقتصار الاستعمال على الناسخ ٣- ضرورة الاستعمال الخاص والفردي ٤- عدم الإخلال بالاستعمال العادي للمصنف أو الإضرار غير المبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف. راجع: د. أشرف جابر سيد: نحو مفهوم حديث للنسخة الخاصة، القاهرة، دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص ٦٥- ٦٦. ونحن نرى أن الشرط الأول يعد تزيدًا لا يضيف جديدًا، فهو شرط بدهي لا حاجة للنص عليه. حيث إنه لا مجال لتطبيق استثناء النسخة الخاصة إلا إذا كان المصنف قد سبق نشره. ويرى قصر هذه الشروط الأربعة على الشرطين الذين أشرنا إليهما؛ أنه لا مجال للفصل بين الشرط الثاني، والثالث، فالاستعمال الخاص لن يكون إلا للناسخ. وللمزيد من الشرح، والتوضيح لهذه الشروط راجع: د. عبد الهادي فوزي العوضي: النظام القانوني للنسخة الخاصة، القاهرة دار النهضة العربية ٢٠٠٨، من ص ٨٤ حتى ص ٩٢.

٤٨ - أكدت اتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية الوايبو – L'OMPI المبرمة في جنيف ٢٠ ديسمبر ١٩٩٦ "على أن الحق في النسخ (...) والاستثناءات الواردة عليه يمكن أن يتلاءم تطبيقها بشكل تام في البيئة الرقمية، وبصفة خاصة استخدام المصنفات في الشكل الرقمي". انظر:

Déclaration commune relative à l'art. 1er, al. 4

عليها قوانين الملكية الفكرية [٤٩]. وبناءً على ما تقدم يشترط لتطبيق استثناء الاستنساخ الخاص أن يكون هذا الاستنساخ للاستعمال الشخصي البحت للناسخ، وألا يتعارض استعمال المصنف مع الاستغلال العادي له، وألا يسبب ضررًا بغير مبرر للمصالح المشروعة للمؤلف. وتفصيل ذلك على الوجه التالي:

١- أن يكون الاستنساخ للاستعمال الشخصي البحت للناسخ

إن التشريع المقارن للملكية الفكرية وحق المؤلف لا يتسامح إلا في الاستنساخ الذي يكون لمحض الاستعمال الشخصي للناسخ، وهذا ما أكد عليه المشرعان القطري والفرنسي. فقد نصت المادة ١٨ من القانون ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة القطري على أنه "تعتبر الاستعمالات التالية للمصنفات المحمية مشروعة، ولو لم تقترن بموافقة المؤلف:

١- الاستنساخ، أو الترجمة، أو الاقتباس، أو التوزيع الموسيقي، أو التمثيل، أو الاستماع الإذاعي، أو المشاهد التلفزيونية، أو التصوير بأي شكل آخر للاستعمال الشخصي البحت". ونصت المادة ١٢٢-٥ فقرة ٢ من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي على أنه «لا يجوز للمؤلف متى أتاح مصنفه للجمهور أن يمنع الناسخ من الحصول على صور، أو نسخ من المصنف شريطة أن يكون ذلك الاستنساخ لاستعماله الخاص، وليس للاستعمال الجماعي"[٥٠].

يتضح من هذين النصين وجوب أن يكون الاستنساخ لمحض الاستعمال الشخصي البحت، وليس للاستعمال الجماعي حتى يكون هذا الاستنساخ مشروعًا.

٢- ألا يتعارض استعمال المصنف مع الاستغلال العادي له، وألا يسبب ضررًا بغير مبرر للمصالح المشروعة للمؤلف

لقد عنيت الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة بالنص على هذا الشرط على النحو التالي:

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩ من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية[٥١] على أنه «تختص تشريعات دول الاتحاد بحق السماح بعمل نسخ من هذه المصنفات في بعض الحالات الخاصة، بشرط ألا يتعارض عمل مثل هذه الاستنساخ مع الاستغلال العادي للمصنف وألا يسبب ضررًا بغير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف». ونصت المادة ١٣ من اتفاقية التريس[٥٢] على أنه «تلتزم البلدان الأعضاء بقصر القيود أو الاستثناءات من الحقوق المطلقة على حالات خاصة معينة لا تتعارض مع الاستخدام العادي للعمل الفني ولا تلحق ضررًا غير معقول بالمصالح المشروعة لصاحب الحق فيه"[٥٣].

ونصت المادة ١٠ من اتفاقية الوايبو بشأن حق المؤلف الصادرة في ١٩٩٦ على أنه «يجوز للطرف المتعاقد أن ينص في تشريعه الوطني على قيود أو استثناءات للحقوق الممنوحة لمؤلفي المصنفات الأدبية والفنية بناءً على هذه المعاهدة في بعض الحالات الخاصة التي لا تتعارض والاستغلال العادي للمصنف، ولا تسبب ضررًا بغير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف".

ونصت المادة ٥ فقرة ٥ من التوجيه الأوروبي الصادر في ٢٢ مايو ٢٠٠١ على أنه «لا مجال لتطبيق الاستثناءات والقيود المنصوص عليها في البنود ١، ٢، ٣ ، ٤ إلا في حالات خاصة شريطة ألا تتعارض مع الاستغلال العادي للمصنف، ولا تسبب ضررًا غير مبرر بالمصالح المشروعة لصاحب الحق"[٥٤].

---

[٤٩] - انظر:

Cass. 1re civ., 19 juin 2008: JurisData n° 2008-044405; RIDA mars 2008, p. 299 ; RLDI juill. 2008, n° 1322, retenant que "la copie privée ne constitue pas un droit mais une exception légale au principe prohibant toute reproduction intégrale ou partielle d'une oeuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur".

وهذا ما أكد عليه بعض الفقه من أن "النص التشريعي الذي كرس النسخة الخاصة لأغراض الاستعمال الشخصي، سواء في فرنسا، أو في مصر صريح في اعتبارها مجرد استثناء على مبدأ الحق الاستئثاري الثابت للمؤلف في استغلال مصنفه، بحيث يكون كل الحق المالي للمؤلف إلا ما أخرجه المشرع من هذا النطاق. وحيث إن المشرع هو الذي قرر هذا الاستثناء للمستفيد، فإن لهذا الأخير الحق في الاستفادة منه، طالما احترم الشروط التي فرضها القانون" نقلاً عن د. عبد الهادي فوزي العوضي: النظام القانوني للنسخة الخاصة من المصنفات المحمية، المرجع السابق، ص ٤٣-٤٤. وحول الطبيعة القانونية للاستثناءات التي يمكن لغير المؤلف القيام بها، راجع: د. خالد حمدي محمد عبدالرحمن: حقوق غير المؤلف على المصنف، القاهرة، دار النهضة العربية عام ٢٠٠٦/٢٠٠٥، ص ٤٠، وما بعدها.

[٥٠] - انظر:

Art. L. 122-5, Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: 2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective".

[٥١] - اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية وثيقة باريس المؤرخة في ٢٤ يوليه ١٩٧١، والمعدلة في ٢٨ سبتمبر ١٩٧٩ متاحة على موقع الوايبو: http://www.wipo.int/treaties/ar/ip/berne

[٥٢] - نصوص الاتفاقية متاحة على موقع منظمة التجارة العالمية على الموقع التالي:
http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm3_e.htm.

[٥٣] - انظر:

Art 13"Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder".

[٥٤] - انظر:

Art 5/5 «Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit».

ونصت المادة ١٨ من القانون ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة القطري على أنه «تعتبر الاستعمالات التالية للمصنفات المحمية مشروعة، ولو لم تقترن بموافقة المؤلف:

١- الاستنساخ، أو الترجمة، أو الاقتباس، أو التوزيع الموسيقي، أو التمثيل، أو الاستماع الإذاعي، أو المشاهد التلفزيونية، أو التصوير بأي شكل آخر للاستعمال الشخصي البحت.

٢- الاستعانة بالمصنف بهدف الإيضاح في التعليم، بواسطة المطبوعات أو البرامج والتسجيلات الإذاعية أو التلفزيونية أو الأفلام السينمائية أو بأي وجه آخر، وفي الحدود التي يقتضيها تحقيق هذا الهدف، بشرط ألا يكون الاستعمال بقصد تحقيق ربح مادي، وأن يذكر المصدر واسم المؤلف. ويشترط للاستعمالات الواردة في البندين السابقين، ألا يتعارض استعمال المصنف مع الاستغلال العادي له، وألا يسبب ضررًا بغير مبرر للمصالح المشروعة للمؤلف (....).

وقد وضع المشرع الفرنسي بموجب قانون ١ أغسطس في الفقرة قبل الأخيرة من المادة ١٢٢-٥ اختبار الشروط الثلاثة [٥٥] (le test des trois étapes)؛ لإمكانية الاستفادة من الاستثناءات المقررة على الحق الاستئثاري للمؤلف وتتمثل فيما يلي: ١- أن يكون هناك استثناء مقرر بنص خاص[٥٦]. ٢- ألا يترتب على استعمال المصنف تعطيل الاستغلال العادي للمصنف. ٣- ألا يضر الاستثناء بالمصالح المشروعة للمؤلفين.

وتجدر الإشارة إلى اختلاف نص المادة ١٣ من اتفاقية التربس عن نص المادة ٩ فقرة ٢ من اتفاقية برن بخصوص تطبيق اختبار الخطوات الثلاث حيث تم تمديد هذا الاختبار في عام ١٩٩٤بموجب نص المادة ١٣ من اتفاقية التريبس ليطبق على جميع الحقوق المالية التي منحتها الاتفاقية. ويتمثل الاختلاف الثاني في أن اتفاقية التربس لم تقصر الحماية ضد النسخ غير المشروع على المؤلفين فحسب – كاتفاقية برن – وإنما وسعت من نطاق هذه الحماية لتشمل جميع أصحاب الحقوق عندما اشترطت ألا يترتب على وجود هذه القيود حصول ضرر غير مبرر بالمصالح المشروعة لأصحاب الحقوق[٥٧].

ومن ثَم يجوز لأصحاب الحقوق القيام بتحديد عدد نسخ المصنف وتقييد الاستفادة من الاستثناءات الواردة على الحق المالي للمؤلف، بشرطي الدخول المشروع إلى المصنف واحترام الاختبار الثلاثي[٥٨]. ولا يثير تطبيق الشرط الأول من الاختبار ثمة مشكلة حيث إنه لا مجال لتطبيق الاختبار إلا إذا كان هناك استثناء مقرر بنص قانوني. وتكمن مشكلة تطبيق هذا الاختبار في غموض مفهوم الاستغلال العادي للمصنف .[٥٩]وإزاء عدم وضع كل من التوجيه الأوروبي ٢٢ مايو ٢٠٠١، والمشرع الفرنسي لمفهوم واضح ومحدد لمعنى الاستغلال العادي للمصنف، جاء حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 28 فبراير ٢٠٠٦ في دعوى Mulholland Drive لتلافي المشكلات الناجمة عن التطبيق القانوني للاختبار الثلاثي المراحل، وقضى بأن "الاعتداء على الاستغلال العادي للمصنف الذي ينجم عنه استبعاد تطبيق استثناء النسخة الخاصة يجب أن يكون مقدرًا وفقًا

---

[٥٥] - انظر:

P.-Y. Gautier, L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancés par le « test des trois étapes »: Comm. com. électr. 2006, étude 26.

[٥٦] - هذا الشرط لم ينص عليه قانون 1 أغسطس وإنما نصت عليه المادة 5 بند 5 من توجيه ٢٢ مايو ٢٠٠١. وللمزيد راجع في الفقه الفرنسي:

Y. Gaubiac, dimension de la privée dans le monde numérique de la communication, Comm. com. Electr no 6 , juin 2008, étude 14, préc no 8.

[٥٧] - انظر:

Westkamp, Guido :Three-Step Test and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law between Approximation and National Decision Making, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., Vol. 56, Issue 1, (2008–2009) p. 56

Senftleben, Martin. Copyright, Limitations and the Three-Step Test, An Analysis of the Tree-Step Test in International and EC Copyright Law, Kluwer Law international, 2004, p. 144. and Guido Westkamp, The Three-Step Test and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law between Approximation and National Decision Making, 56 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 1, 7 (2009).

Symons, Andrew :Three-Step Test for Determining When Compliance with the Americans with Disabilities Act Is Required, Gonzaga Law Review,(L. 28 Gonz. L. Rev. 235) Vol. 28, Issue 2 (1992–1993), pp. 235–264.

وراجع كذلك في نفس المعنى: كريستوفر غيجر: "دور اختبار الثلاث خطوات في تعديل قانون حق المؤلف في مجتمع المعلوماتية" مارس 2007، مقال مترجم إلى اللغة العربية، ومنشور على الموقع التالي: http://portal.unesco.org/culture/en.

[٥٨] - انظر:

C. Colin, la contractualisation des exceptions en droit d'auteur; oxymore ou pléonasme? Comm. com. Electr, n° 2, février 2010, étude 3.

[٥٩] - نصت المادة ١٠٧ من قانون حق المؤلف الأمريكي على بعض الضوابط الهامة لمعرفة ما إذا كان نسخ المصنف يخل بالاستغلال العادي للمصنف من عدمه، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي: ١- طبيعة وغرض استغلال المصنف وتحديد ما إذا كان استعماله لأغراض تجارية أو تعليمية غير ربحية أم لا ٢- طبيعة المصنف المحمي ٣- المقدار المستعمل من المصنف المحمي بالنظر إلى المصنف في مجموعه 4- أثر استعمال المصنف على التسويق المحتمل للمصنف المحمي.

Section 107 " Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include — (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work;(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

لمخاطر البيئة الرقمية الجديدة؛ لأجل الحفاظ على حقوق المؤلف والأهمية الاقتصادية لاستغلال المصنف في شكل أسطوانات DVD"[٦٠].

وتتمثل أهمية هذا الحكم في بيانه لوجود معيارين يمكن عن طريقهما تحديد ما إذا كان هناك اعتداء على الاستغلال العادي للمصنف من عدمه هما: ١- معيار مخاطر البيئة الرقمية الجديدة، ٢- معيار الأهمية الاقتصادية لاستغلال المصنف.

وقريبًا مما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ما أقره المجلس الدستوري للمؤلفين وأصحاب الحقوق من إمكانية "اللجوء إلى تدابير الحماية التكنولوجية المقيدة للاستفادة من استثناء النسخة الخاصة بما يضمن الحفاظ على الاستغلال العادي للمصنف، أو الضرر غير المبرر"[٦١].

المطلب الثاني

معايير الاستعمال المشروع للمصنف المحمي في قانون حق المؤلف الأمريكي

يثور التساؤل عن مدى جواز الاستنساخ المشروع، وفقًا لمبدأ الاستخدام العادل الذي نظمه المشرع الأمريكي بموجب قانون حق المؤلف في الألفية الرقمية من خلال المادتين ١٠٧ و١٠٨.

حيث نصت المادة ١٠٧ على أربعة معايير تأخذ بها المحاكم في تحديد الاستخدام العادل fair use. وهذه المعايير الأربعة لا تنطبق فقط على الحالات التي يقوم فيها المدعى عليه بخلق عمل جديد، وإنما تنطبق كذلك على استخدام التكنولوجيا الحديثة في نسخ المصنفات أو الأعمال الخاضعة لحماية حق المؤلف[٦٢] . وتبنى القضاء الأمريكي معيارًا خامسًا هو حسن النية كمعيار خامس للاستعمال العادل للمصنف.

المعيار الأول: سبب وطبيعة الاستخدام

وفقًا لهذا العامل يأخذ القضاء في اعتباره معيارين:

الأول: ما إذا كانت النسخة منقولة transformative أم لا؟

تعني النسخة المنقولة تحويل العمل الذي يتم نسخه إلى شيء جديد. وتطبيقًا لذلك لا يعتبر التبادل المرخص به للتسجيلات الصوتية عبر مواقع الإنترنت نسخًا جديدًا لهذه التسجيلات في أي شكل جديد[٦٣].

والثاني: هل هذا الاستنساخ لغرض تجاري أم للاستخدام الشخصي؟[٦٤]

لا يعتبر الاستنساخ المنزلي للتسجيلات الصوتية لغرض الاستخدام الشخصي استخدامًا تجاريًا؛ لأن الأشخاص الذين يفعلون ذلك يقومون به من أجل توفير نفقات شراء النسخ الأصلية الغالية الثمن[٦٥]. وقد تم إضافة القسم ١٠٠٨ إلى قانون حق المؤلف في الألفية الرقمية بموجب قانون التسجيلات الصوتية المنزلية ١٩٩٢. تنص هذه المادة صراحة على أن المستهلك لا يعد منتهكًا لحقوق المؤلف إذا قام بتسجيلات صوتية موسيقية لغير الأغراض التجارية. وهذا يعني إغلاق المجال أمام أي ادعاء على

---

٦٠ - انظر:

Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, Sté Studio Canal et a. c/ Perquin et UFC Que choisir: Juris-Data n° 2006-032368; Comm. com. électr. 2006, comm. 56, note Ch. Caron; JCP G 2006, II, 10084, note A. Lucas; Légipresse 2006, n° 231, III, p. 71.
وفي دعوى فليب كولين، ألزمت محكمة باريس الابتدائية ناشري الدعامات المحمية بواسطة تدابير الحماية التكنولوجية بإثبات الاعتداء على الاستغلال العادي للمصنف.

TGI Paris, 10 janvier 2006, Christophe R et UFC Que Choisir c/ Warner Music France et FNAC, disponible sur http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=784.

٦١ - انظر:

Cons. const., 27 juill. 2006, déc. n° 2006-540 DC: D. 2006, p. 2157, obs. C. Castets-Renard ; Propr. intell. 2006, n° 20, p. 240, obs. V.-L. Benabou. « recourir à des mesures techniques de protection limitant le bénéfice de l'exception à une copie unique, voire faisant obstacle à toute copie, dans les cas particuliers où une telle solution serait commandée par la nécessité d'assurer l'exploitation normale de l'oeuvre ou par celle de prévenir un préjudice injustifié».

٦٢ - راجع للمزيد في الفقه الأمريكي:

- Williams, Andrea D : Fair Use Doctrine and Unpublished Works, Howard Law Journal, Vol. 34, Issue 2 (1991), pp. 115–138 . 34 Howard L.J. 115 (1991) .
-Stephen B. 24 Hofstra L :Copyright, Privacy, and Fair Use , Hofstra Law Review, Vol. 24, Issue 1 pp. 179–222 Thau,. Rev. 179 (1995–1996) .

٦٣ - انظر:

UMG Recording, Inc. v.MP3.com , Inc.92 F.Supp.2d 349, 351 (S.D.Y.2000) (reproduction of audio CD into MP3 format does not " transform" the work).

٦٤ - انظر:

See v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 m 579, 1994: see also A. M. Records, Inc. v. Napstre. Inc, 239 F3d 1004, 1015 (9th Cir. 2001).

٦٥ - انظر:

See Napstre.Inc, 239 F3d at 1015. The Napster district court also considered the distribution of files to "anonymous requesters" to be "commercial" A. M makes a good example of blurring the kinds of infringement taking place.

مستخدمي برامج التبادل P2P على أساس أنهم خالفوا قانون حق المؤلف. وقد ذهبت هذه المادة إلى أبعد من ذلك عندما نصت على منع أي دعوى مؤسسة على نشاط المستهلك. وهو ما يعني حظر رفع أي دعاوى خاصة بالمسؤولية الثانوية عن التعدي بالمساهمة أو عن فعل الغير، حتى وإن كان هذا النشاط قائمًا على أساس سلوك المستهلك. ولهذا أقرت الدائرة التاسعة في دعوى نابستر (Napster) بأن الإعفاء من المسؤولية استنادًا لنص المادة ١٠٠٨ لا ينطبق على الأشخاص الذين قاموا بالتحميل. وهذا الحكم ليس في قضية نابستر فحسب[٦٦]، وإنما بينت المحكمة أن المادة ١٠٠٨ تسمح للمستخدمين بعمل التسجيلات الموسيقية الرقمية التي تم تعريفها في المادة ١٠٠١[٦٧] التي استبعد منها إعلام الحاسب الآلي - بما في ذلك الأسطوانات الممغنطة - وبالتالي فإن أسطوانة الحاسب الآلي التي تحتوي على تسجيل موسيقي استبعدت من نطاق تعريف التسجيلات الموسيقية الرقمية الذي جاء في قانون التسجيلات المنزلية ١٩٩٢[٦٨].

ويعد كذلك استخدامًا عادلاً غير تجاري نسخ بعض المقالات المنشورة في المجلات طالما كان الغرض هو توفير نفقات شراء نسخ المجلة الباهظة الثمن[٦٩]. ومن تطبيقات هذا المعيار ما قضت به المحكمة في دعوى سوني من أن القيام بتسجيلات الفيديو المنزلية لبرامج التليفزيون التي تحميها تشريعات حق المؤلف تعتبر من قبيل الاستخدام العادل؛ لأن الغرض من التسجيل هو الاستخدام الشخصي، وليس الاستخدام التجاري. وأقرت المحكمة بغالبية الأعضاء أن أي استخدام تجاري للمواد المحمية بموجب حق المؤلف هو استخدام غير عادل، ويمثل ضررًا اقتصاديًا لمالك حق المؤلف (طبقًا للعامل الرابع) ولكن إذا كان الاستنساخ لغير الغرض التجاري، فإنه لا مانع من أدائه[٧٠].

وفي المقابل قضت المحكمة في دعوى مجلة Nation[٧١] بأن ما قامت به مجلة Nation يعد من قبيل الاستعمال غير المشروع. وجاء في حيثيات الحكم أنه على الرغم من اعتراف المحكمة بأن التقارير الإخبارية واحدة من الاستخدامات المنصوص عليها في المادة ١٠٧، إلا أن ما قامت به المجلة المدعى عليها لم يكن كذلك، وإنما كان من قبيل الاستخدام التجاري الذي يتعارض مع المعيار الأول غرض الاستخدام[٧٢].

ومن تطبيقات القضاء كذلك ما قضى به في دعوى *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc* عندما قامت جماعة تطلق على نفسها Roy Orbison بعد طلبهم المتكرر القيام بتسجيل أغنية شهيرة في موسيقى الروك، وكان طلبهم يقابل بالرفض، ولكن استطاعوا بطريقة ما الدخول إلى الموقع المنشور عليه هذه الأغنية وقاموا بتسجيلها وإجراء بعض التعديلات عليها. اعتبرت المحكمة أن هذا الاستخدام غير عادل وأكدت على أهمية البحث عما إذا كان هناك استخدام تجاري من جانب المدعى عليه أم لا؟ وأكدت المحكمة كذلك على أن الموضوع الأساسي في هذا المجال هو البحث عما إذا كان المدعى عليه قد قام بعملية تحويل للمصنف الأصلي بإضافة شيء جديد إليه من أجل تغيير العمل الأصلي بتغييرات أو معاني أو رسائل جديدة[٧٣] أم لا. ومن أمثلة هذه الدعاوى أن الدائرة التاسعة رفضت الدفع بالاستخدام العادل الذي تمسك به المدعى عليه، وأوضحت أنه ليس من قبيل التغيير إلى شيء جديد transformative أن يتم استخدام قصيدة "Cat in the Hat" للشاعر الدكتور Seuss لتكون أساسًا لكتابة قصيدة شعرية أخرى تحكي عن المحاكمة الجنائية عن O.J. Simpson. وقالت المحكمة: إن الحكم في هذا الأمر يجب أن يكون وفقًا لظروف كل دعوى على حدة[٧٤]. ورفضت كذلك الدائرة الثانية من محكمة الاستئناف الدفع بالاستخدام العادل الذي تمسك به أحد الناشرين الذي قام بنشر كتاب مكون من ١٢٣ صفحة يحتوي على 643 سؤالاً تم تجميعها عن طريق البرامج التليفزيونية حول اختبار مدى إلمام القراء بأحداث المسلسلات التليفزيونية. ولاحظت المحكمة أن لعبة trivia لا تعتبر

---

[٦٦] - انظر:

A.M Records, Inc. v. Napstre.Inc , 239 F3d 1004 , 1015 (9 th Cir. 2001) .

[٦٧] - انظر:

17 U.S.C.s 1001 (5) (B) (II) (2001).

[٦٨] - انظر:

Napstre. Inc, 239 F3d at 1024-25 (citing Recording Indus. Ass' n of Am.v.Diamond Multimedia Sys. Inc. 180 F.3 d 1072, 1078 (9th Cir. 1999).

[٦٩] - انظر:

Vudrag, Pierre : Fair Use in News and Reviews GPSolo , 28 GPSolo 30 2011 Vol. 28, Issue 6, pp. 30–31 28 GPSolo 30 (2011).

[٧٠] - انظر:

"every commercial use of copyrighted *S*ony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc 464 U.S. 417(1984). material is presumptively an unfair [use]" and also presumptively demonstrates a likelihood of economic harm to the copyright owner (the fourth statutory factor); "but if [the copying] is for a noncommercial purpose, the likelihood must be demonstrated ".

[٧١] - تتلخص وقائع هذه الدعوى في قيام الرئيس الأمريكي جيرالد فورد بالتعاقد مع شركة هاربر ورو لنشر مذكراته. وبموجب هذا الاتفاق قامت شركة هاربر بالتعاقد مع مجلةTime لنشر جزء محدود من هذه المذكرات لا يتعدى ٧٥٠٠ كلمة. ولكن فوجئت مجلة Time بقيام مجلة Nation بنشر جزء من المذكرات بدون ترخيص منها، واتهمتها بانتهاك حقها في النسخ الذي اشترته من الرئيس فورد. هذا الحكم مترجم في رسالة دكتوراه بعنوان "حقوق المؤلف بين الإطلاق والتقييد" كلية الحقوق، جامعة القاهرة ٢٠١٠ للباحث يوسف ظاهر الحربش، ص ٣٠٤ - ٣٠٥.

[٧٢] - انظر:

Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprise 471 U.S. 539 (1985).

[٧٣] - انظر:

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc 510US 569(1994).

[٧٤] - انظر:

Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Books USA, Inc., 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997).

نوعًا من السخرية على البرنامج التليفزيوني الذي أخذت منه هذه الأسئلة[٧٥]. وقضت الدائرة الحادية عشر من محكمة الاستئناف عام ٢٠٠١ في قضية Suntrust Bank بتأييد حكم أول الدرجة في قبوله الدفع بالاستخدام العادل من المدعى عليه مؤلف رواية (The Wind Done Gone (TWDG عندما اتهمه مالك حق المؤلف على رواية ذهب مع الريح Gone With the Wind (GWTW)) بالاعتداء على مؤلفه الأصلي. ولكن المحكمة رفضت هذا الادعاء من المدعي، ورأت أن العمل الجديد لا يعدو أن يكون مجرد نقد للعمل الأصلي على الرغم من أنه يحتاج إلى روح الكوميديا التي يتمتع بها العمل الأصلي، وأنه ليس في شكل مقال صحفي أو تعليمي[٧٦]. وكذلك أيدت الدائرة التاسعة في دعوى Sega قبول الدفع بالاستخدام العادل عندما استخدم المدعى عليه نسخة وسيطة "Intermediate copy" لأجل تحليل أحد البرامج وإنشاء ألعاب فيديو مشابهة[٧٧].

المعيار الثاني: طبيعة العمل الذي يتم نسخه

يتعلق هذا العامل بطبيعة المصنف المحمي والبحث عما إذا كان هذا المصنف عملاً إبداعيًا créative، أم خياليًا Imaginative أم عملاً قائمًا على الحقائق. حيث إن النوعين الأول والثاني من هذه الأعمال يخضع لحماية حق المؤلف في حين أن النوع الأخير يحظى بقدر أقل من الحماية[٧٨].

وتطبيقًا لذلك أقرت المحكمة في دعوى سوني بوجود الاستخدام العادل؛ لأن المصنفات التي تم نسخها كانت مبتكرة، فضلاً عن أن استخدامها كان متاحًا بحرية للمشاهدين في منازلهم[٧٩]. وقضى كذلك في دعوى مجلة Nation - بخصوص العامل الثاني- بأن القانون العام يعترف بضرورة الاهتمام بنشر المصنفات الواقعية أكثر من الاهتمام بنشر المصنفات الخيالية[٨٠].

وتطبيقًا لذلك فإن ما نسخته مجلة Nation من مذكرات الرئيس فورد كان أكثر من مجرد حقائق موضوعية، وعلى الرغم من أنه كان جزءًا صغيرًا من مستندات شركة فورد، إلا أن هذا الجزء يمثل قيمة كبيرة، ونقاطًا حيوية في عمل الشركة[٨١].

المعيار الثالث: القدر الذي يتم نسخه من المصنف الأصلي

في الواقع كلما كان القدر الذي يتم نسخه كبيرًا، كان الاستخدام غير عادل. ولكن في بعض الحالات نجد أن الاستنساخ لكل المصنف قد يعتبر استخدامًا عادلاً كما حدث في قضية سوني، عندما اعتبرت المحكمة أنه يعد استخدامًا عادلاً التسجيل الكامل للمصنف الذي يتم عبر الراديو أو التليفزيون ما دام كان هذا التسجيل للاستخدام الشخصي.

ونحن نرى أن المبدأ الذي أقرته دعوى سوني لا يمكن تطبيقه إلا في الحالة التي يعرض فيها صاحب حق المؤلف عمله كاملاً على الجمهور بدون مقابل وبحرية تتيح لهم نسخه أو تحميله بما يجعل هذا الاستخدام مشروعًا وعادلاً. ولكن في غير هذه الحالة لا يعتبر نسخ المصنف أو تحميله بالكامل مشروعًا أو عادلاً طالما كان غير مرخص به.

المعيار الرابع: آثار استخدام هذه الاستنساخ في السوق

تناولت المحكمة العليا الآثار المترتبة على استخدام الأعمال المنسوخة في السوق، كما جاء في قضية نابستر Napster التي أقرت فيها المحكمة بأن استخدام موقع نابستر قد أضر بسوق المؤلفات الموسيقية من جانبين: الجانب الأول: أنه قلل من بيع الأسطوانات الممغنطة CD بين طلاب الجامعة، والجانب الثاني: تمثل في وضع حواجز أمام المدعين في هذه القضية من أجل دخولهم سوق تحميل التسجيلات الموسيقية الرقمية[٨٢].

---

[٧٥] - انظر:
Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ'g Group, Inc., 150 F.3d 132, 145 (2d Cir. 1998) (quoting lower court).

[٧٦] - انظر:
Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co, 268 F.3d 1257 (11th Or. 2001) (preliminary

[٧٧] - انظر:
Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade,Inc, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

[٧٨] - انظر:
Hoehling v. Universal City Studios, inc. 618 F.2 d, 972, 978 (2d Cir. 1986).

[٧٩] - انظر:
Sony Corp. v. Universal City Studios , Inc. 464 U.s.417, 445-50. (2d Cir. 1983).

[٨٠] - انظر:
Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprise 471 U.S. 539 (1985). the law generally recognizes a greater need to disseminate factual works than works of fiction or fantasy".

[٨١] - انظر:
Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprise "Although a relatively small part of the Ford manuscript was copied, it comprised a large part of the article in The Nation and, most significantly, was qualitatively among the most important parts of the manuscript, containing the "most powerful passages," the "dramatic focal points" of great "expressive value."

[٨٢] - انظر:
A.M Records, Inc. v. Napster, Inc. 114 f. Supp. 2d 896, 913 (N.D.Cal.2000).
وللمزيد عن استغلال الموسيقى عبر الإنترنت راجع: د. محمد حسام محمود لطفي: حقوق الملكية الفكرية، المفاهيم الأساسية، دراسة لأحكام القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء المقارن، الطبعة الثانية، القاهرة بدون ناشر عام ٢٠١٢، ص ٢٩٧، وما بعدها.

وحول العنصر الأخير ثار التساؤل عما إذا كان الاستخدام العادل يعد عائقًا أمام المدعي في استخدام حقه في تسويق منتجه أم لا؟، أو بمعنى آخر هل يعتبر التصوير الضوئي في المكتبات العامة عائقًا أمام المدعي لدخوله في السوق، سواء من أجل طرح نسخ من عمله أو بيع نسخ من إصداراته؟

في الواقع إن قبول هذا الرأي يفترض أن مالك حق المؤلف هو صاحب الحق في التعويض عن كل استخدام لعمله، ويفترض كذلك أن معيار هذا الضرر هو الذي أدى إلى خفض مبيعات الأقراص الممغنطة CD منذ ٢٠٠١. فقد انخفضت المبيعات عما كانت عليه من ذي قبل بعد صدور حكم نابستر. وهذا يعني أن شركات التسجيلات كانت متلهفة على هذا العمل بغض النظر عن الضرر الذي يعود من ورائه، وفي ذلك دلالة واضحة على أن صناعة التسلية والمرح قد أخطأت في شأن استخدام التكنولوجيا الحديثة[٨٣].

ومن تطبيقات هذا المعيار ما أشارت إليه المحكمة العليا في دعوى مجلة Time من أن «يبدو من وقائع الدعوى أن جريدة Time قامت بفسخ العقد الذي أبرمته مع شركة Harper & Row Publishers، وبالتالي لا نقتصر عند تقدير التعويض على الضرر الذي وقع على صاحب العمل الأصلي، وإنما يجب أن نأخذ في الاعتبار الضرر الذي وقع على سوق المصنفات المشتقة[٨٤].

المعيار الخامس: حسن النية كمعيار إضافي تبناه القضاء الأمريكي[٨٥]

إن هذه المعايير الأربعة السابقة ليست حصرية بمعنى أن للمحاكم الحق في الأخذ بمعايير أخرى إضافية[٨٦]. ومن هذه المعايير التي تبناها القضاء الأمريكي معيار حسن النية للحكم بما إذا استنساخ المصنف يعد من قبيل الاستخدام العادل أم يعد انتهاكًا لحق المؤلف[٨٧].

وتطبيقًا لذلك ذهبت المحكمة العليا في دعوى (*Blake A. Field*) ضد (*Google, Inc*) إلى أن "حقيقة أن جوجل قد تصرفت بحسن نية عندما أتاحت الروابط المؤقتة "Cached links" إلى صفحات الويب يعطي للمحكمة دعمًا إضافيًا في حكمها بالاستخدام العادل لجوجل. وأوضحت المحكمة أن الموازنة بين المعايير الأربعة للاستخدام العادل ومعيار حسن النية توضح أن جوجل قد نسخت ووزعت المصنفات المحمية للمدعي ((Blake A. Field من خلال الروابط المؤقتة "Cached links". ومن ثَم فإن البحث عما إذا سلوك جوجل كان من قبيل الاستخدام العادل لهذه المصنفات أم لا يعد من مسائل القانون"[٨٨].

تعقيب:

يتضح من خلال عرض شروط ومعايير الاستفادة من استثناء الاستنساخ الخاص أو الاستخدام العادل أنه لا يمكن لمستخدمي الإنترنت التمسك باستثناء الاستنساخ الخاص للتخلص من المسؤولية الناشئة عن تقليد المصنفات المحمية، طالما كان الغرض من هذا الاستنساخ هو القيام بإتاحة هذا الاستنساخ للغير عبر موقعهم على الإنترنت. فإتاحة هذه النسخ عبر موقع الإنترنت يجعل الاستنساخ مخصصًا للاستعمال الجماعي، ويخل بالاستغلال العادي للمصنف، ويلحق ضررًا غير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو بأصحاب الحقوق، ويتنافى مع معايير الاستعمال المشروع للمصنف في قانون حق المؤلف الأمريكي.

ونود الإشارة إلى أن الناشرين كانوا يتمسكون في معظم القضايا المعروضة على القضاء الفرنسي[٨٩] باستثناء الحق في الاستنساخ الخاص المقرر بموجب نص المادة ١٢٢ فقرة ٥، بند ٢ من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، والذي بموجبه لا يستطيع

---

٨٣ - انظر:

Niels Schaumann, Copyright Infringement and Peer-to-Peer Technology, p. 1032, available at Mitchell Open Access: http://open.wmitchell.edu/facsch/30.

٨٤ - انظر:

Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprise 471 U.S. 539 (1985). "[t]his inquiry must take account not only of harm to the original but also of harm to the market for derivative works"

٨٥ - انظر في الفقه الأمريكي:

- Melisa San Marti: COPYRIGHT L, NXIVM Corp. v. Ross Institute, 364 F.3d 471 (2d Cir. 2004) AW: THE RELEVANCE OF BAD FAITH TO A FAIR USE ANALYSIS, 9 J. Tech. L. & Pol'y 221 2004.
- KAI B. FALKENBERG: The Relevance of Bad Faith to Fair Use Analysis, 24 Comm. Law. 7 2006–2007.

٨٦ - انظر:

H.R. RP. No. 836, 102nd Cong., 2nd Sess. 3 (1992).

٨٧ - انظر:

Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enter., 471 U.S. 539 (1985) (finding that defendant had the intended purpose of supplanting the copyright holder's right of first publication).

٨٨ - انظر:

412 F. Supp. 2d 1106, *; 2006 U.S. Dist. LEXIS 10923, 77 U.S.P.Q.2D (BNA) 1738; Copy. L. Rep. (CCH) P29,194.

٨٩ - حيث كان المدعى عليهم يتمسكون باستثناء النسخة الخاصة للهروب من المسؤولية. بيد أن القضاة كانوا يؤكدون في كثير من القضايا على استبعاد تطبيق استثناء النسخة الخاصة، ومن ثم مسؤولية المدعى عليهم عن انتهاك حقوق المؤلفين، ومن أمثلة ذلك ما يلي:
- حكم محكمة استئناف Aix-en-Provence التي أكدت في حكمها على عدم أحقية مؤسسة LE PLANTAIN في التمسك بالحق في النسخة الخاصة.
-CA Aix-en-Provence - Aix-en-Provence - CH. 02 - 09/11369 - D juris, 11 mai 2011

المؤلف أن يمنع الغير من الحصول على نسخة من مصنفه الذي أتاحه للجمهور. حيث نصت هذه المادة على أن تكون هذه "النسخ مخصصة لمحض الاستعمال الخاص للناسخ، وألا تكون مخصصة للاستعمال الجماعي".

إن حقيقة استثناء هذا الحق الحصري للنسخة الخاصة يتولد عن التثبيت المادي الذي يمكن أن يقع تحت طائلة نص المادة ١٢٢ فقرة ٥ التي تنص على أن "النسخة الخاصة ليست دائمًا على حد سواء متاحة، وبدون مقابل". وبالمثل نص المادة ١٨ - أولاً- من القانون ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة القطري. بيد أن الوسائل الحديثة للنسخ - التي سجلت زيادة في عدد ونوعية وسهولة استخدام الاستنساخ لدرجة أن أصبح عمل الاستنساخ الخاص أمرًا واقعيًا في استغلال المصنفات - أدت إلى تقييد مجال استثناء الاستنساخ الخاص للبرنامج غير المصرح بنسخه إلا لأجل الاحتفاظ بنسخة احتياطية وحيدة منه.

نخلص إلى أن الظروف والأسباب العملية الواضحة هي التي فرضت هذا الاستثناء الذي كان من الصعب رقابته أو إخضاعه للسلطة أو القيام برقابة كل النسخ التي يحصل عليها كل شخص في مجال حياته الخاصة، وخاصة أن الضرر الذي يصيب مؤلف هذه المصنفات ممتد لوقت طويل.

ونحن نرى أن النص على استثناء الاستنساخ الخاص في المادة ١٨ الفقرة الأولى جاء عامًا، وهذه العمومية أثارت الغموض حول فهم الغرض من هذا الاستثناء. ويرجع السبب في هذا الغموض إلى نص المشرع بالنسبة لبرامج الحاسب في المادة ٢٠ على أنه «يجوز للحائز القانوني لنسخة من برنامج الحاسب عمل نسخة أخرى منه، أو الاقتباس منه بالقدر الضروري لاستخدام البرنامج في حدود الغرض المرخص به بداية، أو بغرض الحفظ، أو الإحلال في حالة فقد النسخة الأصلية، أو المقتبسة، وينتهي هذا الحق بمجرد زوال سند الحائز».

وفي المقابل جاء نص المشرع القطري في الفقرة الأولى من المادة ١٨ على أن "تعتبر الاستعمالات التالية للمصنفات المحمية مشروعة، ولو لم تقترن بموافقة المؤلف:

١- الاستنساخ، أو الترجمة، أو الاقتباس، أو التوزيع الموسيقي، أو التمثيل، أو الاستماع الإذاعي، أو المشاهد التلفزيونية، أو التصوير بأي شكل آخر للاستعمال الشخصي البحت".

وبالمقارنة بين هذين النصين نجد تباينًا شديدًا بينهما حيث يتبادر للذهن - فيما يخص النص الثاني - أن كل شخص أصبح له الحق في نسخة واحدة من كل مصنف يتم نشره لاستعماله الشخصي. ولعل ما نميل إليه في عصرنا الحديث في المكتبات ليس عنا ببعيد. فقد أتاحت هذه المكتبات للطلاب الحق في الحصول على نسخة بل نسخ من جميع الكتب التي بحوزتها وذلك تذرعًا باستثناء الاستنساخ الخاص.

إن ما تقوم به المكتبات اليوم من السماح لكل طالب بتصوير نسخة بل عدة نسخ من جميع المصنفات التي لديها يعد انتهاكًا لحقوق المؤلفين وأصحاب الحقوق[٩٠].

إن هذا الفهم المغلوط لاستثناء الاستنساخ الخاص في العصر الرقمي كبد مؤلفي وأصحاب الحقوق على هذه الكتب الكثير من الخسائر. فقد أضحى من السهل الآن في عصر الإنترنت أن يقوم كل مستخدم للإنترنت بترقيم المصنفات الموجودة مسبقًا، وإعادة نشر نسخة واحدة منها على مواقع الإنترنت، ويقوم زائرو هذه المواقع بالحصول على نسخة منها لا تختلف عن الأصل المأخوذة منها، وعندما تتم مقاضاته أمام المحاكم نجده يتذرع باستثناء الاستنساخ الخاص للتخلص من المسؤولية.

إن المشرع لم يورد ذلك، وإنما قيد هذا الاستعمال بقيدين:

القيد الأول: هو أن يكون هذا الاستنساخ للاستعمال الشخصي البحت للناسخ الذي يفترض معه أنه حاز هذه النسخة بطريق مشروع[٩١]، وذلك عن طريق الشراء أو الإهداء من المؤلف أو أصحاب الحق على المصنف. وفي هذه الحالة يحق له عمل نسخة احتياطية يستعملها متى تلفت النسخة الأصلية، كما هو الحال بالنسبة لبرامج الحاسب.

القيد الثاني: ألا يتعارض استعمال المصنف مع الاستغلال العادي له، وألا يسبب ضررًا بغير مبرر للمصالح المشروعة للمؤلف. ولا شك أن إباحة الاستنساخ للجميع بغض النظر عن مشروعية أو عدم مشروعية النسخة الأصلية من شأنه الإضرار بالمصالح المشروعة للمؤلف. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما اشترطت مشروعية الأصل في حكمها الصادر في ٣٠ مايو٢٠٠٦ بأن "استثناء الاستنساخ الخاص المنصوص عليه في المادة ١٢٢ -٥ فقرة ٢ من تقنين الملكية الفكرية - كاستثناء على احتكار المؤلف لمصنفه - يفترض لتطبيقه مشروعية الأصل، وألا ينطوي على المساس بالامتيازات المقررة لأصحاب الحقوق على المصنف"[٩٢].

لقد حرص المشرع القطري على تقييد عمل نسخة وحيدة من برامج الحاسب الآلي بأن يكون الاستنساخ قد تم من قِبل الحائز الشرعي للبرنامج، وأن يكون ذلك لأجل الحفظ أو الإحلال عند فقد النسخة الأصلية، فضلاً عن وجوب إتلاف النسخة الأصلية أو المقتبسة بمجرد زوال سند الحائز. وفي المقابل جاء نص الفقرة الأولى من المادة ١٨ الذي يعتبر الاستنساخ للاستعمال الشخصي

---

[٩٠] - راجع عن سوء استخدام الطلاب و المعلمين لحقوف المؤلف، كريتس كوك: حقوق الملكية الفكرية (تعريف على الملكية الفكرية وتأثيرها على الاقتصاد العالمي) ترجمة دار الفاروق، القاهرة، دار الفاروق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عام ٢٠٠٦، من ص ١٣٦ - ١٣٩.

[٩١] - وهذا ما أكد عليه الفقه والقضاء الفرنسيين: راجع في الفقه الفرنسي:

C. VÉROT ,La rémunération pour copie privée ne peut prendre en considération que la copie licite, Revue juridique de l'économie publique n° 659, Décembre 2008, comm. 53.

C. Caron, La source de la copie privée doit-elle être licite?: Comm. com. électr. 2006, comm. 118.

[٩٢] - انظر:

Cass. crim., 30 mai 2006: JurisData n° 2006-033837; Comm. com. électr. 2006, comm. 118 Ch. Caron.

البحث مشروعًا خلوًا من مثل هذه المهمة التي يزول معها كل ما قد يعلق بالأذهان من إمكانية حصول كل شخص على نسخة ثانية مأخوذة من النسخة الأصلية للبرنامج من أي مصدر مشروع، وإنما ينبغي لكل شخص أن يشتري نسخة منه.

وبناءً على ما تقدم، لا نتفق مع العلامة الدكتور السنهوري في قوله «والمفروض هنا أن شخصًا استعار مثلاً نسخة من مصنف أدبي أو علمي أو فني أو موسيقي، ولما كان لا يريد أو لا يستطيع الحصول على هذه النسخة ملكًا له، فقد لجأ إلى نسخ صورة منها بأي طريقة من طرق الاستنساخ - خط اليد أو الآلة الكاتبة أو الفوتوغرافيا أو التسجيل بالنسبة إلى الأسطوانات والأفلام أو غير ذلك - دون أن يقصد نشر ما نسخه، إذ ليس له حق النشر دون إذن المؤلف، وإنما قصد استعمال النسخة التي نقلها استعمالاً شخصيًا، فتحل محل النسخة التي استعارها بعد أن يرد هذه لصاحبها"[٩٣].

إن تفسير العلامة الدكتور السنهوري ينطوي على خطورة بالغة؛ لأنه يسوغ لكل شخص الحق في أن يحصل على نسخة من المصنفات المنشورة عن طريق استعارتها من الغير. فصاحب النسخة الأصلية التي حازها بطريق مشروع لا يحق له السماح للغير بعمل أي نسخة من المصنف الذي بحوزته، وإنما يحق له هو نفسه - وفقًا للمفهوم الذي نتبناه لاستثناء النسخة الخاصة - أن يقوم بعمل نسخة وحيدة من المصنف الذي حازه حيازة مشروعة كنسخة بديلة للحفظ من التلف. ونحن نهيب بالقضاء القطري تبني هذا التفسير في القضايا التي ينتهك فيها حق المؤلف استنادًا إلى المفهوم المغلوط والخاطئ باستثناء الاستنساخ الخاص المنصوص عليه في نص المادة ١٨ من القانون ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة القطري.

الخاتمة

بعد أن انتهينا – بفضل الله وبحمده – من إنجاز بحثنا حول الاستنساخ الرقمي للمصنفات المحمية في القانون القطري، يبدو جليًا أنه من الموضوعات المستحدثة في التشريعات المقارنة، ويطرح العديد من المشكلات، ويثير العديد من الاختلافات الفقهية والقضائية.

ومن هذا المنطلق ركزت في هذا البحث على محاولة بيان مفهوم الاستنساخ وصوره ومدى مشروعيته. وقد اتضح لنا مدى مسايرة المشرع القطري للتطور التكنولوجي في تعريفه للاستنساخ بأنه إعداد نسخة أو أكثر من المصنف، يمكن أن تتحقق بأي وسيلة وفي أي شكل آخر بما في ذلك التخزين الدائم أو المؤقت في شكل إلكتروني. وتتجلى أهمية ذلك إذا ما عرفنا أن البعض كان يجهل أن الاستنساخ الرقمي للمصنف المحمي يعد نسخًا جديدًا له يتطلب موافقة المؤلف أو مالك حق المؤلف[٩٤] ورغبة منا في المساهمة في علاج هذه الإشكالية، وتقديم أفضل الحلول التي تبنتها التشريعات المقارنة في فرنسا وأمريكا للحد من انتهاك الحق في الاستنساخ، فقد عالجت هذا البحث في ثلاثة مباحث: عرضت في أولهما لمفهوم الاستنساخ، وخصصت ثانيهما للحديث عن صور الاستنساخ الرقمي، وخصصت ثالثهما للحديث عن الاستنساخ المشروع للمصنفات المحمية.

وقد خلصت في هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

نتائج البحث

- الاستنساخ الرقمي يعد نسخًا للمصنف المحمي يتطلب الحصول على موافقة المؤلف أو مالك حق المؤلف.
- للاستنساخ مفهومان، أحدهما ضيق والآخر واسع.
- يتم الاستنساخ عن طريق الترقيم والتخزين الرقمي.
- يكون الاستنساخ مشروعًا إذا كان لمحض الاستعمال الشخصي للناسخ، وشريطة أن يكون الحائز الشرعي للنسخة الأصلية من المصنف الذي نسخ منه النسخة الاحتياطية.

توصيات البحث:

أولاً: أوصي المشرع القطري بوجوب إعادة النظر مرة أخرى في استثناء الاستنساخ الخاص بعد ظهور شبكة الإنترنت، وذلك للأسباب الآتية:

١- سهولة نسخ المصنفات الرقمية من مواقع الإنترنت بدون دفع أي مقابل نقدي.

٢- سهولة إعادة نشر المصنفات التي تم نسخها وفقًا لاستثناء الاستنساخ الخاص عبر مواقع الإنترنت ومنتديات المناقشة والبريد الإلكتروني مما يكبد أصحاب هذه المصنفات الكثير من الخسائر المالية.

٣- اختلاف البيئة التي يطبق فيها استثناء الاستنساخ الخاص، فالمشرع حين نظم هذا الاستثناء كان يضع نصب عينيه تطبيق هذا الاستثناء في البيئة التقليدية بالنسبة للمصنفات الورقية التي يمكن أن تتعرض للتلف أو الفقدان، ومن ثَم يجوز للمشتري الاحتفاظ بنسخة أخرى من النسخة الاصلية. أما الآن فنحن نعيش في ظل البيئة الرقمية التي يتم فيها تخزين أكثر من نسخة للمصنف الواحد على ذاكرة الحاسوب.

ومن ثَم أقترح تعديل نص فقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة على النحو التالي:

تنص الفقرة الأولى على أنه "تعتبر الاستعمالات التالية للمصنفات المحمية مشروعة، ولو لم تقترن بموافقة المؤلف:

١- الاستنساخ، أو الترجمة، أو الاقتباس، أو التوزيع الموسيقي، أو التمثيل، أو الاستماع الإذاعي، أو المشاهد التلفزيونية، أو التصوير بأي شكل آخر للاستعمال الشخصي البحت".

---

[٩٣] - د. السنهوري: المرجع السابق حق الملكية ج ٨ ص ٣١١.

[٩٤] - للمزيد عن أثر الثورة المعلوماتية على حق المؤلف راجع: محمد علي النجار: حقوق المؤلف في ضوء الثورة المعلوماتية الحديثة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية ٢٠١٢.

التعديل المقترح هو: "تعتبر الاستعمالات التالية للمصنفات المحمية مشروعة، ولو لم تقترن بموافقة المؤلف: ١- الاستنساخ، أو الترجمة، أو الاقتباس، أو التوزيع الموسيقي، أو التمثيل، أو الاستماع الإذاعي، أو المشاهد التلفزيونية، أو التصوير بأي شكل آخر بمعرفة الحائز الشرعي بغرض الحفظ أو الإحلال عند فقد النسخة الأصلية، أو تلفها، أو عدم صلاحيتها للاستخدام، وذلك لمحض الاستعمال الشخصي للناسخ، وبشرط ألا يتيح للغير الحصول على نسخة من هذا المصنف، أو النسخة الاحتياطية".

٢ – أوصي كذلك بضرورة عقد الندوات والمؤتمرات لتوعية مستخدمي شبكة الإنترنت بأهمية احترام حقوق المؤلف وعدم انتهاكها.

ثانيًا: أوصي بتبني ما اقترحه بعض الفقه المصري من تفعيل دور هيئات الإدارة الجماعية لحقوق المؤلف من خلال قيامها بعمل قاعدة بيانات إلكترونية يسجل فيها جميع المؤلفين والناشرين الإلكترونيين، وحصر جميع المصنفات إلكترونيًا عن طريق إلزام القانون للمؤلفين بضرورة إخطار هيئات الإدارة الجماعية بجميع المصنفات التي أبدعوها [٩٥].

ثالثًا: أوصي بضرورة تدخل الدولة ممثلة في وزارتها لشراء حقوق الاستغلال المالي لبعض المصنفات وبيعها للجمهور بأثمان مخفضة مما يقل من النسخ غير المشروع.

رابعًا: أوصي بإنشاء صندوق يسمى «صندوق التعويض العادل للمؤلفين وأصحاب الحقوق عن استعمال النسخة الخاصة».

المختصـرات

Abbreviations

١- مختصرات اللغة الفرنسية:

Alinéa	Al
Article	Art
Bulletin des arrêts civil de la Cour de cassation	Bull. Civ
Bulletin des Arrêts Criminel de la Cour de Cassation	Bull. Crim
Bulletin des Arrêts Criminel de la Cour de Cassation	Bull. Crim
Code Pénal	C. Pén.
Cour d'appel	CA
Chambre criminelle	Ch. Crim.
Cour de Justice	CJCE
Centre National de la Recherche Scientifique UE	CNRS
Communication commerce électronique	Com. Comm. Electr
Commentaire	Comm.
chambre criminelle de la cour de cassation	Crim.
Recueil Dalloz	D.
Décrit	D.
D. Affaires	D. Aff.
Dalloz Jurisprudence	D. Jurisp
Document	Doc
Revue Droit et Patrimoine	Dr et Patrimoine
édition	Ed.
Expertises des Systèmes d'information	Expertises
Fascicule	Fasc
Gazette du Palais	Gaz. Pal
JurisClasseur Communication	JC-Communi
JurisClasseur Propriété : Littéraire et Artiartistique	J-CI. PLA
JurisClasseur Communication	JCl. Communication
La Semaine Juridique Entreprise et Affaires	JCP E
La Semaine Juridique Edition Général	JCPG
Jurisprudence	Jur.
Banque de Données Juridiques	Juris-Data

[٩٥] - للمزيد حول آلية تنفيذ هذا الاقتراح، راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم، الإدارة الجماعية لحقوق المؤلف مع التطبيق على الأساليب التكنولوجية الحديثة: التوابع الصناعية وشبكات المعلومات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، بجامعة عين شمس، السنة الأربعون، العدد الثاني، يوليو ١٩٩٨، ص ٣١٣ حتى ص ٣٢٧.

LCEN	LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans L'économie Numérique.
Légicom	Revue Trimestrielle du Droit de la Communication
Légipresse	Revue du Droit de la Communication
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N	Numéro
Obs	Observations
Op. cit.	Dans L'ouvrage Précité
Préc	Précit
PUF	Presses Universitaire de France
Rappr	Rapport
RCA	Responsabilité Civile et Assurances
Rev. Lamy Dr. Aff.	Revue Lamy Droit des Affaires
Rev. Science Crim.	Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal
RID C	Revue Internationale de Droit Comparé
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel
RDPI	Rural Development Policy Institute
RTD Civ	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
S.	Et Suivant
Somm.	Sommaires
Spéc.	Spéciale
T.	Tome
TGI	Tribunal de Grand Instance
Trib. Com.	Tribunal de Commerce
Trib.corr	Trinbunal correctionnel
V.	Voir
Am. Jur	American Jurisprudence
2d	Second Edition
§	section