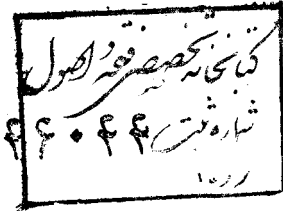


الأثار المترتبة على عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني



دكتور

محمود على عبد الجواد

المدرس المساعد بقسم الفقه
كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر

دارشحات للنشر والبرمجيات
مصر

دار الكتب القانونية
مصر

سنة النشر

٢٠١٠

رقم الإيداع

٨٦٣٥

الترقيم الدولي I.S.B.N

977 - 386 - 233 - X



دار الكتب القانونية

الفرع الرئيسي :

مصر - المجلة الكبرى - السبع بنات ٢٤ شارع عدلي يكن

ت : ٠٠٢٠٤٠٢٢٢٤٦٨٢ - فاكس : ٠٠٢٠٤٠٢٢٢٠٣٩٥

محمول : ٠٠٢٠١٢٣١٦١٩٨٤ - ٠٠٢٠١٠٥٠٢٠٧٣٧

الفروع :

القاهرة - ٣٨ شارع عبد الخالق ثروت - الدور الثالث

ت : ٠٠٢٠٢٢٣٩٥٨٨٦٠ - فاكس : ٠٠٢٠٢٢٣٩١١٠٤٤

محمول : ٠٠٢٠١٠٣٤٧٤٦٩٠ - ٠٠٢٠١٢٢٢١٢٠٦٧

المطابع :

مصر - المجلة الكبرى - السبع بنات ٢٤ شارع عدلي يكن

ت : ٠٠٢٠٤٠٢٢٢٧٣٦٧ - فاكس : ٠٠٢٠٤٠٢٢٢٠٣٩٥

website : www.darshatat.com

E-Mail : info@darshatat.com

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الأدبية والفكرية محفوظة ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزئاً أو تسجيله على شرائط أو أحزمة إسطوانات كمبيوترية أو برمجته على إسطوانات ضوئية إلا بموافقة المؤلف والنشر خطياً.

EXCLUSIVE RIGHTS BY THE AUTHOR

No Part of This Publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the author or the Publisher.

DROITS EXCLUSIFS À L'AUTEUR

Aucune partie de cette publication mai être traduit, reproduit, distribué dans tout ou par des moyens de fournis, ou stockées dans une base de données ou de récupération de système. Sans l'autorisation écrite préalable de l'auteur ou l'éditeur.

اسم الكتاب

الآثار المترتبة على عقد النشر

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

دكتور

محمود على عبد الجواد

المدرس، المساعد بقسم الفقه

كلية الشريعة والقانون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَقَالَ الْعَمَلُ
بِحَمْدِ اللَّهِ
وَبِحَمْدِ الرَّحْمَنِ
وَبِحَمْدِ الرَّحِيمِ

صدق الله العظيم

أهـدأ

إلى روح والدي / علي عبد الجواد عبد الهادي
راجياً من الله تعالى أن يرحمه بكل حرف في هذا البحث
ويدخله به فسيح الجنات.

شكر وتقدير

أشكرك يا ربنا على ما أسبغت علينا من نعمك الظاهرة والباطنة: خلقتنا في أحسن تكوين، وكرمتنا أحسن تكريم ورضيت لنا الإسلام ديناً، وهديتنا بأفضل الخلق سيدنا محمد ﷺ فجعلته لنا نبياً ورسولاً، وأنزلت لنا القرآن الكريم فجعلته لنا شرعاً ومنهاجاً. وأردت بي الخير والفلاح فجعلتني من تلامذة كلية الشريعة، وشرقتني بالانتساب إلى الأزهر الشريف ذي المنزلة الرفيعة، ووفقتني إلى إعداد هذا البحث وإتمامه، وما كنت قادراً على ذلك إن لم توفقتني وتشرح صدري، ثم أتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى أستاذي الجليلين الذين من الله عليّ بشرف التلمذة على أيديهما:

الأستاذ الدكتور/عبد العزيز محمد عزام – أستاذ ورئيس قسم الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة (سابقاً) والعميد الأسبق لكلية الشريعة والقانون بدمنهور وكلية الدراسات الإسلامية والعربية بالفيوم.

والأستاذ الدكتور/عبد الله مبروك النجار – أستاذ القانون المدني بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة وعضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف والمشرف العام على المواد الإسلامية بكلية التجارة بنين جامعة الأزهر الشريف. راجياً الله سبحانه وتعالى أن يطيل عمرهما، وأن يملأ بهما فجاج الأرض علماً ومعرفة.

محمود علي عبد الجواد

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على من أرسله ربه رحمة للعالمين، سيدنا محمد: الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، والسراج المنير. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمدًا: عبده ورسوله، وصفيه من خلقه، وحببيه، هدى الله به من الضلالة، وأرشد به من الحيرة، فأفاض على البشرية بأسرار العلوم كلها، فكان ﷺ : أصلًا لكل علم، ومرجعًا لكل مؤلف، صلى الله عليه وآله وأصحابه ومن سار على هديه إلى يوم الدين.

وبعد:

فإن الفكر هو: عماد الحياة ونورها، وأساس رقيها وتقدمها، فما من أمة علا قدرها إلا بفضل مفكراتها: فهم المحافظون على تراثها، والمنعشون لحاضرها، والمشغولون بأمر مستقبلها؛ لذا كان الاعتراف لهم بملكيتهم لما أبدعه فكرهم، وتفتت عنه أذهانهم، وحمايته بكل وسيلة تحفظ له مكانته، جزءًا من رد الجميل لهم.

واحترامًا لهذه الملكية عقدت الكثير من الاتفاقيات، والمؤتمرات، والندوات، والمجامع الفقهية، وهمت الدول بسن القوانين التي تحفظ لأهل الفكر حقوقهم، وتحميها من أن تمتد إليها يد العابثين، أو أن يسطو عليها أحد الغاصبين، بل لقد تضافرت الجهود العالمية لحماية هذه الملكية، فنتج عن ذلك إنشاء منظمة منبثة

عن الأمم المتحدة [منظمة الويبو] يكون هدفها الأول رعاية حقوق المفكرين، والعمل على تطوير أساليب حمايتها.

والنشر هو الوسيلة التي يظهر بها هذا الفكر للكافة، فيه تحيا الفكرة. ويستمر بقاءها، وبدونه تموت وتندثر. يقول الإمام القرطبي: في تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِذَا الصُّحُفُ نُشِرَتْ﴾^(١): "إن الصحيفة شبهت بالميت فإذا نشرت حيت"^(٢) ويقول الإمام ابن عرفة الدسوقي "قلو بقي، العالم بلا كتب لذهبت رسوم العلم منه"^(٣).

والنشر يتم غالبًا عن طريق تعاقد يبرمه المؤلف مع ناشر يخترق هذه الصناعة فيقوم هذا الأخير بإذاعة المصنف عن طريق عمل نماذج منه يعرضها على الناس لبيعها، وهذه الصورة من التعاقد لم تلق اهتمام الباحثين في الفقه الإسلامي، فإنهم ﷺ اهتموا ببيان حقوق المؤلف الأدبية، والمالية، وأفاضوا في إثبات هذه الحقوق بالأدلة الشرعية، وكان بيانهم في ذلك شافيًا. إلا أنهم أغفلوا تمامًا تنظيم هذا العقد وبيان حقوق والتزامات طرفيه، مع أن هذا العقد يعتبر الصورة العملية لحفظ هذه الحقوق، فتتظيم هذا العقد وبيان أحكامه هو وسيلة من وسائل حفظ حقوق المؤلف بنوعها.

ولعل السبب في عدم الاهتمام بهذا العقد، أنه عقد حديث في نشأته إذ كان وليد التطور في مجالي الطباعة والنشر، فلقد كانت وسائل النشر قبل هذا التطور متواضعة؛ حيث كان العلماء رضي الله تعالى عنهم يؤدون فريضة نشر العلم

(١) آية ١٠: سورة التكوين.

(٢) الإمام القرطبي - الجامع لأحكام القرآن جـ ١٩ ص ٩٠ طبعة دار الشعب.

(٣) الإمام محمد بن عرفة الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٨.

عن طريق الدروس الشفوية، والخطب المنبرية وربما اتخذوا نساخاً من تلامذتهم ومريديهم الذين يقومون بإعداد نسخ متواضعة للاستعمال الشخصي.

ولما عرفت صناعة الورق - ووجد الوراقون الذين يحترفون صناعة الكتب عن طريق نسخها، وتجليدها، وبيعها - لم يكن في بداية الأمر ثمة علاقة تعاقدية تربط بين المؤلف والوراق حيث كان الوراقون يقومون بنشر أعمال المؤلفين - بعلمهم وبدون علمهم - دون أن يكون لهم أي مقابل مادي من جراء ذلك، فقد كان العلماء يكتفون بما يخصص لهم من بيت المال، وبما يهدى إليهم من الأمراء، والأغنياء، بالإضافة إلى أن المال المتحصل من الوراقة كان لا يتناسب مع ما يقوم به الوراق من جهد؛ حيث كان جل عمله: من نسخ وتجليد وبيع، بيده، بل كان دور الوراق في الكثير الغالب من الأحيان لا يقتصر على هذا، فلقد كان يتحقق من الروايات ومن نسبة الأقوال إلى قائلها، والفتاوى إلى الحاكم بها^(١). فكان العلماء يتقنون في أمانة وعلم هؤلاء فيعهدون إليهم بنشر علمهم؛ لذا كان يعمل في هذا المجال رجال شهد لهم بالفضل والأمانة.

ومع ظهور التطور في مجال الطباعة والنشر، وانتشار هذه الصناعة بين أناس لا يبيغون من ورائها إلا الربح المادي، ومع كثرة وتعدد العلوم في المجالات المختلفة، وتغير النظرة إلى المعلومات بما جعلها أموالاً لها قيمتها عرفاً؛ إذ هي سبب في تقدم الصناعات بمختلف أنواعها، وسبب أساسي في التقدم والرقي التفت العالم بأسره إلى بيان الحق المالي للمبدعين والمخترعين والمفكرين في شتى المجالات، وظهر الاهتمام على إثر ذلك بالصور العقدية التي تبرم بين هؤلاء وبين من يتولون نشر أفكارهم وعلومهم، وأهم هذه الصور العقدية هي عقد النشر.

(١) ابن خلدون - المقدمة ج١ ص ٤٠٠.

وانطلاقاً من هذه الأهمية: كان لابد من بيان وجهة نظر للفقهاء الإسلامي في هذا العقد، تحدد ما لطرفي العقد من حقوق والتزامات، ورأيت أن أتولى بيان وجهة النظر هذه محاولاً وضع بداية تكون أساساً لمن يريد أن يتولى الكتابة في هذا العقد، أو في غيره من العقود التي ترد على الحق المالي للمؤلف. ولقد عانيت في هذه المحاولة الكثير من المشاق التي بدايتها اختلاف وجهة النظر حول تكييف هذا العقد وتحديد ما يترتب عليه من آثار، وعدم وجود تطبيقات مباشرة لمثل هذه النوعية من التعاقد في كتب فقهاءنا الأجلاء، بل وعدم وجود نصوص قانونية مباشرة في التشريعات المصرية الخاصة بحقوق المؤلف بداية من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤م ونهاية بالقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

والله أسأل أن تنال هذه المحاولة رضاه أولاً، ثم تقدير أساتذتي في مجال الفقه الإسلامي والقانون المدني إنه على ما يشاء قدير. وأن يتجاوز لي عما فيها من نقص وقصور.

خطة البحث:

لقد دعت مقتضيات هذا البحث إلى تقسيمه إلى: بابين رئيسيين، يسبقهما باب تمهيدي، وتليهما خاتمة.

ففي الباب التمهيدي:

أتحدث عن: المراحل التكوينية التي يمر بها العقد مبيناً: تعريفه، وخصائصه، وأركانه، والفرق بينه وبين عقود المعاوضات الأخرى التي تتشابه معه، ثم أختتم الباب بآراء العلماء في تكييف هذا العقد.

وفي الباب الأول:

أتناول الالتزامات التي يفرضها العقد على المؤلف والتي تتلخص في التزامين أساسيين وهما الالتزام بالتسليم والالتزام بعدم التعرض.

أما الباب الثاني:

فخصصته للكلام عن التزامات الناشر والتي تتكون من ثلاثة التزامات رئيسية وهي: الالتزام بالطبع والنشر، والالتزام بأداء المقابل المالي، والالتزام باحترام الحقوق الأدبية.

وفي الخاتمة:

أذكر أهم ما توصلت إليه من نتائج خلال هذا البحث.

منهج البحث:

سأسلك في هذا البحث منهج المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني. فأستقرؤ المسألة في الفقه الإسلامي من خلال ذكر أقوال العلماء فيها معتمداً على أقوال فقهاء المذاهب الأربعة بصفة أساسية ذاكراً بعض أقوال فقهاء المذاهب الأخرى: كالمذهب الظاهري، ومذهب الشيعة الإمامية، والزيدية، والإباضية ما تيسر لي ذلك.

وبعد ذكر أقوال العلماء أذكر الأدلة التي استدلو بها: فإذا كان الدليل من كتاب الله سبحانه وتعالى عزوت الآية إلى السورة التي تنتسب إليها مع ذكر رقم الآية واسم السورة، وإذا كان الدليل من سنة رسول الله ﷺ فإنني أعمد إلى تخريج الحديث مع بيان درجته إذا لم يكن في الصحيحين أو أحدهما.

فإذا انتهيت من ذكر الأدلة أذكر وجه الاستدلال بها، مناقشاً إياها مع ترجيح الرأي الذي أميل إليه مع بيان سبب هذا الترجيح.

ثم أعمد إلى استقراء المسألة في الفقه القانوني معتمداً على نصوص القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بصفة أساسية مع بيان أوجه الاختلاف بين نصوصه

ونصوص القانون السابق رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ والقوانين المكملة له، مع ذكر
معالجة فقهاء القانون للمسألة محل البحث، مدعماً ذلك بالأحكام القضائية ما
استلزم ذلك.

وفي النهاية أذكر أوجه الاختلاف التي فارق فيها القانون المدني أحكام الشريعة
الإسلامية في كل مسألة. سائلاً الله العون والتوفيق.

وبعد:

فإن الله أبى أن يكون الكمال إلا له، ولكتابته، ولسنة رسوله ﷺ، الناس بعد ذلك
بشر يصيب ويخطئ، وحسبي أنني اجتهدت قدر طاقتي المحدودة، وفهمي
القاصر. فما كان في هذا البحث من صواب فأحمد الله عليه، وما كان فيه من
خطأ فالرجاء في عفوهِ ومغفرته ليس له حدود. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب
العالمين.

محمود علي عبد الجواد

الباب التمهيدي

تكوين عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني



الباب التمهيدي

تكوين عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إن الكلام عن آثار عقد النشر يتطلب منا: الوقوف على تكوين العقد من حيث: التعريف، والخصائص، والأركان، ثم معرفة الطبيعة الشرعية والقانونية لهذا العقد .

ونتكلم عن هذه النقاط في ثلاثة فصول:

الفصل الأول : ونعقده للكلام عن التعريف والخصائص .

الفصل الثاني : ونعقده لأركان العقد .

الفصل الثالث : نتكلم فيه عن الطبيعة الشرعية والقانونية لعقد النشر .

وذلك على التفصيل التالي:

الفصل الأول

تعريف عقد النشر وخصائصه

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

نتكلم في الفصل عن:

تعريف عقد النشر في لغة العرب ، ثم تعريفه في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، ثم بيان الخصائص والميزات التي يتميز بها عقد النشر عن غيره من العقود الأخرى؛ لذا : فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نعقد المبحث الأول للتعريف، والثاني للخصائص .

المبحث الأول

تعريف عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تطلق كلمة عقد في لغة العرب على معانٍ متعددة ، أشهرها : الربط سواء أكان الربط حسيّاً : مثل قولك عقدت الحبل : إذا جمعت بين طرفيه وربطت أحدهما بالآخر ، أو كان الربط معنويّاً ، ومنه الربط بين أطراف الكلام ؛ لذا سمي الربط بين كلام لشخصين إذا أرادا مبادلة شئ بشيء عقداً مثل : عقد البيع ، والإجارة^(١)

أما كلمة "نشر" فتطلق في لغة العرب على معانٍ متعددة : كلها تدور حول إظهار الشيء في حالة جديدة لم يكن عليها من قبل فمن معانيها : البعث والإحياء : نقول نشر الله الموتى ، إذا أحياهم ، ومنه قوله تعالى " وإليه النشور"^(٢) البسط : نقول نشرت الثوب إذا بسطته الإذاعة والإعلان : نقول : نشرت الخير إذا أذعته وأعلنته .

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

(١) الفيومي : - أحمد بن محمد بن علي الفيومي - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ص ٤٢٢ ط المكتبة العلمية ببيروت ، والإمام فخر الدين الرازي - مختار الصحاح ج ١ ص ٢٧٥ ، والفيروز أبادي - لسان العرب ج ٣ ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ .

(٢) آية ٣ سورة الملك .

يقول الإمام القرطبي: في تفسير قوله تعالى ﴿وَإِذَا الصُّحُفُ نُشِرَتْ﴾^(١): إن الصحيفة شبهت بالميت؛ لأنها إذا كانت مطوية كانت كالميت فإذا نشرت حيث^(٢).

ومن معرفة معنى اللفظين اللذين يتكون منهما مصطلح عقد النشر نستطيع أن نتوصل إلى تعريفه من الناحية اللغوية فنقول: (هو اتفاق بين شخصين على إذاعة شيء، وتوفير الحياة الكاملة له).

تعريف عقد النشر في الفقه الإسلامي:

يعتبر عقد النشر في الفقه الإسلامي - كعقد يرتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيه - من العقود حديثة النشأة: فلقد كان الوراقون يأخذون المؤلفات الأدبية من أصحابها ثم يقومون بنسخها وبيعها للناس والاستئثار بالمال المتحصل من هذه العملية دون أن يكون للمؤلف شيء فلم يكن متصورا وجود عقد بالمعنى المعروف عند الفقهاء، يبين الالتزامات المتقابلة بين المؤلف والوراق كما هو معهود في غير ذلك من العقود.

مما ترتب عليه عدم وجود تعريف لعقد النشر يحدد ماهيته، وجوهر الالتزامات التي يرتبها في ذمة عاقيه.

وحتى يتسنى لنا وضع مثل هذا التعريف، لابد من معرفة مفهوم العقد في اصطلاح الفقهاء، ومفهوم النشر عندهم وذلك على النحو التالي:

(١) آية ١٠ سورة التكوين.

(٢) الإمام القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ج ١٩ ص ٩٠ ط دار الشعب

أولاً: مفهوم العقد في اصطلاح الفقهاء:

تطلق كلمة العقد في عرف الفقهاء على معنيين:

أحدهما عام : ويقصد به: التصرف الذي ينشأ عن حكم شرعي، سواء صدر من شخص واحد: كالوقف، والوصية، واليمين، أم صدر من شخصين: كالبيع، الإجارة، الرهن^(١)

وثانيهما خاص: ويقصد به كل ما صدر من شخصين ، بقصد ترتيب التزامات متقابلة في ذمة كلا الطرفين وهذا المعنى يقتضي وجود شخصين يتعاقدان على شيء يباح التعامل فيه ويكون التعاقد بصيغة معينة في مقابل مال معين وذلك مثل : البيع والإجارة، والرهن. وهذا المعنى هو المشهور المتعارف عليه في كلام الفقهاء عند تعريفهم لأي عقد من العقود^(٢)، وهو الموافق لمعنى العقد من الناحية اللغوية وهو الذي سنلتزم به في تعريفنا لعقد النشر، وبهذا يمكن تعريف العقد بأنه: (ارتباط الإيجاب بالقبول)^(٣)

ثانيا : مفهوم النشر عند الفقهاء

النشر بمعناه المعروف الآن كان يعرف عند الفقهاء بالوراقة .

(١) الإمام الزركشي- المنشور في القواعد الفقهية ج٢ ص٣٩٨ . الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية ص١٤٧. الشيخ عسبوى أحمد عيسوى - الفقه الإسلامي المدخل ونظرية العقد ص .

(٢) الزركشي- المنشور في القواعد الفقهية ج٢ ص٣٩٨ ج١ الموسوعة الفقهية ج١ ص١٤٧، الشيرازي - المذهب ج١ ص٢١٠ طبعة دار الفكر . الكمال بن الهمام - شرح فتح القدير ج٣ ص١٩٠ طبعة دار الفكر .

(٣) على حيدر- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ج١ مادة ١٠٣ . ج١ طبعة دار الجيل .

وهي: كما عرفها الإمام ابن خلدون :

معاناة الكتب بالانتساخ والتجليد والبيع^(١) وكان الناشر يطلق عليه الوراق وهو: الذي يقوم بنسخ المصنف، وتجليده وبيعه قاصداً من وراء ذلك تحقيق الربح.

وقد اشتغل بهذه الصناعة : الإمام التابعي : مالك بن دينار ، والإمام ظفر ، وابن شهاب العكرى ، وابن الزبير القرطبي ، وغيرهم . وكان هؤلاء الوراقون يحصلون على المصنفات الأصلية عن طريق المؤلفين أو ورثتهم وفي بعض الأحيان كانوا يشترونها من حائزيها^(٢)

وكان الوراق هو الرابح الوحيد من هذه الصناعة فلقد جلبت هذه الصناعة الربح الكثير على القائمين بها، حتى نقل عن أحد هؤلاء الوراقين أنه قال: لقد اكتسبت من الوراقة خمسة وعشرون ألف درهم كنت اشتري الكاغد بخمسة نراهم وأكتب فيه ديوان المتنبي وأبيعه بمائتي درهماً^(٣) فلم يكن النشر أو الوراقة يأخذ صورة التعاقد المعروفة ، ولكن كانت مجرد حرفة أو تجارة يقصد تحقيق الربح المادي من ورائها .

أما لفظ نشر: فلم يرد في كتب فقهاء المذاهب تعريف اصطلاحى له ، لذا عرفه أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار بأنه: إذاعة أمر على الناس بأسلوب يحقق العلم به^(٤)

(١) مقدمة ابن خلدون ج١ ص٤٠٠

(٢) تاريخ بغداد ج١٤ ص١٥٠

(٣) ابن كثير - البداية والنهاية ج٢ ص٤١، أبو يعلى - طبقات الحنابلة ج٢ ص١٨٧ طبعة دار المعرفة بيروت شذرات الذهب ج٢ ص٢٤٢

(٤) د/ عبد الله النجار - التسع في استعمال حق النشر (دراسة فقهية مقارنة في الفقهين الإسلامي والوضعي ص٦٤ طبعة دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥ . لقد عرف القانون السعودي في =

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 بناء على تعاقد بينه وبين المصنف المبتكر ؛ وهذا هو مناط بحثنا. ومن خلال التعريف اللغوي والاصطلاحي لكلمتي "عقد " "نشر" نستطيع أن نعرف عقد النشر بأنه . "تنازل المؤلف أو من يخلفه عن حقه في استغلال مصنفه مدة معلومة مقابل عوض معين على أن يلتزم المتنازل له بطبع المصنف ونشره وبين الناس "

ومن هذا التعريف يتضح لنا ما يلي:

أولاً: لابد لعقد النشر من طرفين : هما المؤلف أو من يخلفه في حق الاستغلال المالي والثاني هو الناشر الذي يقوم بمهمة الطبع والنشر .

ثانياً: أن مضمون العقد الأساسي هو: تنازل من جانب الطرف الأول عن حقه في الاستغلال نظير أجر يأخذه من الطرف الثاني ، على أن يقوم الطرف الثاني وهو: الناشر بمهمة الطبع والنشر.

ثالثاً: أن التنازل الذي هو مضمون العقد لابد وأن يكون لفترة معينة تحدد صراحة في العقد .

=المادة الأولى منه النشر بأنه "نقل المصنف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى الجمهور سواء كان بنقل المصنف ذاته أو استخراج نسخ أو صور منه أو من أى من أجزاءه يمكن قراءتها، أو رؤيتها، أو أدائها. ونفس التعريف في القانون السوداني رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٤ مادة "٢"

أما في القانون :

فإن قوانين الدول المختلفة : لم تتحد كلمتها تجاه تعريف عقد النشر : فمنها ما تطرق لتعريف عقد النشر صراحة ، ومنها ما اكتفى بالإشارة إليه: كالقانون المصري عندما اشترط لصحة تصرف المؤلف في حقه المالي أن يكون تعاقدته مع الناشر مكتوبا ، وأن يتضمن العقد تفصيلا كل حق يكون محل التصرف على حده ، وبيان مداه ، والغرض منه ، وزمان الاستغلال ومكانه. وذلك حتى يكونا طرفا العقد على بيئة من أمرهما وتجنبنا للغموض الذي يحيط بالعقد (١) .

ومن القوانين العربية التي عرفت عقد النشر: القانون الجزائري (٢) حيث عرف عقد النشر بأنه : " هو العقد الذي يخول المؤلف بمقتضاه ، وبشروط معينة حقه للناشر في أن يصنع أو يأمر بتصنيع نسخ تخطيطية من الإنتاج ، على أن يتحمل طبعه ونشره ، هذا باستثناء العقد المبرم لحساب المؤلف أو ما يسمى بعقد المناصفة " .

ويبين من هذا التعريف ما يلي:

أولاً: أن المقنن الجزائري يصرح بأن عقد النشر ما هو إلا عقد استصناع ، كما يبين من لفظ يصنع أو يأمر بتصنيع... (٣)

ثانياً: أن الناشر يتحمل تبعة الطبع والنشر فيكونا على نفقته وتحت مسؤوليته

(١) المادة ١٤٩ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الصادر في ٢ / ٦ / ٢٠٠٢ الجريدة الرسمية عدد ٢٢ مكرر.

(٢) المادة "٤٤" من القانون الجزائري ٣ إبريل ١٩٧٣

(٣) وهذا يوافق تكليف بعض الفقهاء في مصر لعقد النشر د/ مختار القاضي - حق المؤلف جـ ١ ص ٨٨ حيث يرى أن عقد النشر ما هو إلا عقد استصناع يعهد بمقتضاه المؤلف إلى الناشر أن يصنع له مصنفاً والأجر في هذه الحالة يكون للصانع الذي هو الناشر وسيأتي تفصيل هذا في الفصل الثالث من هذا الباب .

الخاصة .

ثالثاً: استثنى القانون الجزائري صورتين من عقد النشر هما:

أولاً: العقد الذي يسمى " الطبع على نفقة المؤلف " وهذه الصورة نهج القانون الجزائري فيها نهج القانون الفرنسي الذي استثناه ونص صراحة على ذلك في المادة (٤٩) ^(١) التي يقضى مضمونها بما يلي: " لا يكون عقد نشر بالمعنى الوارد في المادة (٤٨) ، العقد الذي يطلق عليه عقد "على نفقة المؤلف" ^(٢) والمقصود بهذا العقد : أن المؤلف يرغب في الاحتفاظ بحقه في استغلال مصنفه فيقوم بطبعه على نفقته ثم يعهد به إلى ناشر ليقوم بتوزيعه . فهذا العقد ليس في حقيقته عقد نشر وإنما يعتبر من قبيل إجارة الأعمال . فالمؤلف مستأجر والناشر أجير تطبق عليه الأحكام الخاصة بعقد الإجارة.

ثانياً: أما الصورة الثانية التي استثناه القانون الجزائري فهي "عقد المناصفة " ولقد نهج القانون الجزائري نهج القانون الفرنسي في هذا الاستثناء حيث نصت المادة (٥٠) من القانون الفرنسي على إخراج هذه الصورة من نطاق عقد النشر حيث تقضى هذه المادة بأنه " لا يعتبر عقد نشر بالمفهوم الوارد في المادة "٤٨" ذلك العقد الذي يطلق عليه الحساب المشترك ^(٣) وفي هذا العقد يعهد المؤلف إلى ناشر ليقوم بنشر المصنف على نفقته الخاصة ، ويلتزم بالإعلان والنشر على أن يتقاسم كل منهما الربح والخسارة بنسبة يتفقان عليها . وهذا العقد تطبق عليه أحكام عقد الشركة لا أحكام عقد النشر .

(١) لمادة "٤٩" من قانون ١١ مارس ١٩٥٧ الفرنسي .

(٢) نقلا عن د/ محمد السعيد رشدي عقد النشر ط ١٩٨٨

(٣) نقلا عن المرجع السابق ويسمى في القانون الفرنسي عقد الحساب المشترك أو de compte

a demi

ومن القوانين التي عرفت عقد النشر كذلك القانون التونسي^(١)

حيث عرف عقد النشر بأنه: " هو العقد الذي يحيل بمقتضاه المؤلف أو من يحل محله حسب شروط معينة الحق للناشر أن يصنع بنفسه أو بواسطة الغير عدداً معيناً من النسخ من المصنف على أن يتولى الناشر عمليتي النشر والتوزيع وينبغي أن يكون هذا العقد مكتوباً"

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أولاً: أن التعريف اعتبر عقد النشر عقد استصناع .

ثانياً: أنه لم يستثن صوراً من نطاق عقد النشر .

ثالثاً: أنه اشترط في العقد أن يكون مكتوباً .

ولقد عرف القانون الفرنسي عقد النشر بأنه:

العقد الذي بمقتضاه يتنازل المؤلف أو ورثته من بعده وفقاً لشروط محدده إلى شخص يسمى الناشر عن حق إنتاج أو العمل على إنتاج عدد من النسخ للمصنف على أن يلتزم هذا الأخير بالطبع والنشر^(٢).

ويتميز هذا التعريف بأنه :

بين بوضوح الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق طرفيه ، والتي تتمثل بالنسبة للمؤلف في تنازله عن حقه في استغلال المصنف وهذا التنازل يقتضي التزامه بالتسليم ، والتزامه بالضمان. أما بالنسبة للناشر فيتمثل في التزامه

(١) قانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٩٤ التونسي مادة "٢٧" ومع نص المادة المشار عليها تعريف عقد النشر إلا أن القانون التونسي النموذجي التي وصفته منظمة اليونسكو ، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية عام ١٩٧٦ تستعين بـ"البلاد تشريعاتها الداخلية" قد خلا من هذا التعريف

(٢) قانون ١١ مارس عام ١٩٥٧ فرنسي مادة "٤٨"

بالطبع والنشر والتزامه بالطبع واحترام الحق الأدبي للمؤلف وأيضا : التزامه بأداء المقابل المالي للمؤلف .

ولم يتعرض التعريف لمسألة طبيعة العقد مما لم يتيح محالا للاعتراض عليه . أما بالنسبة للصور المستثناة من نطاق عقد النشر فإن القانون وإن لم يذكرها في التعريف إلا أنه أفرد لهذه الصور مادتين مستقلتين . وكثير من القوانين تعرض لتعريف عقد النشر إلا أنها كلها تعاريف أما إنها تدور في فلك التعريف الفرنسي أو أنها تعاريف غير واضحة.

من ذلك القانون السويسري ^(١) حيث عرفه بأنه " العقد الذي بمقتضاه يتعهد مؤلف الإنتاج الأدبي أو الفني أو خلفاؤه بتسليم هذا الإنتاج إلى الناشر الذي يلتزم من جانبه بنشره " ^(٢)

وهو تعريف غير واضح من ناحية أنه لم يشتمل على كل الالتزامات التي تحدد مضمون العقد التي سبق وأن أشرنا إليها فهو : لم ينص إلا على الالتزام بالتسليم والالتزام بالنشر إما بقية الالتزامات كالالتزام بالضمان والالتزام بالوفاء بالعوض فلقد أغفلهما التعريف فكان بذلك غير جامع .
وبقية التعاريف لم تخرج عما سبق لفظاً أو معنى .

موقف الفقه المصري من تعريف عقد النشر :

أمام خلو القانون المصري والقوانين المكملة له من تعريف لعقد النشر حاول بعض الفقهاء وضع تعريف لعقد النشر يوضح ماهيته والالتزامات التي يترتبها في ذمة عاقديه.

(١) مادة رقم ٣٨٢ من القانون السويسري لعام ١٩٥٥

(٢) نقلاً عن دكتور / نواف كنعان حق المؤلف ص ١١٩ ، د/ محمد السعيد رشدي عقد النشر منها

ولقد أسفرت هذه المحاولات، عن التعاريف الآتية:

أولاً: عرفه الأستاذ الدكتور/ مختار القاضي بأنه: " العقد الذي يرتبط به المؤلف، أو خلفاؤه مع شخص ، يقوم بنشر مصنف أدبي، أو فني نظير مقابل، أو من غير مقابل (١) .

ويؤخذ على هذا التعريف: أنه لم يبين الالتزامات الأساسية، التي يفرضها العقد على طرفيه، ثم إن لفظه عام، يشمل كل الصورة تقع بين المؤلف والناشر، ولا يقتصر على الصورة المعروفة بالمألوفة لعقد النشر؛ فهو يشمل التصرف بالحق المالي، ويشمل عقد التوزيع، ويشمل عقد الشركة في الأرباح، ويشمل التنازل عن حق الاستغلال، الذي هو أساس عقد النشر. بذلك كان التعريف غير مانع، في نظر من يفرق بين هذه الصور ، ويخرج بعضها من نطاق عقد النشر. أما في نظر البعض الآخر، فإنه لا يكون معيباً - يقول الأستاذ الدكتور/ السنهاوري في تأييد وجهة النظر الأخيرة : سواء كان العقد بيعاً، أو مقاولاً ، وسواء كان المقاول ، هو الناشر، أو المؤلف فإن العقد يبقى مع ذلك محتفظاً بذاتيته ويسمى بعقد النشر (٢) .

ثانياً: عرفه بعض الفقهاء بأنه: " الاتفاق بين المؤلف والناشر ، والذي يتعهد بمقتضاه أن يقدم المؤلف إنتاجه إلى الناشر ، وهذا الأخير يلتزم بطبع هذا الإنتاج على نفقته ويقوم بتوزيعه وتحت مسؤوليته (٣) . وهذا التعريف اختاره

(١) د/ مختار القاضي حق المؤلف ج ١ ص ٨٨

(٢) د/ السنهاوري الوسيط ج ٧ ص ٣٢٨ ط ١٩٦٤.

(٣) د/ أبو اليزيد على المتيت / الحقوق على المصنفات الفنية والأدبية ص ٨٦ ط ١٩٦٧ د/ رضا عبد الحميد وهدان - التوازن المفقود في استغلال الحق المالي للمؤلف (بحث مقدم أعمال ندوة حق المؤلف بمركز صالح -- كامل جامعة الأزهر عام ١٩٩٦) ج ٢ ص ٦١٨ . د/ احمد عبد الفتاح السنهاوري - انتقال الحق المالي للمؤلف الندوة السابقة ج ٢ ص ١١٧

أكثر الفقهاء في مصر^(١) ، وذلك لشموله ، ونصه على الالتزامات الرئيسية التي يتضمنها عقد النشر ، ونصه على أن الطبع إنما يكون على مسؤولية الناشر بذلك ميزه عن عقد التوزيع .

إلا أنه يؤخذ على التعريفين السابقين ما يلي:

أولاً: مع نص القانون المصري السابق رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ على ضرورة الكتابة في كل عقود الاستغلال، ومنها عقد النشر ، واعتبار ذلك شرط انعقاد (وهذا هو المستقر عليه في الفقه المصري)^(٢) ، لم ينوه أي من التعريفين عن الكتابة، وهذا ما أشار إليه القانون التونسي في تعريفه السابق .

ثانياً: ذكر المدة التي يسرى العقد خلالها : شرط ضروري لا بد من ذكره في التعريف ، وهو أمر تطلبته المادة ٣٧ من القانون المصري السابق ، وقد قضى ببطالان عقد توزيع أفلام سينمائية لأنه لم تحدد فيه مدة الاستغلال وبررت المحكمة ذلك بأن العقد خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام^(٣) ولم يشر أي من التعريفين للمدة لا صراحة ولا ضمناً .

ثالثاً: المقابل المالي من أركان العقد الأساسية ، بل هو الثمرة التي يربوها المؤلف من وراء تنازله عن استغلال مجهوده الذهني ، فلا بد من ذكره في

(١) د/ أبو اليزيد المتين - الحقوق على المصنفات الأدبية ص ٨٧ د/ مختار القاضي - حق المؤلف ص ٩٤ د/ توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية ص ٥٧١ ط ١٩٧٥ د/ محمد كمال عبد العزيز - نظريه الحق ص ٦٤ د/ أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون ص ١٧٣ ط ١٩٧٤ د/ حمدي عبد الرحمن - فكرة الحق ص ١٥٠ ط ١٩٧٩ .

(٢) حكم محكمة مصر الجديدة الدائرة الأولى ١٦ من ديسمبر عام ١٩٩٤ قضية رقم ٣٣١ / لسنة ١٩٩٤ " غير منشور " الحكم أشار إليه د/ حسام لطفي - حقوق المؤلف في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء دراسة للقانون المصري رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ص ٤٧ الطبعة الأولى ٢٠٠٠ .

التعريف ، سواء أخذه المؤلف ، أو تنازل عنه طواعية و اختياراً ، فلا بد إذن من التتويه عنه، وهذا ما أغفقه التعريف الثاني وذكره التعريف الأول.

رابعاً: إن التقدم التكنولوجي في مجال التقنية والبرمجيات ، أذاب الحدود الجغرافية بين الدول ، مما حد بالقول، بأن عقد النشر لابد أن يحدد فيه مكان الاستغلال لأن هذا بالطبع سيؤثر من الناحية المادية ، على كلا الطرفين فنشر مصنف، في مكان معين قد يختلف عن نشره في مكان آخر لذا أوجب القانون ذكر مكان الاستغلال ^(١)، واعتبر القضاء الخروج عن هذا النطاق ، تعدياً على حق المؤلف ، مما يخوله إبطال العقد، والتعويض إن كان له مجال ^(٢) .

من كل ما تقدم نستطيع أن نضع تعريفا لعقد النشر ، مستفاد من كل التعاريف السابقة فنقول عقد النشر هو:

(اتفاق مكتوب، يتنازل المؤلف، أو من يخلفه ، بمقتضاه عن حقه في استغلال مصنفه، مدة معينة، وفي مكان معين، ومقابل معين لشخص ، يتولى طبعه ونشره، تحت مسؤوليته ، وعلى نفقته)

(١) حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في ٣٠ مارس ١٩٩٥ في قضية الأستاذ/ يوسف عوف ضد التلفزيون المصري في فوايز رمضان والحكم مشار إليه في هامش د/حسام لطفي - حق المؤلف - ص ٤٧

(٢) مادة ١٤٩ من قانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

المبحث الثاني

خصائص عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

يختص عقد النشر في الفقه الإسلامي، والقانون المدني، بخصائص معينة تتميزه عن غيره من العقود الأخرى . وأهمها:

أولاً: أنه عقد معاوضة .

ثانياً: أنه عقد شكلي .

ثالثاً: أنه عقد مؤقت .

رابعاً: أنه عقد مختلط .

وسوف نتولى بيان هذه الخصائص فيما يلي:

أولاً: أنه عقد معاوضة:

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 اتفاق بين الشريعة والقانون.^(١)

(١) في مفهوم عقد المعاوضة . يراجع / الباجي - المنتقى ج٤ ص ٢٨٠ طبعة دار الكتاب الإسلامي، الزركشي - المنثور في القواعد الفقهية ج٣ ص ٢٨١، الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج٢ ص ٨١ طبعة دار الكتب العلمية. وفي القانون: د/السنهوري الوسيط ج٧ ص ٣٢٩ طبعة سنة ١٩٦٤ : د/نواف كنعان - حق المؤلف =

ثانيًا: أنه عقد شكلي:

ومعنى كونه عقدا شكليا : أنه لا يكتفي في انعقاده، بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول، وإنما لابد من إفراغ هذا الرضا في ورقة مكتوبة .

وكما سيتضح فيما بعد فإن الفقه الإسلامي، لا يشترط الكتابة كشرط انعقاد، في أي عقد من العقود، وإن كانت قواعده تبيح لولى الأمر أن يشترطها، فله أن يشترط ما فيه مصلحة للمسلمين^(١)

أما القانون

فإن من القوانين ما يشترط الكتابة كشرط انعقاد^(٢) ومنها القانون المصري (م ١٤٩) العراقي (م ٣٨) الجزائر (م ٣٦) التونسي (م ٢٧)^(٣) ومن القوانين ما اكتفى باشتراط الكتابة كوسيلة إثبات مثل : القانون الفرنسي ، وكذا قانون حق التأليف العثماني ، السابق الإشارة إليه ، والاتفاقية الإسلامية لحقوق التأليف، السابق الإشارة إليها .

ص ١٢٠ طبعة سنة ١٩٩٢، د/ عبد السميع أبو الخير في الحق المالي للمؤلف ص ١١٥ طبعة مكتبة وهبة طبعة ١٩٨٨.

(١) تصرف الإمام منوط بالمصلحة : من القواعد الفقهية الكبرى التي ذكرها العلماء ، وفرعوا عليها فروعاً كثيرة وممن ذكرها :- الإمام السيوطي في الأشباه ص ٩٢١ وذكر أن الإمام بالنسبة للرعية كالولي بالنسبة لليتيم والأصل فيها، قول عمر رضى الله عنه : أنزلت نفسي من مال الله، بمنزلة ولي اليتيم ، إن احتجت أخذت ، فإذا أسرت رددته ، وإن استغنييت استعفتت " وممن ذكرها أيضا الإمام ، الزركشى في المنثور في القواعد الفقهية طبعة دار الفكر ج ١ ص ٣٠٩ ، والإمام/العز بن عبد السلام قواعد الأحكام ج ١ ص ٨٢

(٢) بل إن بعض الدول ذهب إلى أبعد من ذلك : فبعض الدول يرى: أن عقد النشر، لايد، وأن يوثق، وهذا الدول هي : الإمارات م ٧ / ١٢ ، البحرين المادة ١٥ .

(٣) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم حماية حق المؤلف في التشريعات العربية (ضمن ندوة حق المؤلف مركز صالح كامل ج ص ١٩١ .

فعقد النشر ، يعتبر عقداً شكلياً بالنسبة للقوانين التي تشترط الكتابة ، كشرط انعقاد أما ما لا يشترط ذلك ، فيعتبر عقد النشر بالنسبة لها عقداً رضائياً.

ثالثاً: أنه عقد مؤقت:

فلا بد في عقد النشر ، أن يحدد بمدة معينة ، وبعدها يعود الحق في الاستغلال إلى المؤلف ، أو إلى ورثته من بعده فلا يجوز التأييد في عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

ففي الفقه الإسلامي:

فإن عقد النشر يرد على الحق المالي للمؤلف (الذي محله منفعة متقومة عرفاً)^(١) فهو في حقيقته عقد انتفاع بالمصنف عن طريق استغلاله مدة معينة، وعقود المنفعة في الشريعة: لا بد وأن تكون مؤقتة^(٢) ومما يؤيد هذا التأقيت في عقد النشر: أن الابتكار، الذي هو مناط حماية المصنف محل العقد، إنما هو نسبي وليس مطلقاً، وذلك: على اعتبار أن الفكر الذي حواه إنما هو مستنبط ، ومعتمد ، على أفكار من سبق من العلماء والمفكرين.

فالأمة لها حق على المصنف بما تمتلكه من أفكار الجماعة ، وللمؤلف حق أيضاً لاختصاصه بما أضافه من جهد شخصي على أفكار من سبق ، فمن

(١) د/ فتحي الدريني - حق الابتكار في الفقه الإسلامي المعاصر ص ٤١: طبعة مؤسسة الرسالة.

(٢) والعقود الواردة على المنفعة : إما عقود معاوضات، وإما عقود تبرعات : فالمعاوضات:

كالإجارة ، وهي لا تكون إلا مؤقتة، والتأييد يفسدها. وينظر في ذلك ابن قدامة - المغنى ج ٥

ص ٣٣٧ طبعة البصائر الشريبي مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٧٢. الكسائي - البدائع ج ٨ .

وأما التبرعات ، فيجوز فيها التأقيت والتأييد ص ٩٠٣ ٢٠ طبعة الإمام. الخرشي - حاشية

الخرشي على متن خليل ج ٧ ص ٢ ، وابن قدامة السابق ج ٥ ص ٢٢٩ والخطيب الشريبي -

مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٦٦ الدسوقي - حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٣٩ .

المصلحة أن تسر - الأمة حقها بعد فترة معينة من انتفاع المؤلف مالياً به
وبعدها يعود المصنف إلى الملك العام ^(١) .

أما في القانون:

فأغلب القوانين نصت على من وجوب تضمين عقد النشر تحديداً للمدة التي
ينتهي بعدها حق الناشر في نشر المصنف ، كما يجب أن يذكر فيه ، عدد من
الطباعات التي تتم خلال هذه المدة ، بل وعدد النسخ في كل طبعة ، والنطاق
الإقليمي الذي توزع فيه ^(٢) .

ويأتي وجوب تأقيت عقد النشر ، من كون الحق المالي الذي هو محل العقد
مؤقتاً في جميع التشريعات فلم يختلف أحد في هذا ، والخلاف بين التشريعات
المختلفة ، إنما في المدة التي ينتهي بعدها الحق المالي ، وعود بعدها المصنف
إلى الملك العام ، مما يجوز نشره لأي إنسان ^(٣) .

(١) د / الدريني - حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ص ١٧ د/ النجار - التعسف فني
استعمال حق النشر ص ٤٩ . د/ عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ط ١٩٨٨
مكتبة وهبة

(٢) د/ عبد السميع أبو الخير / الحق المالي للمؤلف ص ١١٥ طبعة مكتبة وهبة سنة ١٩٨٨
(٣) د/ إسماعيل غانم محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٧٠ ط ١٩٦٦ د/ البدرأوى -
المدخل للعلوم القانونية ص ٣٧٣ ط ١٩٦٢ د/ أحمد سلامة - نظرية الحق - ص ٣١٦ د/
عبد الودود يحيى - مبادئ القانون ص ٢٢٧ ط ١٩٧٠ د/ حمدي عبد الرحمن فكرة الحق ص
١٦٥ د/ حسن كيره - أصول القانون ص ٦٦٠ ط ١٩٥٨ د/ حسام لطفي - حقوق المؤلف /
ص ٤٩

(٣) حكم محكمة مصر الجديدة دائرة ١٦ صادر في ديسمبر ١٩٩٤ مشار إليه في هامش د/ محمد
حسام لطفي - حق المؤلف في ضوء الفقه وأحكام القضاء ط عام ٢٠٠٠ ص ٧؛ السنهاوري ج -
ص ٢٢٩

فبعض الدول تجعل مدة الحماية ، مدة حياة المؤلف ، وخمسين سنة بعد وفاته ، ومن هذه التشريعات (المصري في ١٦٠) التونسي (مادة ٢٩) القانون البحريني (مادة ٣١) ، القانون القطري (مادة ٢٥) والمغربي (مادة ٤٩) ومن التشريعات التي تجعل مدة الحماية خمسا وعشرين سنة: التشريع الجزائري (مادة ٦٠) والتشريع العراقي (مادة ٢٠) وهذا بالنسبة للمصنفات الأدبية. أما بالنسبة للمصنفات الفنية: فإن الدول العربية المختلفة لم تتفق على مدة معينة بداية أو انتهاء للحماية المقررة لها فالبعض يجعلها ٥٠ سنة من تاريخ نشرها (التشريع اللبناني والتونسي والمغربي والبحريني) ، وبعض الدول تجعلها ٣٠ سنة من تاريخ النشر (الأردن) ، ومن الدول ما يجعلها ٢٥ سنة من تاريخ النشر (الإمارات، الجزائر) ومصرفي القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ مادة ١٦٤ .

فعقد النشر بناء على ما سبق لابد وأن يكون محدد المدة ..

وفى تطبيق قضائي قضت محكمة مصر الجديدة ببطلان عقد توزيع أفلام سينمائية لعدم ، تحديد المدة فيه ، وبررت المحكمة ما ذهبت إليه من بطلان، بأنه العقد احتوى على مخالفة ، لقاعدة أمره متعلقة بالنظام العام .

عقد النشر عقد مختلط:

فعقد النشر يجمع بين الصفة المدنية والتجارية في آن واحد فهو بالنسبة للمؤلف: عقد مدني حتى ولو كان المؤلف هو الذي يتولى عملية النشر بنفسه، لأن الهدف الأساسي من العمل ، هو نشر العلم والمساهمة في الرقي الثقافي للأمة.

أما بالنسبة للناشر: فهو عقد تجارى بالنسبة له، فهو يهدف إلى الربح في كل عملية يقوم بها : فهو يشتري حق الاستغلال مدة معينة ، ويقوم ببيعه للناس فيحصل من وراء ذلك على ربح معين .

ويترتب على كون العقد مختلطاً : أن المؤلف يجوز أن يقاضى الناشر إذا أخل بتنفيذ بنود العقد أمام المحاكم المدنية والتجارية . أما الناشر فلا يجوز له أن يقاضى المؤلف إلا أمام المحاكم المدنية .

كذلك بالنسبة للأهلية فإن الأهلية المشترطة في المؤلف هي الأهلية المدنية الكاملة أما الأهلية بالنسبة للناشر فهي الأهلية التجارية . وأخيراً فإن الدعوى المرفوعة على المؤلف تخضع لقواعد الإثبات الواردة في القانون المدني أما الدعوى لمرفوعة على الناشر فإنها تخضع لقواعد الإثبات في القانون التجاري^(١) .

وهذا مما لا خلاف عليه بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .

(١) د/ مختار القاضي حق المؤلف - ص ٥٩ د/ أبو اليزيد على المقيت الحقوق على المصنفات ص ٨٢ نواف التعاون / حق المؤلف ص ١٢١ ط ١٩٩٢ د/ محمد السيد رشدي عقد النشر ص

الفصل الثاني

أركان عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

لكل عقد أركان لابد من توافرها لوجوده ، وعقد النشر كغيره من عقود المعاوضات يجب أن يتوافر فيه ثلاثة أركان أساسية وهي:
أولاً: العاقدان " المؤلف والناشر "

ثانياً: محل التعاقد : ويتمثل في المصنف المراد نشره ، والأجر .

ثالثاً: الصيغة المنشئة للعقد وهي الإيجاب من أحدهما ، والقبول من الآخر

وسوف نرجئ الكلام عن الأجر ، إلى الباب الثاني ، عند الكلام عن التزام الناشر بأداء المقابل المالي ، ونتولى الكلام عن بقية الأركان ، في ثلاثة مباحث وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

العاقدان في عقد النشر

وشرطهما في الفقه الإسلامي والقانون المدني

العاقدان في عقد النشر هما : طرفا العقد والمراد بهما هنا : المؤلف الذي يريد نشر علمه بين الناس ، والناشر الذي يريد الربح من وراء عملية النشر، ونتكلم عن طرفي عقد النشر في مطلبين:

الأول: العاقدان في الفقه والقانون

الثاني: شرط العاقدين في الفقه والقانون

المطلب الأول

العاقدان

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

نتناول ذلك في فرعين ، فنتكلم في الفرع الأول عن :تعريف المؤلف، وفي الفرع الثاني عن تعريف الناشر.

الفرع الأول

تعريف المؤلف

في الفقه والقانون

أولاً: تعريف المؤلف في اللغة:

لفظ مؤلف مشتق من ألف بتشديد عين الفعل بمعنى جمع بين شيئين بعد تفرق^(١)، قال تعالى " هو الذي أيدك بنصره وبالمؤمنين وألف بين قلوبهم " ^(٢) أي جمع بين قلوب المؤمنين من، الأوس والخزرج على دين الإسلام ، بعد التفرق الذي كان بينهما، ومن هذا المعنى أخذ تأليف الكتب؛ فإن المؤلف يجمع بين المعلومات ،ويصل بينها، فيحدث بينها انسجاماً، ثم يقوم بوضعها في إطار يجمعها، وهو المؤلف بفتح اللام مع تشديدها، وهو الكتاب الذي تجمعت فيه

(١) الرازي - مختار الصحاح ص ٩ . ابن منظور - لسان العرب ج ٩ ص ١٠ .

(٢) آية ٦٢ - ٦٣ سورة الأنفال.

الحروف والكلمات والأفكار. (١)

وعلى ذلك فإن المؤلف هو: من يقوم بالجمع بين أفكار معينة ، ويضعها في كتاب معين .

ولقد وجدت في كتب الفقهاء تعريفات متعددة للتأليف والمؤلف ، لكنها لا تخرج عن هذا المعنى اللغوي القاصر ، عن بيان ماهية المؤلف، الجدير بالحماية الشرعية، والمستكمل لشروط التأليف، التي تعارف عليها أهل الفقه والاجتهاد .

ومن هذه التعاريف:

(١) ما عرفه به الإمام ابن عابدين بقوله: التأليف : — هو إيقاع الألفه بين شيئين، أو أشياء وهو أخص من التركيب ويطلق عرفاً على كتاب جمعت فيه مسائل مؤتلفة في أي علم كان بمعنى المؤلف بالفتح وجامعه مؤلف بالكسر (٢)

(٢) ما عرفه به الإمام المناوي حيث قال: التأليف جعل الأشياء الكثيرة بحيث يطلق عليها اسم الواحد، سواء كان لبعض أجزاءه نسبة إلى بعض بالتقدم والتأخر أو لا (٣)

(٣) ما عرفه به الإمام أبو البقاء بأنه: أصله الجمع بين شيئين فصاعداً، على وجه التناسب، ولذلك سميت الصداقة ألفة لتوافق الطباع فيها والقلوب (٤)

(١) الطبري : تفسير الطبري جـ ١٠ ص ٣٥ جـ ١ دار الفكر سنة ١٤٠٥ هـ ، ابن الجوزي

— زاد الميسر جـ ٣ ص ٢٧٧ طبعة دار الكتاب الإسلامي بيروت سنة ١٤٠٤ هـ

(٢) ابن عابدين — حاشية ابن عابدين المسماة برد المختار على الدر المختار على جـ ٦ ص ٨١٢ طبعة دار الفكر بيروت عام ١٣٨٦ الطبعة الثانية .

(٣) المناوي : — التوقف على مهمات التعاريف للإمام محمد عبد الرؤوف المناوي جـ ١ ص ١٥٦ ط دار الفكر جـ ١١ ١٤٠١ هـ

(٤) نقله عنه المناوي — في المرجع السابق جـ ١ ص ١٥٦ الطبعة السابقة

(٤) ما عرفه به المباركفوري: ما يجمع من الرقاع بكسر الراء جمع رقعة وهى ما يكتب فيه (١) .

وكما هو واضح من هذه التعاريف وغيرها أنها اقتصرنا على تعريف التأليف بأنه جمع المعلومات ووضعها في شئ واحد وهو المؤلف، والذي يجمع ذلك هو المؤلف، وهذا لا يخرج كثيرا عن المعنى اللغوي للتأليف، الذي يراد به مطلق الجمع بين شيئين فأكثر.

أما تعريف المؤلف تعريفا جامعا "مانعا" يحدد ماهيته، ويبين الشروط الواجب توافرها فيه، فلم أعر عليه فيما تيسر لدى من كتب لعلماء المذاهب المختلفة. ومما لا شك فيه أن تحديد مفهوم المؤلف، ووضع تعريف له، من الأمور الضرورية، التي يتحتم بيانها، بيانا كافيا، إذ تتوقف عليه نتائج هامة في بحثنا، ومن أهمها: معرفة من هو جدير بالحماية الشرعية، ومن ليس جديرا بها، وبالتالي تحديد ما له من حقوق، وما عليه من التزامات، في نطاق عقد النشر. وليس من العسير أن نضع تعريفا للمؤلف بالمفهوم السابق فمن الممكن أن نستنبطه من خلال كلام الفقهاء عن مقاصد التأليف وما ينبغي أن يؤلف فيه ومن خلال تعريفهم للمجتهد وسوف ننقل كلام الفقهاء بنصه ثم نحاول من خلال النظر فيه أن نضع تعريفا للمؤلف يحدد من يستحق أن يوصف بهذه الصفة من غيره:

يقول العلامة القنوجي في كتابه (أبجد العلوم) باب المؤلفين والمؤلفات : ... ثم أن التأليف على سبعة أقسام لا يؤلف عاقل إلا فيها : وهى إما شئ لم يسبق إليه فيخترعه، أو شئ ناقص يتممه ، أو شئ معلق يشرحه، أو شئ طويل يختصره،

(١) المباركفوري : الإمام محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا المتوفى سنة

١٢٥٢ هـ : تحفة الأحوذى . ج١ ص ٣١٥ طدار الكتب العلمية بيروت .

دون أن يخل بشيء من معانيه، أو شيء متفرق يجمعه، أو شيء مختلط يرتبه،
أو شيء أخطأ فيه مصنفه فيصلحه...^(١)

ويفهم من كلام القنوجي رضى الله عنه أن : المؤلف لابد أن يقدم إضافة جديدة
من جراء جهده الذهني تستأهل تقدير واحترام الشارع^(٢) سواء تمثلت هذه
الإضافة في ابتداع جوهر فكرة لم يسبقه أحد إليه أو في ابتكار أسلوب جديد
لعرض فكرة كانت قائمة، أو شرحها إن كانت غامضة . أو تكملتها إن كانت
ناقصة، أو جمع شتاتها إن كانت مفرقة، أو تصحيحها إن كانت خاطئة، وهذه
هي مقاصد التأليف التي اعتمدها علماء الشريعة وساروا على نهجها وأفاض
في بيانها العلامة ابن خلدون في مقدمته المشهورة حيث حصرها في سبعة
مقاصد وهي :

المقصد الأول:

استنباط العلم بموضوعه، وتقسيم أبوابه، وفصوله وتتبع مسائله ... كما فعل
الإمام الشافعي في استنباط علم أصول الفقه، حيث تكلم عن الأدلة الشرعية
اللفظية، ثم جاء الحنفية، فاستنبطوا مسائل القياس، واستوعبوها^(٣).

(١) صديق بن حسن القنوجي : - أبجد العلوم ج ١ ص ١٨٩ ، ١٩٠ ج ١ دار الكتب العلمية
سنة ١٩٧٨ بتحقيق عبد الجبار ذكار ونفس النص في كتاب كشف الظنون لحاجي خليفة ج ١
ص ٣٥ ج ١ ط دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٢ .

(٢) الأستاذ/ وهبي سليمان غاوجي : - حق التأليف والنشر والتوزيع بحث مطبوع مع كتاب حق
الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ج ١ مؤسسه الرسالة عام ١٩٨٤

(٣) ابن خلدون : المقدمة ج ٤ ص ١٢٢٧ ط لجنة البيان العربي تحقيق د/ على عبد الواحد سنة

المقصد الثاني:

أن يطلع المؤلف على علوم السابقين، وتواليهم، فيقوم بفهمها وبتوضيحها لغيره، كما فعل علماءنا السابقين رضي الله عنهم، عندما عمدوا إلى المتن، فأفاضوا في شرحها، وتوضيحها، وأحياناً كانوا يوضحون شروح هذه المتن، بوضع الحواشي عليها، ويكون الهدف منها زيادة إيضاح الشرح الذي قام من سبقوهم بوضعه.

المقصد الثالث:

أن يعثر المؤلف على غلط أو خطأ في كلام المتقدمين، فيقوم بتصحيحه ويقم على ذلك البرهان الواضح.

المقصد الرابع:

أن يطلع المؤلف على نقص في بعض علوم السابقين فيعمد المتأخر إلى جبر هذا النقص فتكمل بذلك مسائل العلم الواحد.

المقصد الخامس:

أن يطلع المؤلف على مسائل متعددة في العلم الواحد، ويجدها غير مرتبة، فيقوم بترتيبها، وتنظيمها، وتهذيبها، ووضع كل مسألة في موضعها^(١)

المقصد السادس:

أن يطلع المؤلف على مسائل العلم الواحد فيجدها مفرقة بين العلوم الأخرى فيقوم بجمع هذه المسائل ويطلق عليها اسماً معيناً.

المقصد السابع:

أن يطلع المؤلف على علوم السابقين المطولة، فيقوم باختصارها، وحذف

(١) السابق ص ١٢٢٨

المتكرر منها على ألا يخل بمقصد المؤلف الأول. (١)
ومما سبق يفهم أنه:

لا يشترط لكي بوصف شخص بأنه مؤلف أن يقصر جهده على علم مغين من جملة العلوم فالعمل التأليفي كما قال ابن عابدين: (كتاب جمعت فيه مسائل مؤتلفة في أي علم كان) (٢) فكل ما يشترط هو: أن ينبري الجهد الذهني للمؤلف عن فكرة لا تصطدم في حقيقتها بالنصوص الشرعية القاطعة بصرف النظر عن، حجمها، أو نوعها، أو الاسم تتدرج تحته .

أما بالنسبة لاستنباط تعريف المؤلف من خلال الكلام عن الاجتهاد فإن العلماء عرفوا الاجتهاد، بما يبرز أن المجتهد ما هو إلا عالم تفتقت قريحته عن الحكم في مسألة، فأضفى عليها طابعه الشخصي، فتنسب إليه نسبة الولد لوالده، وهذه هي مهمة المؤلف بعينها.

فلقد عرف العلماء الاجتهاد بأنه: (بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط) (٣) أو هو (بذل الطاقة في تحصيل ذي كلفة) (٤)

ومما هو مستقر عليه بين العلماء أن المجتهد لا بد أن يكون لديه ملكة الاستنباط. وأن يكون ذكي الفؤاد، متوقد الذهن، وأن يكون اجتهاده في أمر حادث لا يوجد فيه دليل قاطع من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس الجلي، ولا يكون مما أجمع العلماء على حكمه، وإلا كان الحكم الذي توصل إليه، ضرباً من التقليد ينسب لغيره؛ لأنه لا يستحق أن ينسب إليه؛ إذ لا جهد له

(١) السابق ص ١٢٢٩

(٢) ابن عابدين - الحاشية ج٦ ص ٨١٢ ج ١ . دار الفكر .

(٣) الزركشي - البحر المحيط ج١ ص ٢٢٧ ج ١ دار الكتبى .

(٤) ابن أمير الحاج - التقرير والتحبير ج٣ ص ٢٩١ ط دار الكتب العلمية ، .

فيه^(١).

وعلى ضوء ما سبق يمكن تعريف المؤلف بأنه:

"من يقدم جهداً ذهنياً يتصف بقدر نسبي من الابتكار في علم غير منهي عنه شرعاً".

بيان من يدخل في التعريف :

ويدخل في التعريف: من يقدم جهداً ينطوي على ابتكار فكرة علمية جديدة، أو يتبع أسلوباً جديداً في معالجة أفكار من سبقه^(٢) في أي علم من العلوم، من يقوم بتحقيق نص تحقيقاً علمياً، يظهر فيه إسهام المحقق، في توثيق النص المحقق، والتعليق عليه^(٣).

ومن يقوم بترجمة كتاب من لغة إلى لغة فإن الترجمة فيها جهد مبذول ولا تخلو من الابتكار النسبي، الذي ينبري في دقة الفهم للمعاني المترجمة، وفي الأسلوب والصيغ التي ابتدعها المترجم، في اللغة المنقول إليها وأفرع فيها تلك المعاني بحيث تكون انعكاساً وأثراً للملكة الذهنية التي قوامها قدرة بارعة على تفهم خصائص اللغة الأجنبية، وأساليبها في البيان، واللغة المنقول إليها كذلك.^(٤)

(١) الرازي الجصاص - الفصول في الأصول ج٤ ص١١ ج١ وزارة الأوقاف الكويتية.

البخاري - كشف الأسرار ج٤ ص١٧ طبعة دار الكتاب الإسلامي .

(٢) حاجي خليفة :- كشف الظنون ج١ ص٢٣٥ القنوجي :- أبجد العلوم ج١ ص١١٩

ابن خلدون - المقدمة ج٤ ص١٢٢٧ .

(٣) الأتاسي :- زهير عبد الرحمن الأتاسي :- الحماية الشرعية والقانونية لحق المؤلف ص٨٣ مكتبة كلية الشريعة والقانون تحت رقم ٢٩٩٨ (رسالة ماجستير) .

(٤) د/فتحي الدريني - حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ص١٠ . د / عبد الله النجار -

نطاق الخطأ وتطبيقاته في مجال انتحال المؤلفات ص٨٩ ط سنة ١٩٩٥ دار النهضة العربية .

من يعمد إلى الكتاب ويختصره اختصار غير مخل بمعانيه ، كما كان يفعل أكابر علمائنا رضى الله عنهم ، فلقد كانوا يعمدون إلى الكتاب المطول فيختصرونه في صفحات بعبارات وجيزة ليسهل حفظها ويخف في الأسفار حملها^(١).

يعتبر مؤلفا من يتولى التعليق على الكتاب بالاستدلال لمسانله أو تخريج أحاديثه أو يتولى تهذيب كتاب أو نقده لأن كل هذه الأعمال تعتمد على جهد ذهني يتسم بقدر من الابتكار .

بيان ما يخرج من التعريف:

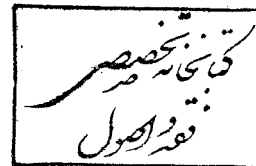
من يقدم جهدا ذهنيا لا ينطوي على شئ من الابتكار ، بل كان عمله مجرد تكرار لفكر سابق ، أو محاكاة له ، أو مقتبسا منه اقتباسا أعمى ، أو كان عمله مجرد تجميع عار من الإبداع ، فهذه الأعمال وإن اندرجت عرفا في مسمى التأليف ، إلا إنها لا تعتبر تأليفا في الحقيقة - فما نشاهده اليوم في عالم صناعة الكتب ، حيث المطابع تقذف بآلاف الكتب مشفوعة بأسماء مؤلفيها ، وهى في الواقع لا تدخل تحت صناعة التأليف ، ولا يستحق تقدير الشريعة ، ولا تستأهل الحماية لأنها عبارة عن سرقات أدبية وتجميعا عارية من الجهد الإبداعي^(٢).

كما يخرج من التعريف : ما هو ابتكار في مجال : التجارة ، والصناعة ، كابتكار الأسماء التجارية ، والعلامات التجارية ، والتصميمات ، والاختراعات^(٣). كذلك من يتنافى في عمله الفكري مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، فالشخص

(١) ابن خلدون - المقدمة ص ١٢٢٩

(٢) الدريني - حق الابتكار ص ١٠ ، الأتاسي - زهير عبد الرحمن الأتاسي - الحماية الشرعية والقانونية لحق المؤلفين ص ٨٤

(٣) الأتاسي : - السابق ص ٨٥



الذي يقدم أفكارا تهدف إلى السب في العقائد السماوية، لا يعتبر مؤلفا، والشخص الذي يقدم أفكارا من شأنها فقط إثارة الغرائز، أو تحرض على ارتكاب مآثم شرعي لا يعتبر مؤلفا، ولا يستأهل الحماية الشرعية لمؤلفاته.^(١)

حد المؤلف في القانون المدني:

لم يعتن المشرع الوضعي في قانون حماية حق المؤلف (السابق رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بوضع تعريف محدد للمؤلف، وإنما اقتصر فقط على ذكر قرينة تدل على معرفة المؤلف، لا على تعريفه. وهذه القرينة تتمثل في أن من ينشر المصنف منسوباً إليه يعتبر هو المؤلف، وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات عكسها بجميع طرق الإثبات.^(٢)

فنص المشرع في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون سابق الذكر على أن "... ويعتبر مؤلفا الشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه، سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف، أو بأي طريقة أخرى، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك، ويسرى هذا الحكم على الاسم المستعار بشرط عدم قيام أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بشأن هذه المادة (... وقد عرفت هذه المادة المؤلف بأنه: الشخص الذي ينشر الكتاب منسوباً إليه، بأي طريقة من الطرق المتبعة في نسبة المصنفات إلى مؤلفيها، سواء كان ذلك بذكر اسم المؤلف عليه، أو بذكر اسم مستعار، أو علامة خاصة، لا تدع مجالاً للشك في

(١) د/ عبد السميع أبو الخير . نظرات حول موقف الفقه الإسلامي من حق المالي للمؤلف بحث

مقدم في ندوة حق المؤلف بمركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي جامعة الأزهر ج٢ ص ٦٣

(٢) السنهوري : - الوسيط في شرح القانون المدني ج٨ ص ٣٢٩ ط سنة ١٩٦٨ د/محمد حسام

لطفی - حق المؤلف في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ص ٣٥

التعرف على شخصية المؤلف، وهذه القرينة غير قاطعة فهي تقبل الدليل العكسي".^(١)

وقد علل بعض الفقهاء لمسلك المشرع السابق بأن : القاعدة العامة في هذا الصدد أنه لما كان المصنف هو ابتكار الذهن ، فالمؤلف بداهة هو : المبتكر، ولم يعتن النص السابق بذكر هذه القاعدة صراحة لبدا هتها، وإنما عنى بأن يذكر كيفية قيام الدليل على هذا المبتكر.

فلأصل أن المصنف ينشر عادة منسوباً إلى شخص معين ، فيذكر اسم هذا الشخص على غلاف المصنف، وفي الصفحة الأولى من صفحاته، وهى الصفحة التي تحمل العنوان، وهذه قرينة قانونية على أن الشخص الذي ذكر اسمه هو المؤلف حقيقة، وعلى من يدعى أن هذا غير صحيح ، وأنه هو المؤلف لا الشخص الذي ذكر اسمه على الغلاف أن يقيم الدليل على ذلك. وله أن يقيم الدليل بجميع طرق الإثبات لأنه إنما يثبت واقعة مادية^(٢)

ومع وجاهة هذا التعليل لموقف المشرع المصري السابق ، إلا أن القرينة التي احتوى عليها النص، علاوة على أنها غير قاطعة، وأنها تقبل إثبات العكس، فإنه لم يمنحنا تصوراً، نتبين منه من يعد مؤلفاً، و من لا يعد كذلك. كما أن تعريف المؤلف بالمبتكر تعريف غير مانع؛ لأن الابتكار يتسع ليشمل كل ما يتحصل عن الذهن من إنتاج إبداعي، سواء أكان من قبل الملكية الأدبية

(١) خاطر لطفي - الموسوعة الشاملة في قوانين حماية حق المؤلف والرقابة على المصنفات الفنية ص ٢٠ سنة ١٩٩٤، ونفس الاتجاه في تعريف المؤلف ذهبت بعض القوانين العربية - القانون الكويتي ١٩٩٩ مادة (١) والمادة الأولى من القانون الإماراتي عام ١٩٩٢ - القانون الليبي ١٩٦٨ مادة أول ، والقانون العراقي عام ١٩٧١ مادة أولى ، والقانون السعودي ١٤١٠ مادة أولى . ومن الاتفاقيات التي أخذت بنفس الاتجاه الاتفاقية العربية لحقوق المؤلف المادة الرابعة.

(٢) السنهوري : - الوسيط ج ٨ ص ٣٢٦

والفنية، أم كان من قبل الملكية الصناعية والتجارية، في حين أن القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ نص في المادة الأولى منه على أنه: (يتمتع بحماية هذا القانون: مؤلفوا المصنفات المبتكرة: في الآداب والفنون، والعلوم أيا كان نوع هذه المصنفات، أو طريقة التعبير عنها، أو أهميتها، أو الغرض من تصنيفها) فكيف بعد ذلك نعرف المؤلف بأنه: هو المبتكر، لا شك أن التعريف بهذه الطريقة يكون غير مانع وإن كان جامعاً .

أما هذه القصور التشريعي تتبها المقنن في القانون الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ لوضع تعريف للمؤلف فعرفت المادة ١٣٨ منه المؤلف بأنه (الشخص الذي يبتكر المصنف، ويعد مؤلفاً للمصنف ، من يذكر اسمه عليه أو ينتسب إليه عند نشره باعتباره مؤلفاً له ما لم يقم الدليل على غير ذلك) فالمقنن: حد المؤلف بأنه الشخص الذي يبتكر المصنف ، ولقد توسع المقنن في إضفاء وصف المؤلف على الشخص سواء كان الشخص طبيعياً أو اعتبارياً : يمثل المؤلف في مباشرة حقوقه.

تعريف المؤلف في الفقه المصري:

اجتهد الفقهاء في ظل القانون السابق في وضع تعريف للمؤلف، وأسفرت اجتهاداتهم عن التعاريف الآتية:

١- عرفه الدكتور السنهوري، بأنه هو "المبتكر" (١)

إلا أن هذا التعريف غير مانع؛ إذ الابتكار يتسع ليشتمل كل ما يتحصل عن الذهن من ابتكار سواء أكان في المجال الأدبي، والفني، أو التجاري، أو الصناعي، ولا شك أن المبدعين في كل هذه المجالات لا يسمون مؤلفين فلفظ

(١) السنهوري - الوسيط ج ٨ ص ٣٢٦ .

المؤلف قانونا : يقتصر على المجال الأدبي والفني، أما في مجال الصناعة والتجارة يسمى مبدعا، أو مخترعا.

٢- وعرفه البعض بأنه:

الشخص الذي ابتكر إنتاجا جديدا سواء كان أدبيا، أو فنيا، أو علميا، ^(١) وهذا التعريف، وإن كان أكثر دقة من التعريف الأول، إلا أن اشتراط أن يكون الإنتاج جديدا حتى يوصف صاحبه بأنه مؤلف، ويستحق الحماية القانونية، محل نظر ، إذ لا يشترط في العمل أن يكون جديدا، حتى يطلق على صاحبه أنه مؤلف فالابتكار المشروط تشريعا في العمل التأليفي ليس معناه أن يكون العمل كله جديدا، بل المقصود من الابتكار هو إبراز الطابع الشخصي للمؤلف على مصنفه بحيث يبدو جهده الذهني واضحا جليا فيما أبدعه، ويستوى بعد ذلك أن ينصب ذلك الجهد على موضوع المصنف ذاته، أو على الطريقة التي عالج بها المؤلف موضوعه من حيث: تنظيمه وترتيبه، أو من حيث الأسلوب المستخدم في عرض فكرته.

ومن ثم فإن الابتكار يكون متحققا ، حتى لو كانت المعالجة الذهنية ، واردة على فكرة قديمة، أو موضوع سبق للغير تناوله ، طالما تميز ذلك الجهد بالطابع الشخصي للمؤلف ، فكل ابتكار ذهني، إنما هو قائم على ابتكارات سابقة، ساهم في تكوينها التراث الفكري على مر العصور ^(٢) .

(١) المتيت - أبو اليزيد على المتيت الحقوق على المصنفات الفنية والأدبية ص ٣٩

(٢) السنهوري / الوسيط ج ٨ ص ٢٩٢ ، توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص

٤٥٤، د/ مختار القاضي - حق المؤلف ص ٣٤ ٣٥ ، محمود جمال الدين زكي - مقدمة في

الدراسات القانونية فقرة ٢٥١ ط ١٩٦٩ ، د/ حسام لطفي / حق المؤلفين ص ٢٦ د/ عبد السميع=

٣- كما عرفه البعض بأنه:

واضع المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيًا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها ، أو أهميتها ، أو الغرض من تصنيفها ^(١) .
وواضح من هذا التعريف أنه مشتق من نص المادة الأولى من القانون السابق رقم ٣٥٤^(٢) لسنة ١٩٥٤

ومما يميز هذا التعريف عن غيره ما يلي:

أولاً : سهولة عبارته ، ودقتها في دلالتها على المراد : حيث أن كلمة مبتكرة لا تدل على وجوب أن يكون المؤلف جديداً ، بل يكفي فقط أن يحتوى على قدر نسبي من الابتكار .

ثانياً : أنه تعريف جامع مانع حيث أدخل كل من أسهم بقدر من الابتكار في خلق فكرة جديدة، أو معالجة فكرة كانت قائمة في زمرة المؤلفين ثم أخرج من زمرة المؤلفين من يقدمون ابتكارات في غير العلوم والفنون والآداب وبالتالي جاء التعريف جامعاً مانعاً من الناحية الفنية والقانونية، غير أنه هناك قيد كان من المتعين ذكره غفل عنه واضع التعريف وهو عدم مخالفة الفكرة المبتكرة للنظام العام والآداب ولو أضافها لأصبح التعريف كاملاً من جميع النواحي.

=أبو الخير- الحق المالي للمؤلف ص: ٢٤ د/ حمدي عبد الرحمن - فكرة الحق ص: ١١٤ ط ١٩٧٩ .

(١) د/عبد المنعم البدر اوي / المدخل للعلوم القانونية ص: ٥١٨

(٢) وكذلك المادة الأولى من القانون الكويتي سنة ١٩٩٩ والمادة (٢) من القانون الإماراتي الاتحادي ١٩٩٢ المادة الأولى من القانون العراقي فقرة أولى .

خلاصة القول في تعريف المؤلف:

أن هناك عناصر أساسية لابد من توافرها في التعريف حتى يكون سليماً من

الناحية الفنية والقانونية هذه العناصر هي:

أولاً: وجود شخص يقدم إنتاجاً فكرياً يتسم بالابتكار النسبي.

ثانياً: كون هذا الإنتاج يتعلق بالآداب والعلوم والفنون.

ثالثاً: عدم تعارض هذا الإنتاج مع النظام العام والآداب.

وبالاستهداء بهذه العناصر الثلاثة يمكننا أن نضع تعريفاً للمؤلف من الناحية

القانونية فنقول أن المؤلف هو:

من يقدم جهداً ذهنياً يحتوى على فكرة مبتكرة غير مخالفة للنظام العام والآداب

في مجال العلوم والفنون، بصرف النظر عن طريقة التعبير عنها، أو الغرض

منها، أو قدرها.

الفروع الثاني

الناشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

مفهوم الناشر في الفقه الإسلامي:

الشخص الذي كانت تضطلع به مهمة نسخ الكتب، وتجليدها، ومراجعتها، وبيعها كان يطلق عليه الوراق، و هو يرادف لفظ الناشر المعروف اليوم، إذ كان يؤدي نفس وظيفته، بل كانت وظيفة الوراق تزيد كثيرا عن وظيفة الناشر اليوم: فالوراق كانت مهنته أشق ؛ إذ كان يقوم دائما بتصحيح الروايات المروية، وضبطها، حتى لا يسند قول إلى غير قائله ، ولا فتيا إلى غير الحاكم بها، ^(١) فلم تكن مهمة الوراق مقصورة على مجرد النسخ وتصويب بعض الأخطاء المادية بل كانت تتعدى ذلك بكثير ؛ لذا كان يعمل بالوراقة في الكثير الغالب: رجال شهد لهم بالعلم والفضل ، ومنهم : الإمام التابعي : مالك بن دينار، والإمام أبن العكبري ^(٢) والإمام ابن الزبير القرطبي ^(٣) والإمام المالكي

(١) ابن خلدون / المقدمة ج ١ ص ٤٠٠

(٢) الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي بن شهاب أبو علي العكبري ولد سنة ٣٣٥ وقيل سنة ٣٣١ هـ سمع الحديث من أبي علي بن الصواف، وأحمد بن يوسف بن خلاد ، وكان له باع واسع في : الفقه ، والأدب ، والحديث والشعر ، والفتيا ، وله === مصنفات في الفقه ، والفرائض ، والنحو ، أوصى بثلاث ماله لمن يتفقه في فقه الحنابلة توفي عام ٤٢٨ ودفن بعكبري .

(٣) الإمام الثقة المتيقن أبو الحسن علي ابن محمد بن الزبير القرطبي الكوفي الأديب كان أدبيا عالما مليح الكتابة بديع الوراقة نسخ الكثير من الكتب ، وثقه أبو بكر الخطيب وتوفي عام ٣٤٨ هـ سیر أعلام النبلاء ج ١٥ ص ٥٦٧ .

أبو العباس اللخمي^(١) وأبو حيان التوحيدي .

ويرجع الفضل لهؤلاء الأفاضل وأمثالهم في وصول المؤلفات الإسلامية غاية الإتقان والإحكام والصحة ولا تزال بعض المخطوطات التي خطت بأيدي هؤلاء يتناقلها أهل الآفاق ويشدون عليها يد الضمانة إلى يومنا هذا .

وقد كانت دكاكين الوراقة لا يقتصر دورها على مجرد نسخ الكتب وبيعها بعد التأكد من صحة نسبتها إلى مؤلفيها، بل كانت هذه الدكاكين منتديا عاما للعلماء والمفكرين لمناقشاتهم ، ومناظراتهم ومحاضراتهم^(٢)

ولكن لما ولج هذه الصناعة من ليس أهلاً لها من الناحية العلمية والخلقية كثر التصحيف والتحريف^(٣) والخطأ في نسبة الأقوال لقائلها، ومما يدل على هذا ما سطر في نهاية كتاب طبقات الحنابلة، حيث قال كاتبه بعد أن فرغ من نسخه، معتمداً على نسخة أصلية صحيحة تاركا ما عداها لعدم دقة ناشرها، وتحريفه فيها لجهله: (وكانت بيدنا نسخة أخرى جديدة الكتب تكرم بها السلفي الصالح الشيخ: محمد نصيف الناشر لعلم السلف قد اتخذناها مسودة ، لأن كاتبها العصري ، تركي لا يفقه في العلم شيئاً، حتى أنه كان يحرف في البديهيّات^(٤))

(١) أبو العباس أحمد بن عبد الله بن أحمد بن هشام اللخمي المغربي ولد بفاس سنة ٤٧٨ هـ كان رضى الله عنه عالماً تلى بالسبع على القاسم بن الفحام الصيفي وسمع من أبي الحسن بن مشرف وأبي بكر الطرطوسي وأحكم العربية والفقه وتوفي سنة ٥٦٠ هـ

(٢) د/ مجاهد توفيق الجندي - موسوعة الفنون الإسلامية الوارفة والوراقون رقم ٢ ص ٩٦٣

(٣) ابن خلدون المقدمة ج ٣ ص ٩٦٣

(٤) طبقات الحنابلة محمد بن أبي يعلى ج ٢ ص ٢٦١ ط دار المعرفة والكاتب صاحب النص هو/ عبد القادر بن عبد الوهاب بن عبد المؤمن القرشي .

محاولة وضع تعريف للناشر في الفقه الإسلامي:

من خلال تعريف النشر، والوظيفة التي يقوم بها الناشر نستطيع أن نضع تعريفاً له من الناحية الفقهية فنقول هو: من يتولى نقل المصنف إلى الجمهور عن طريق طبعه وتجليده وبيعه لصالحه أو لصالح غيره .

توضيح التعريف:

والمقصود بلفظ لصالحه أى لصالح الناشر نفسه إذ أن الناشر قد يستأثر بالثمرة المادية المتحصلة من جراء بيع الكتاب أما قولنا لصالح غيره فنقصد بها حالة كون الناشر يقوم ببيع المصنف لحساب المؤلف ولا يكون له إلا أجرة على هذا البيع كما في عقد التوزيع .

أما في القانون:

فلقد عرفت المادة رقم "١" من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٦ بشأن المطبوعات الناشر بأنه الشخص الذي يتولى نشر أي مطبوع ^(١) والقوانين المختلفة للدول العربية لم تعتن بتعريف الناشر وإنما من الدول من اهتم بتعريف النشر على اعتبار أن الناشر هو الذي يتولى عملية النشر ومن أمثال هذه القوانين (والقانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ حيث عرفت المادة ١٣٨ منه النشر بأنه: أي عمل من شأنه إتاحة المصنف، أو التسجيل الصوتي، أو البرنامج الإذاعي للجمهور، أو بأي طريقة من الطرق. وبمثل من هذا التعريف عرفته بعض القوانين العربية ^(٢) .

(١) قانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٦ بشأن المطبوعات الطبعة الثالثة عام ١٩٩٥ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية بالقاهرة .

(٢) مادة ١ من القانون السعودي والقانون السوداني المشار إليهما سابقاً

وبالنظر إلى تعريف النشر في هذه القوانين نعرف الناشر بأنه:

هو من يتولى نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة مباشرة ،أو غير مباشرة سواء كان ذلك، بنقل المصنف ذاته أو عن طريق عمل نسخ منه.

والنشر يكون عادة بإعداد نسخ من المصنف الأصلي، وعرضها للبيع، أو التوزيع وقد لا يكون النشر بهذه الطريقة، كما هو الحال في المصنفات الموسيقية ، والتي لا يشترط في نشرها ، طبع النوتة الموسيقية، وتوزيعها، أو عرضها للبيع. فقد تكفى النسخة الخطية وحدها في نشر اللحن الموسيقي، إذا ما عزف أمام الجمهور أو في مكان عام. (١)

(١) د/ محمد السعيد رشدي / عقد النشر ص ٧٠ .

المطلب الثاني

شرط العاقدین فی عقد النشر

فی الفقه الإسلامی والقانون المدني

تعتبر الأهلية^(١) الشرط الأساس المطلوب توافره في كل من المؤلف والناشر .
ونبين هذا الشرط فيما يلي:
أولاً: أهلية الناشر:

يجب أن يتوافر في الناشر أهلية التجارة. لأن عملية النشر بالنسبة للناشر ليست إلا عملاً تجارياً محضاً يهدف من ورائه، تحقيق الربح المادي، فهو: كالمضارب، والمقاول، والصانع. فكل منهم يعتبر تاجراً .
وبناء على ذلك: فإنه يشترط في الناشر أن يكون بالغاً عاقلاً أو صبيّاً مأذوناً له في التجارة. فلا يجوز أن يكون الناشر، فاقد الأهلية: بأن يكون صبيّاً غير مميز، أو مجنوناً. وإذا بلغ الناشر سن التمييز، ولم يؤذن له في التجارة ، فإن عقود النشر التي يبرمها إذا كانت نافعة له نفعا محضاً: كما لو تنازل المؤلف

(١) الأهلية في اللغة هي الصلاحية وفي الاصطلاح الشرعي هي : - صفة تقوم بالشخص تجعله صالحاً لأن يتعلق به الخطاب التشريعي. وهي قسمان: أهلية وجوب، أهلية أداء وهي المعنية في العقود والتصرفات وهي تثبت للبالغ الرشيد والصبي المأذون له في التجارة . ينظر في ذلك :
السرخسي - أصول السرخسي ج٢ ص ٣٣٢ طبعة دار المعرفة ابن أمير الحاج - التقرير و
التحبير ج٢ ص ١٦٤ طبعة دار الكتب العلمية ، المرغيناني - الهداية شرح البداية ج٤ ص ٩٧ طبعة المكتبة الإسلامية بيروت. ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج٦ ص ٦٤ . الكمال
بن الهمام شرح فتح القدير ج٤ ص ٢٣٩. الكاساني - بدائع الصنائع ج٥ ص ١٥٣ البخاري
- كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج٤ ص ٢٣٧.

له عن مؤلفه دون مقابل، فإن تصرف الناشر بقبول هذا العقد يعتبر صحيحاً نافذاً، أما إذا كان العقد ضاراً به ضرراً محضاً: كما لو تنازل هو عن حقه في الربح الناتج عن عملية النشر، فإن تصرفه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا كان عقده دائراً بين الربح والخسارة: فإن العقد يصح منه في قول الحنفية، والمالكية. وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد ^(١) وهو قول المالكية.

وذهب الشافعية إلى عدم صحة تصرفه في هذه الحالة لأنه غير مكلف، فأشبهه غير المميز، ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف، لخفائه ولا يمكن الإطلاع عليه ^(٢).

ويستدل للقول الأول بقوله تعالى "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم".

ووجه الدلالة من الآية الكريمة:

أن الله تعالى أمر الأولياء باختبار اليتامى غير البالغين قبل البلوغ، ليعلموا رشدهم، واختبارهم يدل على صحة تصرفاتهم، وإلا لما كان لاختبارهم معنى.

وهذا القول هو الراجح فإن الصبي المميز عاقل فيصح تصرفه بإذن وليه والقول بأن العقل لا يمكن الإطلاع عليه فإن ذلك من الممكن أن يعلم بآثار

(١) الإمام سخون - المنونة ج ٢ ص ١٢٦ ط دار الكتب العلمية . الإمام المرداوي - الإنصاف ج ٤ ص ٢٦٧ طبعة دار إحياء التراث العربي . ابن قدامة - المغنى ج ٤ . الإمام البخاري - كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٥٠ . التفتازاني - التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٣٢٧ . ابن نجيم - غرر عيون البصائر ج ٣ ص ٣١٠ . الزيلعي - تبين الحقائق ج ٥ ص ١٩١ .
(٢) النووي - المجموع ج ٩ ص ١٨٥ . الأنصاري أسنى المطالب ج ٢ ص ٦ ، طبعة دار الكتاب الإسلامي.

تصرفه على وفق المصلحة (١)

أما إذا كان الناشر مأذونا له في التجارة فإن تصرفاته فيما يتعلق بهذه التجارة (ومنها عقد النشر) تكون صحيحة وناظفة في نظر جمهور الفقهاء (٢).

أما في القانون:

فلا يختلف الأمر عنه في الشريعة فإن الناشر في القانون لا يعدو أن يكون تاجرا لذا فإنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية التجارية فهو يهدف بعمله إلى المضاربة والربح (٣) ويترتب على اعتبار الناشر تاجرا ما يلي:

أولاً: أنه يخضع لقواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون التجاري .

ثانياً: أنه يجوز مقاضاته أمام المحاكم التجارية .

ثالثاً: أهلية المؤلف: المؤلف ليس تاجرا (٤) فالهدف الأساسي من عمله هو

(١) ابن قدامه - المغنى ج٤ - ص ١٦٨ طبعة دار الفكر .

(٢) مراجع

(٣) د/ نواف كتعان حق المؤلف ص ١٢٠ ، د/ أبو البريد على المتيت الحقوق على المصنفات ص ٨٩ . د/ محمد السعيد رشدي / عقد النشر ص ٥٠ د/ عبد السميع أبو الخير الحق المالي ص ١١٣ .

(٤) إذ التجارة تقوم أساسا على المضاربة من أجل تحقيق الربح ، والمضاربة كما عرفها العلماء هي : — أن يدفع شخص ، إلى شخص آخر ، مالا ليتجر فيه ، والربح مشترك بينهما "وهي تقوم على تحقيق الربح ، الذي يعد من أهم أركانها ، ودليل مشروعيتها: قوله تعالى " وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله " ولقد أجمع العلماء على جوازها ، وأركانها العاقلين . و رأس المال ، العمل ، والربح ، وواضح من التعريف أن المؤلف لا يسمى مضاربا ؛ فهو لم يدفع مالا ليتجر فيه ليعود عليه بالربح ، وإنما هو يدفع فكرة ينتفع بها المجتمع ويأخذ مقابلا للانتفاع به لا يساوى القليل الجهد ، والمعاناة ، والمشقة ، التي يبذلها من أجل تأليف المصنف وإخراجه في صورته النهائية (في تعريف المضاربة وأركانها : قلوبى وعميرة — حاشيتنا قلوبى وعميرة =

نشر فكرته، وعرضها على الناس حتى يفيدوا منها، وهو وإن قصد الربح من وراء النشر، إلا أن هذا الربح، يأتي في مرتبة ثانوية بالنسبة للمقصد الأول، الذي يعد ممثلاً به لأمر الله ورسوله صلى الله عليه وسلم القاضي بتبليغ العلم، وناجياً من معصية كتمانها؛ لذا نجد المؤلف في عقد النشر، هو الطرف المهضوم حقه دائماً من الناحية المادية.

وإذا كان المؤلف ليس تاجراً، وكان عقد النشر بالنسبة له عقداً يحتمل النفع والضرر، فإنه يجب أن تتوفر فيه : أهلية الأداء الكاملة، فإذا تعاقد على نشر مصنف له قبل بلوغه، صح في قول أبي حنيفة، ومالك، وإحدى الروايتين عن أحمد ووقف على إجازة وليه .

وإذا فقد المؤلف أهليته بجنون مثلاً بعد الانتهاء من التأليف، وقبل التعاقد فإنه لا يصلح شرعاً لإبرام عقد النشر، وليس لوليه ذلك؛ لأن مسألة تقرير نشر المصنف من المسائل الشخصية التي ترجع إلى المؤلف وحده، ولا يجوز لغيره أن يمارس هذا الحق عنه؛ لأنه من الممكن أن يعدل أفكاراً فيه بعد انتهائه منه، أو يرجع عن خطأ وقع فيه، أو يرى أن المصلحة قائمة في عدم نشره، وكل هذه السلطات لا يستطيع المؤلف أن يمارسها إذا زالت أهليته، ولا يستطيع وليه أن يمارسها عنه؛ لأنه حق شخصي لصيق بصاحبه وهو يرجع إلى عقله وإرادته فلا ينتقل إلى من يخلفه (١).

ج ٣ ص ٥٢ ٥٣ . العنوى - حاشية العنوى ج ٢ ص ٢٠٣ . السرخسي - المبسوط ج ٢٦ ص ١٩٠، ٢٠ . الموسوعة الفقهية ج ٣ ص ٣٥ .

(١) والجنون من عوارض الأهلية المتفق عليها بين جميع العلماء بنظر في ذلك : (البخاري - كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٦٣ . التفتازاني - التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٣٣١ ، ٣٣٢ ، الإمام كمال بن اليمام - فتح القدير : ج ٢ ص ٤١٥ ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٧٣ .

أما في القانون:

فإن المؤلف كذلك يجب أن تتوافر فيه أهلية الأداء الكاملة الواردة في المادة ٤٤ مدني وما بعدها وهي بلوغ إحدى والعشرين سنة ميلادية .

ويثور التساؤل عن المؤلف القاصر، أو العديم الأهلية، فقد يكون المؤلف قاصرا غير متمتع بالأهلية الكاملة فعقد النشر بالنسبة له يكون صحيحا مع كونه موقوفا على إجازة وليه ، وتتوقف صحة عقد النشر على الرضا الكتابي كما يفهم من نص المادة رقم " ١٤٩ " التي تفرض أن يكون التصرف في حق الاستغلال مكتوبا والكتابة هنا شرط في صحة الانعقاد ويترتب على تخلفها البطلان، وحكم هذه المادة عام يسرى على جميع المؤلفين سواء أكانوا كاملي الأهلية أم ناقصيها^(١) إلا أن الموافقة الكتابية للمؤلف القاصر لا تكفي في حصول الرضا بل لابد من موافقة الممثل القانوني للقاصر^(٢) .

والقانون لم يتطلب شكلا معينا لهذه الموافقة ، إلا أن الحكمة التي من أجلها اشترط القانون المصري الكتابة في عقد النشر تنطبق على هذه الموافقة فلا بد أن تكون هذه الموافقة مكتوبة كذلك .

موقف القانون الفرنسي :

تصدى قانون الملكية الأدبية والفنية الفرنسي صراحة لمسألة رضا المؤلف القاصر: فنصت المادة الثالثة والخمسون في فقرتها الثانية والثالثة على ضرورة الحصول على رضا ناقص الأهلية كتابة في حالة نقل حق الاستغلال

(١) وهي ترادف نص المادة " ٣٧ " من القانون السابق د/ نواف كتعان :حق المؤلف ص — ١٢٠

أبو اليزيد المتيت : الحقوق على المصنفات ص ٨٩ .

(٢) د/ أبو اليزيد على الميت السابق ص ٩٠ .

إلى الغير، ولم يستثن النص إلا حالتين:

الأولى: إذا كان ناقص الأهلية في حالة استحالة بدنية تمنع استظهار رضائه ؛
كما إذا كان مصابا بمرض يحول بينه وبين الموافقة الكتابية .
الثانية: إذا كان عقد النشر قد صدر بمعرفة ورثة المؤلف بعد (١) وفاته .

المؤلف الذي فقد أهليته:

إذا فقد المؤلف أهليته بجنون مثلا " بعد فراغه من التأليف وقبل أن يقرر نشر مصنفه فإنه لا يتصور قانونا صدور عقد نشر منه ، لانعدام أهليته ، كما لا يتصور أن يقوم ممثله القانوني بإبرام عقد نشر نيابة عنه ، إذ أن تقرير النشر من الحقوق الشخصية ، التي لا يمارسها إلا المؤلف ما دام على قيد الحياة ، فلا ينتقل حق تقرير نشر المصنف إلى الممثل القانوني. ويختلف الأمر في حالة موت المؤلف بعد تقرير نشر مصنفه ، فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثته طبقا لما نصت عليه المادة رقم (١٤٦) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الجديد .

ولم ينظم المشرع المصري حالة المؤلف ناقص الأهلية أو فاقدها ، مثلما فعل المشرع الفرنسي ، الأمر الذي حدا بال بعض أن يقول: إننا أمام نقص تشريعي في هذه المسألة في حين أن جمهور الفقهاء يذهبون : إلى أننا لسنا أمام نقص تشريعي لأن النصوص الخاصة بحق المؤلف عالجت أحوال المؤلف كامل الأهلية فيرجع إلى القواعد العامة فيما عدا ذلك (٢)

(١) د / عبد السميع أبو الخير: الحق المالي للمؤلف ص ١١٤ .

(٢) د/ أبو اليزيد الميت : الحقوق على المصنفات ص ٩٠ .

المبحث الثاني

محل عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

يتمثل محل عقد النشر في المصنف المراد نشره وسوف نتكلم عن المصنف في مطلبين :

- المطلب الأول: مضمون المصنف في الفقه الإسلامي والقانون المدني.
- المطلب الثاني: شروط المصنف في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

المطلب الأول

المصنف

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

أولا تعريف المصنف في لغة العرب:

المصنف في اللغة:

مأخوذ من "التصنيف" بتضعيف وسطه، بمعنى فرّق الأشياء بعضها عن بعض، والتصنيف جعل الشيء أصنافاً، مع تمييز بعضها عن بعض، فكان المؤلف عندما يصنف في فرع من العلوم، فإنه يجمع المسائل الجزئية، المتعلقة بذلك الفرع، ثم يميز بعضها عن بعض، تحت مسمى أبواب، أو فصول، أو مباحث، ويطلق على هذا المصنف اسم الكتاب أو مؤلف بفتح اللام مع تشديدها^(١)

ثانياً: المصنف في تصور فقهاء الشريعة الإسلامية:

للمصنف في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية مفهومان: أحدهما عام، والآخر خاص.

المصنف بمفهومه العام:

ويقصد بالمصنف بمفهومه العام: العين التي استقر فيها الإنتاج الفكري، أو هو الحامل لمسائل، متحدة في الجنس مختلفة في النوع، أو هو ما أجمعت فيه المسائل المختلفة، في أي علم من العلوم^(٢).

(١) الفيومي: المصباح المنير ص ٣٤٩ ط المكتبة العلمية .

(٢) تحفة الأحوذى: المباركفوري ح ١ ص ١٧ ، ابن عابدين — حاشية ابن عابدين ج ٤

والمصنف بهذا المفهوم: غير معني هنا؛ إذ العين ليست هي المقصود بالحماية الشرعية، وإنما المقصود بالحماية الشرعية إنما هو الفكر في حد ذاته، بصرف النظر عن العين التي استقر فيها هذا الفكر . وما العين إلا وسيلة مادية لاستيفاء المنفعة المحصلة من التأليف، ومن الممكن الاستغناء عنها فتحصل المنفعة عن طريق: الأداء العلني: كالمحاضرات، والدروس الشفوية، والخطب المنبرية، وغير ذلك.

ومما يدل على أن العين التي استقر فيها الفكر ليست هي المعنية بالحماية: أن المصنف قد يكون في يد صاحبه، في حين أن الأفكار التي احتواها قد اعتدى عليها: بالسرقة، أو التقليد، فماذا يفيد بعد الاحتفاظ بأوراق، قد سلبت أفكارها^(١).

المصنف بمفهومه الخاص:

ويقصد بالمصنف بمفهومه الخاص الصورة الفكرية، التي تفتت عنها الملكة الراسخة في نفس العالم، أو المؤلف مما يكون أبدعه هو، ولم يسبقه إليه أحد . بصرف النظر عن العين التي استقرت فيها هذه الصورة: فقد تكون أوراقا، أو أشرطة تسجيلية، أو أقراصا مدمجة، أو لوحة فنية، أو تصميمات معمارية، أو غير ذلك.

والمصنف بهذا المفهوم: هو المعنى بالحماية الشرعية . فلا يجوز لأي إنسان أن يقوم بنشر هذه الصور، دون إذن مبدعها، ولا يجوز لأحد أن ينسب هذه الصور إلى نفسه، ولا أن يقوم بالاعتداء عليها: بتعديلها، أو تشويهها دون إذن من صاحب الحق فيها. والمصنف بهذا المفهوم هو محل الملك والحق

(١) الدريني: حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ص ٩ مطبعة الرسالة .

الشرعيين؛ فهما يعطيان لصاحبهما، اختصاصاً بهذا المحل، يجعله حراً في استعماله على الوجه الذي يريد، ويجعل له الحق في منع غيره من استعماله.

أما في القانون:

فإن المادة (١٣٨) من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ عرفت المصنف: بأنه: (كل عمل مبتكر أدبي، أو فني، أو علمي، أباً كان نوعه، أو طريقة التعبير عنه، أو أهميته، أو العرض منه)^(١).

ويمتاز هذا التعريف: بالوضوح، والشمول، ووجازة اللفظ، ولقد تفادى المقنن في هذه المادة القصور التشريعي الذي كان موجوداً في ظل القانون السابق حيث خلا القانون السابق من ذكر تعريف للمصنف مكتفياً بذكر أمثلة للمصنفات المعنية بالحماية، ولقد اجتهد الفقهاء في ظل القانون السابق في وضع تعريف للمصنف وأسفرت اجتهاداتهم عن التعاريف الآتية:

عرف المصنف بأنه " كل إنتاج ذهني أياً كان مظهر التعبير عنه، وأياً كان نوعه"^(٢).

وعرف أيضاً بأنه " ما يتعلق به الحماية: من صور الإبداع الفكري، في مجالات: العلوم، والآداب، والفنون."^(٣)

(١) في حين أن بعض التشريعات كالتشريع السعودي: تطرق لتعريف المصنف فعرفه بأنه: "أي

عمل أدبي، أو علمي، أو فني، لم يسبق نشره" مادة (١)

(٢) د/ الصده - حق الملكية ص ٢٨٨. ط ١٩٦٤ د/ محمد كمال عبد العزيز - الوجيز في

النظرية العامة للالتزام ص ٤٩. د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٩١ د/

حسام لطفي حق المؤلف ص ٢٠٠٠

(٣) د/ نواف كنعان حق المؤلف ص ١٧١ هامش

وعرف أيضا بأنه: جميع صور الابتكارات الفكرية الأصلية التي يتم التعبير عنها في شكل قابل للإنتاج^(١) .

وواضح من هذه التعريفات: تقاربها من حيث المعنى :نهي تشمل كل صورة فكرية في أي علم من العلوم، بصرف النظر عن طريقة التعبير عنها، ويصرف النظر عن أهميتها ، أو حجمها، أو موضوعها ، وهي متفقة في مضمونها، مع التعريف الجديد الذي اختاره المقنن .

وواضح التقارب بين التعريفين: الشرعي بالمعنى الخاص الذي رجحناه، والتعريف القانوني. فكلاهما: يستلزم وجود عنصرين، حتى يطلق على العمل لفظ مصنف، ويكون صالحاً بذلك لأن يكون محلاً لعقد النشر، وهما:

١- المظهر مادي المحسوس .

٢- الابتكار .

فإذا توافر هذان العنصران أطلق على العمل لفظ مصنف ويكون جديراً بالحماية الشرعية والقانونية.

(١) د/ النجار - الحق الأدبي للمؤلف السابق ص ١٣٨

المطلب الثاني

شروط المصنف

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

في الفقه الإسلامي:

يشتري في المصنف؛ باعتباره، محلاً لعقد النشر، الشروط التي يجب توافرها في محل العقد شرعاً، فيشتري في المصنف أن يكون موجوداً وقت التعاقد، ومعلومًا علمًا نافيًا للجهالة، ومقدورًا على تسليمه، ومشروعاً^(١). وسوف نقتصر على بيان شرطي الابتكار والمشروعية، بالإضافة إلى شرط الابتكار.

أولاً: كون المصنف مبتكراً:

يقصد بالابتكار أن يتميز العمل الإبداعي بالسبق، والحدثة في أي جانب من جوانبه، سواء كان ذلك في أصل وجوده واختراعه، أو في تنظيمه وترتيبه، إن كان موجوداً قبل ذلك، أو في تصحيح خطأ فيه، أو شرحه إن كان مستغلقاً على الأفهام، أو في تحقيق نسبته العلم إلى قائله، أو في التاريخ له إن كان مجهولاً، أو ما شابه ذلك. فالشرط في الابتكار أن يظهر تأثير الجهد الشخصي للمؤلف في عمله الجديد وهو ما يسمى بالابتكار النسبي^(٢).

(١) ذلك: الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام ج ٢ ص ٢٣٩، الإمام ابن القيم - أعلام

الموقعين ج ١ ص ١٠٠، الإمام سخون - المدونة ج ٣ ص ١٣١، الإمام ابن حزم المحلى ج ٣ ص ٢٢٣ طبعة دار المعرفة، الإمام السرخسي - المبسوط ج ١٣ ص ٦ دار المعرفة.

(٢) ابن خلدون - المقدمة ج ١ ص ١، القنوجي - أبعاد العلوم ج ١ ص ١١٩ حاجة الخليفة ج ١ ص ٢٣٥، كشف الظنون د/الدريني - حق الابتكار ص ١٧.

وعلى ذلك فلا يشترط في العمل أن يكون مبتكرًا في أصله ابتكار مطلقًا، فيكفي معالجة فكرة سابقة بشيء مما ذكرنا وهذا مما لا خلاف عليه بين الفقهاء فقد أطلقوا لفظ المصنف أو المؤلف على العمل المنشأ للفكرة في أصلها، وكذا على العمل الشارح لفكرة سابقة، أو المنظم لها، أو المحقق لنسبتها وغير ذلك بلا تكبير من أحد منهم على هذا الإطلاق.

وفي القانون :

فإن شرط الابتكار مجمع على أصل وجوده من قبل الفقهاء فالجميع اشترطوا في العمل أن يكون مبتكرًا وأجمع العلماء كذلك على أن الابتكار لا يشترط فيه أن يكون مطلقًا بل يكفي الابتكار النسبي لإمكان وصف العمل بأنه مصنف وبالتالي يكون صالحًا لأن يكون محلاً لعقد النشر من الناحية القانونية، ولم يشترط الفقهاء درجة معينة للابتكار فيكفي أن يتضمن المصنف نوعًا من الفكر الإبداعي بحيث يتبين أن المؤلف قد خلع عليه طابعه الشخصي الذي تفرد به عن غيره بصرف النظر عن قدر هذا الابتكار فلا يشترط أن يأتي المؤلف بعلم لم يسبق إليه بل يكفي أن يقتصر الابتكار على التعامل مع الأفكار السابقة: بالشرح والتعليق، أو بالاختصار أو بالترجمة وما إلى ذلك فالجدة ليست شرطًا للابتكار وأن كانت هي أعلى مراتبه^(١).

وتقدير توافر عنصر من الابتكار عدمه مسألة موضوعية يستقل قاض الموضوع بتقديرها^(٢).

(١) السنيوري ج ٨، ص ٢٩٢ د/اسماعيل غانم - نظرية الحق ص ٥٦، د/محمد كمال عبد العزيز - نظرية الحق ص ٥١، د/البدراوي - المدخل للعلوم القانونية ص ٥١٩، د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٧٢، د/النجار - الحق الأدبي ص ١٤١.

(٢) حكم محكمة النقض في ٧ يوليو ١٩٦٦ - المجموعة س ١٥ ص ٩٢٠.

ثانيًا : كون المصنف مشروعاً :

مشروعية المحل:

ويشترط أخيراً في المصنف أن يكون مشروعاً بمعنى أن تكون الأفكار المدونة في المصنف مقروءاً كان أو مسموعاً لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية المتفق عليها، فلا يجوز التعاقد على نشر كتاب في السحر أو الشعوذة أو كتاب يدعو إلى الإلحاد أو إلى الزنا أو اللواط أو غير ذلك وأي تعاقد بشأن هذه المصنفات وأمثالها يقع باطلاً لعدم مشروعية المحل^(١). فإن المنفعة التي تستوفى بعقد النشر يشترط فيها ألا تكون معصية، أو إعانة على معصية؛ لذا فإن الفقهاء منعوا الإجارة على كل ما فيه معصية، فلا يجوز الاستئجار على السحر أو الدجل أو القتل، أو الزنا، وغير ذلك من المعاصي^(٢).

مما يدل على وجوب كون المحل مشروعاً الكتاب، والسنة، والمعقول.

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ﴾^(٣).

(١) د/عبد السميع أبو الخير - نظرات حول موقف الفقه الإسلامي من الحق المالي للمؤلف ص ٦٣

ندوة صالح كامل ج ١، د/عبد الكريم زيدان - المدخل ص ٢٥٧.

(٢) السرخسي - المبسوط ج ١٦ ص ٣٨، الكاساني - بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٨٩، ابن نجيم -

البحر الرائق ج ٨ ص ٢١، ٢٢، الإمام سحنون - المدونة ج ٣ ص ٤٣٥، ابن فرحون - تبصرة

الحكام ج ٢ ص ٢١٣ طبعة دار الكتب العلمية، الخرشي - شرح الخرشي على مختصر خليل

ج ٤ ص ٢٥٤، ابن حجر الهيتمي - تحفة المحتاج ج ٦ ص ١٣١، الأنصاري - أسنى المطالب

ج ٢ ص ٤١٣، ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج ٥ ص ٣٨٨، البهوتي - منتهى الإرادات ج ٢

ص ٢٥٠، ابن حزم - المحلى ج ٧ ص ١٦.

(٣) آية ٥٩ سورة النساء.

ووجه الدلالة من الآية:

أن نشر الكتب التي تحتوي على ما لا يوافق أمر الله ورسوله فيه مخالفة واضحة لأمر الله بطاعته وطاعة رسوله، فلا يجوز نشرها ولا التعاقد عليها. قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(١).

ووجه الدلالة من الآية:

أن نشر الكتب التي تحتوي على مآثم شرعي، أو تحث على ارتكابه، فيه معاونه على الإثم، وإثارة للفتن، وإشاعة للفاحشة ولقد توعده الله تعالى الذين يحبون إشاعة الفاحشة بالعذاب الأليم .

ثانيًا: من السنة:

قوله ﷺ "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"^(٢).

ووجه الدلالة:

أن كل فعل أو قول لا يوافق أمر الله ورسوله فهو مردود على صاحبه، فنشر المصنفات التي تحتوي على مآثم أو تحث عليه باطل لعدم مشروعية المحل. والحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام، وهو من جوامع كلمة ﷺ ، وهو أصل في رد كل بدعة^(٣)، ولا شك أن نشر ما يخالف قول الله تعالى بدعة يجب ردها.

(١) آية ٢٠ سورة النور.

(٢) رواه مسلم في صحيحه - صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٤٣ طبعة دار إحياء التراث العربي.

(٣) الإمام النووي في شرحه على صحيح مسلم - شرح النووي على صحيح مسلم ج ١٢ ص ١٦ طبعة دار إحياء التراث.

ثالثاً: من المعقول:

أن عقد النشر يلزم المؤلف بتسليم المصنف إلى الناشر والمصنف غير المشروع غير مقدور على تسليمه لأنه في حكم المعدوم، إذ المعدوم الشرعي كالمعدوم الحسي^(١) بمصالحها التي يلزم تحقيقها حتى تسير الدولة في طريقها نحو العزة والمجد^(٢). وعلى ذلك فلا يجوز نشر كتاب يهدف إلى المساس بنظام الدولة أو نظام الحكم فيها أو يهدف إلى عرقلة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وأي تعاقد على نشر مصنف من هذا القبيل يعتبر باطلاً لعدم شرعية محله. ويقصد بالآداب مجموعة القيم والمبادئ والأخلاق التي تعبر عن المجتمع وأحاسيسه ومعتقداته والتي تلقى القبول العام من الغالبية العظمى من أفرادها^(٣).

(١) السرخسي - المبسوط ج٦ ص ٢٨، الكاساني - بدائع الصنائع ج٤ ص ١٨٩، الزيلعي - تبين الحقائق ج٥ ص ١٢٥، ابن حزم - المحلى ج٧ ص ١٦.

(٢) د/محمد حسين عبد العام - مبادئ القانون ص ١١٢ ط دار النهضة سنة ١٩٩٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٩٣/٢/٢٨ في الطعن المقدم من الأستاذ الدكتور/مصطفى محمد الشكعة - الأستاذ المتفرغ بكلية الآداب جامعة عين شمس ضد التليفزيون المصري والذي يطلب فيها الحكم له بإلغاء نشر فوايز ألف ليلة وليلة لتضمنها مشاهد تثير الفرائز وهي تخالف الشريعة الإسلامية وخاصة في الشهر الكريم شهر رمضان ولقد كانت محكمة القضاء الإداري قضت بقبول دعواه شكلاً ورفضها من حيث الموضوع إذ أن هذه البرامج تخضع لرقابة المتخصصين بالتليفزيون والتي أجازت عرضها بعد التحقق من عدم خروجها عن الآداب العامة، فقام المدعي بالطعن في حكم محكمة القضاء الإداري أمام الإدارية العليا التي أيدت بدورها الحكم السابق بل وقضت بعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري، واكتفت المحكمة بوضع تعريف للآداب العامة على النحو المبين بعاليه ورسمت السبيل إلى معالجة هذا الخلل في سياسات البرامج التي يعرضها التليفزيون في حالة مخالفتها للآداب العامة عن طريق مساعلة وزير الإعلام سياسياً ودستورياً عن طريق الرقابة الإدارية بمجلس الشعب الأمر الذي يخرج عن اختصاصات القضاء الإداري المحددة قانوناً على سبيل الحصر. ينظر في عرض هذا الحكم أ/خاطر لطفي - الموسوعة الشاملة ص ٢٠٤ وما بعدها.

وعلى ذلك لا يجوز نشر كتاب من شأنه أن يبيح الفاحشة أو يدعو إباحة السرقة، أو الزنا، أو اللواط أو غير ذلك من الجرائم التي تصطدم مع تقاليد المجتمع وعاداته.

وفكرة النظام العام والآداب فكرة مرنة يختلف من مكان إلى مكان ومن بلد إلى بلد. مما يعد مخالفاً للآداب العامة في مصر قد لا يكون كذلك في بلد أجنبي. بل داخل البلد الواحدة فإن الفعل قد يكون مخالفاً للآداب العامة في مكان دون مكان آخر كالظهور بالملابس الخليعة على الشواطئ، فإنه لا يكون مخالفاً للآداب العامة بخلاف السير بها في الشوارع العامة^(١).

ومدى مخالفة العقد للنظام العام والآداب، مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها.

وبناء على ما تقدم يقع باطلاً محل عقد بشأن مصنف يخالف النظام العام أو الآداب بعدم شرعية محله قانوناً.

ونلاحظ هنا مدى الاختلاف الذي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بشأن شرعية المحل فإن الشريعة الإسلامية تقيم المشروعية على أسس موضوعية لا يختلف باختلاف الزمان والمكان بخلاف فكرة النظام العام والآداب الغير منضبطة والتي يختلف من جيل إلى جيل ومن بلد إلى بلد أخرى بل ومن مكان إلى مكان.

(١) د/عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ص ٤٢٢.

المبجَّات الثلاث

صيغة عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

صيغة العقد هي وسيلة إنشائه، وهي التي تدل على وجود الرضا؛ لأنه لما كان الرضا أمراً خفياً، احتاج إلى ما يظهره ويدل عليه فكانت الصيغة المكونة من إيجاب أحد المتعاقدين وقبول من الآخر^(١).

والصيغة قد تكون لفظية - وهو الأصل فيها - وقد تكون غير لفظية.
أولاً: الصيغة اللفظية:

أجمع العلماء على أن كل لفظ يدل على إرادة إنشاء العقد يصح التعاقد بمقتضاه ولم يختلف العلماء في هذا الأصل إلا في عقد النكاح^(٢).

(١) اختلف الفقهاء في المراد بالإيجاب والقبول: فالحنفية يرون، أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين، والجمهور يرى أن الإيجاب هو من صدر ممن له سلطة التملك: كالبائع، والمؤجر... ورأي الحنفية هو الأولى بالقبول؛ إذ لفظ القبول يدل على تقدم شيء يبني القبول عليه وهو الإيجاب، سواء صدر ممن له سلطة التملك أو غيره.

ينظر في ذلك: الكاساني - بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٣، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٥٠٦، ابن الهمام - فتح القدير ج٣ ص ١٩٠، علي حيدر - درر الحكام ج٢ ص ٢٥٩، الرصاع - شرح حدود بن عرفة، الخطاب - مواهب الجليل ج٤ ص ٢٢٨، الأنصاري - أسنى المطالب ج٢ ص ٥٨١، النووي - المجموع ج٩ ص ٢، ابن قدامة - المغني ج٤ ص ٣، ابن مفلح - المبدع ج٤ ص ٤، ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج٤ ص ٥، ابن القيم - إعلام الموقعين ج٣ ص ٩٦.

(٢) حيث يرى الشافعية، والحنابلة: أن عقد الزواج لا ينعقد إلا بلفظ الزواج أو النكاح، أو ما اشتق منهما، في حين يذهب المالكية والحنفية إلى انعقاده بكل ما يدل على معنى الزواج صراحة أو =

وعلى ذلك: فيجوز أن يعقد عقد النشر بكل لفظ يدل على إرادة نشر المصنف دون تعيين للفظ دون لفظ.

ثانيًا: الصيغة غير اللفظية:

وكما يصح التعاقد بالألفاظ، فإنه يصح بغير الألفاظ من كل فعل يدل دلالة واضحة على إدارة إنشاء العقد إشارة، أو كتابة أو معاطاة فيصح التعاقد بالإشارة اتفاقًا لغير القادر على الكلام^(١)، أما القادر عليه فقد ذهب الجمهور إلى عدم اعتبار إشارته^(٢)، بينما ذهب المالكية إلى اعتبارها إلا في النكاح لخطورته^(٣).

واعتبر المالكية والحنابلة التعاقد بالمعاطاة بينما يذهب جمهور الشافعية إلى عدم اعتبارها مطلقًا، ويذهب الحنفية وبعض الشافعية إلى اعتبار المعاطاة في

ضمنا ما دامت وجدت قرينة تدل على إرادة الزواج ولقد توسع البعض منهم حتى ذهب إلى جواز انعقاده بلفظي الإجارة والبيع. ينظر في ذلك: الأنصاري - أسنى المطالب ج ٣ ص ١١٨، الرحيباني - مطالب أولي النهى ج ٥ ص ٤٦، ابن مفلح - الفروع ج ٥ ص ١٦٨، ١٦٩، الخطاب - مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٢١، العدوي - حاشية العدوي ج ٢ ص ٤٠، ابن نجيم - البحر الرائق ج ٣ ص ٨٢، البابرتي - العناية ج ٣ ص ١٩٣، الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٣ ص ١٩١، الجصاص - أحكام القرآن ج ٣ ص ٤٩٨.

(١) النووي - المجموع ج ٩ ص ٢٠١، المواق - التاج والإكليل ج ٦ ص ١٢، الخطاب - مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٧، النفراوي - الفواكه الدواني ج ٢ ص ٧٣، ابن قدامة - المغني ج ٤ ص ٤، ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج ٤ ص ٣، البابرتي - العناية ج ٦ ص ٢٥٢، ٢٥١، الكمال بن الهمام ج ٥ ص ٢٤٨، ٢٤٩.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الدردير - الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٥٠، الخطاب - مواهب الجليل ج ٣ ص ٤١٩.

المحقرات^(١) إلا أننا نظراً للطبيعة الخاصة لعقد النشر نرى عدم جواز انعقاده بالإشارة، أو المعاطاة نظراً لخطورة هذا العقد فهو يرد على فكر الإنسان الذي هو سر لقاءه. نظراً لقلة الوازع الديني لدى كثير من الناشرين الذين لا يتعففون من أكل حقوق المؤلفين رغم كتابة عقودهم.

التعاقد بالكتابة :

أما الكتابة: فقد جوز جمهور^(٢) الفقهاء التعاقد بها بين الحاضرين سواء قدرا على النطق أم لا. لأن الكتابة ما هي إلا تسجيل لما يجري على اللسان في ورق ولم يستثنوا من ذلك إلا عقد النكاح، لأن من شرطه سماع الشهود كلام العاقلين، وهذا لا يتحقق إلا في اللفظ بين الحاضرين^(٣).

(١) ابن نجيم - البحر الرائق ج٥ ص ٢٩٢، البابرتي - العناية ج٦ ص ٢٥٢، الخطاب - مواهب الجليل ج٤ ص ٣٧، الرصاع - شرح حدود بن عرفة ص ٢٣٦، المواق - التاج والإكليل ج٦ ص ١٢، الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنعام ج٢ ص ١٣٧، الزركشي - المنثور في القواعد ج٣ ص ١٨٦، النووي - المجموع ج٩ ص ٢٠١، ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج٤ ص ٤، ابن مفلح - الفروع ج٤ ص ٤، ابن قدامة - المغني ج٤ ص ٤.

(٢) الزيلعي - تبیین الحقائق ج٤ ص ٤، الفتاوى الهندية ج٣ ص ٩، سحنون - المدونة ج٣ ص ٨٢، الدردير - الشرح الكبير ج٣ ص ٣، الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٣، النووي - المجموع ج٩ ص ١٩٨، قليوبي وعميرة - حاشية قليوبي وعميرة ج٢ ص ١٩٣، الهيتمي - تحفة المحتاج ج٤ ص ٢٢٤.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع ج٢ ص ٢٣١، ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج٤ ص ٧، الأنصاري - شرح البهجة ج٤ ص ١١٥، الخطاب - مواهب الجليل ج٣ ص ٤١٩.

أما بين الغائبين: فلقد اتفق الجميع على صحة التعاقد بها في جميع العقود بما في ذلك عقد النكاح لأن الكتابة في حق الغائبين كاللفظ في حق الحاضرين^(١). فالكتابة وسيلة غير لفظية من وسائل الصيغة يجوز إظهار الإيجاب والقبول بها فهي ليست من شروط صحة العقد ولا انعقاده وإنما هي شكل من أشكال الصيغة يمكن الاستغناء عنه وإبرام العقد بالصيغة اللفظية.

وإن كانت الكتابة جائزة في جميع العقود إلا أنها من الممكن أن نتعين في بعض العقود بتعيين ولي الأمر لها، إذ لولي الأمر أن يشترط ما فيه مصلحة. لذا نجد العلماء مجمعون على وجوبها في بعض العقود، كعقد الزواج لصدور القوانين المتعاقبة باشتراطها ونرى أن الضرورة الآن داعية لاشتراط الكتابة في عقد النشر وخاصة مع نقشي السرقات وجرائم الانتحال والتقليد في مجال التأليف العلمي.

ولقد اشترط القانون العثماني المنشور في ١٢٣٦ هجرية تسجيل العقد الذي يكون بين المؤلف وغيره بشأن المصنف (سواء تمثل العقد في بيع حق الاستغلال، أو في التنازل عنه مدة معينة) وهذا يستلزم كون العقد مكتوباً فقد نص في المادة ٢٤ على أنه (لا تسمع دعوى حق التأليف في المؤلفات التي لم تكن مسجلة حتى تسجل) وفي المادة ٢٦ (إن مقابلة هذا البيع، أو هذه الهبة، يجب قيدها، وتسجيلها في وزارة المعارف..) ومن النصوص السابقة يبين لنا أن المقنن اشترط الكتابة لإثبات العقد الذي يكون بين المؤلف، وبين الذي ينتقل

(١) ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٥١٢، الفتاوى الهندية ج٣ ص ٩، سحنون - المدونة ج٣ ص ٨٢، الدسوقي، والدردير - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٣، الأنصاري - أسنى المطالب ج٢ ص ٤، الجمل - حاشية الجمل ج٣ ص ١٠، الرحيباني - مطالب أولي النهى ج٣ ص ٧.

إليه الحق. وجرى بنا أن نبين : أن المراد بالحق في التأليف، هو الحق المالي دون الحق الأدبي، الذي لا يجوز بيعه، ولا هبته بالاتفاق.

وكذلك الاتفاقية الإسلامية لحماية حقوق المؤلف الصادرة عن المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة في ١٩٩٤. تحدثت في المادة "٢٤" على أن العقد الذي يكون بين المؤلف وغيره بشأن المصنف يجب أن يكون مكتوباً فنصت على (ويجب أن يثبت كتابياً نقل أي حق من الحقوق المنصوص عليها في المادة "٤").

والمنصوص عليه في المادة "٤" هي الحقوق المالية التي للمؤلف أن يتنازل عنها.

ويتضح لنا مما سبق أن القانون العثماني والاتفاقية الإسلامية اشترطا في عقد النشر أن يكون مكتوباً. والكتابة هنا ليست شرطاً للانعقاد وإنما هي وسيلة إثبات كما هو واضح من النصوص السابقة، وهو ما نص عليه أيضاً القانون السعودي في المادة السادسة عشرة منه.

ويشترط في صيغة عقد النشر لفظاً كانت أو كتابة أن تكون واضحة الدلالة على إرادة إنشاء العقد فلا تصح عبارة الهازل والساهي والنائم والسكران وغير ذلك.

كما يشترط أن تحدد الصيغة مضمون العقد من حيث بيان الغرض منه ومدته، ومكانه، والمقابل المالي، وطريقة تحديده، وميعاد الوفاء به، ومكانه.

أما في القانون:

فإن الأمر يختلف والمشرع المصري في القانون (رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢) قد اشترط في كل أنواع التصرفات التي ترد على حق الاستغلال أن تكون مكتوبة، ولم يكتف بمجرد توافر الإيجاب الموافق للقبول والمتصل به وإنما تطلب الكتابة

في كل التصرفات التي ترد على حق الاستغلال المالي للمصنف ومنها عقد النشر.

فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (١٤٩) (..) ويشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوباً وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه^(١). وهي نفس الفقرة من المادة (٣٧) من القانون السابق^(٢).

التكليف القانوني لشرط الكتابة:

ذهب جانب من الفقه إلى أن عقد النشر يعتبر عقداً رضائياً شأنه شأن سائر العقود الرضائية فلا يشترط إفراغه في شكل معين.

ويترتب على هذا القول: أن إغفال الكتابة في عقد النشر لا يترتب عليه البطلان وأن الكتابة المشترطة في النصوص السابقة هي خاصة بالتصرف في الحق المالي ولا علاقة لها بعقد النشر كما يترتب على هذا الرأي أيضاً أن الكتابة لا تتعين وسيلة لإثبات عقد النشر، وإنما من الممكن أن يثبت العقد بكافة طرق

(١) ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية تعليقاً على هذه المادة ما يلي: (لقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة (٣٧) لصحة التصرف في الحق المالي أن يكون التعاقد بشأنه بالكتابة، وأن يتضمن في صراحة، بالتفصيل كل حق يكون محل التصرف على حده مع بيان مداه والغرض منه وزمان الاستغلال ومكانه وذلك حتى يكون كل من الطرفين على بينة من أمره... ولكي لا توضع في العقد نصوص إجمالية مجحفة بالمؤلف).

(٢) أما بالنسبة للقوانين الأخرى: فمن القوانين من يشترط الكتابة كشرط إنعقاد ومنها: العراقي م(٣٨) الجزائري م(٣٦) التونسي م(٢٧). ومن القوانين من اعتبر الكتابة وسيلة لإثبات فقط ومنها الاتفاقية الإسلامية لحقوق التأليف، والقانون العثماني السابق الإشارة إليهما. ومن الجدير بالذكر أن التشريع الفرنسي لا يزال يعتبر الكتابة وسيلة لإثبات عقد النشر ولا يعتبرها شرط انعقاد. ينظر في ذلك: د/إبراهيم أحمد إبراهيم - حماية حق المؤلف - التشريعات العربية ص ١٩٢.

الإثبات ومنها البينة والقرائن مهما كانت قيمة العقد لأنه عقد مدني هذا بالنسبة للمؤلف أما بالنسبة للناشر فهو عقد تجاري يخضع لقواعد الإثبات الواردة في مواد القانون التجاري^(١).

تقدير هذا الرأي:

وكما هو واضح من نص المادة السابقة فإن هذا الرأي إذ يقصر اشتراط الكتابة على حالة التصرف في الحق المالي ولا تطبقه على عقد النشر فإنه بذلك يخصص النص بدون مخصص ويفسر النص تفسيراً بعيداً لا سند له، وخاصة أن عقد النشر ما هو إلا فرد من أفراد التصرف في حق الاستغلال المالي بل هو أبرز الصور شيوعاً فيبعد أن يكون المقنن قد انصرف إلى حتمية الكتابة لما هو غير شائع وهو التصرف في الحق المالي مع عدم اشتراط ذلك بالنسبة لما هو شائع من حيث الواقع وهو عقد النشر.

فضلاً عن ذلك فإن اشتراط الكتابة في عقد النشر تمثل الوسيلة المثلى لضمان حقوق الطرفين وحسماً لما قد يثور من خلاف حول بنود العقد نظراً لطول أجل العلاقة بينهما^(٢).

لذا فإن هذا الرأي لم يأخذ به جمهور الفقهاء في مصر حيث ذهبوا إلى أن عقد النشر هو عقد شكلي يشترط الكتابة لانعقاده ورتبوا البطلان على عدم كتابته وفقاً لما نص عليه المتفق في المواد (٣٧،٥)، من القانون السابق والمادة ١٤٩ من القانون الحالي^(٣).

(١) السنهاوري - الوسيط ج٧ ص ٣٢٩.

(٢) د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١١٦.

(٣) المرجعان السابقان.

ونحن لا نرى أمامنا إلا التسليم لهذا الرأي لاتفاقه التام مع نصوص المواد المذكورة وعدم تعسفه في تفسيرها.

ومما تقدم يتضح لنا أنه:

لا خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني فيما يتعلق بالصيغة إلا ما يخص الكتابة فجمهور الفقه القانون يعدون الكتاب شرط انعقاد لا مجرد وسيلة إثبات والفقه الإسلامي يعدها وسيلة إثبات لا شرط انعقاد. وإن كانت قواعد الشريعة لا تأتي جعلها كذلك.

الفصل الثالث

طبيعة عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تمهيد:

توجد صور متعددة، دأب المؤلفون اللجوء إليها عند استغلال مصنفاتهم من الناحية المالية. فهناك عقد التصرف في الحق المالي، وهناك عقد توزيع المصنف، وهناك عقد النشر.

أما عقد التصرف في الحق المالي:

اتفق الفقهاء على أنه: بيع، تطبق عليه أحكام عقد البيع، إذا ما استوفى كافة أركانه، وشرائطه، ولم يختلف أحد في هذا، سواء في الفقه الإسلامي، أو في القانون المدني.

وأما عقد التوزيع:

فالرأي الغالب: على أنه عقد إجارة أعمال، أو هو مقابلة مقترنة بوكالة كما عبر بعض الفقهاء، ومن الفقهاء من جعله صورة من صور عقد النشر، من الناحية القانونية.

وإذا كان الأمر بهذه السهولة بالنسبة لهذين العقدين، فإن الأمر يصعب ويدق بالنسبة لعقد النشر، بمضمونه الذي بيناه آنفاً وترجع هذه الصعوبة إلى أن عقد

النشر له شبه بكثير من العقود مما يبرر إلحاقه بأياها؛ فله شبه بعقد البيع، وبالعقد الإجارة، وبالعقد الاستصناع، وبالعقد التصرف في الحق المالي.

ويجب لبيان طبيعة عقد النشر من الناحية الفقهية والقانونية، أن نوضح أولاً أوجه التشابه بين عقد النشر وغيره من العقود، ثم نعد بعد ذلك إلى عرض آراء الفقهاء في تحديد طبيعة عقد النشر، من الناحية الفقهية، والقانونية. فنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : الفرق بين عقد النشر وغيره من العقود المتشابهة معه.

المبحث الثاني : صور عقد النشر.

المبحث الثالث : آراء الفقهاء في طبيعة عقد النشر.

وذلك على النحو التالي .

المبحث الأول

الفرق بين عقد النشر وغيره

من عقود المعاوضات المتشابهة معه

نتعرض في هذا المبحث للفرق بين عقد النشر، وعقد البيع، والفرق بينه وبين عقد الإجارة، وعقد الاستئصال، وعقد التصرف في الحق المالي، وعقد التوزيع.
وذلك في خمسة مطالب.

المطلب الأول

عقد النشر وعقد البيع

في الفقه والقانون

لقد انتهينا في الفصل الأول من هذا الباب إلى أن عقد النشر هو: "عقد معاوضة يتنازل فيه المؤلف، أو من يخلفه عن حقه في استغلال مصنفه، مدة معينة، مقابل عوض معين، على أن يلتزم المتنازل له، بطبع المصنف ونشره واحترام كافة الحقوق الأدبية المكفولة له".

فهو عقد من عقود الاستغلال، يهدف المؤلف من وراءه إلى جلب المنفعة المادية من وراء نشره لمصنفه، فضلاً عن المنفعة الأدبية التي تعود عليه من جراء هذا النشر، وهو عقد مؤقت بمدة معينة، ومقيد بعدد معين من الطبعات لا يتعداها الناشر، فهو من العقود الواردة على منفعة المصنف، وليس ذاته بدليل أن الكل متفق على الناشر ملزم برد الأصول إلى المؤلف بعد فراغه من عملية الطبع^(١)، فأصل الفكرة لا يمتلكه الناشر وإنما ينتقل إليه استغلال هذه الفكرة مالياً عن طريق عمل نماذج من المصنف وعرضه على الناس؛ لبيعه، وتحصيل غلته.

(١) د/الدريني - حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ص ١٤٣، أ/عبد الحميد ظهار - حق التأليف والنشر والتوزيع ص ١٨١. الأتاسي - الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلفين ص ٢١٦.

أما عقد البيع:

فقد عرف في الفقه الإسلامي بتعريفات متعددة، منها:

(١) ما عرفه به الحنفية، بأنه: مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وهذه المبادلة تكون إما بالقول، المتمثل في الإيجاب والقبول، وإما بالفعل وهو المسمى ببيع المعاطاة^(١). وعرف عندهم أيضاً بما يزيد قيد التراضي ليخرج البيع الواقع عن غير تراض^(٢) فقد عرف بأنه: مبادلة المال بالمال بالتراضي، ومن أشمل التعريفات وأدقها: ما عرفه به الإمام الموصلي، حيث عرفه بأنه: مبادلة المال المنتقوم بالمال المنتقوم تملكاً وتملكاً^(٣).

ومن هذه التعريفات نتبين أن البيع عند الحنفية لا يرد على المنفعة لا تأقيتاً ولا تأبيداً.

(٢) وقد عرفه المالكية بأنه: عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة^(٤). فقولهم "عقد معاوضة" خرج به عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف، وقولهم "على غير المنافع" خرج به الإجارة، فهي عقد على المنافع وقولهم "ولا متعة لذة" خرج به النكاح، فإنه عقد على متعة لذة.

فالبيع عند المالكية لا يرد على المنفعة وإنما يرد على الذات فقط، كما هو الحال عند الحنفية.

(١) الكاساني - البدائع - ج ٥ ص ١٨٣.

(٢) الزيلعي - تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٣، وحاشية الشبلي نفس الجزء والصفحة السابقين.

(٣) الموصلي - الاختيار ج ٢ ص ٣.

(٤) الدردير والدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢، الخرشي على مختصر

خليل ج ٥ ص ٣، الزرقاني - شرح الزرقاني على متن الشيخ خليل ج ٥ ص ٣.

(٣) أما الشافعية، فقد عرفوه، بما يشمل الذات والمنفعة، حيث عرفوه بأنه "عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين، أو منفعة على التأبيد، لا على وجه القربة"^(١). وبأنه نقل الملك بثمن على وجه مخصوص^(٢). فقولهم على التأبيد يفيد أن البيع إن ورد على المنفعة فإنه لا بد وأن يكون مؤبداً، وإلا لم يكن بيعاً بل إجارة. وقولهم "لا على وجه القربة" يخرج القرض فإنه يكون على وجه القربة والبيع ليس كذلك.

وجاء تعريف الحنابلة قريباً من تعريف الشافعية فالبيع عندهم مبادلة: "مال ولو في الذمة، أو منفعة، مباحة بمثل أحدهما، على التأبيد غير ربا وقرض"^(٣).

أما في القانون:

فإن البيع عقد ينقل بواسطته أحد الطرفين وهو البائع، ملكية شيء أو حقاً إلى الطرف الآخر مقابل ثمن نقدي^(٤).

ولقد استحسن أكثر الفقهاء في القانون المدني تعريف المشرع لعقد البيع الوارد في المادة (٤١٨) من التقنين المدني وميزوه عن التعريف الذي كان وارداً في التقنين القديم^(٥).

(١) قليوبي - حاشية قليوبي على المنهاج ج٢ ص ١٩١.

(٢) الشربيني - مغني المحتاج ج٢ ص ٣٢٠، الأنصاري - أسنى المطالب ج٢ ص ٢.

(٣) البهوتي - شرح المنتهى ج٢ ص ١٤٠.

(٤) د/البدراوي - الوجيز في عقد البيع - فقرة ١٠ ص ٢٣ طبعة ١٩٩٨.

(٥) السنهوري - ج٤ ص ٢١ فقرة ٩ طبعة: دار إحياء التراث العربي - بيروت. لبنان د/خميس خضر. العقود المدنية الكبيرة - البيع والتأمين والإيجار ص ١١ فقرة (٥)، د/محمد شكري سرور - شرح أحكام عقد البيع فقرة ١ ص ١٣ ط ٢٠٠٠ دار النهضة العربية.

ولقد نصت المادة السابقة على تعريف عقد البيع بأنه "... عقد يلتزم به البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقًا ماليًا آخر، في مقابل ثمن نقدي". ومن هذا التعريف نتبين أن عقد البيع لا ينقل الملكية بنفسه، وإنما ينشئ التزامًا في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري. وباستعراض حقيقة عقدي النشر والبيع نستطيع أن نستوضح أوجه الفرق بينهما فيما يلي:

أولاً: يعتبر عقد البيع من العقود الواردة على ملكية ذات الشيء، فبواسطته ينقل البائع ملكية الشيء إلى المشتري، الذي يتصرف فيه كيفما شاء، حتى ولو بإتلافه، دون نكير عليه من البائع، أو توجيه منه في استعماله. والأمر على خلاف ذلك في عقد النشر فإن ملكية الأفكار تظل قائمة ومنسوبة إلى المؤلف لا ينازعه فيها أحد بل لا يستطيع، المؤلف أن يتنازل عن نسبة فكره إليه، فهو حق شخصي لا ينفك عن صاحبه، لا معاوضة، ولا تبرعاً. ثم إن عقد النشر يعتبر من عقود الاستغلال، وعقود الاستغلال ليس من بينها عقد البيع فإن البيع من قبيل التصرف في الشيء لا من قبيل استغلاله. فالاستغلال معناه أخذ غلة الشيء مع بقاء أصله^(١) وهذا يخرج من نطاق عقد البيع.

ثانياً: عقد البيع لا يقع إلا على وجه التأييد ولا يجوز أن يقع عقد البيع مؤقتاً فإن التأقيت يفسد العقد إذ هو على خلاف مقتضاه فبمقتضى عقد البيع: للمشتري له أن يتصرف فيما اشتراه، بأي وجه من وجوه التصرف، وهذا يتنافى مع

(١) الإمام ابن رجب - القواعد الفقهية ص ١٩٨ وهذا التعريف ورد في الموسوعة الكويتية ج ١ ص ١٠٢ وهو مأخوذ من كلام الفقهاء ينظر في ذلك. السرخسي - المبسوط ج ١٠ ص ٨٣، ٨٢، الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٦ ص ٢٢٠، القرافي - الفروق ج ٣ ص ٢٢٤ بن فرحون - تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٦٧، الماوردي - الأحكام السلطانية ص ٢٤٢.

التأقيت؛ فالتأقيت يفرض عليه رد الشيء بالحالة التي تسلمها عليه وعقد البيع يعطي له سلطة إهلاكه فيحدث تناقض.

أما عقد النشر: فلا يقع إلا مؤقتاً لأن الحق المالي الذي يرد عليه عقد النشر مؤقت بطبعه وجرت العادة بتحديد مدة استغلال المصنف من قبل الناشر بل وتحديد عدد الطباعات بل وعدد النسخ في الكثير من الأحيان وهذا لا يتوافق مع عقد البيع.

ثالثاً: الناشر في فترة الطبع والنشر، ملزم باحترام حقوق المؤلف المالية والأدبية، التي تفرض عليه عدم المساس بمادة المصنف العلمية واتباع الأمانة الكاملة في حالة الطبع، فلا يزيد على النص، ولا ينقص منه، ولا يحرف فيه، وهذا يتنافى مع تصرف المالك في ملكه.

ومن هنا نتبين أن الفرق شاسع بين العقدين مما يؤدي إلى القول بأن عقد النشر بمفهومه السابق يخرج من نطاق عقد البيع بمعناه المعروف.

المطلب الثاني

عقد النشر وعقد الإجارة

الإجارة في الفقه الإسلامي عرفت بتعريفات متعددة، مختلفة في ألفاظها متقاربة في معناها.

(١) فعند الحنفية:

هي: بيع منافع معلومة بأجر معلوم^(١)، وعرفت بأنها عقد على المنفعة يعوض؛ لأن العقد على المنفعة كما يقول السرخسي: نوعان: بغير عوض كالعارية، وبعوض كالإجارة^(٢). وقيل هي تملك المنافع بعوض^(٣). وعرفت عندهم بأنها عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة^(٤). وكلها تعاريف متقاربة وإن كان التعريف الأخير أدق لشموله بيان المدة التي هي أهم ما يميز عقد الإجارة عن غيره من عقود المعاوضات.

(٢) وعند المالكية:

بيع منفعة ما أمكن نقله، غير سفينة، ولا حيوان لا يعقل، بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعض بتبعيضها^(٥). فقولهم "ما أمكن نقله" خرج به كراء الدور

(١) الزيلعي - تبين الحقائق ج٥ ص ١٠٥.

(٢) السرخسي - المبسوط ج١٤ ص ٧٥، البابرتي - العناية شرح الهداية ج٩ ص ٥٨، الكمال بن

الهمام - فتح القدير ج٩ ص ٥٨.

(٣) الكمال بن الهمام - السابق.

(٤) الزيلعي السابق.

(٥) الخرشي - شرح مختصر خليل ج٧ ص ٢، النفراوي - الفواكه الدواني. على رسالة أبي زيد

القيرواني ج٢ ص ١٠٩.

والحوانيت والسفن فهذا كراء وليس إجارة وقولهم "بعوض غير ناشئ عنها" خرج به: المساقاة والقراض وقولهم "بعضه يتبع بعض بتبعيضا" أي أن العوض يتجزأ بتجزئي المنفعة وخرج به عقد النكاح.

وعرفت عندهم بأنها. بيع منافع معلومة بعوض معلوم^(١)، وعرفت بأنها تمليك منافع شيء، مباحة، مدة معلومة، بعوض^(٢).

والغالب عند المالكية أنهم يفرقون بين الكراء والإجارة فيطلقون العقد على منافع الآدمي، وما ينقل غير السفينة والحيوان، إجارة ويطلقون العقد على منافع غير الآدمي، وما لا ينقل كراء، وإن كانوا يتسامحون في أحايين كثيرة في إطلاق أحدهما على الآخر ويجعلونهما لفظاً واحداً^(٣).

(٣) وعند الشافعية:

هي عقد على منفعة مقصودة، معلومة، قابلة للبذل والإباحة، بعوض معلوم. فخرج بقولهم "منفعة": العين، وبقولهم "مقصودة": التافهة، وبقولهم "بعوض معلوم" القراض، والجعالة على عمل مجهول^(٤). وعرفها العز بن عبد السلام بقوله: "بيع المنافع بعين، أو دين، أو منافع"^(٥).

والتعريف الأول أشمل وأدق؛ لشموله كافة أركان الإجارة التي لا بد من توافرها لوجودها.

(١) العدوي - ج ٢ ص ١٩٠.

(٢) الدردير - الشرح الكبير ج ٤ ص ٢.

(٣) الدسوقي - الحاشية ج ٣ ص ٢.

(٤) الشرييني - مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٣٨، الأنصاري - أسنى المطالب ج ٨ ص ٤٠٣.

(٥) الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام ج ٨ ص ٨١.

(٤) وعند الخائبة:

عقد على منفعة، مباحة، معلومة، تؤخذ شيئاً فشيئاً^(١). وعرفت بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة، أو عمل معلوم، لا يختص فعله بمسلم بعوض معلوم^(٢). وقوله "لا يختص فعله بمسلم" خرج به ما يختص المسلم بفعله من الأعمال التي تحتاج إلى نية: كالنباية في الحج فلا يجوز استئجار الكافر لفعله.

أما في القانون:

فإن المقتن المصري نص على تعريف عقد الإجارة، فذكر في المادة رقم (٥٥٨) أن عقد الإجارة هو "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم".

ولقد استحسن كثير من الفقهاء هذا التعريف وفضلوه عن غيره^(٣). وهو يدل على أن عقد الإجارة، يرتب التزامات شخصية في ذمة عاقله فهو يلزم

(١) البهوتي - كشف القناع جـ ٣ ص ٥٤٦ ط دار الكتب العلمية.

(٢) البهوتي - شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٤١.

(٣) د/منصور مصطفى منصور - عقد الإيجار فقرة ١ ص ٧ ط مكتبة وهبة، د/محمود جمال الدين زكي - عقد الإيجار في التقنين المدني المصري ط ١٩٩٨ طبعة مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر فقرة ١ ص ٩. د/حسام الدين الأهواني - عقد الإيجار الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٨، د/محمود عبد الرحمن محمد - الوجيز في عقد الإيجار ص ٨ ط دار النهضة العربية. ولقد كان القانون المدني المصري القديم عرف عقد الإجارة بأنها "عقد يلتزم به المؤجر بتمكين انتفاع المستأجر بمنافع الشيء المؤجر ومرافقه مدة معينة بأجرة معينة" وهناك فرق بين هذا التعريف والتعريف الذي ذكره المشرع في القانون الجديد إذ أن هذا التعريف قد قصر التزام المؤجر على ترك المستأجر ينتفع بالشيء المؤجر ولم يلزمه بالتمكين والفرق بين الالتزامين كبير إذ التمكن يقتضي إزالة كل عبة قد تعرقل انتفاع المستأجر بالعين المؤجر وهذا يفرض على المؤجر التزامات أخرى فرعية منها إلزام المؤجر بتسليم العين بحالة صالحة للانتفاع لا بالحالة التي كانت عليها وقت =

المؤجر بالتمكين ويلزم المستأجر بأداء الأجرة فهو لا يملك المنفعة كما هو الحال في الفقه الإسلامي وإنما فقط يمكن المستأجر من استبقائها فلا يملك تملكها لغيره ما لم يشترط في هذا في العقد صراحة.

والمعقود عليه في عقد الإجارة هو المنفعة وذهب بعض الشافعية إلى أن المعقود عليه في عقد الإجارة هو العين على اعتبار أن المنفعة لا وجود لها ساعة العقد فيضاف العقد إلى العين إلا أن رأي الجمهور هو الأولى بالاتباع إذ إضافة العقد إلى العين إضافة مجازية وليست حقيقية. ومقصود العاقدین هو المنفعة وليس العين فتكون المنفعة هي المعقود عليه والعبرة في العقد إنما يكون بالمعنى والمقصد وليس باللفظ^(١).

=التعاقد ومنها إلزامه بإجراء بعض المرمات التي تتطلبها العين المؤجرة ولقد ذكر بعض الفقهاء أن القانون المصري في تعريفه لعقد الإيجار وفي تضييقه من التزام المؤجر كان متأثراً بالشريعة الإسلامية وأن القانون الجديد كان متأثراً بالقانون الفرنسي حيث عرف عقد الإيجار بأنه "عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يجعل الآخر ينتفع بشيء مدة معينة بأجرة معينة، يلزم هذا الأخير بدفعها" د/السنهوري - الوسيط ج ٦ ص ٣٠، ٣١، د/سليمان مرقص - عقد الإيجار ص ١٩، ٢١، د/عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار ج ١ ص ٤٠، د/أنور ديور - نظام استغلال الأراضي الزراعية الجزء الأول عقد الإيجار ص ١٦٩، ١٦٨.

(١) المواق - التاج والإكليل لمختصر خليل ج ٧ ص ٤٩٣، العدوي - حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ج ٧ ص ٣، الصاوي - بلغة السالك لأقرب المسالك المسماة بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٤ ص ٧، الأنصاري - أسنى المطالب ج ٢ ص ٤٠٣، ابن حجر الهيثمي - تحفة المحتاج في شرح المنهاج ج ٦ ص ١٢٢، المرداوي - الإنصاف ج ٢ ص ٣، البهوتي - كشف القناع ج ٣ ص ٥٤٦.

آثار الإجارة الصحيحة:

إذا انعقدت الإجارة صحيحة ترتب عليها عدة آثار بالنسبة للعاقدين تمثل، الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد. فبالنسبة للمؤجر فإنه يلتزم بما يأتي:

(١) يلتزم المؤجر بتسليم العين للمستأجر، حتى يستوفي منها المنفعة المتعاقد عليها. والتسليم قد يكون حقيقة، ويكون بنقل الحيازة من المؤجر إلى المستأجر وقد تكون حكمية كما لو كانت العين المؤجرة تحت يد المستأجر قبل العقد عليها^(١).

(٢) يلتزم المؤجر بإجراء الإصلاحات اللازمة التي قد تعوق انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة^(٢).

(٣) يلتزم أيضًا بضمان التعرض الشخصي فلا يحول بين المستأجر والانتفاع بالعين، كما يضمن العيب الذي يظهر في العين المؤجرة ويحول بين دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة^(٣). أما بالنسبة للمستأجر فتتمثل الالتزامات الواجبة عليه فيما يلي:

(١) الإمام الشافعي - الأم ج٤ ص ٢٧، نقي الدين السبكي - فتاوى السبكي ج١ ص ٤٤٣، الإمام السرخسي - المبسوط ج١٥ ص ١٤٧، البابرتي - العناية ج٩ ص ٧١، الفتاوى الهندية ج٤ ص ٤١٤، الدسوقي - الحاشية على الشرح الكبير للإمام الدردير ج٤ ص ٥٠، الصاوي - بلغة السالك ج٤ ص ٦٩، الإمام البهوتي - كشف القناع ج٤ ص ١٥، المرداوي - الإنصاف ج٦ ص ٥٥، ٥٦.

(٢) المدونة ج٣ ص ٤٥٨، الأم ج٤ ص ٣٧، السرخسي - المبسوط ج١٥ ص ١٥٩، المرداوي - الإنصاف ج٦ ص ٦١.

(٣) الإمام سحنون - المدونة ج٣ ص ٥١٧، الموافق - التاج والإكليل شرح مختصر خليل ج٧ ص ٥٦٤، الإمام السرخسي ج١٥ ص ١٦٠، الكاساني - البدائع ج٤ ص ٢٠٨، الإمام الشافعي - الأم ج٤ ص ٣٧، الشربيني - مغني المحتاج ج٣ ص ٢٠٣، الإمام ابن قدامة - المغني ج٤ مسألة رقم (٢٩٤٥).

١- دفع الأجرة إلى المؤجر في الموعد المتفق عليه والمكان المتفق عليه^(١).

٢- المحافظة على العين وعدم التعدي عليها^(٢).

٣- رد العين عند انتهاء مدة العقد^(٣).

وهذه الالتزامات لا خلاف فيها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني من حيث الجملة^(٤).

وباستعراض مفهوم عقد الإجارة وأثارها نجد أن:

(١) أن الإجارة من العقود التي ترد على المنفعة سواء أكانت منفعة شخص، أو منفعة شيء ولا ترد على الذات، فإن ملكية الشيء المؤجر تظل قائمة لا تنتهي إلا بسبب ناقل للملكية ولا يستطيع المستأجر أن يتصرف في العين أو أن يحدث بها أي تغيير إلا بإذن المؤجر المالك. وإن تصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف كان تصرفه موقوفاً على إجازة المالك.

(٢) أن الإجارة لا تكون إلا مؤقتة بوقت معين تنتهي بانتهائه ويلتزم المستأجر برد العين بعد نهاية مدة العقد فإن تأخر في الرد وهلك الشيء المؤجر ضمن المستأجر هذا الهلاك.

(١) الإمام سحنون - المدونة - ج٣ ص ٥٠٣، ٥٠٢، القرافي - الفروق ج٢ ص ١٤٥، الحطاب

- مواهب الجليل ج٥ ص ٤٠٥، الإمام السرخسي - المبسوط ج٥ ص ١٥٧، الكاساني - البدائع

ج٤ ص ٢٠٣، الزيلعي - نصب الرابة ج٥ ص ٣٧٨، المرداوي - الإنصاف ج٦ ص ٧٧.

(٢) الكاساني السابق ج٤ ص ٢١٠، الزيلعي - تبين الحقائق ج٥ ص ١٢٣، السيوطي - الأشباه

والنظائر ص ٣٩٠، البهوتي - كشف القناع ج٤ ص ٣٧.

(٣) الكمال بن الهمام - فتح القدير ج٩ ص ١٧، الكاساني - البدائع ج٤ ص ٢٠٩.

(٤) ينظر في هذه الالتزامات من الناحية القانونية. د/السنهوري - الوسيط ج٦ ص ٢٣٢، د/جميل

شراقوي - عقد الإيجار ص ٩٤ وما بعدها، د/محمد لبيب شنب - شرح أحكام عقد الإيجار

ص ١٩٣ وما بعدها، د/سليمان مرقص - وموجز البيع والإيجار ص ٤٠١ وما بعدها.

(٣) أن المستأجر مقيد بقدر المنفعة المتفق عليها في العقد لا يتجاوزها فإن أجر حجرة في منزل لا ينفع بغيرها ومقيد أيضاً بمكان استيفاء المنفعة فإن أجر سيارة ليجوب بها محافظة القاهرة فلا يتعداها لغيرها وإلا ضمن.

(٤) أن المؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من استيفاء المنفعة ويلتزم أن يدفع عنه كل ما يعوقه من هذا الاستيفاء فلا يتعرض له تعرضاً يمنعه من استيفاء المنفعة، ولا يسمع للغير بهذا التعرض. كما يلتزم المؤجر بإصلاح، وصيانة العين حتى تصبح صالحة لاستيفاء المنفعة منها على الوجه الأكمل.

ومن ناحية أخرى فإن المستأجر ملزم بأداء الأجر المسمى. ويحفظ العين واستعمالها الاستعمال المألوف، أو المتفق عليه في العقد.

ومن تحليل هذه الخصائص المتعلقة بعقد الإجارة نجد أن الشبه كبير بينه وبين عقد النشر. فالمؤلف يلتزم بتسليم المصنف وبإصلاح الأخطاء وتصويبها كما يلتزم بضمان التعرض الحاصل منه أو من الغير: فلا يجوز أن يتعاقد مع ناشر آخر لنشر الكتاب في نفس الفترة التي تعاقد فيها مع الناشر الأول فإن المشغول لا يشغل.

كما يلتزم الناشر بطبع الكتاب ونشره بكل أمانة، وأداء الحقوق المالية. للمؤلف وبعدم التعدي على الحقوق الأدبية المكفولة للمؤلف على مصنفه وهي قوام المصنف وأساس وجوده وبقائه بقول الأستاذ عبد الحميد ظمهار في بحثه حق التأليف والتوزيع والنشر والترجمة: "وشأن المؤلف مع الناشر في هذا الأمر كشأن المستأجر مع المؤجر لما بين الصورتين من تشابه، فالإجارة بيع للمنفعة المعلومة في مقابل عوض مالي معلوم، وتكون المنفعة معلومة ببيان مدة الإجارة في أمثال الدور والحنوت وكذلك يمكن أن تكون المنفعة معلومة في

عقد النشر ببيان عدد نسخ الكتاب التي ستطبع ...^(١) وهو ما سيأتي بسطه في
المبحث الثاني إن شاء الله تعالى.

(١) أ/عبد الحميد ظمهار البحث المشار إليه في الصלב مطبوع ضمن موسوعة حق الابتكار في الفقه
الإسلامي المقارن تأليف جماعة من العلماء ص ١٨١.

المطلب الثالث

عقد النشر وعقد الاستصناع

مفهوم عقد الاستصناع :

وصورة عقد الاستصناع: أن يقول إنسان لصانع اعمل لي كذا من عندك بثلث كذا، على أن يبين نوع ما يعمل وقدره، وصفته^(١). ولقد عرفت المادة ١٢٤ من مجلة الأحكام العدلية عقد الاستصناع بأنه "مقولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل: صانع والمشتري: مستصنع والشيء: مصنوع"^(٢).

وركن الاستصناع الإيجاب والقبول، والمعقود عليه فيه هو العمل أو العين أو العمل ابتداءً والعين انتهاءً على خلاف في المذهب الحنفي^(٣).

وهو جائز دل على جوازه الإجماع القائم على العمل به منذ عهد رسول الله ﷺ إلى وقتنا هذا من غير تكير من أحد، فإن الحاجة دعت إلى وجوده وجوازه وإن كان على خلاف القياس إذ هو عقد على معنوم وبيع ما لم يُر والقياس يمنع هذا، إلا أنه رخص فيه للحاجة إليه^(٤).

(١) الكاساني - بدائع الصنائع ج٥ ص٢، الفتاوى الهندية ج٤ ص٥١٧ ط دار الفكر، ابن نجيم - البحر الرافق ج٦ ص١٨٥.

(٢) علي حيدر - درر الأحكام ج١ ص١١٥، ١١٤ ط دار الفكر.

(٣) الكاساني - السابق - علي حيدر - السابق - ابن نجيم - السابق.

(٤) الزيلعي - تبين الحقائق ج٤ ص١٢٤.

ويشترط لجوازه الشروط الآتية:

(١) أن يكون المعقود على صنعه معلوماً ببيان جنسه، ونوعه، وصفته، وقدره وبيان جنس الصنعة، وتوعها، وقدرها^(١).

(٢) جريان العادة بالاستصناع على معنى أن تكون العادة جارية باستصناع المعقود على صنعه: كالملابس، والأواني، والمعادن، وغير ذلك من وسائل المعاش. أما ما لم تجر العادة فيه بالاستصناع فيحمل على الأصل. وهو أن الاستصناع لا يجوز قياساً. فإذا لم تجر العادة بالاستصناع، واستوفى شروط السلم كان سلماً حملاً للعقد على الصحة^(٢).

(٣) واشترط أبو حنيفة ؓ عدم ذكر الأجل وإلا كان سلماً وعند صاحبين لا يشترط بل يكون العقد استصناعاً حتى ولو ضرب له أجل معين^(٣).

صفة عقد الاستصناع:

اختلف الحنفية ؓ في لزوم عقد الاستصناع وعدم لزومه. ولتحرير محل النزاع بين الفقهاء في هذه المسألة نفرق بين حالتين:

الأولى: ما قبل إحضار المصنوع وعرضه على المستصنع.
والثانية: فيما بعد إحضار المصنوع وعرضه على المستصنع.

١ - ففي الحالة الأولى:

فإن الفقهاء اتفقوا على عدم لزوم العقد في هذه الحالة، لا لصانع ولا للمستصنع فلكل منهما، فسخ العقد والرجوع عنه، وإذا كان الصانع قد انتهى من صنع

(١) المراجع السابقة.

(٢) الكاساني - البدائع ج ٥ ص ٣، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢٠٧.

(٣) الزيلعي - تبیین الحقائق ج ٤ ص ١٢٤، الإمام عبد الرحمن شيخي زاده - مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٦.

الشيء فله أن يبيعه لغير المستصنع، وللمستصنع أن يعزف عنه ولا يستمر معه في العقد. فهو عقد حائز في جانب الطرفين^(١).

٢ - أما في الحالة الثانية:

وهي ما بعد الفراغ من صنع الشيء وإحضار الشيء المصنوع وعرضه على المستصنع فإن فقهاء المذهب اختلفوا في لزوم العقد وعدم لزومه على ثلاثة أقوال^(٢):

(١) يرى البعض أن الخيار يكون للمستصنع، أما الصانع فقد أسقط خياره بإحضاره الشيء المصنوع فالعقد لازم في جانب الصانع غير لازم في جانب المستصنع.

(٢) ويرى البعض الآخر أن الخيار ثابت لهما. فالعقد يبقى جائزاً في حقهما.

(٣) ويرى فريق ثالث أن العقد لازم في حقهما.

وهذا الخلاف إنما هو في حالة إحضار المصنوع على وفق الصفة المشترطة، أما في إذا أحضره على غير الصفة المشترطة: فالكل متفق على عدم لزوم العقد في جانب المستصنع.

ويستدل الرأي الأول على قوله بلزوم العقد للصانع دون المستصنع أن المستصنع اشترى ما لم يره، وعند رؤية المصنوع فكأنه يتعاقد على بيعه ابتداءً

(١) السرخسي - المبسوط ج ١٥ ص ٨٥، الكاساني - البدائع ج ٥ ص ٣، الإمام ابن نجيم - البحر

الرائق ج ٦ ص ١٨٥، ١٨٦.

(٢) في عرض هذه الأقوال الثلاثة: الكاساني - البدائع ج ٥ ص ٣، ٤، المرغيناني - الهداية

وشروحها ج ٣ ص ٧٨، ابن نجيم - ج ٦ ص ١٨٥، ١٨٦، الزيلعي - تبيين الحقائق ج ٤،

ص ١٢٤، السرخسي - المبسوط ج ١٥ ص ٨٥، ٨٦.

ولم يقل أحد بأن الإنسان يجبر على التعاقد ابتداءً. وهو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية^(١).

ويستدل الرأي الثاني على قوله بعدم اللزوم مطلقاً بأن في عدم اللزوم دفع للضرر عن المتعاقدين ودفع الضرر واجب، وهو رأي أبي حنيفة في غير ظاهر الرواية^(٢).

ويناقش بأنه لو بقي الخيار للصانع بعد إحضاره المصنوع لكان له أن يبيعه من غيره فلا تتدفع الحاجة التي شرع الاستصناع من أجلها، ولا نتصور ضرراً يقع بالصانع؛ لأن المعقود عليه ليس عيناً معينة، وإنما هي موصوفة في الذمة ولو كان هناك ضرر يقع عليه بسبب زيادة التكلفة عن قدر الصنعة، فإن له أن يبيعه إلى آخر، وله إلا يحضر المصنوع أصلاً بل له فسخ العقد قبل إحضار المصنوع؛ فإن أحضره فلا يتصور أن يكون له الخيار في الفسخ أو الإمضاء. واستدل الرأي الثالث القائل باللزوم مطلقاً: بأن إسقاط الخيار عن المستصنع ضرر به لأنه لو قبله رغم عدم موافقته طبعه وحاجته لما استطاع أن ينتفع به وفي هذا إهدار لماله وإجحاف به^(٣).

لذا فإن الراجح من هذه الأقوال: القول الأول القائل بثبوت الخيار للمستصنع، وإسقاطه بالنسبة للصانع لأنه بعد إحضار المصنوع فإنه يكون بمثابة عقد جديد الصانع فيه هو الموجب، ولو أراد الرجوع عن إيجابه لما أحضر المصنوع أصلاً فيبقى الخيار للمستصنع.

(١) ابن نجيم السابق - ص ١٨٦، الزيلعي - السابق ص ١٢٣، الكاساني - السابق ص ٣، ٤.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الكاساني - البدائع ج ٥ ص ٤، السرخسي - المبسوط ج ١٥ ص ٦٥، المرغيناني - الهداية ج ٣ ص ٧٨، البدائع ج ٦ ص

تكييف عقد الاستصناع عند الحنفية:

اختلف فقهاء المذهب الحنفي في تكييف عقد الاستصناع فيرى البعض أنه مواعدة بالبيع وليس بيعاً، بينما يذهب رأي آخر في المذهب إلى أنه بيع وليس مواعدة واستدل هذا الرأي بأن الإمام محمد ذكر أن دليل الاستصناع القياس وبأن الاستصناع يدخله خيار الرؤية ويجري فيه التقاضي وهذا لا يكون في المواعدة بالبيع وإنما يكون في البيع^(١).

ولكن أي أنواع البيوع هو:

اختلف الحنفية في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

ذهب إلى أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة لأن الصانع لو أحضر شيئاً ليس من صنع يده لأجزء فدل ذلك على أن عقد الاستصناع عقد على مبيع موصوف في الذمة والعمل ما هو إلا صفة فيه وليس شرطاً في العقد^(٢).

القول الثاني:

ذهب إلى أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل. وحجتهم في ذلك أن العقد على المبيع في الذمة يسمى سلماً لا استصناعاً وشرط العمل هو الذي يخرج من دائرة السلم ويجعله مستقلاً بذاته. واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني، ولو أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، أو لم تكن من صنع

(١) ابن نجيم - البحر الرائق ج٢ ص ١٨٦، الكاساني - البدائع ص ٤، د/أحمد أبو الفتح -

المعاملات الشرعية ص ٣٨٨، علي حيدر - نثر الحكام ج ٢ ص ١٩٨.

(٢) المرغيناني - السابق ص ٧٨، ابن نجيم - السابق ص ١٨٦.

يده، ورضى بها المستصنع، جازت هذه الصورة، بعقد آخر، هو التعاطي وليس بالاستصناع^(١).

والرأي الثاني: هو الذي رجحه العلماء، ودليلهم: أن الاستصناع هو طلب الصنع فما لا يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً فكان مأخذ الإسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل^(٢).

رأي جمهور العلماء في الاستصناع:

أجاز جمهور العلماء الاستصناع فيما جرت به العادة وما لم تجر به العادة بشرط استيفاء جميع شروط السلم. فهم يلحقونه بالسلم ويجعلونه عقداً لازماً ولا يثبتون فيه خيار الرؤية لأن المسلم فيه إذا لم يكن مستوفياً للشروط فإن المسلم إليه ملزم بالإتيان بغيره لأن المسلم فيه ثابت في الذمة بالصفة لا بالذات فإذا أتى بما لم يستوف الصفة المشترطة كان عليه الإبدال^(٣).

وخلاصة القول فإن جمهور العلماء ليس عندهم عقد يسمى استصناع وإنما يدرجونه تحت السلم ويشترطون فيه شروطه.

(١) الكاساني - البدائع ج٤ ص٢، السرخسي - المبسوط ج١٥ ص٨٥.

(٢) الكاساني - السابق.

(٣) الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص٢٠٨ و٢١٠، الإمام الزركشي - المنشور في القواعد الفقهية ج٢ ص٣٥٧، الإمام المرداوي - الإنصاف ج٤ ص٣٠٠، ابن مفلح - الفروع ج٤ ص٢٣.

توضيح أوجه الخلاف بين عقد النشر والاستصناع:

بعد معرفة حقيقة العقدين فإننا نجد أن عقد الاستصناع يختلف عن عقد النشر فيما يلي:

(١) أن المستصنع لا يسهم بشيء فيما يريد صنعه، ويقتصر دوره فقط على دفع الثمن إن خرج الشيء المصنوع على وفق الصفة المشترطة، أما في عقد النشر فإن أساس المعقود عليه هو من خلق ذهن المؤلف، ويقتصر دور الناشر على عملية الطباعة والإخراج، وهذه كلها عمليات مساعدة؛ لأن من يشترى مصنفًا لا يرمي إلى شراء الورق، أو المادة التي صيغت فيها الأفكار، وإنما يهدف إلى اقتناء مادة علمية، دونما نظر إلى ما صيغت فيه هذه المادة. فالمؤلف يسهم في المصنوع إسهامات أساسية فخرج الاستصناع أن تكون العين المصنوعة والعمل من الصانع^(١).

(٢) عقد النشر عقد لازم لا خيار فيه فلا يستطيع المؤلف، بعد شروع الناشر في عملية الطباعة أن يفسخ العقد، وأن يذهب إلى ناشر آخر ينشر له المصنف؛ فإنه ملتزم مع الناشر الأول بضمان عدم التعرض، وفسخ العقد يخالف هذا الالتزام. ومن ناحية أخرى فإن الناشر ليس له أن يخل بالتزامه مع المؤلف وإلا سئل مسئولية عقدية عن هذا الإخلال.

أما عقد الاستصناع فإن الكل متفق على عدم لزومه في مرحلة الإعداد والتحضير فالباون بين العقدين شاسع.

(٣) إن الذي يقوم بدفع المقابل المالي في عقد الاستصناع هو المستصنع فهو المشتري، أما في عقد النشر فإن المؤلف هو الذي يأخذ أجر تأليفه، ومقابل تتنازله عن استغلال حقه المالي على مصنفه.

(١) الفتاوى الهندية ج٤ ص ٥١٧ ط دار الفكر.

(٤) عقد النشر لابد فيه من بيان المدة فهو من العقود المؤقتة؛ إذ هو وارد على المنفعة التي هي المادة العلمية، وكل عقود الاستغلال لابد فيها من بيان مدة هذا الاستغلال.

أما عقد الاستصناع فإن الغالب فيه عدم بيان المدة وإن بينت فيه المدة فإن القائلين به يختلفون فيما بينهم هل يبقى على وضعه أم أنه يصير سلماً على ما بينا فيما مضى.

(٥) المعقود عليه في عقد النشر هو المصنف، وعمل الناشر ليس ملحوظاً في العقد، أما في عقد الاستصناع: فإن المعقود عليه فيه خلاف بين القائلين به، فمنهم من قال هو العمل، ومنهم من قال هو العين، ومنهم من قال هو العمل ابتداء العين انتهاءً.

وعلى ذلك فإن الفرق كبير بين عقد النشر وعقد الاستصناع.

المطلب الرابع

عقد النشر وعقد التصرف

في الحق المالي

قد يفضل بعض المؤلفين - فراراً من احتيال الناشرين - أن يتصرف في حقه المالي ببيعه جملة واحدة بحيث لا يبقى له صلة بالمصنف إلا من ناحية الحقوق الأدبية التي لا تقبل التصرف بحال من الأحوال ويقوم الناشر بمشتري هذا الحق بنشره ليس على أنه ناشر وإنما على أنه صاحب الحق المالي على المصنف وللناشر في هذه الحالة أن يتنازل عن استغلال هذا الحق لناشر آخر بمقتضى عقد نشر. وينتقل الحق المالي إلى ورثة المتصرف له لا إلى ورثة المؤلف. ويتولى المتصرف له طبع الكتاب في أي وقت وبأي كمية دون اعتراض عليه من جانب المتصرف^(١).

ومن مزايا هذا العقد:

أن المؤلف يحصل على حقه المالي كاملاً دون انتظار لرواج المصنف أو كساده ودون انتظار الفراغ من عملية النشر وما إلى ذلك، ولكن يعاب عليه أنه من الممكن أن يكون مجحفاً بصغار المؤلفين الذين ليس لديهم الخبرة الكافية

(١) ويجوز هذا البيع بناء على قول من يجيز إيراد البيع على المنفعة على وجه التأييد وهم الشافعية والحنابلة وهذا يبين واضحاً من خلال تعريفهم للبيع كما عرضنا ذلك في المطلب الأول من هذا المبحث.

ولقد ذكر القانون العثماني الصادر ١٩١٠ ميلادية أن حق التأليف كما يجوز أن يقاوم عليه بمقتضى عقد نشر يجوز أن يتنازل عنه بمقتضى عقد بيع (مادة ٢٤).

عن عمليتي النشر والتوزيع فيتنازلون عن حقهم المالي مقابل القليل من المال في حين أن المصنف الذي هو من خلق ذهنهم يجلب الكثير من الربح على غيرهم.

أوجه التشابه بين عقد التصرف في الحق المالي وعقد النشر:

يتشابه عقد التصرف في الحق المالي مع عقد النشر في عدة وجوه منها:
أولاً: أن الأركان في العقدين تكاد تكون متحدة إلا فيما يتعلق بالصيغة حيث أنها في عقد التصرف ينعقد بلفظ بيع الحق المالي في عقد النشر تكون بلفظ التنازل عن استغلال الحق المالي مدة معينة.

ثانياً: كما يتفقان في أن كلا منهما يرد على الحق المالي للمؤلف والحق المراد هنا هو حق النشر الذي يختلف اختلافاً جوهرياً عن حق تقرير النشر فالأول حق مالي يهدف إلى استغلال المصنف من الناحية المالية أما الثاني فيهدف إلى الإعلان عن ميلاد المصنف وظهوره إلى الوجود فهو إشارة من المؤلف وتقرير صلاحية منه بأن المصنف أصبح يستحق العرض على الناس لينتفعوا بما فيه، في حين أن الحق الأول حق مالي بحت. ومن ناحية ثانية فإن حق النشر هو الذي يقبل التصرف، والتنازل والهبة وغير ذلك من حين أن حق تقرير النشر يعتبر من الحقوق الأدبية التي لا يجوز التصرف فيها، ولا يتنازل عنها، ومن ناحية أخيرة: فإن حق النشر ينتقل إلى الورثة بعد وفاة المؤلف في حين أن تقرير النشر لا ينتقل إلى الورثة إلا إذا وجدت قرائن تدل على أن المؤلف قد انتهى من التأليف قبل موته، أو يكون قد أوصى بنشره^(١).

(١) د/السنهوري - الوسيط ج ٨ ص ٤٠٩، د/محمود جمال الدين زكي فقرة ٥٩ ص ٣٩١، د/حمدي عبد الرحمن - فكرة الحق ص ١٢١، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف هامش ص ١٠٤.

أوجه الاختلاف بين العقدین:

يختلف العقدان فيما يلي:

أولاً: في عقد التصرف في الحق المالي تنقطع الصلة بين المؤلف وحقه المالي على المصنف ولم يتبق معه سوى الحق الأدبي فقط فلا يستطيع أن يبرم عقد تصرف مع منصرف إليه آخر لأن الحق المالي خرج من ملكه بمقتضى العقد الأول فهو كمن باع ما ليس عنده وهو لا يجوز^(١).

أما في عقد النشر فإن الصلة بين المؤلف، وبين حقه المالي لا زالت موجودة وقائمة فهي زالت عنه بصفة مؤقتة هي فترة العقد وعلى ذلك فإنه يستطيع أن يبرم عقد نشر يتعاقب في التاريخ مع عقد النشر الأول^(٢).

ثانياً: حق المتصرف إليه على الحق المالي حق مطلق فيستطيع أن يطبع أي عدد شاء من النسخ دون اعتراض عليه من أحد.

أما حق الناشر فإنه حق مقيد بعدد معين من الطباعات وبعدد معين من النسخ لا يجوز أن يتعداه وإلا كان متعدياً على الحق المالي للمؤلف^(٣).

(١) ومما يدل على عدم جوازه شرعاً ما روي عن حكيم بن حزام أنه قال: قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي فأبيعه منه ثم، أبتاعه من السوق، فقال لا تبع ما ليس عندك رواه الترمذي جـ ٣ ص ٥٣٤ ولقد اشترط العلماء في المبيع أن يكون مقدوراً على تسليمه وأن يكون مملوكاً للبايع وهذا يقتضي حرمة ورود العقد على العقد لأن في العقد الثاني وقع على غير محل غير أن من العلماء من أبطل بيع ملك الغير، ومنهم جعله موقوفاً على إجازة المالك في تفصيل ذلك ينظر السرخسي - المبسوط جـ ١٣ ص ١١، ١٢، الإمام سحنون - المدونة جـ ١ ص ٤٨٧، الإمام الشافعي - الأم جـ ٨ ص ٢١٨، ابن قدامة - المغني جـ ٤ ص ١٤٥، ابن حزم - المحلى جـ ٧ ص ٢٨٥، المحقق الحلبي - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام جـ ٢ ص ٨، ٩.

(٢) د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٠٥ هامش، أزهير الأتاسي - الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلفين ص ٢١٦.

ثالثاً: عقد التصرف يكون عقداً أبدياً لا يخضع لمدة معينة أما عقد النشر فهو عقد مؤقت بطبعه لا بد فيه من بيان المدة وإلا كان باطلاً^(٢).

رابعاً: عقد التصرف اتفق الجميع سواء من الناحية الشرعية، أو القانونية على أنه عقد بيع^(٣) أما عقد النشر فإن هناك خلافاً حول تكييفه فمن العلماء من يلحقه بالبيع، ومنهم من يلحقه بالإجارة، ومنهم من يلحقه بالاستصناع ومنهم من يلحقه بالمقولة، على ما سيأتي في المبحث الثاني من هذا الفصل إن شاء الله

(١) وهذا هو مقتضى عقد البيع فإن الملك فيه ينتقل إلى المشتري يتصرف فيه كيف شاء، وهذا مما لا خلاف عليه في الفقه الإسلامي حيث إن العلماء وهم يعرفون الملك أبرزوا فيه خاصية التصرف وأرادوا بها حرية المالك في التصرف في ملكه بأي وجه لا يخالف به أمر الله تعالى. ومن هذه التعاريف ما يلي:

١- "ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص" ابن عابدين - الحاشية جـ ٤ ص ٥٠٢.

٢- "التصرف في الشيء بكل أمر جائز شرعاً أو فعلاً أو حكماً" ابن عرفة - الحدود ص ٤٦٦.

٣- "القدرة الشرعية على التصرف" ابن تيمية - الفتاوى الكبرى جـ ٤ ص ١٠٦.

(٢) وهذا من أهم ما يميز عقد البيع الذي يرد على الذات عن العقود التي ترد على المنفعة مثل الإجارة: فإن البيع لا يكون إلا مؤبداً أما الإجارة من أبرز صفاتها التأقيت. ينظر في ذلك الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٥ ص ١٠٦، الإمام ابن رجب - القواعد ص ١٩٦، المرداوي - الإنصاف جـ ٤ ص ٢٦٠، قليوبي وعميرة - حاشيتا قليوبي وعميرة جـ ٢ ص ١٩٢، الشربيني - مغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٢٣، الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٤.

(٣) الدريني - حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ص ١٤٣، الأناسي - الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلفين ٢١٦، د/عبد السميع أبو انخير - الحق المالي ص ١٠٦، د/السنهوري - الوسيط جـ ٧ ص، د/حسن كيره المدخل للعلوم القانونية ص ٤٩٤، والبدراوي - المدخل ص ٥٢٨، د/لييب شنب دروس في نظرية الحق ص ٦٨.

المطلب الخامس

عقد النشر وعقد التوزيع

المقصود بعقد التوزيع:

هو عقد بين مؤلف وناشر يتعهد الناشر بمقتضاه ببيع نسخ مملوكة للمؤلف نظير أجر معلوم.

فالتابع والتجهيز في هذا العقد يكونان على نفقة المؤلف وتحت مسؤوليته والموزع يسأل فقط عن عرض الكتاب للبيع وله نظير ذلك أجر معين بصرف النظر عن رواج الكتاب أو كساده.

وهذا العقد كان معروفاً عند الفقهاء بالإجارة على بيع كتب العلم وللعلماء في جواز هذا العقد وعدم جوازه قولان متفرعان على جواز بيع كتب العلم وعدم جوازه.

ففي رواية عن الإمام أحمد وبعض المالكية وبعض الشافعية أن الإجارة على بيع كتب العلم مكروهة^(١).

وذهب جمهور العلماء من المذاهب المختلفة إلى جواز بيع كتب العلم والإجارة على بيعها^(٢).

(١) ويطلق على العقد في الفقه الفرنسي "الطبع على نفقة المؤلف" ويطبق عليه الأحكام المتعلقة بإجارة الأعمال د/محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ٤٤، ٤٥.

(٢) النسوقي - الحاشية ج ٤ ص ١٨، ابن مفلح - المبدع ج ٤ ص ١٢، البجرمي - الحاشية ج ٢ ص ١٧٥، الإمام سحنون - المدونة ج ١١ ص ٤٢١ ط دار صادر بيروت، ابن رشد - بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١٩، شرح الزرقاني على الموطأ ج ٣ ص ١٤.

قال الدسوقي بعد أن نقل عن اللخمي خلاف العلماء في الإجارة على بيع كتب العلم: "ولا أرى أن يختلف اليوم في الجواز لأن حفظ الناس وأفهامهم قد نقصت فلو بقى العالم بلا كتب لذهبت رسوم العلم منه"^(١).

وقال النووي في المجموع: "قال أصحابنا يجوز بيع كتب الحديث والفقه واللغة والأدب والشعر المباح..." ويتفرع على جواز البيع جواز الإجارة على البيع. والعقد هنا عقد إجارة على عمل معين وهو القيام بالتوزيع. ولقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى أن هذا العقد عقد مقاوله. نظراً لقيام الناشر بعمل لحساب المؤلف هو عرض الكتاب على الجمهور وقبض ثمنه مقابل ذلك الأجر المتفق عليه بينهما، والذي غالباً ما يتمثل في نسبة معينة من ثمن كل نسخة يتولى الناشر بيعها لحساب المؤلف، ويكون دور الناشر في تلك الحالة كدور المقاول كما يكون دور المؤلف، كدور رب العمل. ولا ينتقص من تكييف العقد في تلك الحالة (على أنه عقد مقاوله) أن يكون الناشر ملتزماً بطبع الكتاب على نفقته على أن يسترد نفقات الطباعة من ثمن النسخ التي يبيعها فضلاً عن الأجر المتفق عليه على أن يرد الباقي للمؤلف.

ولما كان دور الناشر لا يقتصر على مجرد التوزيع بل إنه يتعدى ذلك إلى دور قبض الثمن فإن هذا يستتبع القول بأن العقد مقاوله مقترنة بوكالة حيث أن الناشر يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل وهو قبض الثمن لحساب المؤلف^(٢).

(١) الدسوقي - السابق، الإمام النووي - المجموع ج ٩ ص ٣٣٦، ٢٤٠، الإمام أبو القاسم العبري - التاج والإكليل ج ٥ ص ٤١٨ ط دار الفكر. الإمام ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج ٢٠ ص ٣٢٧، البهوتي - كشف القناع ج ٣ ص ١٥٥.

(٢) د/السنهوري - الوسيط ج ٧ ص ٣٢٨، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٠٧.

غير أن هذا التكيف يكون مستساغاً إذا ما تولى الناشر عمليتي الطبع والتوزيع لكنه في كثير من الحالات وحتى يضمن المؤلف عدم طبع نسخ زائدة عن النسخ المتفق عليها يهدف الناشر من وراء زيادتها بيعها لحسابه، وتحصيل أجر من ورائها؛ فإن المؤلف قد يتولى الطبع عند شخص ويوكل لشخص آخر مهمة التوزيع فالتوزيع هنا عمل مجرد ولم يسهم الناشر بشيء في صنع المصنف فهنا يكون الموزع مجرد أجير عند المؤلف والإجارة هنا هي إجارة عمل وهذا ما حدا ببعض الفقهاء إلى تكيف هذا العقد على أنه عقد عمل مستنداً إلى الوضع في فرنسا حيث أن القضاء الفرنسي يطبق على هذا العقد الأحكام العامة الواردة في الإجارة على الأعمال^(١).

وفي الفقه الإسلامي:

فإن المقابلة ما هي إلا نوع من أنواع الإجارة على العمل فقد عرفت في الفقه الإسلامي بأنها "عقد يلتزم بمقتضاه الأجير المشترك بأداء عمل معلوم نظير أجر معلوم يلتزم المستأجر بأداءه للأخير"^(٢).
فالتكيف على أنه عقد مقابلة أو إجارة عمل لا يختلف مع الفقه الإسلامي في شيء ولا يوجد ما يمنع من اقتران هذه المقابلة بوكالة عن المؤلف في تحصيل ثمن النسخ^(٣).

(١) د/محمد سعيد رشدي - عقد النشر ص ٤٥.

(٢) د/أحمد عبد الحكيم العناني - عقد المقابلة في الشريعة والقانون ج ٢ ص ٨٧٣ سنة ١٩٨٩

رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر.

(٣) ولقد عبر القانون العثماني عن هذا العقد بأنه مقابلة مادة (٢٤).

المبحث الثاني

صور عقد النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

لفقهاء القانون في تحديد صور عقد النشر اتجاهان: اتجاه واسع واتجاه ضيق.

الاتجاه الأول: الاتجاه الواسع:

ويرى أن عقد النشر تتعدد صورته بتعدد الطرق التي يلجأ إليها المؤلف في التنازل عن حقه في استغلال مصنفه، وذكروا صوراً متعددة لعقد النشر منها على سبيل المثال ما يلي:

أولاً: التنازل عن حق الاستغلال:

وفي هذه الصورة يتنازل المؤلف عن حقه في استغلال مصنفه، تنازلاً محدداً، أو غير محدد، وفي الحالة الأولى لا يملك الناشر طبع المصنف إلا الطبعة المحددة فقط، وبالعدد المتفق عليه من النسخ مع المؤلف، أما في الحالة الثانية: فإن الناشر يملك طبع المصنف عدداً غير محدد من الطباعات دون اعتراض من الناشر.

ولا يستبقي المؤلف في يده إلا الحق الأدبي فقط والذي بموجبه يجبر الناشر على الطبع والنشر ويمنعه من أن يمس المصنف أو يعتدي عليه. فلا ينتهي حق الناشر في الطبع والنشر - في حالة النزول غير المحدد - إلا بانقضاء الحق المالي على المصنف حيث يؤول المصنف إلى الملك العام فيكون للناشر ولغيره

أن يطبعه وأن ينشر دون اعتراض من أحد. وهذه الصورة يطبق عليها أحكام عقد البيع إذا ما توافرت بقية شروطه وأركانه^(١).

ثانيًا: الطبع على نفقة المؤلف:

قد يستبقى المؤلف حقه في استغلال مصنفه فيقوم هو بطبع المصنف على نفقته الخاصة ثم يعهد إلى شخص آخر بنشره وتوزيعه بين الناس وقد يتولى هذا الأخير القيام بنفقات الطبع ثم يقوم بخصم نفقات الطبع من ثمن النسخ ويأخذ أجره على توزيع الكتاب وبيعه، وقد يكون هذا الأجر مبلغاً يحدد جزافياً، أو نسبة معينة من ثمن كل نسخة، على حسب الاتفاق بين المتعاقدين. ويطبق على هذه الصورة أحكام عقد المقاوله. أو أحكام عقد الإجارة على الأعمال على قولين^(٢).

(١) د/السنهوري - الوسيط جـ ٧ ص ٣٢٦، ٣٢٧/د/عبد السميع أبو الخير الحق المالي للمؤلف ص ١٠٥، ١٠٦. د/محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ٤٢.

(٢) د/السنهوري - الوسيط جـ ٧ ص ٣٢٧، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٠٧. وأشار إلى القولين المشار إليهما في الصלב. د/محمد السعيد رشدي عقد النشر ص ٤٥، ويتزعم الاتجاه الأول د/السنهوري حيث يرى سيادته: أن العقد في هذه الحالة هو عقد مقاوله مقرنة بوكالة وسبب اقترانها بالوكالة أن الناشر ينوب عن المؤلف في قبض ثمن النسخ ويكون هذا القبض لحساب المؤلف لا لحساب الناشر، أو الموزع، والمقاول في هذه الصورة هو الناشر ورب العمل هو المؤلف. وليس ثمة ما يمنع من أن يتبادل الطرفان المراكز القانونية فيكون المؤلف هو المقاول والناشر هو رب العمل، وهذا في حالة تعاقد صاحب مجلة أو دار نشر مع عند من المؤلفين على الكتابة في مجلته نظير أجر معين، يأخذه المؤلف، ويحدد العقد بين الطرفين حقوق كل منهما.

وسواء أكان المؤلف هو المقاول أو رب العمل إلا أن هناك حدوداً لا يتخطاها عقد المقاوله وهي: أولاً لا يجوز للمؤلف أن يتنازل عن هذه الصفة حتى ولو كان هو المقاول فلا يصبح=

الصورة الثالثة: الحساب المشترك:

وفي هذه الصورة يقوم المؤلف والناشر بعمل شركة مصنعة يسهم فيها المؤلف بفكرته، والناشر بالقيام على هذه الفكرة بالطبع والنشر، ويكون الربح بينهما مقسمًا على حسب الاتفاق. ويطبق على هذه الصورة أحكام عقد الشركة^(١). وسواء كان العقد: بيعًا، أو شركة، أو مقاوله فإن هذا لا يخرج عن كونه عقد نشر في نظر أصحاب هذا الاتجاه.

الاتجاه الثاني: الاتجاه الضيق:

يرى فريق من العلماء أن عقد النشر ليس له إلا صورة واحدة. هي الصورة الأولى التي ذكرها أصحاب الاتجاه الأول. ولقد أسس هذا الفريق وجهة نظره على أساس أن الناشر يجب أن يتحمل وحده تبعات عملية النشر وتكون تحت مسؤوليته وأن هذا هو ما يقوم عليه عقد النشر أصلاً^(٢).

ويتفق هذا الاتجاه مع القوانين التي نظمت عقد النشر كالقانون التونسي والقانون الجزائري، والقانون الفرنسي على ما بينا في الفصل الأول (عند تعريفنا لعقد النشر) فإن هذه القوانين قد استثنت من نطاق عقد النشر عقد الطبع على نفقة المؤلف وعقد الحساب المشترك، لتدخل الصورة الأولى في نطاق إجارة

صاحب الدار هو المؤلف لأن في هذا مساس بحق النسبة الذي هو قوام الحقوق الأدبية وهي بطبيعتها لا يجوز التنازل عنها.

ثانيًا: لا يجوز للمؤلف أن يتنازل عن أي من الحقوق الأدبية الأخرى فإنها حقوق شخصية لا يجوز بحال التنازل عنها. (الوسيط جـ ٧ ص ٣٢٨).

(١) د/السنهوري جـ ٧ ص ٣٢٨ هامش، د/حمدي عبد الرحمن - فكرة الحق ص ٩٣.

(٢) د/محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ٤٤ وما بعدها.

الأعمال والثانية في نطاق شركة المحاصة. فلا تعتبر هذه التشريعات هاتين الصورتين من قبيل عقد النشر وبالتالي لا تنطبق عليها أحكامه الخاصة به فيها.

أما في الفقه الإسلامي:

فلم أعثر على تعداد لصور عقد النشر عند الفقهاء، فمن تكلم من العلماء عن عقد النشر فإنه: إما أن يتكلم عن تكييفه دون ذكر تعداد لصوره^(١)، وإما أن يذكر الصور التي ذكرها فقهاء القانون، ويذكر رأي الفقه الإسلامي فيها^(٢).

غير أننا من الممكن أن نستنبط من خلال مطالعة أبحاثهم أنهم يفرقون بين النشر والتوزيع بما يخرج صورة التوزيع من نطاق عقد النشر ليدخل في نطاق الإجارة على الأعمال وعقد التوزيع هو صورة ذكرها الفقهاء من صور الإجارة، وهي الإجارة على بيع كتب العلم، وقد سبق بيان القول فيها، وبالتالي فإن الطبع على نفقة المؤلف لا يكون عقد نشر وإنما هو عقد إجارة أعمال، وتبقى الصورة الثالثة وهي: صورة المشاركة في الأرباح، وهي صورة قليلة الحدوث في الواقع. وهي لا تخلو من الغرر؛ إذ أن المؤلف يتفق على نسبة معينة من الربح ولا يشارك في الخسارة بشيء، في حين أن الناشر قد يتكبد الكثير من النفقات في حالة كساد المصنف يتحملها وحده فتكون هناك حالة من عدم التوازن بين طرفي العقد وهذا يناقض أحكام عقد الشركة في الفقه الإسلامي^(٣).

(١) د/الدريني - حق الابتكار ص ١١٣، ١١٢، الأستاذ/عبد الحميد ظمهار - حق التأليف والتوزيع والنشر والترجمة ص ١٨١.

(٢) د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي ص ١٤٢.

(٣) الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٦ ص ١٨٣، الزيلعي - تبیین الحقائق ج ٣ ص ٣٢٢، المواق - التاج والإكليل ج ٧ ص ٧٧، النفراوي - الفواكه الدواني ج ٢ ص ١٢١، ابن حزم - المحلى =

رأينا الخاص :

ونرى تأييد الرأي الذي يقصر عقد النشر على الصورة الأولى؛ لأن الناشر في الصورة الثانية لا يتحمل شيئاً من تبعات عملية الطبع والنشر، حتى يكون طرفاً في عقد النشر، فما هو إلا أجير مشترك، أوكل إليه بيع المصنف لحساب المؤلف، ولا دخل له بربح المصنف، أو كساده، وفي الصورة الثانية فإن المؤلف يتحمل بجزء من مخاطر عملية الطبع والنشر. ويشارك في الأرباح دون أن يكون مسئولاً في حالة كساد المصنف وهذا لا يخلو من الغرر على ما بينا. وبعد حصر صور عقد النشر فيما ذكرنا فإننا نتولى بيان آراء الفقهاء في تكييف هذه الصورة وذلك فيما يلي.

=ج ٦ ص ١٥، قليوبي وعميرة - حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٢ ص ٢١، البهوتي - كشف القناع ج ٣ ص ٥٠٥.

المبحث الثالث

آراء الفقهاء في تكيف عقد النشر

في الفقهين الإسلامي والوضعي

اختلف الفقهاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني في تكيف عقد النشر على أربعة أقوال:

القول الأول:

وإليه ذهب بعض فقهاء الفقه الإسلامي^(١) وبعض فقهاء القانون المدني^(٢) حيث يرون أن عقد النشر ما هو إلا صورة من صور عقد البيع؛ إذ أن المؤلف يبيع حقه في استغلال مصنفه، والناشر يمتلك النسخ المبيعة، ويملك منفعتها.

القول الثاني:

وإليه ذهب بعض فقهاء الفقه الإسلامي^(٣)، وجانب من الفقه الفرنسي^(٤). حيث يرى هذا الفريق من العلماء أن عقد النشر ما هو إلا صورة من صور عقد إجارة الأشياء؛ حيث يتنازل المؤلف عن حقه في استغلال مصنفه مدة معينة مقابل أجر معلوم، وهذا هو مضمون عقد الإجارة على منفعة الأشياء، فكأن المصنف في الأصل هو العين المؤجرة، والمنفعة هي الاستغلال عن طريق

(١) د/النريني - حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ص ١١٣، ١١٢، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي ص ١٤٢.

(٢) د/السنهوري - الوسيط ج ٧ ص ٣٢٦، د/محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ٤٢.

(٣) أ/عبد الحميد ظمهار - حق التأليف والتوزيع والنشر والترجمة ص ١٨١، الأتاسي - الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلف ص ١٨٢.

(٤) د/محمد كمال عبد العزيز - نظرية الحق ص ٦٣، ٦٤.

عمل نماذج من المصنف بقدر المنفعة المتفق عليها، في العقد دون زيادة على هذا القدر.

القول الثالث:

وإليه ذهب بعض فقهاء القانون حيث يرى الأستاذ الدكتور/مختار القاضي (عليه رحمة الله تعالى) أن عقد النشر هو عقد استصناع حيث يتعهد المؤلف بتقديم المصنف إلى الناشر ليقوم بعمله أو بصنعه.

القول الرابع:

يذهب الأستاذ الدكتور/محمد كمال عبد العزيز^(١) إلى أن عقد النشر عقد ذو طبيعة خاصة إذ أن الطرفين لا يهدفان من وراءه إلى الربح المادي فقط، وإنما يبغيان من وراءه، نشر العلم والمعرفة في المقام الأول، أما الربح المادي فإنه يأتي في مرحلة ثانوية.

وسنعرض وجهة نظر كل فريق مرجحين ما نراه راجحاً في نظرنا وذلك فيما يلي:

أولاً: أدلة الرأي القائل بأنه عقد بيع:

يستند هذا الرأي إلى أن منفعة العمل الفكري أشبه بالثمرات ومقدار الملك فيها يتحدد بعدد النسخ، وأن الناشر يملك هذه المنفعة، ويملك الوعاء الذي قامت به هذه المنفعة، وهو النموذج أو الكتاب، وانتقال الملك فيها من المؤلف إلى الناشر يكون بمقتضى عقد البيع لا عقد الإجارة.

ويستند أيضاً بأن هناك فرقاً بين منفعة العمل الفكري، ومنفعة المساكن والدور وغيرها إذ أن منفعة العقار تقدر بالمسافة، أو الزمن بحيث إذا انقضت المدة عاد للمالك حقه في بيع مقدار آخر من المنفعة، أما محل المنفعة وهو العقار

(١) الوجيز في نظرية الحق ص ٦٤، ٦٣.

فهو لا ينفك عن ملكه وهذه هي الإجارة أما المنفعة في العمل الفكري فإن الناشر يملكها ويملك العين ذاتها التي استقرت فيها هذه المنفعة والطريق الذي ينقل به ملك العين والمنفعة إنما هو البيع وليس الإجارة. ولا يغير من حقيقة العقد أن تكون النماذج في الأصل ملكاً للمؤلف أو الناشر فما هذه النماذج إلا وعاء يحتوي الثمرات ومن ثم فإنه يؤثر في ثمن المبيع زيادة، أو نقصاً ولا أثر له في حقيقة العقد^(١).

مناقشة هذا الرأي:

ومن الممكن أن يناقش هذا الرأي بما يلي:
أولاً: التسليم بأن العقد الذي يكون بين المؤلف والناشر، عقد يرد على منفعة العمل الفكري في المقام الأول، يخرج العقد عن كونه بيعاً؛ لأن البيع إنما يكون مورده على الذات لا على المنفعة، حتى ولو ورد على المنفعة في قول الشافعية والحنابلة، فإن الشرط في ورود العقد على المنفعة أن يكون العقد على سبيل التأبيد^(٢) والأمر مختلف في عقد النشر؛ إذ عقد النشر لا يكون إلا مؤقتاً وتأقيته بكونه بعدد الطباعات أو عدد النسخ، فكيف نكون بصدد عقد بيع لمنفعة لمدة معينة؟

ثانياً: القول بملكية المنفعة والعين فيما نحن بصددده، أمر غير مسلم به؛ إذ من المعلوم أن التسليم بملكية الشيء يقتضي إطلاق اليد بالتصرف فيه بأي وجه من

(١) د/الدريني - حق الابتكار ص ١١٢، ١١٣، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٤٢.

(٢) الشرييني - مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٢٣، الرملي - نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٧٢، ٣٧٣، البهوتي - كشف القناع ج ٣ ص ١٤٦، الموسوعة الكويتية ج ٩ ص ٦.

وجوه التصرف^(١) والناشر لا يستطيع أن يتصرف في هذه المنفعة، أو في المادة العلمية إلا عن طريق الاستغلال المالي. فلا يستطيع أن يغير فيها، أو ينقص منها أو يحور فيها وإلا كان مسئولاً أمام المؤلف بمقتضى ما له من حق أدبي باق له بقاءً أبدياً لا يصح التصرف فيه.

ثم إن العين في الملكية الفكرية ليست محل اعتبار إذ في الغالب أن المؤلف يعطي الأصل للناشر يأخذ منه المادة العلمية ويستغلها بعمل نسخ منها فالوعاء لم يكن موجوداً ساعة العقد لأن الوعاء لا يوجد إلا بعد تمام الطبع أو النسخ وساعة العقد لا توجد إلا المادة المراد استغلالها مالياً وتكون موجودة في أصول يلتزم الناشر بردها عند تمام الطبع وكلام هذا الرأي يقتضي وجود العين وقت العقد.

ثالثاً: نقل الملكية يقتضي انفصام الصلة بين البائع والشيء المبيع وإذا كنا قد اتفقنا على أن محل العقد هو الحق المالي دون الحق الأدبي، وأن التصرف فيه إنما هو بالتنازل عن استغلاله، مدة معينة فإن صلة المؤلف بمصنفه لم تنقطع إلا في هذه الحدود، فلا يملك الناشر عدم نشر المصنف، وإلا كان للمؤلف أن يفسخ العقد الذي بينهما ويوكل الأمر إلى ناشر آخر ثم إن هناك حقاً للمؤلف يؤرق الناشر ويهدده طوال فترة العقد وهو حق العدول والسحب أو حق الندم فإذا استعمله المؤلف ضاع على الناشر كل ما كان يرجوه؛ إذ لا يفيد وجود مصنف قد عدل صاحبه عن الأذكار التي فيه.

(١) ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٢، الكاساني - البدائع والصنائع ج ٩ ص ٣٦٨ ط ، الإمام القرافي - الفروق ج ٢ ص ٢٠٨، ابن عرفة - الحدود ص ٤٦٦، ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج ٤ ص ١٠٦.

ويصعب أن نقول بأن ملكية المصنف قد انتقلت وما زال الناشر مقيدًا بقيود عدة فهو مقيد بوجوب النشر، مقيد بعدم المساس بأصل الفكرة، مقيد باحترام حق رجوع المؤلف عن فكرته، مقيد بعدم تجاوز حدود العقد سواء في عدد الطبعات أو عدد النسخ وهو في النهاية ملزم برد الأصول إلى مالكيها الأصلي الذي هو المؤلف.

رابعًا: لا يجوز في عقد النشر أن يوكل الناشر إلى ناشر آخر طبع الكتاب ونشره، لأن شخصية الناشر في الواقع تكون محل اعتبار من المؤلف وهذا يتنافى مع أحكام عقد البيع. إذ المشتري له أن يفعل في مملوكه ما شاء.

خامسًا: عقد النشر هو من عقود الاستغلال وعقود الاستغلال ليس من بينها عقد البيع إذ البيع نوع من التصرفات ليس استغلالاً فالاستغلال هو الانتفاع بغلة الشيء مع بقاء أصله وهو لا يكون بالتنازل عن ملكية الشيء^(١).

سادسًا: وأكبر دليل على أن العقد ليس عقد بيع أن المؤلف بيده أن يعقد عقود نشر متعاقبة التاريخ وهذا لا نظير له في عقد البيع وتشبيهه منفعة العمل الفكري بالثمرات قياس مع الفارق إذ أن الثمرات بمجرد قطعها تنقطع الصلة بينها وبين أصلها أما العمل الفكري فإنه يظل منسوبًا إلى صاحبه إلى يوم القيامة مهما انتفع به، وخير دليل على دوام العمل الفكري منسوبًا إلى صاحبه قوله ﷺ "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ... وعلم ينتفع به ..."^(٢) فالرسول الكريم حكم بدوام الصلة بين العالم وعلمه حتى بعد موته وزوال رسمه.

(١) الموسوعة الفقهية ج ٣ ص ١٨٢.

(٢) الحديث رواه الإمام مسلم في صحيحه ج ٣ ص ١٢٥٥ وأبو داود في سننه ج ٣ ص ١١٧، وابن حبان ج ٧ ص ٢٦٦.

ثانياً: دليل الرأي القائل بأن عقد النشر عقد إجارة:

استدل هذا الرأي على قوله بما يلي:

إن منفعة العمل الفكري ما هي إلا منفعة شيء من الأشياء وعقد النشر وسيلة تهدف إلى استغلاله، والمؤلف يشبه المؤجر في أنه ملزم بتسليم العين لاستيفاء المنفعة منها، وردها كما هي وأنه ملتزم بضمان التعرض الشخصي الحاصل منه، والذي يمكن أن يحول بين الناشر واستيفاء المنفعة، وهو كذلك ملتزم بضمان كل عيب يظهر بالمصنف، والعيب هنا ليس العيب المادي المحسوس الذي يظهر في الأشياء، وإنما هو العيب المعنوي الذي يتمثل في مخالفة الأفكار لقواطع الشريعة الإسلامية الغراء، وأن الناشر يشبه المستأجر في التزامه بالمحافظة على المصنف والتزامه الحدود المرسومة له في العقد والتي حددت بالاتفاق بينه وبين المؤلف، ويلتزم أيضاً برد المصنف (الأصول) بعد الفراغ من عملية الطبع، وملتزم كذلك بعدم التعدي على المصنف سواء بالإضافة، أو الحذف، أو التعديل، أو غير ذلك^(١).

ويناقش هذا الرأي بأن المستأجر في عقد الإجارة غير ملتزم باستيفاء المنفعة فبيده ألا يستوفيها أصلاً، وبيده أن يستوفي بعضها فقط، أما في عقد النشر فإن الناشر ملتزم بعملية الطبع والنشر في المدة المحددة وإلا كان مسؤولاً تجاه المؤلف.

لكن إذا كان هذا هو المقرر لدى الفقهاء إلا أن التطور العلمي أوجد أشياء تفسد بعدم استعمالها ككثير من الآلات والوسائل. فهل يستطيع مثلاً أن يستأجر إنسان آلة تقدر بملايين الجنيهات ثم يتركها بدون استعمال مدة تؤدي إلى إتلافها، أو

(١) الأستاذ/عبد الحميد ظمهار - حق التأليف ص ١٨١ مطبوع مع كتاب حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن طبعة مؤسسة الرسالة.

يستأجر إنسان عربية وثم يتركها بدون استعمال مدة تؤدي إلى إتلاف بعض أجزائها ونقول هو حر في استيفاء المنفعة وعدم استيفائها إن العلماء مجمعون على أن المستأجر ملتزم بالمحافظة على العين المؤجرة وهذه المحافظة يختلف مداها من عين إلى عين ومن وقت إلى وقت فالمحافظة على الأشياء التي تتلف بعدم الاستعمال يكون باستعمالها والمحافظة على الأشياء التي تتلف بكثرة الاستعمال يكون باستعمالها استعمالاً مألوفاً.

وما نحن بصددده لا يخرج عن هذا فإن آفة العلم وإتلافه يكون بعدم نشره ومن هنا ألزم الناشر بالنشر حتى لا تتدرس الأفكار ويذهب بهاؤها.

ثالثاً: دليل من قال أن عقد النشر عقد استصناع:

يذهب رأي في القانون أن عقد النشر ما هو إلا عقد استصناع لأن المؤلف يقدم مصنفه للناشر ليصنعه له ويقوم بنشره.

موقف الفقه الإسلامي من هذا التكليف:

هذا التكليف لا ينسجم مع أحكام عقد الاستصناع التي سبق بيانها وبيان ذلك فيما يلي:

(١) أن المؤلف بعقد النشر يتعهد بتقديم أصول مصنفه إلى الناشر فهو ملتزم بالتسليم. وبضمان عدم التعرض وهذا لا مكان له في عقد الاستصناع حيث إن الكل متفق على أن عقد الاستصناع قبل الانتهاء من صنع الشيء وعرضه على المستصنع غير لازم ولكل منهما الرجوع في العقد حتى بعد الصنع والعرض، فإن الأمر محل خلاف في لزوم العقد وعدم لزومه، على ما بيناه من قبل، وهذا لا يتفق مع أحكام عقد النشر الذي يلتزم الطرفان به بمجرد إبرامه فهو يرتب التزامات متقابلة بمجرد تلاقي الإيجاب بالقبول وإفراغه في الشكل المطلوب.

(٢) المعهود في عقد الاستصناع أن المستصنع لا يسهم بشيء في المعقود عليه فهو مجرد وعد بالبيع أو هو بيع لشيء من صنع الصانع وبمادة من عنده عند الفراغ من صنعها. وإذا أسهم الطرف الأول وأتى بالمادة المراد صنعها فإن العقد لا يكون استصناعاً وإنما يكون إجارة.

(٣) المقابل المالي في عقد الاستصناع يستحقه الصانع، أما في عقد النشر فإن المقابل المالي إنما يستحقه المؤلف المتنازل عن حقه في الاستغلال. لكل هذه الفروق فإننا نرى أن عقد النشر يبعد أن يكون عقد استصناع.

رابعاً: دليل من قال أن عقد النشر من طبيعة خاصة:

يذهب بعض الفقه القانوني أن عقد النشر عقد من طبيعة خاصة حيث أن الطرفين لا يهدفان الربح في الأساس الأول، كما هو الحال في عقود المعاوضات المالية، وإنما يهدفان إلى نشر العلم والمعرفة وليس الربح الذي يجنيه الطرفان من وراء هذا العقد إلا نتيجة عارضة فضلاً عن أنه رغم أن التعاقد ينصب فقد على الجانب المالي إلا أنه يظل محكوماً بحق آخر غير متعاقد عليه هو الحق الأدبي.

ويترتب على هذا الرأي أن عقد النشر نظراً لطبيعته الخاصة فإنه يطبق عليه الأحكام التي تتسجم مع طبيعته. فلا يطبق عليه أحكام عقد للبيع فقط ولا أحكام عقد الإجارة فقط ولا أحكام عقد الاستصناع فقط. إنما لابد من إفراده بالأحكام التي تتوافق معه سواء أكانت ضمن أحكام عقد البيع، أو الإجارة أو الاستصناع. أو الأحكام العامة في العقد بوجه عام.

رأينا الخاص:

بالنظر إلى خصائص عقد النشر وإلى وجه التشابه بينه وبين العقود الأخرى نجد أن:

أولاً: أن عقد النشر من عقود استغلال الحق المالي للمؤلف وأن الاستغلال خاص بمنفعة الشيء لا بعينه وعقود المنفعة إما أن تكون معاوضة وتكون بالإجارة وإما تبرعاً وتكون بالوصية أو الإعارة أو الوقف ولما كان عقد النشر من قبيل عقود المعاوضة فهو فرد من أفراد عقد الإجارة فتطبق عليه أحكام الإجارة بما يتفق مع طبيعة المعقود عليه.

ثانياً: إن التقيد من سمات عقد النشر فهو مقيد بالمدة أو بالطبعات وهو كذلك مقيد بزمان ومكان الاستغلال المتفق عليها في العقد. وهذا يقرب الشبه بين عقد النشر وعقد الإجارة لأن هذا التقيد يندر أن يكون في غيرها من العقود.

ثالثاً: هناك تشابه كبير بين التزامات المتعاقدين في كلا العقدین فالمؤجر ملتزم بالتسليم وبضمان التعرض وبالمحافظة على كون العين صالحة لاستيفاء المنفعة منها مدة العقد. والمؤلف ملتزم بتسليم المصنف إلى الناشر وبضمان التعرض وبصحيح تجارب الطبع ومن ناحية أخرى فإن المستأجر ملتزم بمقتضى عقد الإجارة بأداء الأجرة المستحقة للمؤجر وبالمحافظة على العين وعدم المساس بها، وبردها عند نهاية فترة الاستغلال. وكذلك فإن الناشر ملزم بأداء المقابل المالي، وبعدم المساس بمحتويات المصنف وبرد الأصول عند الانتهاء من الطبع.

ولقرب هذا الشبه وقوته أرى أن عقد النشر ما هو إلا نوع من الإجارة أوجده العمل فيطبق عليه من عقد الإجارة ما يتفق وطبيعة محله وما لا يتفق وطبيعة المحل وتطبق عليه القواعد العامة التي تحكم العقد في الفقه الإسلامي.

أما في القانون:

فأرى ترجيح الرأي القائل بأن عقد النشر له طبيعته القانونية الخاصة به وتطبق عليه أحكامه الخاصة به ولا بد من تدخل تشريعي لتنظيم هذا العقد ووضع الأحكام التي تنطبق عليه وتتوافق مع طبيعة محله إذ هو كما يقول الأستاذ الدكتور/أبو اليزيد على المثبت: يتشابه مع عقد البيع والإجارة والشركة والوكالة، ولكنه يختلف عنها اختلافات جوهرية^(١).

والغريب أن قانون حق المؤلف رقم ٨٢ الصادر في ٢٠٠٢ خلا من تنظيم تشريعي لعقد النشر وهذا نقص كبير كان لا بد من تداركه.

(١) الحقوق على المصنفات د/أبو اليزيد على المثبت ص ٩٢ وما بعدها.

البَّيِّنَاتُ الْأَوَّلُ

التزامات المؤلف في

الفقه الإسلامي والقانون المدني



البَابُ الْأَوَّلُ

التزامات المؤلف في

الفقه الإسلامي والقانون المدني

يلتزم المؤلف في عقد النشر بالتزامين رئيسيين:

الالتزام الأول: تسليم المصنف إلى الناشر.

الالتزام الثاني: عدم التعرض.

وسوف نتناول هذين الالتزامين في فصلين متتاليين :

الفَصْلُ الْأَوَّلُ

الالتزام بالتسليم في

الفقه الإسلامي والقانون المدني

نتناول هذا الالتزام من النواحي الآتية:

أولاً: مضمون الالتزام بالتسليم.

ثانياً: زمن التسليم.

ثالثاً: نواحي الالتزام بالتسليم (تصحيح تجارب الطباعة).

رابعاً: الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالتسليم.

وسنتكلم عن هذه النقاط في أربعة مباحث:

المَبْحَثُ الْأَوَّلُ

مضمون الالتزام بالتسليم في الفقه الإسلامي و القانون المدني

يراد بالتسليم لغة:

جعل الشيء سالماً يقال سلم فلان لفلان أي خلص له.
قال تعالى ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾^(١) أي سالماً خالصاً له لا يشاركه فيه أحد،
وتسليم المبيع أي جعله سالماً للمشتري لا ينازعه فيه أحد^(٢).

وفي الاصطلاح الشرعي:

المراد به التمكن من الانتفاع، برفع الموانع التي تعوق المسلم إليه، من الانتفاع
طوال مدة العقد^(٣).

وعلى ذلك، فإن التزام المؤلف بتسليم المصنف معناه: أن يمكن الناشر من
الانتفاع بالمؤلف طوال مدة العقد. ويرجع سبب وجوب تسليم المصنف إلى أن
عقد النشر من عقود المعوضات، وتسليم البدلين واجب على العاقدين؛ لأن العقد

(١) آية ٢٩ سورة الزمر.

(٢) على حيدر - درر الحكام ج ١ ص ٦٦٥ الموسوعة الكويتية ج ١١ ص ٥٦، د/أنور
محمود دبور - نظام استغلال الأراضي الزراعية (رسالة دكتوراه) ج ١ ص ٣٠٩ طبعة
١٩٨٧.

(٣) الكاساني - البدائع - ج ٤ ص ١٨٠، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٦، الدريير - الشرح
الصغير مع حاشية الصاوي ج ٣ ص ١٩٩.

أوجب الملك في البدلين، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وإنما ثبت وسيلة للانتفاع بالمملوك ، ولا يتهياً الانتفاع بالمملوك، إلا بالتسليم فكان إيجاب الملك في البدلين شرعاً، إيجاباً لتسليمها ضرورة^(١).

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)

فالآية الكريمة دلت على وجوب الوفاء بالعقد، والوفاء بالعقد إنما يكون بالوفاء بالالتزامات التي ترتبت في ذمة العاقدين، ومن أهمها في عقد النشر بالنسبة للمؤلف تسليم المصنف إلى الناشر ليستوفي منه قدر المنفعة المتعاقد عليها.

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، أو على سبيل الإعارة، أو العارية فالتسليم هنا لا يتطلب نقل حيازة المصنف، وإنما يكون بمجرد العقد^(٣).

وفي القانون :

فقد خلا القانون المصري الحالي^(٤) رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢ من تعريف الالتزام بالتسليم ، لذا فإننا نستهدى في هذا النطاق بتعريف المادة " ٤٣٥ " من القانون

(١) الكاساني - السابق - ج ٥ ص ٢٤٣

(٢) آية (١) من سورة المائدة

(٣) د/ أنور دبور - نظام استغلال الأراضي الزراعية ج ١ ص ٣٠٩

(٤) وكذلك خلا القانون المصري السابق رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ والقوانين المكملة له وكذلك قوانين حق المؤلف العربية من تعريف للتسليم في نطاق عقد النشر؛ ولعل السبب في ذلك يرجع إلى عدم وجود اختلاف بين مفهوم الالتزام بالتسليم في عقد النشر والالتزام بالتسليم في القواعد العامة =

المدنى المصرى والتي عنيبت بتعريف التسليم فى نطاق عقد البيع حيث عرفت التسليم بأنه: (وضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته، والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك).

ولقد عرف الفقه المصرى التسليم بما لا يخرج عن مضمون المادة المذكورة .

ومن تعريفات الفقهاء للتسليم ما يلى:

(١) عرف بأنه: عمل إرادي من جانب البائع يقصد به تمكين المشتري من حيازة المبيع بنفسه، أو بغيره^(١).

(٢) وعرف بأنه: التخلية بين المبيع وبين المشتري بحيث يتمكن من التصرف فيه، والانتفاع به دون حائل^(٢).

(٣) وعرف بأنه: دفع الشيء المبيع إلى المشتري ووضعه تحت تصرفه^(٣).
ومما سبق يتضح لنا: أن التسليم فى نطاق عقد البيع يعنى: وضع الشيء تحت تصرف المشتري يتصرف فيه كيف يشاء. والتسليم فى عقد النشر لا يخرج عن

فمعظم هذه القوانين اكتفى بالنص على الالتزام بعدم التعرض، والالتزام بعدم التعرض يقتضى التسليم أولاً. إلا أننا نرى أنه كان من الواجب على هذه القوانين بيان هذا الالتزام بياناً واضحاً وبنصوص صريحة تحفظ لطرفي العقد حقوقهم وذلك لوجود الاختلاف بين محل عقد النشر وغيره من محال العقود الأخرى مما يعطى تنفيذ الالتزام بالتسليم شكلاً يختلف عن بقية العقود المالية وأكبر دليل على ذلك هو إجماع الفقهاء على عدم جواز جبر المؤلف على تسليم محل العقد في الوقت المتفق عليه إذا تمسك بحقه الأدبي دون تعسف، في حين أنه في جميع العقود المالية الأخرى لا يجوز لأي من الطرفين الامتناع عن التسليم دون مسوغ.

(١) د/سليمان مرقص - عقد البيع ص ١٨٣ طبعة ١٩٨٠.

(٢) د/حسن الزنون - عقد البيع فقرة ١٥٨ طبعة ١٩٥٤.

(٣) د/ثروت حبيب - قانون التجارة الدولية فقرة ١٩٠ طبعة ١٩٧٥.

هذا المعنى، فمن الممكن تعريفه بأنه: وضع المصنف تحت تصرف الناشر ليستوفي منه عدد النسخ المتفق على طبعتها، دون عائق يعوقه عن هذا الاستيفاء.

وليس هناك إلزام على المؤلف بتسليم أصول المصنف، فمن الممكن أن يكون استيفاء قدر المنفعة من صورة مطابقة للأصل. وتكون نفقات هذه الصورة على عائق المؤلف لأنه الملتزم بالتمكين من استيفاء المنفعة. وهذا مما لا خلاف عليه بين الفقه والقانون^(١) وإذا سلم المؤلف أصول المصنف كان الناشر ملزماً برد هذه الأصول بعد انتهائه من عملية الطباعة^(٢). ويظل أميناً عليها طوال فترة الطباعة لأنها عنده كالوديعة والقانون الفرنسي يحدد مسؤولية الناشر عن هذه الأصول بعام من تاريخ انتهاء الطباعة وتنتهي مسؤوليته بعد هذه المدة^(٣).

(١) السنهوري - الوسيط ج ٧ ص ٣٣٥، ٣٣٤، د/محمد السيد رشدي - عقد النشر ص ١٠٢ ووجه جواز ذلك في الفقه الإسلامي أن العلة من وجوب تسليم المصنف هي تمكين الناشر من استيفاء المنفعة المتعاقد عليها، وهذه العلة تتحقق سواء تم تسليم الأصل أو صورة مطابقة لهذا الأصل فصار تسليم الصورة كتسليم الأصل تمام بتمام.

(٢) إذ أن الأصول تدخل في الملكية المادية للمؤلف، وهو لم يتنازل عن هذه الملكية وإنما تنازل فقط عن قدر معين من منفعة المصنف يستوفي في مدة العقد. ومن هنا وجب على الناشر رد الأصول بعد تمام الطبع. ينظر في د/ الدريني حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ص — د/ عبد السميع أبو الخير الحق المالي للمؤلف ص ١٢٣. ويضيف فقهاء القانون أن الناشر له أن يستبقى صورة من المصنف عنده إذا كان له الحق في إعادة الطبع مرة أخرى وهذا لا يصطدم بأصول الشريعة الإسلامية بل يوافقها إذ معاودة الطبع يكرن بمثابة امتداد للعقد والمؤلف يكون ملزماً بتسليم المصنف عند نهاية الطبعة الأولى وقد يكون المؤلف غير موجود في هذا الوقت فاستبقاء صورة من العمل فيه يسر في تنفيذ التزام طرفي العقد وهو مأمور به شرعاً .

(٣) نقلاً عن د/ محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ١٠٣ حيث ذكر سيادته أن المادة (٥٥) من قانون ١١ سنة ١٩٥٧ الخاص بالملكية الأدبية والفنية الفرنسي حددت مسؤولية الناشر عن الأصول المسلمة إليه بعام وأنه يترتب على مرور هذه المدة إعفاء الناشر من المسؤولية وسرد سيادته أحكاماً =

ومثل هذا التحديد الوارد فى القانون الفرنسى يخالف كلام فقهاء الفقه الإسلامى فإنهم عندما أوجبوا رد الشيء الذى استوفيت منه منفعة معينة: كالإجارة، أو الإعارة، أو الوصية بالمنفعة، اعتبروا الملتزم بالرد مسئولاً عن هذا الشيء إلى أن يرده إلى صاحبه.

ومما يدل على بقاء مسئولية الناشر عن الأصول حتى تمام ردها قوله ﷺ "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"^(١).

ووجه الدلالة من الحديث:

أن الرسول الكريم ألزم رد ما أخذ على سبيل الأمانة ولا ينتهي هذا الالتزام إلا بالأداء أو الإبراء دون تحديد لوقت معين يسقط الأداء بعده بل تظل ذمة الأمين مشغولة حتى يتم الرد فالحديث يدل على وجوب رد الأصول المسلمة دون تحديد لمدة معينة يسقط الالتزام بعدها.

المحاكم الفرنسية التى تناولت هذا الحكم بالتطبيق وأشهرها حكم محكمة باريس الكلية فى ١٩٧٦/١٠/٨ وحكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٧٥/١١/٥

(١) رواه الترمذى وقال حسن صحيح ج ٥٦٦، الدارمى ج ٢ ص ٣٤٢، البيهقى ج ٦ ص ٩.

المبحث الثاني

زمان الالتزام بالتسليم في

الفقه الإسلامي والقانون المدني

يجب على المؤلف أن يقوم بتسليم المصنف إلى الناشر في الوقت المتفق عليه بينهما^(١)، فإذا كان عقد النشر منجزاً وجب التسليم بعد العقد مباشرة، وإذا كان مضافاً إلى أجل وجب التسليم في الوقت الذي أضيف إليه العقد^(٢).

(١) ولقد نص الفقهاء في عقد الإجارة على وجوب تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر وأن هذا التسليم يرجع إلى العرف ويختلف باختلاف طبيعة المحل الذي وقع عليه العقد. ينظر في ذلك السرخسي - المبسوط ج ١٥ ص ١٥٧، الكاساني - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٠٤، الزيلعي - تبين الحقائق ج ٥ ص ١٠٧، الكريسي - الفروق ج ٢ ص ١٤١، البابرتي - العناية ج ٩ ص ٧١، المواق - التاج والإكليل ج ٧ ص ٥٥٢، الدردير - الشرح الكبير ج ٤ ص ٥٠، الصاوي - بلغة السالك ج ٤ ص ٤١، الإمام الشافعي - الأم ج ٤ ص ٢٧، بن حجر الهيتمي - تحفة المحتاج ج ٦ ص ١٦٣، الخطيب الشربيني - مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٦٨، ٤٦٩، الأنصاري - أسنى المطالب ج ٢ ص ٤١٩، قليوبي وعميره - حاشيتنا قليوبي وعميرة ج ٣ ص ٧٩، ٨٠، الرملي - نهایة المحتاج ج ٥ ص ٢٩٧، ابن قدامه - المغني ج ٥ ص ٢٦٥، ابن مفلح - الفروع ج ٤ ص ٤٤٩، المرداوي - الإنصاف ج ٦ ص ٥٥، البهوتي - منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٦١، المحقق الحلي - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ج ٢ ص ١٤٩، ابن المرتضى - البحر الزخار ج ٥ ص ٣٤.

(٢) ابن قيم الجوزية - إعلام الموقعين الجزء الثاني ص ١٠، العاملي - الروضة البهية ج ٣ ص ٥٢٢، ٥٢١، د/ محمد مصطفى شلبي - المدخل ونظرية العقد ص ٧٩٠، د/ أنور دبور - نظام استغلال الأراضي الزراعية ص ٣٠٩، الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٦ ص ١٦٢.

ويدل على هذا الوجوب قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) والتسليم في الوقت المعين في العقد وفاء مأمور به بمقتضى الآية الكريمة.

ويدل على هذا الوجوب من السنة قوله ﷺ " المسلمون على شروطهم"^(٢) والوفاء في الوقت المتفق عليه لتنفيذ للشرط المعتبر شرعا.

ولا يختلف الأمر في القانون عما عليه العمل في الفقه الإسلامي فقد اجتمعت كلمة الفقه القانوني على وجوب تنفيذ هذا الالتزام في الوقت المتفق عليه بينهما. إلا أنهم قرروا أن العقد إذا خلا من تحديد موعد لتنفيذ هذا الالتزام قامت المحكمة بتحديد وقت لتنفيذ هذا الالتزام مستهدية في ذلك بظروف الحال^(٣).

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

وقد يتعذر على المؤلف التسليم لهلاك المصنف، أو تلفه، أو لحدوث قوة قاهرة تمنعه من التسليم في الموعد المحدد.

وقد يكون عدم التسليم ناشئا عن حبس المصنف لحين استيفاء حقوقه المالية من الناشر.

فهل يجبر المؤلف على تنفيذ التزامه في كل هذه الأحوال؟

(١) آية "١" من سورة المائدة.

(٢) رواه الترمذي وقال حسن صحيح جـ ٣ ص ٦٣٤، والبيهقي جـ ٦ ص ٧٩.

(٣) د/مختار القاضي - حق المؤلف ص ٣٠، د/توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ١٠١، د/عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية ص ٣١٦، د/محمد كمال عبد العزيز - الوجيز في نظرية الحق ص ٦٤، د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ٨٧، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي ص ١٢١.

إن الجواب على هذا التساؤل، يفرض علينا أن نتطرق لكل حالة من هذه الحالات على حده. ونتكلم عن هذه الحالات، في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التنازع بين الحق الأدبي والقوة الملزمة لعقد النشر.

المطلب الثاني: الامتناع بسبب القوة القاهرة.

المطلب الثالث: الامتناع لحين استيفاء المقابل المادى.

المطلب الأول

التنازع بين الحق في تقرير النشر والالتزام بالتسليم في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إن الحق في تقرير النشر يعني: استئثار المؤلف وحده بتحديد اللحظة التي ينشر فيها فكره للناس، وبتحديد طريقة هذا النشر وهذا الحق مجمع على الاعتراف للمؤلف به من قبل الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية^(١).

واستعمال هذا الحق، قد يتعارض مع ما يفرضه عقد النشر على عاتق المؤلف، من التزامه بتسليم المصنف في الموعد الذي حدده العقد؛ فقد يأتي الموعد المحدد ويكون المؤلف قد عدل عن إتمام المصنف، أو يكون المؤلف قد أتمه بالفعل ورفض تسليمه؛ لأنه عدل عما فيه من أفكار. فهل يستطيع الناشر أن يجبر المؤلف على تسليم المصنف قضاءً في الموعد المتفق عليه، وبالتالي ترجح مصلحة الناشر بحقه المالي في تنفيذ العقد، على حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه وهو حق أدبي. أم أنه لا يستطيع ذلك وأن للمؤلف أن يتمتع عن التسليم لما له من حق أدبي في تقرير نشر مصنفه وتحديد وقت هذا النشر.

هذه مسألة اختلف الرأي القانوني حولها. وحتى نستوضح رأى الفقه الإسلامي في المسألة نتطرق أولاً لآراء فقهاء القانون فيها ثم نعود إلى بيان الرأي فيها من ناحية الفقه الإسلامي.

(١) سيأتي بيان هذا عند الكلام عن التزام الناشر باحترام الحقوق الأدبية وذلك في الفصل الثالث من الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

ففي القانون:

اختلف فقهاء القانون المدني في إعطاء المؤلف الحق في الامتناع عن تسليم المصنف في الموعد المتفق عليه على قولين.

القول الأول:

وهو لجمهور الفقهاء، وتؤيده غالبية أحكام القضاء. حيث يذهب هذا الرأي إلى أن للمؤلف أن يمتنع عن تسليم المصنف مع الموعد المحدد، وأن الناشر لا يستطيع أن يجبره على التسليم؛ لأن المؤلف - وبحسب تقديره الشخصي - هو الذي يقرر اكتمال مصنفه وعدم اكتماله، وليس أمام الناشر إلا اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض^(١).

فالالتزام بالتسليم طبقاً لهذا الرأي يرجع إلى السلطة التقديرية للمؤلف وأن إجباره على التسليم فيه إهدار لحقه الأدبي في تقرير نشر مصنفه^(٢).

(١) د/ الصدة - حق الملكية ص ٣١٦ ، د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص

١٠١ ، د/ مختار القاضي - حق المؤلف ص ٣٠ ويرى سيادته

(أن المشرع المصري تبني هذا الرأي ضمناً عندما نص في المادة الخامسة من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ على " أن للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر " وما دام هذا من حق المؤلف وحده فإن له أن يوقف النشر وله أن يعدل في المصنف قبل نشره من باب أولى.)

وممن ذكر هذا الرأي د/ محمد كمال عبد العزيز نظرية الحق ص ٦٤ ، د/ نواف كنعان حق المؤلف ص ٨٧ ، د/ عبد الرشيد مأمون الحق الأدبي ص ٣٢١ وما بعدها حيث سرد سيادته أحكام القضاء الفرنسي بداية من عام ١٨٩٥ و أظهر فيها موقف القانون الفرنسي وأن غالبية يذهب إلى عدم جواز إجبار المؤلف على التسليم وعدم جواز فرض غرامة تهديدية عليه إذا تأخر في هذا التسليم.

(٢) ويتساءل البعض عما إذا كانت السلطة التقديرية للمؤلف من قبيل الشرط الإرادي المحض الذي يؤدي توقف الالتزام عليه إلى بطلانه؛ ويجب بعض الفقهاء بأن هناك فرقاً بين البطلان لتوقف =

القول الثاني:

يذهب بعض الفقهاء إلى وجوب التفرقة بين ثلاث حالات:

الأولى: حالة القوة القاهرة.

الثانية: حالة الامتناع الإرادي دون تعسف في استعمال الحق الأدبي.

الثالثة: حالة الامتناع الإرادي المصحوب بتعسف في استعمال الحق الأدبي.

الحالة الأولى: حالة القوة القاهرة:

وهي الظروف القهرية الخارجة عن إرادة المؤلف والتي منعه من تسليم مصنفه، فطبقاً للقواعد العامة فإن الظروف القهرية، تحل الطرف الذي وقع فيها، من التزامه دون إلزام له بالتعويض، وبالتالي فإن المؤلف في هذه الحالة لا يجبر على تسليم المصنف، ولا يلزم بأى تعويض؛ لأن امتناعه لم يكن بمحض الإرادة. وطبقاً للقواعد العامة أيضاً فإن الشخص الذي تعرض لهذه القوة القاهرة هو الذي يقع عليه عبء إثباتها. لذلك فإن المؤلف هو الذى يلزم بإثباتها^(١).

=الالتزام على شرط إرادي محض وبين عدم قابلية الالتزام للتنفيذ الجبري فالتصرف هنا لا يبطل وإنما يتحول الالتزام بأداء عمل إلى التزام بالتعويض. ينظر في ذلك د/أبو اليزيد علي المتيت - الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية ص ٨٦، د/مختار القاضي - حق المؤلف ص ٩٧، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١١٩.

(١) د/ السنهورى - الوسيط ج ٧ ص ٣٣٤، ج ٨ فقرة ٢٣٥، د/ مختار القاضي - حق المؤلف ص ٩٦، د/ أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون ص ٣٢٦ طبعة ١٩٧٤، د/ عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٣٢٦.

الحالة الثانية: الامتناع الإرادي دون تعسف فى استعمال الحق الأدبي:

وفى هذه الحالة يوجد ظرف خاص بالمؤلف، إلا أنه لا يرقى إلى درجة القوة القاهرة، بأن يكون المؤلف قد بدأ فى المصنف ثم أصيب بمرض يعسر معه إتمامه أو غير ذلك من الظروف التى قد تمنع من إتمام المصنف دون أن تصل إلى درجة القوة القاهرة. وتجعله يعدل عن تسليم مصنفه للناشر المتعاقد معه. ومع أن العدول لم يكن وليد ظرف قهري، إلا أن الفقه يجمع على عدم جواز إجبار المؤلف على التسليم وليس أمام الناشر إلا طلب التعويض العادل لجبر ما قد يصيبه من ضرر^(١).

الحالة الثالثة: الامتناع الإرادي المصحوب بتعسف من قبل المؤلف:

قد يكون المؤلف قد انتهى بالفعل من إتمام مصنفه، ومع ذلك، ودون عذر مقبول امتنع عن التسليم، متخذاً حقه الأدبي فى تقرير النشر ذريعة إلى ذلك^(٢). فهل يجوز فى هذه الحالة، أن نجبره على التنفيذ العيني أم أننا رغم تعسفه لا نملك إلا إلزامه بالتعويض؟

انقسمت كلمة الفقه فى الجواب على هذا التساؤل إلى ثلاثة أقوال:

الأول: ويتزعمه غالبية الفقهاء. حيث يرون إمكان إجبار المؤلف على التنفيذ العيني، متى ثبت أن امتناع المؤلف عن التسليم كان الباعث عليه هو شئ آخر لا يتصل بالحق الأدبي: كأن يرفض التسليم بحجة إدخال بعض التحسينات، فى حين أنه يهدف إلى إبرام عقد مع ناشر آخر بشروط أكثر ميزة له، وبأجر

(١) د/ السنهوري السابق ج ٨ ص ٤١١، د/ عبد السميع أبو الخير - الحق المالي ص ١١٩.

(٢) د/ عبد الرشيد مأمون الحق الأدبي ص ٣٣٧، د/ جمال الدين ذكى - دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ص ٣٦٨ ١٩٦٦، د/ حسن كيرة - أصول القانون فقرة ٢٥٦.

مرتفع. فمثل هذا العقد، يجب أن يبطل بواسطة القضاء؛ لأنه قد أبرم أضراراً بالمتعاقدين الأول الذي يلزم حمايته من تعسف هذا المؤلف^(١).

الثاني: ويرى جانب من الفقه أن من العسير عملاً الأخذ برأى جمهور الفقهاء؛ لأن ذلك يؤدي بنا إلى الحكم على المصنف بأنه قد اكتمل وهذه مسألة لا يبت فيها إلا المؤلف ذاته. وأنه ليس أمامنا من سبيل إلا الحكم عليه بالتعويض^(٢).

وهذا الرأي يفترض التنفيذ العيني قبل إتمام المصنف، في حين أن هذه المسألة ليست محل خلاف في أنه لا يجوز إجبار المؤلف قبل الإتمام على التسليم. وإنما ما نحن بصدد إنه هو تعسف من المؤلف الذي اكتمل مصنفه ورفض تسليمه بدون مبرر بقصد تحقيق مصلحة مادية له. وبالتالي يمكن إجباره متى علمنا اكتمال المصنف.

الثالث: ويذهب هذا الرأي إلى أننا يجب أن نفرق بين فرضين:
الأول: أن يكون المصنف قد اكتمل وسلمت أصوله إلى ناشر آخر، فإن التنفيذ العيني في هذه الحالة ممكن؛ لأن المؤلف قد عبر عن إرادته في تقرير نشر مصنفه وبالتالي فإن التنفيذ العيني لن يكون فيه مساس بحق المؤلف الأدبي.
الثاني: تعاقد المؤلف مع ناشر آخر رغم عدم اكتمال مصنفه أو مع اكتماله دون تسليمه إلى الناشر الآخر. وفي هذه الحالة، لا يجوز جبر المؤلف على

(١) د/مختار القاضي - حق المؤلف ص ١٠٥، د/السنهوري - الوسيط ج ٧ ص ٣٣٧، د/عبد الرشيد مأمون الحق الأدبي ص ٣٣٧، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٢٠، د/محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة ص ٢٠١.
(٢) د/عبد الرشيد مأمون السابق ص ٣٢٥، ٣٢٦، د/حمدي عبد الرحمن - فكرة الحق ص ١٣٤، ١٣٥.

التنفيذ العيني؛ لأنه في حالة عدم اكتمال المصنف فإن التنفيذ العيني فيه مساس بحقه الأدبي.

وفى حالة اكتمال المصنف لا يمكن جبر المؤلف على التسليم؛ لأن المصنف مادام في حوزة المؤلف فإن له أن يدخل عليه ما يراه من تعديلات^(١).

وهذا الرأي الأخير هو الذي نرجحه ونميل إليه؛ لأن فيه توفيق بين الحق المالي و الحق الأدبي وعدم إهدار أحدهما لمصلحة الآخر وفيه تسوية بين المراكز القانونية لطرفي العقد ما أمكن.

هذا هو مجمل القول من الناحية القانونية فما هو موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة.

في الفقه الإسلامي:

إن تعلق الالتزام بالتسليم بالحق في تقرير نشر المصنف أول مرة يفترض عدم وجود المصنف وقت التعاقد. والمصنف غير الموجود وقت التعاقد قد يكون كله في حكم العدم بأن كان لم يؤلف بعد، وقد يكون العدم واردة على بعض أجزاءه كما إذا كان المصنف مكوناً من عدة أجزاء وفرغ المؤلف من بعضها وتم التعاقد على جميع الأجزاء ما ظهر منها وما لم يظهر، وقد يكون المصنف قد تم تأليفه ولكنه كان غير موجود بالنسبة للناشر بأن كان غائباً عن مجلس العقد. وإلزام المؤلف بالتسليم يتوقف على صحة العقد المبرم بينه وبين الناشر إذ تنفيذ الالتزام فرع عن صحة العقد.

ولمعرفة صحة العقد في هذه الصورة الثلاث لابد من بيان أقوال الفقهاء فيها وما نراه راجحاً من هذه الأقوال، ونتكلم عن هذه الصور في ثلاثة فروع.

(١) د/ عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٢١.

الفرع الأول

حكم التعاقد على نشر مصنف لم يؤلف بعد

إن المصنف الذي لم يؤلف بعد هو في حكم العدم، فالأفكار التي لم تظهر إلى الوجود والتي لازالت في مكنون صاحبها لا يحكم بوجودها، إلا بعد ظهورها إلى الوجود في مظهر مادي محسوس.

ولم تتفق كلمة الفقهاء في حكم العقد على المعدم فمنهم من منعه على إطلاقه ومنهم من أجازة في عقود التبرعات دون المعاوضات ومنهم من أجازة بشرط عدم الغرر.

وقبل بيان أقوال العلماء في هذه المسألة وبيان أدلتهم لابد أولاً من تحرير محل النزاع.

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن المعدم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يجوز أن يكون محلاً للتعاقد، لا على وجه المعاوضة، ولا على وجه التبرع^(١).

(١) الكاساني - بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٨، الكمال بن الهمام - شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٨٨، ج٦ ص ٤١٠، البابرتي - العناية ج٥ ص ٤٨٨، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٩، الإمام ابن رشد - بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٤، ابن جزي - القوانين الفقهية ص ٢٢٠، القرافي - الفروق ج٣ ص ٢٧١، المواق - التاج والإكليل ج٦ ص ٣٦، الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج٢ ص ٢٩٣، الشيرازي - المذهب ج١ ص ٢٦٢، البهوتي - كشف القناع ج٣ ص ١٦٢، ابن قدامة - المغني ج٤ ص ٧٨، ابن حزم - المحلى ج٧ ص ٣١١.

وسواء كان المعقود عليه عينا أو منفعة ؛ فلا يجوز التعاقد مع طبيب على علاج مريض قد توفى. واتفقوا على أن محل العقد إذا كان منفعة لا يشترط وجودها عند العقد وإنما يشترط إمكان تحقيقها في المستقبل؛ لأن طبيعة العقد لا تقتضى وجود محله عند التعاقد حيث أن المنفعة توجد شيئا فشيئا ولا توجد دفعة واحدة. كذا لم يشترط أحد من الفقهاء وجود المنفعة لجواز العقد عليها واكتفوا باشتراط وجود العين محل المنفعة واعتبروا وجود العين مظنة وجود المنفعة^(١).

واختلفوا فيما إذا كان العقد واردا على عين مالية هل يشترط أن يكون المحل موجودا في كل العقود، أم في بعضها فقط، أم أن ذلك لا يشترط أصلا؟ وكان خلافهم في الجواب عن هذا التساؤل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو للجمهور من : الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة، والظاهرية^(٢).

(١) الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج٢ ص١٤٤، ابن القيم - إعلام الموقعين عن رب العالمين ج٢ ص٤٤، البابرتي - العناية ج٩ ص٥٩. على حيدر - نزر الحكام شرح مجلة الأحكام ج١ ص٣٩.

(٢) الكمال بن الهمام - فتح القدير ج٥ ص٤٨٨. البابرتي - شرح العناية ج٥ ص٤٨٨، الكاساني - بدائع الصنائع ج٥ ص١٣٨. الشيرازي - المهذب ج١ ص٢٦٢، العز بن عبد السلام - قواعد الإحكام في مصالح الأنام ج٢ ص٢٩٣ قاعدة اختلاف أحكام التصرفات لاختلاف مصالحها، النووي - المجموع ج٩ ص٣١٠، الزركشي - المنتور في القواعد ج٣ ص٤٦. البهوتي - كشف القناع ج٣ ص١٦٢، ابن قدامة - المغنى ج٤ ص٧٨. ابن حزم - المحلى ج٧ ص٣١١.

حيث يرون عدم صحة العقد على المعدوم مطلقاً، لا فرق في ذلك بين عقد معاوضة، أو تبرع . فلا يجوز بيع المعدوم، ولا رهنه ، ولا إجارته ، ولا هبته .

القول الثاني: وهو للمالكية ووجهه عند الحنابلة^(١).

حيث يرون التفريق بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات. ويرون عدم جواز أن يكون المعدوم محلاً لعقود المعاوضات، وجواز ذلك في عقود التبرعات والتوثيقات.

القول الثالث: وهو للإمام ابن تيمية وتلميذه الإمام ابن القيم^(٢) حيث يريان جواز أن يكون المعدوم محلاً للعقود كلها، فهما لم يشترطا في المحل أن يكون موجوداً وإنما الشرط عندهم هو القدرة على التسليم وعدم الغرر.

الأدلة:

استدل الجمهور على عدم جواز التعاقد على المعدوم مطلقاً بالسنة ، والإجماع ، والمعقول.

أولاً: من السنة:

أولاً: بجملة الأحاديث الدالة على النهي عن التعاقد على ما فيه غرر.

(١) سحنون - المدونة ج٤ ص ٣٩٦ . المواق - التاج والإكليل ج٦ ص ٤٤٤ ، الخطاب - منح الجليل شرح مختصر خليل ج٨ ص ١٧٦ ، المرداوي - الأنصاف ج٧ ص ١٣٣ . ابن قدامة - الكافي في فقه ابن حنبل ج٢ ص ٤٨١ طبعة المكتب الإسلامي بيروت (باب ما تجوز الوصية به) .

(٢) ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج٢٠ ص ٥٤٢ ، ابن القيم - أعلام الموقعين ج٢ ص ٧ .

ومن هذه الأحاديث:

(١) ما رواه مسلم، وأصحاب السنن، عن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ "نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر" (١).

ووجه الدلالة في الحديث:

إن ما لم يخلق معدوم والعقد على المعدوم فيه غرر كثير و ما فيه غرر كثير لا يجوز العقد عليه بصريح النهى الوارد في هذا الحديث. ولا شك أن التعاقد على مصنف لم يوجد وقت التعاقد فيه من الغرر مالا يخفى؛ فقد يعدل المؤلف عن التأليف لعدم اقتناعه بأصل الفكرة، وقد يغير الفكرة التي اتفق مع الناشر على التأليف فيها. وقد يستغرق التأليف من الوقت غير المتفق عليه ثم إن قدر الفكرة غير معلوم حالا أو مآلاً لأحد المتعاقدين . فهذه الأحوال وغيرها تؤدي إلى المنازعة التي نهت الشريعة الإسلامية عنها.

(٢) عن ابن عباس ؓ، قال، أن رسول الله ﷺ نهى: "عن أن يباع ثمر حتى يطعم، أو صوف على ظهر، أو لبن في ضرع، أو سمن في لبن" (٢).

(٣) عن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال " لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر" (٣).

(١) مسلم - صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٥٣، أبو داود - سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٤، ابن

حيان - صحيح ابن حبان ج ١١ ص ٣٢٧، النسائي - سنن النسائي ج ٧ ص ٢٦٢،

الترمذي وقال حسن صحيح - سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٢.

(٢) الشوكاني - نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٤٥ طبعة دار الجيل.

(٣) مسلم - صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٧٤، سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٤.

ووجه الدلالة من الحديثين السابقين:

أن جملة هذه البيوع التي صرح الرسول ﷺ بالنهاي عنها فيها من الغرر ما يؤدي إلى النزاع قطعاً: فمنها ما هو مجهول الحال كالصوف على الظهر، واللبن في الضرع، والسمن في اللبن، ومنها ما هو مجهول المآل كالثمر قبل أن يطعم، ومنها ما لا يقدر على تسليمه وقت العقد كالسمك في الماء، والتعاقد على فكرة لم توجد وقت التعاقد مجهول الحال والمآل ولا يقدر على تسليمها وقت التعاقد فاجتمعت فيها العلل الثلاث التي أثر في كل واحدة منها في النهي بمفردها.

ثانياً: أحاديث النهي عن بيع السنين وما ليس عند الإنسان:

وردت جملة أحاديث عن رسول الله ﷺ تدل على النهي عن هذا النوع من البيوع ومنها:

- (١) عن جابر رضي الله عنه قال " أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السنين "(١).
- وفي لفظ عند أبي داود أن رسول الله ﷺ نهى عن المعاومة "(٢).
- (٢) عن حكيم بن حزام: قال قلت يا رسول الله يأتيني رجل فيسألني عن البيع ما ليس عندي فأبيعه منه ثم ابتاعه من السوق فقال: " لا تبع ما ليس عندك "(٣).

(١) الترمذي - سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٤ والمراد بالسنين أن يبيع ثمر النخل لأكثر من سنة في عقد واحد. الشوكاني - نيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٠.

(٢) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٤. ومعنى المعاومة: أن يبيع الشجر أعواماً كثيرة. الشوكاني - نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٠٩.

(٣) رواه الترمذي وقال حديث حسن ج ٤ ص ٣٤٨، وأبو داود - سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٣.

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

أن هذين النوعين من البيوع إنما نهى عنهما لعدم وجود كل منهما وقت التعاقد فهما من قبيل بيع المعلوم، وبيع مجهود ذهني لم يظهر إلى الوجود لا يفترق عن هذين النوعين من البيوع، فيكون منهيًا عنه قياسًا عليهما، فيكون التعاقد على نشر كتاب لم يؤلف بعد منهيًا عنه؛ لتحقيق علة النهي فيه.

ثانيًا: الإجماع:

أما الإجماع فقد نقل كثير من العلماء الإجماع على عدم جواز التعاقد على ما لم يخلق ومنهم ابن المنذر، الشوكاني، ابن رشد، وغيرهم. (١)

ثالثًا: المعقول:

(١) إن التعاقد على ما لم يخلق فيه غرر دون أن تدعوا إليه الحاجة يقول العز بن عبد السلام "الشرع منع من بيع المعلوم وإجارته وهبته لما في ذلك من الغرر وعدم الحاجة". (٢) وكونه لا حاجة له ليس معناه أن التأليف من الممكن الاستغناء عنه وإنما المراد أن التعجيل بالتعاقد على مصنف لا تدعوا إليه الحاجة؛ لأنه من الممكن الإعلان عن الرأي بأي وسيلة من غير تعاقد، فبيان الحكم الشرعي، إذا تعين البيان، لا يحتاج إلى تأليف كتاب والتعاقد على نشره قبل تأليفه وإنما قد يظهر شفاهة في محاضرات، أو خطب، أو إفتاء، أو تقديم النصح، أو غير ذلك.

(١) الإمام النووي شرح صحيح مسلم ج ١٠ ص ١٩٣، الإمام بن رشد بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٦، الإمام الصنعاني سبل السلام ج ٢ ص ٤٦.
(٢) الإمام العز بن عبد السلام قواعد الأحكام ج ٢ ص ٢٩٣.

(٢) إن التعاقد على ما لم يخلق فيه مخاطرة ومقامرة؛ فقد يوجد الشيء، وقد لا يوجد، فيكون من باب المقامرة التي حرمها الشارع الحكيم؛ فقد يعدل المؤلف عن فكرته من أساسها فلا يوجد المصنف، وعند ذلك يندم الناشر وقد يوجد بصورة من الإلتقان غير متوقعة من المؤلف، فيجد المصنف رواجاً؛ فيندم المؤلف على تعاقد مع الناشر بهذه الطريقة^(١).

(٣) إن التعاقد على ما لم يخلق مجهول، وغير مقدور على تسليمه، وغير مملوك للمتعاقدين وقت العقد: أما كونه مجهولاً فواضح؛ إذ الجهالة من صفات المعدوم، وكذلك لا يقدر على تسليم المعدوم للعجز عنه حالاً، وأما كونه غير مملوك للمتعاقدين وقت العقد فإن الأفكار هي من قبيل المباحات التي - قبل حيازتها والسبق إليها - لا تكون مملوكة لأي فرد، وإنما حكم للمؤلف بملكيته والاختصاص بها، فلأنه سبق إليها وحازها. وإلا لم يكن له فيها أي حق. ومعلوم أن الشيء المباح لا يكون مملوكاً لأحد ومما يدل على وجهة النظر هذه: ما رواه أبو داود في سننه عن أسمر بن مضرس رضي الله عنه قال "أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال "من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له"^(٢) والحديث وإن كان وارداً في إحياء الموات إلا أن العبرة هي بعموم لفظه وليست بخصوص سببه. والمؤلف عندما يصيد فكرة ويرتب المعلومات الواردة فيها فإنه بذلك يكون قد سبق إلى مباح^(٣).

(١) الأستاذ الدكتور/ مصباح المتولي حماد - حكم بيع الثمار على رؤوس أشجارها والزرع على أرضها مفردة ص ٦٢ طبعة المكتبة الأزهرية للتراث سنة ١٩٩٩.

(٢) سنن أبي داود ج ٣ ص ٤٥٣.

(٣) الشيخ وهبي غاوجي - حق التأليف ص ١٧٠، مطبوع مع كتاب حق الابتكار للدكتور/ فتحي الدريني.

دليل القول الثاني :

استدل المالكية على عدم جواز كون المعدوم محلاً في عقود المعاوضات بما استدل به الجمهور، وعلى جواز كونه محلاً لعقود التبرعات^(١) بأن العلة من النهي عن بيع المعدوم هو وجود الغرر المفضي إلى المنازعة، وهذه العقود لا منازعة فيها؛ لأنها قائمة على الإحسان، والله تعالى يقول ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(٢).

دليل القول الثالث :

استدل صاحب هذا القول بأنه ليس في كتاب الله، ولا سنة رسول الله، ولا في كلام أحد الصحابة: أنه لا يجوز العقد على المعدوم، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام. وإنما في السنة نهى عن بيع بعض الأشياء المعدومة كما فيها نهى عن بيع الأشياء الموجودة فليس الوجود أو عدم علة في المنع وإنما العلة هي الغرر وعدم القدرة على التسليم فإذا توافرت هذه العلة وجد المنع وإذا لم تتوافر فلا وجه للقول به^(٣).

وأرى أن الخلاف بين الجمهور وابن تيمية خلاف لفظي فإن ما يقدر على تسليمه وما انتفى الغرر فيه جاز التعاقد عليه عند الجميع، ثم إن القدرة على التسليم من خصائص الموجود لا المعدوم؛ فالمعدوم لا يقدر على تسليمه ولم يقل أحد بغير ذلك، غير أن الجمهور يسمونه بيع المعدوم، وابن تيمية يسميه بيع الغرر، وهذا اختلاف في الاصطلاح ولا مشاحة فيه.

(١) سحنون - المنونة جـ؛ ص ٤٠١، ٤٠٠، المواق - التاج والإكليل جـ ٦ ص ٤٤٤، محمد عlish منح الجليل جـ ٨ ص ١٧٧.

(٢) آية ٩١ سورة التوبة.

(٣) الفتاوى الكبرى جـ ٢٠ ص ٥٤٢، أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٧.

أما تفرقة القول الثاني فهي تفرقة لا تقوم على أساس صحيح من الكتاب، أو السنة، أو القياس؛ فلم يثبت عن رسول الله ﷺ أنه أجاز هبة المعدوم ولا الوصية به فلا حاجة إلى جوازه، ثم إنه لا يخلو من الغرر، والغرر منهي عنه. يقول الإمام العز بن عبد السلام "الشرع على منع بيع المعدوم، وهبته، وإجارتته: لما فيه من الغرر، وعدم الحاجة"^(١).

وبناء على ما تقدم فإن التعاقد على نشر مصنف أم يؤلف بعد، من قبيل المعدوم الذي لا يجوز أن يكون محلاً للعقد شرعاً فهو لا يخلو من الغرر والجهالة على ما بيننا. وبالتالي لا يتصور في هذه الصورة الامتناع عن التسليم لاستعمال الحق الأدبي لأن العقد باطل من أساسه.

(١) الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأناس ج ٢ ص ١٤٤.

الفرع الثاني

التعاقد بشأن مصنف تتابع أجزائه

والحال في هذا الفرض مختلف عما قبله؛ إذ المصنف في الحالة الأولى لا وجود، له أما في هذه الحالة فإن المصنف يتكون من أجزاء هذه الأجزاء تظهر بصورة متلاحقة، وتجمعها فكرة واحدة فهنا يجوز العقد على جميع الأجزاء ما ظهر منها وما لم يظهر بعده فيكون العقد على المعدوم تبعاً للموجود.

ولقد عبر الفقهاء عن هذه المسألة بقولهم "بيع ما يثمر بطونا" أو "بيع ما تتلاحق أفراده ولا تتميز". ولقد جوز هذا النوع من البيوع جمع كبير من العلماء منهم: المالكية، ومتأخرو الحنفية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة^(١) وفقهاء المدينة، واختار هذا الرأي الإمام ابن تيمية وانتصر له تلميذه ابن القيم. حتى قال ابن القيم في حكم هذا النوع من البيوع (لم يأت بالمنع منه، دليل من

(١) وهناك رأى آخر يقول بعدم جواز هذا النوع من البيوع وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية واستدلوا لعدم الجواز بما يلي:

١- إن هذا النوع من البيوع فيه غرر لأنه يتردد بين الوجود والعدم و القلة والكثرة وبين الرداءة و الجودة.

٢- قياساً على بيع المعدوم مفرداً فإن كلا البيعين يبيع شيئاً لم يخلق فيأخذ حكمه. ينظر في تفصيل ذلك الأستاذ الدكتور/ مصباح المتولي حماد حكم بيع الثمار ص ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، الكاساني - البدائع ج ٥ ص ١٣٩، شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩١، ٤٩٢، الدسوقي ج ٣ ص ١٧٧، ١٧٨ الخرشى ج ٥ ص ١٨٥، ابن رشد - بداية المجتهد ج ٣ ص ٢٣٨، القرافي الفروق الفرق ١٩٣ ج ٣ ص ٢٧٣، ابن القيم زاد المعاد ج ٥ ص ٥٢٧، وأعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٠، ٣١.

كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، ولا أثر، ولا قياس صحيح) ولقد استدل هؤلاء العلماء على ما ذهبوا إليه بالقياس والاستحسان والمعقول:

أولاً : القياس :

ويأتي هذا القياس من وجوه ثلاثة :

الأول: قياساً على منافع الإجارة بجامع أن المنافع مما يتلاحق أفرادها ولم توجد جميعها وقت التعاقد والتعاقد على منافع الإجارة أمر لم ينافر من أحد.

الثاني: قياساً على صحة بيع ما لم يبدو صلاحه من الثمر تبعاً لما بدا جملة واحدة، وفي عقد واحد، وهو قول المالكية، وفقهاء المدينة، وأحد القولين عن الإمام أحمد وهو اختيار ابن تيمية.

الثالث: قياساً على الزيارة المتصلة التي لا تتميز كالطول والكبر فما يحدث منها في المبيع يدخل في العقد عليها^(١).

ثانياً: الاستحسان:

وقد استدل به متأخروا الحنفية حيث قالوا إن الناس أصبحت لهم عادة في هذا النوع من البيوع كما هو الحال في بيع ثمار الكروم وبيع الورد ولاشك أن في نزع الناس عن عاداتهم حرج شديد^(٢).

(١) ابن القيم المرجعان السابقان، بن حجر العسقلاني - فتح الباري ج ٤ ص ٤٧٢، الباجي المنقلى ج ٤ ص ٢٢، ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٢٣٨، الكاساني بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٩، ابن قدامة - المغني ج ٤ ص ٢٢٤، الماوردي الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٣٥.

(٢) الكمال بن اليمام - فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٠، الكاساني - بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٩، الزيلعي - تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢.

وختلاصة القول :

إن التعاقد على مؤلف وجد جزء منه ولم يوجد الباقي وكانت تجمع كل الأجزاء الموجودة والمعدومة فكرة واحدة جائز شرعا لما بينا من أدلة. وهذا النوع من التعاقد قد جرى فعلا التعاقد عليه في بلادنا فوجدنا في الآونة الأخيرة أعداد متعاقبة منه التفسير أو السيرة أو الحديث ويقوم بالتعليق عليها نخبة من كبار العلماء المشهود لهم بالفضل ويبعد أن يكون تعاقدهم مع دار النشر هو وفق كل جزء و إلا كان في ذلك حرج شديد.

وحيث قلنا بجواز التعاقد في هذه الصورة فإننا لا يجوز لنا جبر المؤلف على التسليم في الموعد المحدد لما في ذلك مساس بحقه الأدبي والحكر على عقله ولا نملك إلا الحكم عليه بالتعويض ما لم يظهر منه تعسف في عدم التسليم كما لو أتم الجزء الباقي فعلا ورفض تسليمه إلى الناشر بقصد الإضرار به عند ذلك من الممكن أن نجبره قضاء على التسليم لما يؤدي إليه عدم التسليم من ضرر بالناشر.

الفرع الثالث

التعاقد على العين الغائبة

يقصد بالعين الغائبة: العين التي لم تجر رؤيتها ساعة العقد بشأنها: إما لعدم وجودها في مجلس العقد، وإما لعدم رؤيتها رغم وجودها؛ لحجبها عن نظر المتعاقد.

أقوال العلماء في التعاقد على العين الغائبة:

اتفق الفقهاء على أن التعاقد على العين الغائبة يجوز بلفظ السلم؛ إذ السلم لا يشترط فيه وجود المسلم فيه بل الشرط عدم وجوده.

واختلفوا في وجوب رؤية المعقود عليه في الإجارة والبيع على قولين:

القول الأول :

وهو لجمهور الفقهاء حيث يرون عدم لزوم رؤية المبيع وأن الوصف يجزئ عن الرؤية في صحة التعاقد وهذا هو مذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، ومقابل الأصح عند الشافعية، والظاهرية، وطاوس^(١).

(١) الإمام السرخسي - المبسوط ج ١٣ ص ٦٨، البابرتي - العناية شرح الهداية ج ٦ ص ٣٣٩، الجصاص - أحكام القرآن ج ١ ص ٦٤١، الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٣ ص ٢٥٠، الكاساني - البدائع ج ٥ ص ١٦٣ ط دار الكتاب العربي، الإمام سحنون - المدونة ج ٣ ص ٢٦٠، الباجي - المنتقى شرح الموطأ ج ٤ ص ٢٨٧، القرافي - الفروق ج ٣ ص ٢٤٦، الموافق - التاج والإكليل ج ٦ ص ٩٣، الإمام الشافعي - الأم ج ٣ ص ٣٨، النووي - المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٣٦٥، العراقي - طرح التثريب ج ٦ ص ١٠٢ طبعة دار إحياء الكتب العلمية، == ابن حزم - المحلى ج ٧ ص ٢١٥ غير أن الإمام ابن حزم بعد أن وافق الجمهور في جواز بيع العين الغائبة خالفهم في ثبوت خيار الرؤية فقال بعدم ثبوته حتى لو وجد المبيع على غير ما وصفه له البائع (المحلى ج ٧ ص ٢١٦).

القول الثاني:

وهو للشافعية، في الأصح عندهم حيث يرون لزوم رؤية المبيع للقول بجواز بيعه فبيع العين الغائبة لا يجوز عندهم^(١) وكل من الفريقين استدل بأدلة تؤيد ما ذهب إليه وبيانها كالتالي:

أولاً: أدلة جمهور العلماء:

استدل جمهور العلماء لصحة التعاقد على العين الغائبة بأدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول:

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٢).

ووجه الدلالة من الآية الكريمة:

أن العموم في الآية يشمل كل أنواع البيوع وبيع العين الغائبة نوع من هذه البيوع ولا يستثنى من هذه البيوع إلا ما ورد النص باستثناءه ولم يرد في الكتاب أو السنة ما يحرم بيع العين الغائبة فيبقى على حله، استصحاباً للأصل^(٣).

(١) الشافعي - الأم ج ٣ ص ٣٨، الشيرازي - المهذب ج ٩ ص ٣٤٩ مع المجموع للنووي نفس الصفحة، الأنصاري - أسنى المطالب ج ٢ ص ١٢، ١٤، قليوبي وعميره - ج ٢ ص ١٠٥، الرملي - نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٠٥.

(٢) آية ٢٧٥ سورة البقرة.

(٣) الجصاص - أحكام القرآن ج ١ ص ٦٤١، النووي - المجموع ج ٩ ص ٣٦٥، ابن حزم - المحلى ج ٧ ص ٢٢٠.

ثانيًا: من السنة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (قال رسول الله ﷺ من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه) ^(١).

ووجه الدلالة من الحديث الشريف :

أولاً: أن الحديث فيه دلالة على صحة بيع العين الغائبة؛ لأنه لو كان غير جائز لما أمضاه رسول الله ﷺ ولكنه أمضاه فدل ذلك على الجواز.

ثانيًا: أنه يثبت خيار الرؤية للمشتري.

مناقشة هذا الدليل :

هذا الحديث لا يصح عن رسول الله ﷺ ففيه عمر بن إبراهيم الكردي وهو مشهور بالوضع وعمر بن إبراهيم تفرد برواية هذا الحديث عن أبي هريرة فلا يجوز الاحتجاج به؛ ولقد روي الحديث برواية أخرى عن أبي هريرة بن أبي مريم عن مكحول عن النبي ﷺ وهي رواية مرسلة والاحتجاج بالمرسل ليس محل اتفاق.

(١) رواه الدارقطني والبيهقي مسندًا عن أبي هريرة وروي مرسلًا عن مكحول. والحديث أجمع الحفاظ على ضعفه ينظر في ذلك ابن حجر العسقلاني - تلخيص الجبير ج ٣ ص ٨، الزيلعي - نصب الراية ج ٩ ص ٩، ابن الجوزي - التحقيق في أحاديث الخلاف ج ٢ ص ١٦٦.

ثم إن أبا بكر بن أبي مريم هذا، ضعيف، ضعفه أحمد، ويحيى بن معين، وأبو حاتم، وأبو زرعة.

ولقد نقل النووي اتفاق الحفاظ على ضعف هذا الحديث فلا يجوز الاحتجاج به^(١).

ثالثاً: الأثر:

ما روي أن طلحة بن عبيد الله قد اشترى من عثمان بن عفان مالا (وكان المال بالكوفة لم يره عثمان حين ملكه) فقيل لعثمان إنك قد غبنت، فقال لي الخيار، لأنني بعت ما لم أره، وقال طلحة بل لي الخيار؛ لأنني اشتريت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم، فحكم بالخيار لطلحة وأنه لا خيار لعثمان^(٢).

ووجه الدلالة:

أن الصحابة وقع منهم مثل هذا النوع من البيوع ولا يمكن أن يكونوا علموا بأنه نهى عنه ثم يتبايعون به وقد شهد لهم رسول الله ﷺ بالخيرية حيث قال (خير أمتي قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم)^(٣).
فوقوه منهم دليل على جوازه شرعاً.

(١) ابن حجر - تلخيص الحبير ج ٣ ص ٨، الزيلعي - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ج ٤ ص ٩، ابن جوزي - التحقيق في أحاديث الخلاف ج ٢ ص ١٦٦ طبعة دار الكتب العلمية.
(٢) ابن حزم - المحلى بالآثار ج ٧ ص ٢١٦، الكاساني - البدائع ج ٥ ص ٢٩٢، ابن قدامة - المغني ج ٤ ص ١٥.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ج ٣ ص ١٣٣٥ وروي بلفظ (خيركم قرني) صحيح مسلم ج ٢ ص ٩٣٨.

رابعًا: ومن المعقول:

واستدل الجمهور من المعقول بقياس بيع العين الغائبة على النكاح حيث لا يشترط رؤية الزوجين إجماعاً^(١).

أدلة المانعين:

واستدل المانعون على عدم جواز بيع العين الغائبة بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم "عن بيع الحصة وعن بيع الغرر"^(٢).

ووجه الدلالة من الحديث:

أن بيع العين لا يخلو من الغرر، لأن عدم الرؤية يؤدي إلى الجهل بالذات، والجهل بذات المبيع يمنع من صحة العقد لما يؤدي إليه من المنازعة. فيكون بيع ما لم يُر منهياً عنه^(٣).

(١) الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٣ ص ٢٥٠.

(٢) رواه مسلم - صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٥٣.

(٣) ذكر هذا الاستدلال الإمام الكاساني - بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٣ ط دار الكتاب العربي بيروت، ابن نجيم - البحر الرائق ج ٨ ص ٤٢ ط دار المعرفة، النووي - المجموع ط ٩ ص ٣٦٥، القرافي - الفروق ج ٣ ص ٢٤٩.

ويرد هذا الاستدلال :

بأن الجهالة إنما تمنع من الجواز إذا كانت تفضي إلى المنازعة؛ لذا فإن المعدوم لا يجوز بيعه، أما الجهالة في العين الغائبة المباعة على الصفة فلا جهالة فيها، أو فيها جهالة يسيرة تغتفر؛ إذ الوصف يقوم مقام المشاهدة. والذي نرجحه هو رأي جمهور الفقهاء لسلامة دليله من الكتاب من المعارض، ولما فيه من التوسعة على الناس وخاصة في مثل هذه الأيام حيث أن الكثير من العقود تعقد على طريق الإنترنت أو وسائل الاتصال الحديثة فلم يصح مجلس العقد كما كان معهودًا قبل ذلك بل قد يكون الموجب في دولة والقابل في دولة أخرى ويتم التعاقد بناء على الوصف التفصيلي الصادر من الموجب للقابل. وفي الأخذ بالرأي المقابل حرج لا يخفى.

وبناء على ما تقدم:

فإنه يجوز التعاقد على نشر المصنف غير موجود وقت العقد اعتمادًا على وصف المؤلف وصفًا تفصيليًا لنوعية العلم الذي ألف فيه وعدد أوراقه وغير ذلك. وهذا يختلف عن التعاقد على نشر مصنف لم يؤلف بعد المصنف الذي لم يؤلف في حكم العدم والتعاقد على المعدوم لا يجوز.

المطلب الثاني

الامتناع عن التسليم بسبب قوة القاهرة

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

في الفقه الإسلامي :

إذا امتنع المؤلف عن تسليم المصنف بسبب حدوث قوة القاهرة، حالت دون تسليمه المصنف في الوقت المتفق عليه في العقد - كما لو نشب حريق في بيت المؤلف أدى إلى تلف المصنف، أو فقد المصنف في حادث تعرض له المؤلف - والحال أنه لا توجد صورة من المصنف يمكن أن تسلم إلى الناشر، فإن المؤلف في هذه الحالة، يتحلل من التزامه بالتسليم، ويفسخ العقد ولا يلزم بالتعويض. وهذا ما قرره الفقهاء في العقود التي يحتاج تنفيذها إلى مدة معينة من الزمن كالإجارة والشركة والمزارعة. وينطبق هذا الحكم على عقد النشر فمتى تعذر تنفيذ الالتزام في عقد النشر، وترتب على ذلك فسخ العقد فإن المتعاقدين يترادان فيما تم تنفيذه، فإذا كان المؤلف قد أخذ أجرًا من الناشر وجب عليه رده قياساً على المؤجر الذي يأخذ الأجر مقدماً قبل تسليم العين، ثم تهلك هذه العين بقوة القاهرة فإن الإجارة تنفسخ ويجب عليه أن يرد ما أخذ من المستأجر^(١).

(١) ينظر في ذلك: الإمام سحنون - المدونة ج ٣ ص ٤٥٩، الباجي - المنتقى ج ٥ ص ١١٤، الرصاع - شرح حدود ابن عرفة ص ٤٠٠ طبعة المكتبة العلمية ببيروت، الإمام السرخسي - المبسوط ج ١٥ ص ١٣٦، الكاساني، البدائع ج ٤ ص ١٧٨، الزيلعي - تبين الحقائق ج ٥ ص ١١٤، البابرتي - العناية ج ٥ ص ١٤٥، الكرايبيسي - الفروق ج ٢ ص ٣٠٠ =

وفى القانون:

إذا حالت قوة القاهرة بين المؤلف وبين تسليمه للمصنف فى الموعد المحدد فإنه لا خلاف كذلك بين الفقهاء على أن المؤلف يتحلل من التزامه مطلقا و يقع عبء إثبات هذه القوة القاهرة على المؤلف وهذا ما تقضى به القواعد العامة^(١). وعلى ذلك فلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون المدنى فى أن المؤلف يتحلل من التزامه فى حالة القوة القاهرة وأنه لا يلتزم بتعويض الناشر بشيء.

=الإمام الشافعي - الأم ج ٤ ص ٢، حاشية قليوبي وعميرة ج ٣ ص ٨١، الخطيب الشربيني - مغني المحتاج ج ٣ ص ٨١، المرداوي - الإنصاف ج ٦ ص ٦١ - البهوتي منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٦٥.

(١) د/ السنهوري ج ٧ ص ٣٣٤ ج ٨ ص ٤١٠، د/ مختار القاضي - حق المؤلف ص ٩٦، د/ أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون ص ٣٢٦، د/ عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٣٢٦، د/ عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١١٩.

المطلب الثالث

الامتناع عن التسليم لحين استيفاء الأجر

في الفقه الإسلامي:

الأصل أن العقود المنجزة تترتب آثارها في الحال فور التعاقد أما العقود المضافة إلى أجل معين فإن آثارها في تتأخر حتى مجيء الأجل المضاف إليه العقد^(١).

وبناءً على هذا:

فإن عقد النشر متى كان منجزاً فإن آثاره تترتب فور التعاقد . وعلى ذلك فإن المؤلف يلزم بالتسليم فور العقد دون تراخي . ولكن قد يحدث أن يتخوف بعض المؤلفين من تلاعب الناشرين بحقوقهم المالية فيمتنعون عن تسليم النصنف إليهم حتى يستوفوا منهم حقوقهم أولاً . فهل يجوز للمؤلف أن يفعل ذلك؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نوضح أن العلماء اختلفوا في جواز حبس العين المؤجرة لحين استيفاء الأجر من المستأجر وخلافهم في هذه المسألة مترتب على اختلافهم في الوقت الذي يجب فيه دفع الأجر؛ لأنه لا يسوع للمؤجر أن يحبس العين المؤجرة إلا إذا كان الأجر واجباً في ذمة المستأجر . وتفصيل القول في هذه المسألة على النحو التالي:

(١) ابن قيم الجوزية - أعلام الموقعين عن رب العالمين ج ٢ ص ١٠ ، العاصلي - الروضة البهية ج ٣ ص ٥٢١ وما بعدها ، د/محمد مصطفى شلبي - المنخل ونظرية العقد ص ٧٩٠ ، د/أنور دبور - عقد الإيجار ص ٣٠٩ الموسوعة الكويتية ج ٦ ص ١١٢ .

وقت دفع الأجر في عقد النشر:

الأصل أن يتفق الطرفان على الوقت الذي يدفع فيه الأجر. فقد يتفقان على وجوب تعجيل الأجر أو على وجوب تأجيله. أو يتفقان على أن يكون الأجر مياومة أو مشاهرة أو معاومة فإذا وجد هذا الاتفاق وجب العمل به، أما إذا كان عقد النشر خالياً من بيان الوقت الذي يتم فيه دفع الأجر، فإن العادة هي التي يجب تحكيمها^(١). ولم يختلف العلماء في هذه المسألة إلا ما يذكر عن الإمام ابن حزم رحمته حيث يرى أنه لا يجوز لأحد الطرفين في عقد الاستغلال أن يشترط تعجيل الأجر أو تأجيله. وحجته في هذا أنه شرط لم يرد في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ عملاً بالأصل الذي بنى عليه مذهبه وهو الأخذ بظاهر النص ويقدمه على ما سواه^(٢).

فإذا لم تكن هناك عادة منضبطة تبين وقت دفع العوض، ولم يكن هناك اتفاق على طريقة الدفع ولا زمنه فإن العلماء اختلفوا في الوقت الذي يجب فيه دفع العوض هل بمجرد العقد أو بمضي المدة التي يتمكن فيها الطرف الآخر من الاستيفاء على قولين:

-
- (١) الإمام سحنون - المدونة ج ٣ ص ٥٢٥، الرضاع - شرح حدود ابن عرفة ص ٣٩٦، الخرشي ج ٧ ص ٤٥، النفراوي - الفواكه الدواني ج ٢ ص ١١٩، السرخسي - المبسوط ج ١٥ ص ١١٢، الكاساني - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٠١، الزيلعي - تبیین الحقائق ج ٥ ص ١٠٧، ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٢٥٧، البهوتي - كشف القناع ج ٤ ص ٤١، الشافعي - الأم ج ٤ ص ٢٠، الزركشي - المنثور ج ٢ ص ٣٧٣.
- (٢) ابن حزم - المحلى ج ٧ ص ٤ مسألة رقم (١٢٩٠).

القول الأول:

وهو للمالكية والحنفية حيث يرون أن الأجرة لا تجب نفس العقد وإنما بمضي المدة التي يتمكن فيها الطرف الآخر من استيفاء المنفعة أو باستيفائها بالفعل على قول الإمام أبي حنيفة^(١).

ولقد استدل هذا الرأي لما ذهب إليه بالكتاب والسنة والمعقول.

أولاً: من الكتاب:

فيقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجِبَ دَفْعَ الأجر بعد الفراغ من الرضاعة فدل ذلك على أن الأجر لا يبدأ وقت وجوبه إلا بعد الفراغ من العمل. ولو كان الأجر يملك بالعقد لأوجب الله تعالى دفع الأجر عند إرادة الإرضاع لا عند الفراغ منه^(٢).

ويناقش هذا الاستدلال بأمرين:

الأول: أن الله تعالى بين وقت الوجوب لا بدايته، والكل متفق على أن العوض يستقر وجوبه بعد الفراغ من العمل، فالآية ليست محل النزاع، بدليل قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ والمهر يكون قبل الاستمتاع مع أن التعبير جاء بلفظ الاستقبال^(٣).

(١) الكمال بن الهمام - شرح فتح القدير ج ٩ ص ٦٦، البابرتي - العناية ج ٩ ص ٦٦، الزيلعي - نصب الراية ج ٥ ص ٢٧٨ وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٠٧، الرضاع - شرح حدود بن عرفة ص ٣٩٦، الباجي - المنتقى ج ٥ ص ١١٥ (غير أن المالكية يجوبون تعجيل الأجر المعين لكن وجوبه ليس بنفس العقد وإنما لعله أخرى وهي كونه بيع معين يتأخر قبضه (بلغة السالك ج ٤ ص ٢٢، والرددير - الشرح الصغير ج ٤ ص ٢٢).

(٢) ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٢٥٦، ابن المرتضى - البحر الزخار ج ٥ ص ٥٦.

(٣) البهوتي - شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٧٣، ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٢٥٦.

الثاني: أن هذه الآية واردة في إجارة الأعمال، فلا تعمم في جميع أنواع الإجازات، ومنها إجارة المنافع التي منه عقد النشر^(١).

ثانيًا: من السنة:

الأول: قوله ﷺ "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"^(٢).

الثاني: قوله ﷺ "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة (... ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يعطه أجره)"^(٣).

ووجه الدلالة من الحديثين الشريفين:

أن فيهما دلالة على أن وقت الوجوب لا يكون إلا بعد الفراغ من العمل، وليس بمجرد العقد ويدل على هذا أن العرق دائمًا يكون بعد الفراغ، فأمر ﷺ بتعجيل الأجر له فور انتهائه من عمله. كذا في الحديث الثاني فإن الاستيفاء لا يكون إلا بعد الفراغ من العمل^(٤).

(١) ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٢٥٦.

(٢) قال المصباح (في سنده عبد الرحمن بن زيد وهو مختلف فيه، وعلى هذا يصل إلى الحسن، وأصله في صحيح البخاري وغيره ج ٣ ص ٧٥، والحديث رواه البيهقي في سننه ج ٦ ص ١٢١، ١٢٠، وزاد في رواية "وأعلمه أجره" ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٨١٧، وذكره البغوي في المصابيح في قسم الحسان) تلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني ج ٣ ص ٥٩ ط المدينة المنورة.

(٣) الحديث رواه البخاري في صحيحه ج ٢ ص ٧٧٦.

(٤) الكاساني - بدائع الصنائع ج ٤ ص ١٧٤، يوسف بن موسى الحنفي - مختصر المختصر ج ١ ص ٣٦٦ ط مكتبة المتنبى.

ويناقش هذا الاستدلال بأمرين^(١):

الأول: أنه في الحديثين مجرد حث على عدم التأخير في دفع الأجر وليس فيهما بياناً لوقت الوجوب.

الثاني: أنهما واردان في إجارة الأعمال، فلا يعلمان في غيرها.

ثالثاً: من المعقول:

أما دليلهم من المعقول فقد استدلوا: بأن عقود المعاوضات لا يثبت الملك في البذل إلا إذا ثبت في المبدل منه، وهذا لا يجوز في العقد على المنافع فإن المنفعة منعدمة حال العقد فكيف يثبت الملك في مقابلها بمجرد العقد، فلو ملكها لملكها من غير بدل^(٢).

ويناقش بأن عقد الإجارة يحكم فيها بوجود المنفعة ساعة العقد حكماً حتى يصح العقد على المعدم. وإنما قلنا بوجود المنفعة وبثبوت الملك فيها تصحيحاً لعقد حكم الشارع بصحته^(٣).

الرأي الثاني:

وهو للحنابلة والشافعية^(٤) وهم يرون أن الأجر يبدأ وقت تملكه في عقود الاستغلال بمجرد العقد وحجتهم في هذا: أنه عقد معاوضة وعقد المعاوضة

(١) ابن قدامة - المغني ج٥ ص ٢٥٧.

(٢) الزيلعي - نصب الرأية ج٥ ص ٢٧٨ وتبيين الحقائق ج٥ ص ١٠٧، الكاساني - بدائع

الصنائع ج٤ ص ٢٠٤، والعبادي - الجوهرة النيرة ج١ ص ٢٦٦.

(٣) ابن قدامة - المغني ج٥ ص ٥٧.

(٤) الإمام الشافعي - الأم ج٤ ص ٢٠، الزركشي - المنثور ج١ ص ٢٥٠، السيوطي - الأشباه

والنظائر ص ٣٢٠، ابن مفلح - الفروع ج٤ ص ٤٢٥ ط عالم الكتب، ابن قدامة - المغني ج٥

ص ٢٥٦، الموسوعة الكويتية ج١٤ ص ٢١ مادة "تمليك".

المطلقة عن الشرط يثبت الملك في العوضين بمجرد العقد. وإنما قلنا بوجوبه بمجرد العقد وإن كانت المنفعة غير موجودة حقيقة إلا أننا حكمنا بوجودها ضمناً، وهذا من مقتضى تصحيح العقد الذي أباحه الشارع^(١). وعلى هذا فإن الناشر يجب عليه أن يبدأ في دفع المقابل المالي بمجرد العقد إن لم يكن هناك شرط إعادة.

وهذا ما نرجحه إذ أن في التراخي عن وقت العقد من الممكن أن يوجد النزاع بين الطرفين في بداية الدفع الأمر الذي لا نجده إذا أوجبنا الدفع من ساعة العقد ولقد اعتاد الناشرون بيان الوقت الذي يتم فيه دفع الأجر حيث ينصون عليه صراحة في صلب العقد فيجعلونه دفعة واحدة أو على دفعات. أما استقرار الملك في الأجر (بمعنى أنه يثبت حقاً كاملاً للمؤلف يقاضي به الناشر عن اللزوم) بما يلي:

أولاً: اشتراط التعجيل أو جريان العادة به.

ثانياً: استيفاء المنفعة (المتعاقدة عليها).

ثالثاً: مضي مدة العقد المحددة^(٢).

فإذا شرط المؤلف على الناشر أن يتم الدفع من تاريخ العقد أصبح الأجر ملكاً للمؤلف ساعته ويصبح ديناً في ذمة الناشر يقاضي به عند اللزوم وإذا قام

(١) ابن قدامة - المغني ج٥ ص ٢٥٧.

(٢) الباجي - المنتقى ج٥ ص ١١٢، المواق - التاج والإكليل ج٧ ص ٥٣٣، السيوطي - الأشباه ص ١٠١، الأنصاري - أسنى المطالب ج٢ ص ٤٣٢، ابن نجيم الرائق ج٨ ص ٥، البغدادي - مجمع الضمانات ص ٢١، الفتاوى الهندية ج٤ ص ٣٤٠، المرادي - الإنصاف ج٦ ص ٨٢، البهوتي - منتهى الإرادات ج٢ ص ٢٧٤.

الناشر بالطبع والنشر (ولم يكن هناك شرط للتعجيل أو التأجيل ولم تكن هناك عادة معينة) فإنه يجب عليه الدفع ويصبح كذلك ديناً في ذمته للمؤلف وكذلك إذا انتهت مدة العقد استوفى المنفعة أو لا فإنه يجب عليه الدفع في هذه الحالات الثلاثة باتفاق.

أما القانون:

فإن القوانين المختلفة التي تيسر لي الاطلاع عليها لم أجد فيها نصاً "خاصاً" بين وقت دفع هذا المقابل المالي. لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة التي توضح لنا الوقت الذي يجب أن يفي فيه المدين بالتزامه وفي هذا الصدد تقرر القواعد العامة أن الالتزام يجب الوفاء به فور ترتبه نهائياً في ذمة المدين. ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك^(١).

وفي هذا تنص المادة ٣٤٦ مدني على أنه "يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً" في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ومع ذلك يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول، أو ينفذ فيه التزامه إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

(١) د/السنهوري - الوسيط جـ ٧ فقرة ١١٢، د/البذراوي - النظرية العامة للالتزامات (الأحكام) ص ٣١٧، ٣٢٢، د/أنوار سلطان - النظرية العامة للالتزامات ص ٣١٧، د/محمد علي عمران - الوسيط في آثار الالتزام ص ٢٣٦، ٢٣٧.

وعلى هذا فإن وقت بداية وجوب الوفاء بالمقابل المالي يكون بمجرد العقد ما لم يتفق على غير ذلك. ولقد جرت العادة بين الناشرين والمؤلفين على بيان هذا الوقت منعاً للنزاع^(١).

وبناءً على ما سبق:

فإن حبس المصنف لحين استيفاء الأجر المتفق عليه في الفقه الإسلامي على ما رجحنا من أقوال العلماء وهو جائز اتفاقاً في القانون المدني.

(١) الأستاذ/لطفى خاطر - الموسوعة الشاملة في قوانين حماية حق المؤلف ص ٥٧؛ حيث أورد صيغاً لعقود النشر أورد فيها الكيفية التي يتم بها دفع المقابل - ينظر صيغة رقم "٤" ورقم "٥".

المبحث الثالث

توابع الالتزام بالتسليم

الالتزام بتصحيح تجارب الطباعة

في الفقه الإسلامي:

إن المؤلف ملزم بكل ما يتطلبه تمكين الناشر من الانتفاع بالعين. ولاشك أن ترك المصنف دون تصويب للأخطاء التي تقع عادة في مرحلة الطباعة يؤثر على حجم مبيعاته وبالتالي يؤدي إلى الإضرار بالناشر وإلى عدم تمكنه من الانتفاع بالمصنف على الوجه الأكمل، ولقد اتفق الفقهاء^(١) على أن المؤجر يجب عليه أن يسلم العين في حالة يصلح معها الانتفاع بها، والانتفاع بالمصنف لن يتم إلا بإصلاح تجارب الطباعة فهذا من تمام التسليم وتوابعه، والتساؤل الذي يطرح نفسه الآن هو، هل هذا الالتزام ينتهي بمجرد إتمام التصحيح أم أن المؤلف ملزم بإصلاح كل عيب يظهر في المصنف حتى بعد تمام التسليم؟ والجواب على هذا التساؤل يتخرج على مسألة اختلف فيها الفقهاء

(١) السرخسي - المبسوط جـ ١٥ ص ١٥٧، الكاساني - بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٢٠٤، المواق - التاج والإكلیل جـ ٧ ص ٥٥٢، الدسوقي - حاشية الدسوقي جـ ٣ ص ٥٠، الأنصاري - أسنى المطالب جـ ٢ ص ١٦٥، ابن قدامة - المغني جـ ٥ ص ٢٦٥، ابن مفلح - الفروع جـ ٢ ص ٢٤٩، المحقق الحلبي - شرائع الإسلام جـ ٢ ص ١٤٩.

وهي مدى إلزام المؤجر بإصلاح العين المؤجرة. فقد اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) وبعض الحنابلة^(٤). حيث يذهب هؤلاء على عدم التزام المؤجر بإصلاح عيوب العين المؤجرة وأن المستأجر ليس له إلا طلب فسخ العقد لعدم تمكنه من الانتفاع إن شاء. ودليلهم على هذا: أن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه وأن المؤجر لا يضمن العيب الذى يظهر فى العين المؤجرة بعد العقد^(٥). وبناء على هذا القول فإن المؤلف لا يسأل عن إصلاح الأخطاء التى تظهر فى المصنف بعد تصحيح تجارب الطباعة، إلا أن الأخذ بهذا رأى فيه إضرار بالناشر، بل وبالمؤلف نفسه.

ووجه ضرره بالناشر أن عدم إصلاح الأخطاء يؤثر على مكانة المصنف من الناحية المادية؛ إذ سيقفل الإقبال عليه مما يؤدى إلى إحداث خسارة مالية بالناشر.

(١) الكاساني بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٠٨ الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٥٥، الإمام ابن نجيم - البحر الرائق ج ٨ ص ١١.

(٢) الإمام سحنون المدونة ج ٣ ص ٥٢٦، ابن المواق - التاج والإكليل ج ٧ ص ٥٦٤، الخرشي - شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٧ ص ٥٢.

(٣) ابن حجر الهيتمي تحفة المحتاج ج ٥ ص ٢١٢ - قليوبي وعميرة ج ٣ ص ٨٠.

(٤) ابن رجب - القواعد الفقهية ص ٣١٤، البهوتي - كشف القناع ج ٤ ص ٢١.

(٥) الكاساني البدائع ج ٤ ص ٢٠٨ بالإضافة إلى المراجع السابقة.

وأما وجه ضرره بالمؤلف فإنه يكون من الناحية الأدبية فإن المؤلف يهدف في المقام الأول إلى إطلاع الغير على فكره، ونشر المؤلف دون تصويب للأخطاء يسئ إلى مكانته الأدبية خاصة إذا كانت الأخطاء جوهريّة تؤدي إلى تغيير المعنى الأصلي، ومن ناحية أخرى فإن عدم إخراج المصنف بصورة حسنة يؤدي إلى إحجام الكثير عنه وفي هذا ضرر أدبي لا يخفى.

القول الثاني:

وهو للشيعّة الزيدية^(١) وبعض الحنابلة^(٢) ويرى هؤلاء أن المؤجر ملزم بإصلاح العين حتى تكون صالحة للانتفاع بها على الوجه الأكمل. ودليلهم على ذلك : أن المؤجر ملزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وإصلاح العين من لوازم هذا التمكين فيجبر المؤجر على ذلك^(٣).

وبناء على هذا القول:

فإن المؤلف يجبر على تصويب أخطاء الطباعة حتى يتسنى للناشر الانتفاع بالمصنف على الوجه الأكمل، وهذا ما نرجحه؛ لأن عقود المعاوضات توجب الملك في البديلين وملكية الناشر للمنفعة المتحصلة من المصنف لن تكون خالصة إلا إذا سلمت إليه كاملة ومن تمام كمالها إصلاح ما بها من عيوب.

(١) ابن المرتضى البحر الزخار في فروع المذهب الزيدي ج ٥ ص ٣٤ طبعة دار الكتاب الإسلامي.

(٢) الإمام ابن رجب الحنبلي - القواعد الفقهية ص ٣١٤، البهوتي - كشف القناع على متن الإقناع ج ٤ ص ٢١.

(٣) المراجع السابقة.

وفى القاتون:

فان المؤلف ملزم بتصويب تجارب الطبع التى تقدم إليه من الناشر وإعادتها إليه بعد مدة مناسبة، وهذا الالتزام وإن مثل عبء على عاتق المؤلف إلا انه في نفس الوقت حق له^(١). ولا يجوز للمؤلف أن يدخل تعديلات جوهرية من شأنها الإضرار بمصلحة الناشر ومن أمثلة هذه التعديلات تغيير خطة الكتاب، أو 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^(٢).

ولقد جرت العادة بالسماح للمؤلفين بإدخال بعض التعديلات اليسيرة أثناء تصحيح التجارب و تكون هذه التعديلات عادة على نفقة الناشر ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك. و إذا تأخر المؤلف فى إعادة التجارب بعد تصحيحها عن الميعاد المألوف أو ادخل المؤلف تعديلات جوهرية على المصنف مما يؤدي إلى زيادة نفقات الطباعة كان ذلك موجبا للتعويض^(٣).

-
- (١) د/ السنهوري - الوسيط ج ٧ ص ٣٣٥، د/ مختار القاضي - حق المؤلف ص ١٠٢، نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٢٥، د/ عبد السميع أبو الخير الحق المالي للمؤلف ص ١٢٤، د/ محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ١١٣.
- (٢) د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٢٥.
- (٣) د/ محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ١١٤.

المبحث الرابع

الأثر المترتب

على الامتناع عن التسليم

في الفقه الإسلامي:

إذا امتنع المؤلف عن تسليم المصنف، رغم مطالبة الناشر له: فإن هذا الامتناع إما أن يكون بعذر، أو بغير عذر.

فإن كان بعذر: كما لو وجدت قوة قاهرة حالت بينه وبين التسليم: فإن العقد ينفسخ بناء على هلاك العين المؤجرة؛ قبل التسليم وهذا مما لا خلاف عليه بين الفقهاء^(١). أما إذا كان الامتناع بدون عذر كما لو رغب المؤلف في التعاقد مع ناشر آخر بشروط أكثر مزية من العقد الأول فهل يجبر المؤلف على التسليم أم لا.

(١) الإمام سحنون - المدونة ج ٣ ص ٤٥٩، الباجي - المنتقى ج ٥ ص ١١٤، الرضا - شرح حدود ابن عرفة ص ٤٠٠، الإمام السرخسي - المبسوط ج ١٥ ص ١٣٦، الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٤ ص ١٧٨، الزيلعي - تبين الحقائق ج ٥ ص ١١٤، البابرتي - العناية ج ٥ ص ٤٥، الكرابيسي - الفروق ج ٢ ص ٣٠٠، الإمام الشافعي - الأم ج ٤ ص ٢، قليوبي وعميرة - حاشية قليوبي وعميرة ج ٣ ص ٨١، الشربيني - مغني المحتاج ج ٣ ص ٨١، المرادوي - الإنصاف ج ٦ ص ٦١، البهوتي - شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٦٥.

اختلف العلماء في جواز جبر المؤجر على التسليم إذا امتنع عنه اختياراً وكان
اختلافهم على قولين:
القول الأول:

وهو لجمهور العلماء من الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة^(١) حيث يرون
سقوط الأجر المستحق للمؤجر عن الفترة التي امتنع عن التسليم فيها.
وعلى ذلك فإن المؤلف إذا كان قبض أجراً من الناشر وامتنع عن تسليم
المصنف، فإنه يجب عليه أن يرد ما أخذ؛ لأن الأجر إنما كان مقابل التمكين
من الاستيفاء، ولم يحدث، فيكون أخذ الأجر في هذه الحالة أكلاً لمال الناشر
بالباطل، وهو محرم إجماعاً.

وبعد اتفاق الجمهور على سقوط الأجر اختلفوا في فسخ عقد الإجارة بمجرد
الامتناع عن تسليم في الموعد المتفق عليه حتى مضي بعض المدة:
فذهب الحنفية إلى عدم جواز فسخ عقد الإجارة؛ لأن عقد الإجارة في حكم عقود
متفرقة فيتجدد العقد بحسب ما يحدث من المنفعة، فلا يتمكن المستأجر من
الفسخ؛ لأن فوات المعقود عليه في عقد لا يؤثر على صحة عقد آخر^(٢).

(١) الإمام السرخسي - المبسوط جـ ١٥ ص ١٣٦، الكاساني - بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٧٨،
الزيلعي - تبیین الحقائق جـ ٥ ص ١١٤، البابرتي - العناية جـ ٥ ص ١٤٥، الكرابيسي - الفروق
جـ ٢ ص ٣٠٠، الإمام سحنون - المدونة جـ ٣ ص ٤٥٩، الباجي - المنتقى جـ ٥ ص ١١٤،
الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٥ ص ٥٠، الصاوي - بلغة السالك
جـ ٥١ ص ٥١، الرصاع - شرح حنود بن عرفة ص ٤٠٠، الإمام الشافعي - الأم جـ ٢ ص ٢،
الشرييني - مغني المحتاج جـ ٣ ص ٨١، قليوبي وعميرة - حاشيتنا قليوبي وعميرة جـ ٢ ص ٨١،
المرداوي - الإنصاف جـ ٦ ص ٦١، البهوتي - منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٦٥.

(٢) السرخسي - المبسوط جـ ١٥ ص ١٣٦، البابرتي - العناية جـ ٩ ص ١٤٦، ابن نجيم - البحر
الرائق جـ ٨ ص ٧، الكرابيسي - الفروق جـ ٢ ص ١٤١، الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٤١٣.

وذهب الشافعية إلى إثبات حق الفسخ للمستأجر؛ إذ الإجارة عندهم ليست في حكم عقود متفرقة وإنما هي عقد واحد فالمنفعة كالعين إذا فات بعضها قبل القبض ثبت الخيار للمستأجر لتفريق الصفقة عليه^(١).
أما إذا امتنع عن التسليم حتى مضت كل المدة، أو تصرف في الشيء قبل تسليمه فإن العقد يفسخ قولاً واحداً^(٢).

القول الثاني:

وهو للشيعة الإمامية^(٣).

حيث يزون جواز إلزام المؤجر بالتسليم وجبره عليه قضاء فإذا لم يتمكن من جبره فسخ العقد أو مطالبة المؤجر بالتعويض عن المنفعة التي فاتت بسبب عدم التسليم.

وبناء على هذا الرأي فإن المؤلف إذا امتنع عن التسليم جاز للناشر جبره على هذا التسليم فإذا لم يتمكن من هذا الإيجاب قضاء جاز له فسخ العقد أو المطالبة بالتعويض عما فات الناشر من كسب وما لحقه من خسارة.

والقول الثاني هو القول الذي نرجحه ونأخذ به في مجال عقد النشر وذلك؛ لأن المؤلف متى كان غير معذور في تنفيذ التزامه وكان تنفيذ الالتزام بالتسليم غير مرهق له فإن امتناعه عن التسليم رغم ذلك دليل على تعسفه وقصده إضرار

(١) الإمام الشافعي - الأم ج٤ ص ٢٠، السبكي - فتاوى السبكي ج١ ص ٤٤٣، الأنصاري - أسنى المطالب ج٢ ص ١٩٨، المرادوي - الإنصاف ج٥ ص ٧٦، البهوتي - شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ٢٦٣، وكشاف القناع ج٤ ص ٦، الرحيباني - مطالب أولي النهى ج٣ ص ٦٥٧.

(٢) ابن قدامة - المغني ج٥ ص ٢٦١.

(٣) وسيلة النجاة ج٢ ص ٥٢.

الناشر الذي من الممكن أن يكون قد أنفق الكثير من الأموال استعداداً لطبع المصنف ونشره وقد يكون قد قام بعمل إعلانات عن المصنف بما يكلفه الكثير من الأموال فامتناع المؤلف عن تسليم المصنف في مثل هذه الظروف يلحق ضرراً بالناشر والضرر تجب إزالته: إما عيناً وذلك بجبر المؤلف على تسليم المصنف وإما بتعويض الناشر عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب لو كان عرض المصنف للبيع في الفترة التي حبسه فيها.

وفي القانون:

فإن الامتناع عن التسليم إذا كان وليد قوة قاهرة فإن الالتزام يسقط دون أن يلتزم المؤلف بشيء^(١)، أما إذا كان الامتناع إرادياً فالجمهور من فقهاء القانون يرى عدم إمكان إجبار المؤلف على التنفيذ وأن الالتزام بالتسليم يتحول إلى التزام بأداء تعويض مالي للناشر يقدر فيه ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب في حين أن بعض الفقهاء يفرقون بين الامتناع غير المصحوب بتعسف والامتناع المصحوب به، ففي الحالة الأولى يقرون تحول الالتزام بالتسليم إلى التزام بالتعويض احتراماً للحق الأدبي أما في الحالة الثانية فيجيزون إجبار المؤلف قضاء على التنفيذ عيناً. وهذا ما نرجحه لتوفيقه بين مصلحة المتعاقدين وقد سبق بيان هذا تفصيلاً في المبحث الثاني من هذا الفصل. أما من ناحية

(١) د/السنهوري - الوسيط ج٧ ص ٣٣١، ج٨ ص ٤١٠، د/مختار القاضي - حق المؤلف ص ٩٦، د/أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون ص ٣٢٦، د/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٣٢٦، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١١٩.

المقابل المالي وثبوت خيار الفسخ فإن الكل معترف للناشر بحقه في الامتناع عن أداء المقابل المالي للمؤلف لأنه لم يف له بالتزامه بالتسليم (الدفع بعدم التنفيذ) وله كذلك الحق في فسخ العقد مع حقه في المطالبة بالتعويض في كل الأحوال^(١).

ومما سبق يتضح لنا عدم وجود اختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذه النقطة.

(١) د/الصدّة - حق الملكية ص ٣١٦، د/توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ١٠١، د/مختار القاضي - حق المؤلف ص ٣٠، د/محمد كمال عبد العزيز - الوجيز في نظرية الحق ص ٦٤، د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ٨٧، د/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٣٢١.

الفصل الثاني

الإلتزام بعدم التعرض

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

تمهيد :

يترتب على التزام المؤلف بتسليم المصنف ، التزامه بإزالة كل ما يعوق الناشر فى انتفاعه بالمصنف ، انتفاعاً كاملاً لا يشوبه شئ ، فإذا ما وجد ما يحول بين الناشر ، وبين هذا الانتفاع ، ضمن المؤلف هذه الحيلولة . سواء أكانت حاصلة منه ، أو من الغير وكان للمؤلف دخل فيها ، وهذا ما يطلق عليه "ضمان التعرض " . فلقد ذكر العلماء أن من اسباب الضمان " الحيلولة بين المستحق وحقه ، والعقد ، واليد ، والتسبب ^(١) . "

فأساس وجود هذا الضمان : الإلتزام الصريح الذى تضمنه العقد وهو التمكين من استيفاء المنفعة على الوجه الذى يتم الوفاء به .

وفى هذا الفصل نتكلم عن ضمان التعرض من حيث : التعريف و دليل المشروعية ، ثم نتكلم فيه عن تعريف ضمان التعرض و دليل مشروعيته .

المبحث الثانى : نتكلم فيه عن أنواع التعرض .

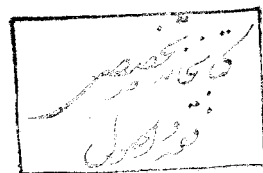
المبحث الثالث : نتكلم فيه عن الأثر المترتب على الإخلال بهذا الإلتزام .

(١) الإمام السيوطى - الأشباه والنظائر ص ٣٦ ، الإمام الزركشى - المنثور فى القواعد الفقهية ج ٢ ص ٢٢٣ ، الإمام ابن رجب - القواعد الفقيه ص ٢٠٩ ، الإمام المعز بن عبد السلام - قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، ج ٢ ص ١٥٤ .

المَبْحَثُ الْأَوَّلُ

تعريف ضمان التعرض ودليل مشروعيته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

نتكلم عن التعريف فى مطلب أول
وعن دليل المشروعية فى مطلب ثان



المطلب الأول

تعريف ضمان التعرض

في الفقه الإسلامى والقانون المدنى

أولاً : تعريف ضمان التعرض فى اللغة ^(١):

يطلق الضمان فى اللغة على عدة معان نذكر منها :

الالتزام ، تقول : ضمانت المال إذ التزمته ، ويتعدى بالتضعيف ، فتقول : ضمانته المال ، إذ ألزمته إياه .

الكفالة ، تقول : ضمانته الشئ ضماناً ، فهو ضامن ، وضمين ، إذا كفله .

ومنها التغريم ، تقول : ضمانته الشئ تضميناً ، لذا غرّمته فالتزامه ومن الممكن

رد كل هذه المعانى إلى الإلتزام ، لأن الكفالة والتغريم يتضمنان معنى الإلتزام ،

إذا أن الإلتزام هو إلزام المرء نفسه ما لم يكن لازماً لها " .

فالمؤلف يلتزم بعدم التعرض بعد تعاقدّه مع الناشر فى حين أنه قبل العقد لم يكن

ملتزماً بشئ .

أما التعرض ، فهو : الحيلولة والتعدى ، وتقول : تعرض فلان لفلان ، إذا

تصدى له ، وحال بينه وبين ما يريد ^(٢) .

(١) الفيوم - المصباح المنير ، ص ٢٦٤ ، ٣٦٥ ، الرازى - مختار الصحاح ج ١ ، ص ١٦١ .

(٢) بن منظور - لسان العرب ج ٣ ص ٢٤٧ ، الفيومى - المصباح المنير ص ٤٠١ ، الرازى -

مختار الصحاح ج ١ ص ١٧٨ .

ثانيا : تعريف ضمان التعرض فى اصطلاح الفقهاء :

أما الضمان فى اصطلاح الفقهاء فيطلق على معنيين : أحدهما عام والآخر خاص .

المعنى الخاص : وهو دفه مثل الشئ فى المثليات ، وقيمته فى القيميات، فهو بهذا المعنى يطلق غالباً على ما يدفع إتلاف المال^(١).

المعنى العام الشامل للكفالة : وهو التزام دين ، أو إحضار عين ، أو بدن ، ويطلق على العقد المحصل لذلك أيضاً^(٢).

ضمان التعرض فى عقد النشر ، يتضمن المعنيين ، إذ هو يتضمن إتلاف المال، إذ أن عقد المعاوضة يوجب الملك فى البدلين ، وملك الناشر للمنفعة وقد أعطى بدله ما لا فإذا لم يمكنه المؤلف من المنفعة صار بدل الناشر بلا مقابل وهذا إتلاف لماله يوجب الضمان ، ثم إن المؤلف ملزم بتسليم العين وهو ضامن لذلك ، فإخلاله بهذا الإلتزام سبب لضمانه ، فالمعنيان متحققان هنا .

أما التعرض فى الاصطلاح :

لم أثر فيما تيسر لدى من كتب للفقهاء على تعريف للتعرض ولكنهم ذكروا صوراً لهذا التعرض عندما تكلموا عن أسباب الضمان وعندما تكلموا عن التزام

(١) الإمامخ الحموي - غمر عيون البصائر جـ ٤ ص ٦ ، على حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام جـ ١ ص ٤٤٨ ، الشوكاني - نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٥٧ .

(٢) الخطاب - مواهب الجليل فى شرح متن خليل ج٥ ص ٩٦ ، الدردير - الشرح الصغير ومعها حاشية الصاوى جـ ٣ ص ٤٢٩ ، قليوبى وعميرة - حاشيتنا قليوبى وعميرة جـ ٢ ص ٤٠ ، ٤٠٤ ، ابن حجر الهيتمى - كفة المحتاج شرح المنهاج جـ ٥ ص ٢٤١ ، الرملى - نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٣٣ ، البجرمى - حاشية البجرمى جـ ٣ ص ٢٥ .

المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بما يفيد أن التعرض هو الحيلولة دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة انتفاعاً سالماً من أى عيب (١).

فضمن التعرض فقهاً يمكن تعريفه بأنه :

التزام المؤلف بإزالة ما يحول دون انتفاع الناشر بالمصنف سواء صدرت الحيلولة منه أو بسببه وهذا التعريف يشمل التعرض الصادر من المؤلف وهو ما يسمى بالتعرض الشخصى ، التعرض الصادر من الغير ويكون للمؤلف دخل فيه .

أما فى القانون :

فإن قوانين حق المؤلف المختلفة تعرضت فى معظمها (٢) لضمان المؤلف تجاه الناشر بضمان التعرض ، ولقد فسد الفقهاء هذا الضمان بأن المؤلف ملزم بمقتضى عقد النشر ان يتمتع عن أى عمل شخصى يتعارض مع حق الناشر فى استغلال المصنف المتعاقد على نشره كما لو قام بطلع المصنف على نفقته الخاصة ، أو عهد به إلى ناشر آخر و وكذلك يضمن المؤلف كل تعرض

(١) السرخسى - المبسوط جـ ١٥ ص ١٥٧ ، الكاسانى - بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٢٠٤ ، المواق - التاج والإكليل جـ ٧ ص ٥٥٢ ، الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٥٠ ، الأنصارى - أسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٢٣ ، الهيتمى - تحفة المحتاج جـ ٦ ص ١٦٥ ، ابن قدامة - المغنى جـ ٥ ص ٢٦٥ ، ابن مفلح - القروع جـ ٤ ص ٢٤٩ .

(٢) ومن أمثلة هذه القوانين : القانون السعودى مادة (٢١) ، والقانون المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ مادة (٤٩) ، والقانون العراقى مادة (٣٨) .

للناشر يكون صادراً من الغير ويكون للمؤلف دخل فيه والمؤلف فى الحاليتين ملزم بإزالة أسباب التعرض (١).
ومما سبق يتضح لنا عدم التعارض بين مفهوم ضمان التعرض فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

(١) د / السنهورى - الوسيط ج٧ ص ٣٣٦ ، د / القاضى - نظرية الحق ص ١٠٥ ، د/ محمد كمال عبد العزيز - نظرية الحق ص ٦٤ ، د/ جلال الدين العدوى - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ص ٤١٧ ، د/ محمد سامى عبد الصادق - حقوق مؤلفى المصنفات المشتركة - رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام ٢٠٠٠ ، د/ محمد السعيد رشدى - عقد النشر ص ١٠٩ .

المطلب الثاني

أدلة مشروعية ضمان التعرض

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

في الفقه الإسلامي :

يدل على ثبوت ضمان التعرض أدلة من الكتاب والسن والمعقول .

أولاً : من الكتاب :

١- قوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ ^(١).

وجه الدلالة :

أن الآية تدل دلالة واضحة على حرمة التعرض لأموال الغير والاعتداء عليها بأى وجه من وجوه الاعتداء ^(٢). ومعلوم أن عقود المعاوضة - ومنها عقد النشر - توجب الملك في البديلين ^(٣) فالمؤلف ملك الأجر والناشر ملك المنفعة والتعرض للناشر في انتفاعه بالمصنف أكل لماله بالباطل وهو محرم بمقتضى هذه الآية الكريمة .

(١) آية ١٨٨ سورة البقرة .

(٢) يقول الإمام القرطبي " والمعنى : لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق فيدخل في هذا : القمار ، والخداع والغصب ، وجدد الحقوق ، وما لا تطيب به نفس مالكة " الجامع لأحكام القرآن جـ ٢ ص ٣٣٨ .

(٣) الباجي - المنفقتي جـ ٤ ص ٢٨٠ ، الزركشي - المنثور في القواعد جـ ٣ ص ٢٨١ ، العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام جـ ٢ ص ٨١ .

٢- قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (١).

وجه الدلالة :

من الآية : أن الوفاء بالعقد واجب ، والوفاء لن يكون كاملاً إلا بتبرئة الذمة منه . وبراءة الذمة يستلزم عدم التعرض ، فإذا تعرض المؤلف للناشر في انتفاعه فإنه لم يف له بعقده ، ولم ينفذ أمر الله الموجب للوفاء ، فدلّت الآية بمنطوقها على وجوب الوفاء ، وبمفهومها على حرمة التعرض . فإذا حدث هذا التعرض كان المؤلف ضامناً له .

ثانياً : من السنة :

١- قوله ﷺ " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه " (٢).

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن المؤلف عندما أخذ الأجر من الناشر ترتب على ذلك شغل ذمته ببذل مقابل ما أخذ ، ومقابل ما أخذه المؤلف هو منفعة المصنف طوال فترة العقد منفعة سالمة من العيب فإذا وجد ما يحول دون استيفاء هذه المنفعة وكان ذلك يرجع إلى فعل المؤلف لم تبرأ ذمته من أداء ما شغلت به وتكون يده أخذت ما لم تؤد مقابله فيكون ضامناً .

٣- ما رواه غير واحد من أصحاب السنن من قضاء النبي ﷺ أن " الخراج بالضمنان " وهو من حديث عائشة رضي الله عنها . وقد جاء في بعض طرقه ،

(١) آية ١ سورة المائدة .

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى ج ٨ ص ١٨٢ ، وروى بروايات متعددة وله شواهد في الصحيحين . الشوكاني - الدرر المضيئة ج ١ ص ٣٣٥ .

أن رجلاً ابتاع عبداً من آخر فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيباً ، فخاصم البائع إلى النبي ﷺ ، فردده عليه فقال الرجل: يا رسول الله : لقد استغل غلامي و فقال عليه الصلاة والسلام : " الخراج بالضمان" ^(١).

ووجه الدلالة في هذا الحديث :

أن رسول الله ﷺ حكم بغلة المبيع مقابل ضمانه وإذا لم في ضمانه لما استحق هذه الغلة ، والمؤلف أخذ مقابل الانتفاع بالمصنف، فيكون ضامناً لهذا الانتفاع وضمنانه له يفرض عليه عدم التعرض للناشر بما يحول بينه وبين انتفاعه بالمصنف .

٤- " لا يأخذن أحدكم متاع لأخيه لا لاعباً ولا جاداً " ^(٢).

ووجه الدلالة :

أن رسول الله ﷺ نهى أن يؤخذ متاع الإنسان بغير إذنه حتى ولو كان الآخذ لاعباً والمؤلف في تعرضه للناشر في انتفاعه يكون كمن أخذ متاع غيره ، لأن لفظ المتاع عام في كل ما يتمتع به وينتفع به من أمور المعاش ^(١).

(1) رواه الترمذى في سننه وقال حسن غريب - سنن الترمذى ج٣ ص ٥٨١ . والبيهقى في السنن الكبرى - سنن البيهقى ج٥ ص ٣٢١ ، والدارقطنى - سنن الدار قطنى ج٣ ص ٥٣ ، والإمام الشافعى في مسنده ج١ ص ١٨٩ ، وابن حبان في صحيحه - صحيح ابن حبان ج١١ ص ٢٩٩ ، وأبو داود - سنن أبى داود ج٣ ص ٢٨٤ ، النسائى - سنن النسائى ج٧ ص ٢٥٤ ، وأبو عبد الله الحاكم في المستدرک وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه - المستدرک على الصحيحين ج٢ ص ١٩ .

(2) رواه أبو داود سنن أبى داود ج٤ ص ٣٠١ ، والبيهقى - السنن الكبرى ج٦ ص ١٠٠ ، والحديث يصل إلى جرحة الحديث الحسن وله شواهد في الصحاح تشهد لمعناه - ابن حجر العسقلانى - تلخيص الحبير ج٣ ص ٤٦ ، المباركفورى - تحفة الأحوذى ج٦ ص ٣١٦ ، الزيلعى - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ج٤ ص ١٦٧ .

ومن المعقول :

ويستدل على وجوب الإلتزام بعدم التعرض بما يلي :

١- أن عقد المعاوضة يوجب الملك فى البدلين ، ولو لم يكن عدم التعرض واجباً لكان ملك الناشر للمنة مهدداًص بتعرض المؤلف له وهذا يخالف مقتضى العقد وما يفرضه من تنفيذ التزامات عاقدية بحسن نية .

٢- أن المؤلف ملزم بتسليم المصنف إلى الناشر ومفهوم التسليم ليس معناه أن يضع المصنف تحت يد الناشر فقط ، وإنما هو أن يجعل المصنف سالماً للناشر حتى يستطيع الانتفاع به على الوجه الأكمل والتعرض للناشر فى انتفاعه يعارض الإلتزام بالتسليم .

٣- لو كان للمؤلف أن يتعرض للناشر لذهب ملك الناشر الذي بذله للمؤلف بلا بدل ويكون فى ذلك إهدار لماله وأكل له بالباطل ، وهو محرم بمقتضى النصوص الشرعية .

(١) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ج٤ ص ٣٠٢ ، الطبري - تفسير الطبري ج٢ ص ٢٤٢ .

المبحث الثالث

أنواع التعرض الموجب للضمان

في عقد النشر

التعرض قد يكون صادراً من المؤلف نفسه وقد يكون صادراً من الغير ،
ونتكلم أولاً عن التعرض الصادر من المؤلف ثم نتكلم عن التعرض الصادر من
الغير وذلك في مطلبين :

المطلب الأول

التعرض الصادر من المؤلف

فى الفقه والقانون

يأخذ التعرض الذى من الممكن أن يصدر من المؤلف أحد صور ثلاث :

الأولى : التدخل بسحب المصنف وتعديله .

الثانية : التعاقد على نشر المصنف مرة أخرى .

الثالثة : التصرف فى الحق المالى جملة واحدة .

وكل هذه الصورة توجب ضمان المؤلف بسبب تعرضه للناشر بما يعرقل

انتفاعه بالمصنف على الوجه الأكمل .

ونتكلم عن هذه الصور الثلاث فى ثلاثة فروع :

الفرع الأول

التدخل بسحب المصنف وتعديله

قد يتمثل التعرض الصادر من المؤلف فى سحب المصنف وتعديله وهذا غليه

ولا يمارى فى ذلك أحد ، ولكن هذا الحق يمثل خرقاً واضحاً للالتزام بعدم

التعرض ، الذى دلت النصوص الشرعية على وجوبه وحرمة نقيضه .

وفى هذا الفرع نتعرض لحكم السحب والتعديل ، ثم للأسباب التى تؤدى إلى

السحب والتعديل، ثم للآثار المترتبة على السحب والتعديل وأثر ذلك على عقد

النشر ، وذلك فى ثلاثة غصون :

الغصن الأول

حكم السحب والتعديل فى الفقه والقانون

فى الفقه الإسلامى :

اجتمعت كلمة العلماء على أن المجتهد له أن يعاود الاجتهاد فيما اجتهد فيه، فإذا نظر العالم فى مسألة، وانتهى فيها إلى رأى، ظن أنه هو الحق الذى يجب اتباعه وقام بنشره فى كتاب، ثم اجتهد فيها مرة أخرى وتبين له خطأه فى الحكم الأول، فإنه يجب عليه أن يقوم بتعديله، ثم ينشر هذا التعديل حتى يتيسر إعلان الناس بما تغير إليه اجتهاده، وهذا التعديل يترتب عليه فى كثير من الأحيان - سحب المصنف من التداول، إذا بان مخالفة الرأى الأول لقاطع من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس جلي^(١).

وهذا الواجب لا يختلف عليه فى الشريعة الإسلامية، لأن الرأى الأول لما بان خطأه صار باطلاً فى مقابلة حق، والباطل لا يجوز العمل به. لكن التعديل قد لا يكون واجباً فى كل الأحوال، فقد يكون جائزاً كما هو الحال فى حالة تغيير العالم لمذهبه الذى كان يسير عليه ويفتى ويؤلف وفق الأصول المعتمدة فيه. أو كان مجرد انتقال من رأى إلى رأى فى المذهب الواحد، أو من تكليف فى ذات مسألة واختلفت وجهة نظره فيها، ففى هذه الحالة يجوز له التعديل، ويكون التعديل حقاً أدبياً له، ولا يجوز لأحد منعه منه لما فى ذلك من مساس بشخصيته الأدبية.

(١) الزركشى، البحر المحيط ج ٨ ص ١٣٢، ابن أمير الحاج - التقرير والتحبير ج ٣ ص ٢٩٧، ابن قيم الجوزية - اعلام الموقعين ج ١ ص ٨٦.

إلا أن التعديل والسحب قد يكونان إساءة للمركز المالى للناشر ، الذى تكبد الأموال فى عمليتى الطبع والنشر وينتظر ربحهما ، فمفاجأة المؤلف له بتعديل مصنفه ، أو سحبه ضرر فادح يجب إزالته - ومن ثم فإننا نكون أمام مركزين متعارضين :

الأول : مركز المؤلف وحقه الثابت له شرعاً بالسحب والتعديل.

الثانى : مركز الناشر فى وجوب الوفاء له بعقده وعدم التعرض له فى الانتفاع بالمصنف .

فلابد من مراعاة هاتين المصلحتين المتعارضتين ، وهذا ما نعالجه فى هذا المطلب .

وفى القانون :

فإن حق التعديل والسحب اتفقت معظم القوانين الأجنبية والعربية على الاعتراف للمؤلف ، وإنما الخلاف وقع بين الفقهاء حول اعتبارهما حقاً واحداً ، أم هما حقان مختلفان .

فذهب فريق من الفقهاء إلى أن التعديل يختلف عن السحب إذ أن التعديل يكون فى مرحلة الإعداد ، والسحب يكون بعد النشر ، ولقد سائر المشرع المصرى هذا الاتجاه^(١).

(١) ينظر مادة رقم (١٤٢) من القانون المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والتى تنص على أنه " للمؤلف إذا طرأت أسباب جدية" ، أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول ، أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حق الاستغلال المالى .

وممن سائر هذا الاتجاه د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - الكتاب الثانى : نظرية الحق ص ١٠٥ ، ١٠٦ ط سنة ١٩٦٠ او د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ٩٧ وما بعدها ، =

بينما ذهب فريق آخر : إلى أن التعديل ما هو إلا أثر من آثار السحب ،
فالسحب إنما يكون من أجل التعديل ، والقول بأن التعديل إنما يكون قبل النشر
إنما هو قول محل نظر ، لأننا فى مرحلة ما قبل النشر ، إنما نكون فى إطار
حق تقرير النشر ، وبعد الاعلان عن مولد المصنف فإن التعديلات التى تجرى
فيه ستكون من قبيل الوفاء بالالتزام الصحيح ، لأن التصحيح غالباً ما يقبله
الناشر حتى ولو كان جوهرياً ، لا سيما مع تطور أساليب الطباعة- فإن
التعديلات - حتى ولو كانت جوهريّة - لا تستغرق وقتاً ولا جهداً ولا تكلفة
مثل ما كان عليه الحال قبل ذلك^(١) .

وبالتالى فإننا نرى أن الأولى اعتبارهما حقاً واحداً ، وأن هذا الحق إنما يكون
بعد النشر والتداول ، ففي هذا الرأى توسعه على المؤلف وتضييق اللجوء إلى
القضاء ما أمكن ، أما قبل النشر فإننا نرى أن المؤلف له إدخال ما يراه من
تعديلات دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، وليس عليه إلا تحمل نفقات هذه
التعديلات إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

والحق فى السحب والتعديل من الحقوق الأدبية الشخصية التى لا يستطيع أحد
غير المؤلف مباشرتها إلا بإذن كتابى منه^(٢).

وثار الخلاف ، حول إعطاء حق السحب والتعديل للورثة و حيث نصت بعض
القوانين (كالقانون المصرى) على إعطاء الورثة الحق فى ممارسة

=د/ البدر اوى - حق الملكية ص ٢٧٣ ، د/ جلال على العدوى ، د/ رمضان أبو السعود - الحقوق
وغيرها من المراكز القانونية ص ٤٠٧ وما بعدها ، د/ المتيت - الحقوق على المصنفات ص ٥٢ .

(١) ومن الفقهاء الذين يرون وجهة النظر هذه د/ عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبى ص ٢١٢ .

(٢) د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ١٠٩ ، د/ البدر اوى - حق الملكية

ص ٢٧٣ .

الامتيازات المتولدة عن الحق الأدبي، ومنها ادخال بعض التعديلات على المصنف ، وكان هذا المسلك للقانون المصرى محل نقد، إذ فى إعطاء الورثة الحق فى ممارسة حق التعديل والسحب فيه مساس بسمعة المؤلف من ناحيتين : الأولى : أنه يعتبر خروجاً على مقتضيات الحق الأدبي الذى يعتبر من الحقوق للصيقة بالشخصية.

الثانية : تدخل الورثة قد يؤدى إلى تشويه المصنف وتحريفه والخرج به عما أراده المؤلف وخاصة إذا كانوا بعيدين عن المجال العلمى الذى كانت ينسب إليه المؤلف.^(١) وهذا ما نرجحه، إذ من غير المعقول أن تحول شخصاً - لا صلة له بالعلم - تعديل مصنف علمى يعود بالنفع على المجتمع لمجرد أنه قريب للعالم أو المفكر ، إن القرابة لا تعطى إلا الحق فى حماية المصنف من اعتداء الغير والحماية لا تقتضى إطلاق اليد بالتحريف والتصحيح . مما تقدم يتضح لنا أن الحق فى السحب والتعديل غير منازع فى أصل ثبوته فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

(١) د/ حسام الدين الأهوانى - مقدمة القانون المدنى - ص ٢٢١ ، ١٩٧٣ ، د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٠٢ ، د/أبو اليزيد المتيت - الحقوق على المصنفات ص ٦٣ ، د/ عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٥٦١ ، ٥٦٢ .

الغصن الثاني

أسباب السحب والتعديل

فى الفقه والقانون

فى الفقه الإسلامى :

الأسباب التى تؤدى إلى تدخل المؤلف لسحب المصنف وتعديله يمكن حصرها فيما يلى :

أولاً : الخطأ فى مستند الرأى :

الأصل فى كل رأى أو حكم أو فتوى أن يكون له مستند من الكتاب أو السنة أو الإجماع، وإلا فالقياس والاجتهاد إن لم يوجد نص ظاهر ^(١).

وبدل على ذلك ما يلى :

أولاً : من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ﴾ ^(٢)

وقوله تعالى :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ

(1) الإمام الغزالى - المستصفى ص ٨٠ ، البخارى - كشف الأسرار ج ١ ص ١٩ ، الزركشى - البحر المحيط ج ١ ص ٢٧ ، الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام ص ٤٩ ، القرافى - والفروق ج ١ ص ١٢٨ .

(2) الآية ١٠٥ سورة النساء .

وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿١﴾ فَإِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَوْجِبَ أَنْ يَكُونَ كُلُّ حُكْمٍ مَرْدُهُ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ سُنَّةِ رَسُولِهِ ﷺ ، فَهِيَ الْوَحْيُ الْغَيْرُ مَتْلُو .

ثانياً : من السنة .:

أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمَّا بَعَثَ مَعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ سَأَلَهُ بِمَاذَا تَقْضَى إِذَا عَرَضَ لَكَ الْقَضَاءُ ؟ قَالَ : أَقْضَى بِكِتَابِ اللَّهِ ، قَالَ : فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ؟ قَالَ : فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، قَالَ : فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ قَالَ : أَجْتَهِدْ رَأْيِي وَلَا آلُو ، فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى صَدْرِهِ وَقَالَ : الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ اللَّهِ لَمَّا يَرْضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ (٢) .

وَفِي الْحَدِيثِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ وَفَقَ كِتَابِ اللَّهِ أَوْ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ وَإِلَّا كَانَ مُرْجِعُهُ إِلَى الرَّأْيِ وَالْاجْتِهَادِ (٣) .

وَعَلَى هَذَا الْأَسَاسِ سَارَ التَّأْلِيفُ فِي عَقْدِ فُقَهَاءِ الْمَذَاهِبِ وَغَيْرِهِمْ مِنَ الْعُلَمَاءِ الَّذِينَ وَضَعُوا الْقَوَاعِدَ وَالْأَصُولَ الَّتِي اهْتَدَى بِهَا مَنْ جَاءَ بَعْدَهُمْ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا . وَبَنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ فَإِنَّ الْمُؤَلِّفَ إِذَا خَالَفَ فِي تَأْلِيفِهِ نَصًّا صَرِيحًا فِي كِتَابِ اللَّهِ أَوْ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَكَانَ هَذَا النَّصُّ خَفِيًّا عَلَيْهِ سَاعَةَ التَّأْلِيفِ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْ رَأْيِهِ الْأَوَّلِ إِجْمَاعًا وَأَنْ يَعْدَلَ عَنْ هَذَا الرَّأْيِ وَيَعْلَنَ هَذَا لِلنَّاسِ حَتَّى لَا يَعْمَلُوا بِالرَّأْيِ الْمَخَالَفِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَعَمِلَ أَحَدٌ

(١) الْآيَةُ ٥٩ سُورَةِ النِّسَاءِ .

(٢) رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ - سَنَنِ التِّرْمِذِيِّ ج٣ ص ٦١٦ ، وَأَبُو دَاوُدَ - سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ج٣ ص ٣٠٣ ، الدِّرَامِيُّ - سَنَنِ الدِّرَامِيِّ ج١ ص ٧٢ وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي سَنَدِهِ وَالرَّاجِحُ أَنَّهُ حَدِيثٌ مُرْسَلٌ . أَنْظَرِ : الزَّيْلَعِيُّ - نَصَبُ الرَّايَةِ ج٤ ص ٩٣ ، ابْنُ خَبَرٍ الْعَسْقَلَانِيُّ - تَلْخِصُ الْحَبِيرِ ج٤ ص ١٨٢ .

(٣) الْمَوْسُوعَةُ الْكُوَيْتِيَّةُ ج٢٢ ص ١٣٠ .

الناس بقوله فإن المؤلف يضمن ما تلف بفتواه من نفس أو مال^(١). والدليل على هذا من الكتاب والسنة والأثر .

أولاً : من الكتاب :

قول الله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُمْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾^(٢).
وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدُمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾^(٣)
وكثير من الآيات .

وجه الدلالة من الآيتين :

أن في الآيتين دلالة على وجوب اتباع أمر الله ورسوله وحرمة تقديم أى قول أو رأى أو حكم على أمرهما فما كان مخالفا لهذا يجب إبطاله وعدم العمل بمقتضاه وإلا كان تقدماً لقول بشر على قول الله ورسوله وهذا باطل اجماعاً .
ومن السنة :

قول رسول الله ﷺ من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " وقوله " لا يؤمن أحكم حتى يكون هواه تبعاً لما جئت به " ^(٤) ، وغير ذلك من الأحاديث .
وفى الحديثين أمر بوجوب اتباع أمر الله ورسوله وحرمة إحداث أمر أو رأى لا يوافق كلام الله ورسوله ، وأن أى قول يخالف أمر الله ورسوله فإنه يجب رده لأنه يناقض الإيمان بهما والنزول على أمرهما .

(١) أبو البقاء الفتوحى - شرح الكوكب المنير ص ٦١٤ ، الجصاص - الفصول فى الأصول ج ٣ ص ٣٤٦ ، العطار حاشية العطار على الجلال المطلى ج ٢ ص ٤٣١ .

(٢) آية ٣٦ من سورة الأحزاب .

(٣) من الآية (١) من سورة الحجرات .

(٤) البخارى - صحيح البخارى ج ٢ ص ٩٥٩ ، مسلم - صحيح مسلم ج ٣ ص ١٣٤٣ .

ومن الأثر :

أن عمر رضى الله عنه خفى عليه دية الأصابع فقضى فى الإبهام والتى تليها بخمس وعشرين حتى أخبر أن فى كتاب آل عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ قضى فيها بعشر عشر فترك قوله ورجع إليه ^(١).

وفى كتاب عمر لأبى موسى الأشعرى الذى أرسى له فيه دعائم الاجتهاد قال له " لا يمنعك قضاء قضيت به اليوم فرجع فيه لرأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شئ " ^(٢).

وقول الشافعى " إن خالف قولى ، حديث رسول الله ﷺ فاضربوا بقولى عرض الحائط " ^(٣) .

فما تقدم يتضح لنا أن أي عالم خفى عليه مستند المسألة التى ألف بها ثم بان له بعد ذلك فإنه يجب عليه الرجوع عن رأيه الأول وإلا كان آثماً وضامناً لآثار فتواه .

ثانياً : السبب الثانى تغير الاجتهاد :

ومن الأسباب التى تؤدى إلى تدخل المؤلف لتعديل مصنفه تغير اجتهاده، فقد يكون المؤلف ألف الكتاب بناء على اجتهاد معين ثم بعد فترة من الزمن تغير

(١) ذكره الإمام بن حجر فى فتح الباري وقال : أخرجه الحسن بن سفيان ، وغيره ، ورجاله ثقات

ولقد صححه النووي فى آخر الأربعين النووية جـ ١٣ ص ٢٨٩ .

(٢) ابن القيم - إعلام الموقعين جـ ١ ص ٨٦ .

(٣) ابن قيم الجوزيه - الطرق الحكيمة ص ١٥٩ ، الأنصارى - أسنى المطالب جـ ٢ ، ص ٣٦٣ ،

ابن حجر الهيتمي - تحفة المحتاج جـ ٦ ص ٥٥ .

هذا الاجتهاد فإنه فى هذه الحالة يجب عليه أن يعمل برأيه الجديد ويترك رأيه الأول^(١).

وهذا لا يدل على التخطى وقلة العلم وإنما هو دليل سعة الإطلاع وغزارة العلم .

ثالثاً : السبب الثالث تغير المذهب :

قد يكون المؤلف معتقداً مذهباً من المذاهب الفقهية المعتمدة، وكان قد ألف كتابه وكون مسائله بناء على أصول هذا المذهب ثم يتراءى له العدول عنه ، والانتقال إلى مذهب آخر وبالتالي فإن آراءه ستتغير ، وهذا حق أدبى له لا يجوز لأحد أن يمنعه منه إلا أن رأيه الأول لا يحكم بتخطئته ما دام يوجد دليل يحتمله ، والتغيير فى هذه الحالة يكون بالنسبة للمستقبل من الزمن فيقوم بالتأليف وفقاً للمذهب الجديد ولا يستلزم ذلك أن يقوم بسحب المصنف من التداول أو تعديل ما فيه^(٢).

(1) الزركشي - المنثور جـ ١ ص ٩٣ ، والبحر المحيط جـ ٨ ص ١٣٢ ، ابن أمير الحاج - التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٩٨ ، العطار - حاشية العطار على الجلال المحلى جـ ٢ ص ٤٣١ ، أصول البزدوي جـ ٣ ص ٨٢ ط دار الكتاب الإسلامى ، ابن قيم الجوزية - أعلام الموقعين جـ ١ ص ٨٦ .

(2) ومن أمثال العلماء الذين انتقلوا من مذهب إلى مذهب الإمام الطحاوى حيث كان شافعيًا ثم انتقل إلى المذهب الحنفى ، وأبو ثور من المذهب الحنفى إلى الشافعى ، وذكر ان الشافعى لما جاء مصر انتقل كثير من المالكية إلى مذهبه .

ولقد فصل العلماء القول فى مسألة الانتقال من مذهب إلى مذهب فرتبوا الحكم على قصد المتنقل وغرضه ، وهو لا يخلو من ثلاثة أحوال :

الأول : أن يكون الغرض نفسه دنوياً كالوصول إلى وظيفة يشترط فيها مذهب معين وهذا مكروه للعامى وأشد كراهه بالنسبة للمتقفة .

=

السبب الرابع : استظهار حكم مجتهد آخر :

قد يكون المجتهد معتقداً صحة ما ذهب إليه في كتابه ثم رأى أن في رأي مجتهد آخر مصلحة للأمة ، وهذا يكون دائماً في الأمور العامة ويكون أيضاً بالنسبة للمؤلفين الذين يعتد برأيهم ويعمل به^(١) .

والدليل على هذا ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يخالف أبا بكر في مقاتله مانعي الزكاة مستدلاً بقوله ﷺ " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله " فكان رأي عمر أنهم معصوموا الدم والمال. وقد كان رأي أبي بكر أنه يجب قتالهم لأنهم أنكروا معلوماً من الدين بالضرورة، وفرقوا بين الصلاة والزكاة ، ثم رجع عمر عن رأيه استظهاراً لرأي أبي بكر^(٢) والرجوع في هذه الحالة لا يمثل اجتهداً جديداً وإنما هو نزول على رأي مجتهد آخر

= الثاني : أن يكون الغرض من الانتقال دينياً لكونه وجد أن المذهب الآخر أيسر حجة بالنسبة له ، وأقنع دليلاً ، فهذا جائز له الانتقال وقال بعض العلماء : إنه يجب عليه إن تعسر فهمه إلا على المذهب المنتقل إليه .

الثالث : أن يكون بلا غرض فهذا يجوز للعامي ويكره للمتقنه نقل هذه الأقوال عن السيوطي الإمام ابن عابدين في العقود الدرية جـ ٢ ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ونقل الشيخ محمد عlish في المسألة ثلاث أقوال الجواز مطلقاً ، والمنع مطلقاً ، وجوازه بالنسبة للحوادث المستجدة التي لم يتقدم له فيها تعاليد.

(أنظر فتح العلي المالك جـ ١ ص ٦٠ ط دار المعرفة) .

(١) الموسوعة الكويتية جـ ٢٢ ص ١٣١ .

(٢) قصة قتال مانعي الزكاة وما دار بشأنها بين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما قصة مشهورة رويت في الصحيحين وغيرهما، أنظر ابن حجر - تلخيص الحبير جـ ٤ ص ٤٤ ، فتح الباري جـ ٣ ص ٢٦٣ ، الحافظ ابن عبد البر - التمهيد جـ ١٢ ص ٢٨٢ .

وجدت المصلحة في اتباعه ، ومن ثم فإن هذا الرجوع يجب ألا يمس مركز الناشر في شيء ولا يترتب عليه سحب مصنف من التداول .

أما في القانون :

فإن الأسباب التي تجيز للمؤلف التدخل لتعديل مصنفه وسحبه من التداول لم تذكرها التشريعات - عدا التشريعات - عدا التشريع الألماني - على سبيل الحصر غاية ما في الأمر: أن معظم التشريعات تشترط أن تكون أسباباً جديدة على حد تعبير المشرع المصري أو بشرط الاتفاق مع من آلت إليه الحقوق المالية على حد تعبير القانون القطري ، أو أسباب خطيرة . كما قال التشريع الليبي ، أو أسباب جوهرية - كما في القانون الإماراتي أو أسباب جديدة ومشروعية كما في القانون الأردني . وجاء التشريع الفرنسي والتشريع السعودي خاليين عن اشتراط وجود أي سبب للتعديل أو السحب . أما التشريع الألماني فإنه قصر التعديل والسحب على حالة تغيير معتقدات المؤلف فلا يستطيع أحد أن يجبره على بقاء مصنفه على معتقده المهجور .

مسلك المشرع المصرى وتقدير هذا المسلك :

أولاً : شروط السحب والتعديل فى القانون القديم :

اشتطت المادة (٤٢) (١) من تشريع حماية حق المؤلف السابق رقم ٣٥٤

لسنة ١٩٥٤ شروطاً ثلاثة للقيام بحق السحب والتعديل :

الشرط الأول : أن تطرأ أسباب خطيرة تستدعى سحب المصنف ، ومن قبيل ذلك حدوث تطورات علمية أو أدبية بقاء المصنف معها فى التداول ضاراً بسمعه المؤلف أو غير معبر عن سليم أفكاره ، ومنها أن يضع المؤلف مصنفه متأثراً برأى يسيطر عليه ، ثم يتبين بعد البحث والاطلاع أنه جانب الصواب فى رأيه ، وتتغير نظرتة إلى مضمون مصنفه لتغاير أفكاره أو هدوء عاطفته وانفعاله أو لعدم تناسبه مع مكانته وسمعته . أو يرى بعد نشر مصنفه واطلاع النقاد عليه أنه أحدث أثراً سيئاً بسمعته الأدبية ، أو يرى أن مصنفه يبدو أمام الفكر والمدنية - تافها لا قيمة لها - مما تتأثر معه سمعته الأدبية إذا استمر تداوله (٢).

(١) تنص المادة ٤٢ من قانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ السابق على ما يلى : " للمؤلف إذا طرأت أسباب خطيرة أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مؤلفه من التداول ، أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعوض من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى تعويضاً عادلاً يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة ، وإلا زال كل أثر للحكم .

(٢) أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار - الحق الأدبى للمؤلف ص ١١٩ ، د/ نواف كنعان - حق المؤلف د ٩٧ ، د/ شمس الدين الوكيل - مبادئ القانون ص ٣٩٨ ط ١٩٦٨ ، د/ توفيق حسن فرج - المنخل للعلوم القانونية ص ١٠٧ ، د/ جلال على العدوى - الحقوق ص ٤٠٩ .

وتقدير خطورة الأسباب يرجع إلى القضاء متمثلاً في المحكمة الابتدائية حسب قواعد الاختصاص المحلي - ويكون له الحرية المطلقة في تقدير مدى خطورة الأسباب وجديتها .

ويرجع بعض الفقهاء مسلك القانون المصري السابق بأنه تحسباً للجوء بعض المؤلفين إلى سحب مؤلفاتهم بناء على أسبا وهمية بقصد الإضرار بالناشرين ، كما أن اللجوء إلى السحب قد يخفى المؤلف وراءه غرضاً مالياً يقصد تحقيقه كإبرام عقد نشر جديد يكون أكثر مزية من الأول. لذا فإن اللجوء إلى السحب لا بد وأن يبرره حق أدبي أقوى من الحق المالي الذي للغير^(١).

تقدير هذا الشرط :

انتقد بعض الفقهاء هذا الشرط من ناحيتين :

الأولى : اشتراط وجود أسباب خطيرة ، أو إدخال تعديلات جوهرية ، فإن اشتراط هذا الشرط يعتبر عقبة أمام ممارسة هذا الامتياز لأن الأمر قد يكون خطيراً في نظر المؤلف بينما يبدو تافها أمام القضاء لذا فإن مسلك القانون السعودي والقانون الفرنسي جاء خلوا من هذا القيد^(٢).

الثانية : اشتراط المشرع المصري تدخل المحكمة في تقدير أسباب السحب مسلك جانبه الصواب إذ الأسباب التي تدعو المؤلف إلى استعمال مناقشتها أمام القضاء ، كما أن هذا يفتح الباب أمام الناشر للطعن في خطورة هذه الأسباب علاوة على ما تتطلبه الدعوى القضائية من نفقات وما تحتاجه من وقت مما قد

(١) أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار - المرجع السابق ص ١٢٥ .

(٢) د/ عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٢٧٦ .

يترتب عليه استمرار المصنف فى التداول فترة طويلة مردداً أفكاراً أصبح المؤلف بريئاً منها^(١).

موقف المشرع فى القانون الجديد :

لم يشترط المشرع المصري فى القانون الجديد^(٢) - لممارسة الحق فى السحب أو التعديل - كون الأسباب الدافعة إليه جوهرية بل اكتفى فقط باشتراط جدية الأسباب . ولقد كان مسلك المشرع فى القانون الجديد إزاء هذا الشرط موقفاً إلى حد كبير ، إذ أن اشتراط الجدية للممارسة هذا الحق أمر ضرورى ، إذ أن هناك حق آخر لا بد من مراعاته وهو حق الناشر فى استغلال المصنف مدة العقد استغلالاً هادئاً .

فالتنزع بوجودى أى سبب لاستعمال هذه الرخصة قد يهدد مصلحة الناشر ويهدم القوة الملزمة لعقد النشر دون مبرر معقول . ويحدث عدم التوازن الاقتصادى بين مركز المتعاقدين .

ولقد عدل المشرع عن اشتراط وجود الأسباب الجوهرية إذ الأسباب الجوهرية وجودها أمر نادر وفي حالة وجودها ربما اختلفت وجهة النظر حولها .

(١) د/ عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبى ص ٣٧٦ ، أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار - الحق الأدبى ص ١٢٦ ، د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٠٦ ، د/ أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون الكتاب الثانى نظرية الحق ص ٣٠٧ طبعة ١٩٩٦ دار النهضة العربية .

(٢) تنص المادة ١٤٤ من القانون الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على ما يأتى (للمؤلف وحده - إذا طرأت أسباب جدية - أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو يسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه رغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعرض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى تعويضاً عادلاً يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم .

فما يعتبره المؤلف جوهرياً قد لا يعتبره القاضى كذلك وهو أمر يصعب حدوثه فى حالة اشتراط "السبب الجدي" إذ جدية الأسباب كثيراً ما تتفق ووجهة النظر حولها .

الشرط الثانى :

أن يكون المصنف قيد التداول عند سحبه ، وهذا شرط بديهى إذ السحب يفترض قطعاً كون المصنف متداول بين الناس ^(١).

والذى يثير صعوبة فى الأمر هو تحديد معنى التداول ، وهو انتفاع مجموع من الناس بالمصنف الذى تم نشره انتفاعاً من شأنه أن يؤثر على سمعة المؤلف الأدبية. ويكون الأمر سهلاً فى حالة المصنفات التى تنشر بين الكافة للتداول ، إلا أن بعض المصنفات الفنية يصعب تحديدها إذا كان المصنف أصبح متداولاً أم لا . ومثال هذه الحالة أن يشتري شخص شريطاً به مادة فنية معينة ثم يبدأ فى عرض الشريط على الناس فإنه مضمونة أصبح متداولاً رغم أن حائزة هو شخص واحد ، فهل يستطيع أن يسحب المؤلف مصنفه فى هذه الحالة بناء على أن مضمونه قد أصبح متداولاً ؟

يرى الأستاذ الدكتور السنهورى أن للمؤلف ذلك بشرط أن يرد ثمن العمل إلى حائزه من التعويض إن كان له مقتضى .

وهذا ما نرجحه لأن العبرة إنما هى بالاطلاع على مضمون المصنف بانتشاره ^(٢).

(١) المرجع السابق .

(٢) د/ السنهورى - الوسيط ج - ٨ ص ٤٢٠ .

بينما يرى البعض الآخر من الفقهاء عدم جواز ذلك لانعدام صفة التداول لأن
أيلولة المصنف إلى شخص واحد دون أن يكون متداولاً لا يبرر سحبه (١).

موقف المشرع فى القانون الجديد :

لم يشترط المشرع المصرى فى القانون الجدي كون المصنف قيد التداول عند
المطالبة بسحبه بل رخص للمؤلف فى ممارسة هذا الحق حتى ولو لم يطرح
المصنف للتداول فعلاً حيث نصت المادة ١٤٤ على أنه (للمؤلف وحده - إذا
طرات أسباب جدية أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه
للتداول أو سحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه) .

الشرط الثالث : تعويض الناشر تعويضاً عادلاً

فإذا كان المؤلف قد استعمل حقه الأدبى فإن من حق الناشر أن يتمسك بالوفاء
له بعقده، لذا فإن المادة ٤٢ من القانون المصرى وأنت بين الحقين ، ففرضت
على المؤلف إن هو استعمل حق السحب أن تعوض الناشر تعويضاً عادلاً
يراعى فيه ما لحقه وما فاته من كسب .

فى حين أن بعض القوانين لم يشترط تقديم تعويض مالى وإنما يشترط فقط
تقديم كفيل شخصى يتعهد فى حالة عجز المؤلف عن دفعه (٢).

ومسلك هذه القوانين أفضل من مسلك القانون المصرى الذى اشترط التعويض
المقدم على استعمال حق السحب ، إذ أن مسلك القانون المصرى منتقد من عدة
وجوه :

(1) د/ عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبى ص ٣٧٥ .

(2) د/ عبد الرشيد مأمون - السابق ٣٧٧ ، ٣٧٨ .

أولاً : أن فيه انحياز إلى جانب الناشر وتفضيل الحق المالى على الحق الأدبى فى حين أن الهدف من اشتراط التعويض هو إحداث توازن بينهما دون أن نرجح أحدهما على الآخر، وإذا كان لابد لنا أن نرجح فلنرجح الحق الأدبى الذى هو أساس حق المؤلف ومنشأة^(١).

ثانياً : إن السحب بناء على الحكم هذه المادة لا يتم إلا إذا تحققنا من ضرورة السبب المؤدى له فإذا توافر المبرر للسحب وجب الإقدام عليه دون توقف على تقديم تعويض مقدم . إذا اشتراط تقديم التعويض فى هذه الحالة سيمثل بخساً لجانب المؤلف^(٢).

ثالثاً : إن تعليق السحب على تقديم العوض سيكون عقبة أمام كثير من المؤلفين الذين لا يملكون هذ التعويض عند إرادة استعمال هذا الحق ، فإن هذا الشرط سيكون مجحفاً لهم ولن يستفيد به إلا المؤلفون الأثرياء وسيكون المؤلف الفقير عاجزاً عن إصلاح أخطائه العلمية بسبب هذا الشرط^(٣).

رابعاً : اشتراط التعويض المقدم فيه مساس بالعلة الأساسية التى من أجلها وجدت فكرة حماية حق المؤلف وهى نشر الثقافة العامة ، ولا شك أن مثل هذا الشرط سيؤثر سلبياً على مستوى الإنتاج الذهني^(٤).

(١) د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٠٩ .

(٢) د/ حسام الأمواني - مقدمة القانون ص ٣١٥ ، ٣١٦ .

(٣) د/ القاضي - حق المؤلف ص ٢٦٢ ، د/ حسام لطفى - حق المؤلف ص ٢٦ ، د/ عبد الرشيد

مأمون - الحق الأدبى ص ٣٧٦ .

(٤) د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٠٩ .

موقف المشرع فى القانون الجديد :

أبقى المشرع فى القانون الجديد هذا الشرط وأبقى على صياغته كما هى دون تغيير بما يفيد أن المقتن المصرى ارتضى هذا المسلك رغم كل الانتقادات الموجهة إليه .

الفصل الثالث

أثر السحب على القوة الملزمة لعقد النشر

فى الفقه الإسلامى :

يجب أن نفرق بين حالتين :

الأولى : وهى حالة وجوب السحب .

الثانية : جواز السحب .

وسنتكلم عن موقف الناشر فى الحالتين :

الحالة الأولى : وجوب السحب والتعديل :

اتضح لنا مما سبق أن الفقه الإسلامى يلزم المؤلف بالرجوع فى حالة وجود مخالفة للكتاب أو السنة، أو مخالفة للإجماع أو القياس الجلي ، وفى هذه الحالة فإن المؤلف ملزم شرعاً بالسحب والتعديل، وأن يتبرأ من قوله ويعلم الناس بهذا الرجوع^(١).

وموقف الناشر فى هذه الحالة : أنه لا يملك الوقوف أمام تنفيذ المؤلف لهذا الإلتزام وليس أمام الناشر إلا طلب التعويض من المؤلف بناء على أحكام المسؤولية التقصيرية ، لأنه صدر منه خطأ سبب للناشر ضرراً فيجب عليه التعويض .

(1) الإمام الغزالى - المستصفى ص ٨٠ البخارى - كشف الأسرار ج ١ ص ١٩ ، الزركشى - البحر المحيط ج ١ ص ٢٧ ، الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام فى مصالح الأنعام ج ١ ص ١٩ ، القرافى - الفروق ج ١ ص ١٢٨ .

والخطأ الذى ارتكبه المؤلف هو تعاقدته على محل غير مشروع ، وكان سبب عدم المشروعية ويرجع إليه وحده ، فهو وحده الذى يعلم مدى مخالفة مصنفه لقواطع الكتاب والسنة . حتى فى حالة خطأ المؤلف ، أو سهوه فإنه يضمن ما تلف بسببه من مال أو نفس^(١).

والمفترض فى هذه الحالة عدم علم الناشر بالمخالفة . أما إذا كان الناشر يعلم وتعتمد النشر رغم ذلك، كما لو كان صاحب دعوة مضللة أو مذهب يخالف أحكام الشريعة ، ويريد تأصيل مبادئه فإنه لا يستحق أي تعويض لمشاركته فى وقوع هذا الخطأ .

الحالة الثانية : جواز السحب والتعديل :

فى هذه الحالة وكما سبق أن ذكرنا ، فإنه يجب على المجتهد أن يعمل بالرأى الثانى ولا يجوز له أن يعمل بالرأى الأول ليتبين خطأه فى نظره واعتباره . غير أن الرأى الأول لا يحكم ببطلان العمل بمقتضاه ، إذ أنه كان مبنيًا على الاجتهاد ، والثناى مثله فلا ينقضه ، بل إن الأول ترجح بالعمل ولقد شرط العلماء للعمل بالرأى الثانى ألا يترتب عليه بطلان العمل بالرأى الأول^(٢).

ويتفرع على هذا : مسألة وجوب إعلام الناس بالرأى الثانى فإن جمهور العلماء ذهب إلى عدم وجوب الإعلام بعد العمل^(٣) ونشر الرأى مظنه العمل فينبئ

(١) أبو البقاء - شرح الكوكب المنير ص ٦١٤ ، الجصاص - الفصول فى الأصول ج ٣ ص ٣٤٦ ، العطار - حاشية العطار على الجلال المحلى ج ٢ ص ٤٣١ .

(٢) ومحل العمل بالرأى الثانى . إذا كان الحكم المراد تغييره بالاجتهاد يحتمل انتقاله من محل إلى محل ، أو يحتمل التعاقب . أنظر : البخارى - كشف الأسرار ج ٣ ص ٨٤ .

(٣) الزركشى - البحر المحيط ج ٨ ص ٣٥٧ .

الحكم عليه فلا يلزم السحب والتعديل فى هذه الحالة ، ويظل القولان للمجتهد الواحد ، ولا حرج فى هذا .

فإذا قلنا : نعرف تاريخ كل منهما ، ومعلوم من كلام الفقهاء أنه إذا وجد رأيان لعالم واحد وعرف المتأخر منهما كان ناسخاً لما قبله، وهذا معهود عن جل فقهاءنا رضى الله عنهم، فالشافعى له آراء فى الجديد تختلف عنها فى القديم ومالك رضى الله عنه : رواية المغاربة عنه ربما اختلفت عن رواية البعديين، وينقل عن أبى حنيفة وأحمد فى المسألة أكثر من قول.

ولو كان القول الأول يجب إزالته لفعل هذا تلامذتهم والمحققون لمذاهبهم ، ولكنهم لم يفعلوا.

وحيث قلنا : بعدم وجوب السحب والتعديل . أصبح فى حق المؤلف جائزاً ، وهو حق له لا يمنع منه ، ومرد هذا إلى تقديره واعتباره دون تدخل للقضاء فى تقدير الأسباب التى تدفعه إلى هذا .

وينطبق هذا الحكم فى حالة الانتقال من مذهب إلى مذهب فلا يجب على المؤلف سحب كتبه المؤلفة على مذهبه القديم ولا تعديل آراءه السابقة، لأن كل المذاهب المعتمدة صحيحة من حيث الجملة ، ويترتب على عدم وجوب السحب والتعديل أن المؤلف إذا أقدم عليه فإنه يجب عليه أن يعرض الناشر تعويضاً عادلاً .

أما فى القانون :

فإن معظم القوانين نصت على تعويض الناشر تعويضاً عادلاً فى حالة السحب والتعديل وهذا أمر متفق عليه من حيث الجملة - وإنما الخلاف بين القوانين فى وقت دفع التعويض حيث ذهبت بعض القوانين - كالقانون المصرى إلى وجوب دفع التعويض مقدماً ، وبعض القوانين لم تشترط ذلك ، وبعض القوانين اكتفت

بتقديم كفيل ، والبعض الآخر لم يكتف بذلك ، وبعض القوانين ألجا تقدير التعويض للقضاء ، والبعض الآخر ألجأ إلى الإتفاق بين الطرفين (١).

ومما سبق يتضح لنا : أن الفقه الإسلامي والفقه الوضعي يتفقان على أن للمؤلف الحق المطلق في السحب والتعديل ، ويتفقان على وجوب تعويض الناشر المضار من جراء استعمال هذا الحق . ونقطة الخلاف بين الفقهين تنلخص في أن الناشر في حالة عدم علمه بمخالفة المصنف لما هو مقطوع بثبوته ودلالته ، فإنه يستحق التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية ، إذا العقد باطل من منشاء لعدم شرعية منحه ، وفي القانون يستحق الناشر التعويض بناء على مخالفته للنظام العام والآداب ، ولا شك أن موقف الفقه الإسلامي هي الأق في هذه الحالة ، لأن فكرة النظام العام والآداب المشترطة في محل العقد فكرة غير محددة وغير منضبطة .

وفي الفقه الإسلامي : إذا كان الناشر عالماً بمخالفة المصنف لمبادئ الشريعة الإسلامية وتعتمد نشره فإنه لا يستحق التعويض .

وفي القانون يستحق لعدم وجود ما يمنعه من ذلك قانوناً .

في الفقه الإسلامي يوجب الرجوع في بعض الحالات . أما القانون فيجعل الرجوع محض حق للمؤلف له أن يقدم عليه أولاً .

بل وضعت بعض القوانين عوائق أمام استعمال هذا الحق مثل اشتراط تقديم تعويض مالي مقدماً قبل القدوم على استعمال هذا الحق .

(١) د/ أحمد سلامة - نظرية الحق ص ٣٠٩ ، د / عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٣٧٧ ،

٣٧٨ ، د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٥٦٥ ط ١٩٨٨ طبعة الدار الجامعية ،

د / جلال علي عدوي - الحقوق ص ٤١٠ .

الفرع الثانى

تعدد عقود النشر

قد يعتمد المؤلف إلى إبرام عقد نشر مع ناشر آخر قبل نهاية مدة العقد الأول .
فالعقد الثانى يعتبر تعرضاً من المؤلف للناسر الأول قد يؤثر على انتفاعه
بالمصنف ، والمؤلف بحكم العقد الأول ضامن لهذا التعرض .
ولقد ذكر الفقهاء فى عقد الإجازة مسألة ورود العقد على العقد وفرقوا بين
حالتين :

الأولى : حالة عدم التعارض الزمنى بين العقدين بأن كان العقد الثانى مضافاً
للمستقبل بحيث لا يبدأ سريانه إلا بعد نهاية مدة العقد الأول .
الثانية : حالة التعارض الزمنى بين العقدين بأن كانت مدة العقد الثانى تتداخل
مع مدة العقد الأول ولقد اختلفت كلمة العلماء فى حكم كل حالة من الحالتين
السابقتين . على النحو التالى :

أولاً : حالة عدم التعارض الزمنى بين العقدين :
اختلف الفقهاء فى جواز إبرام عقد إجازة منافع عين مشغولة بإجازة أخرى على
قولين :

الأول : وهوة للشافعية^(١) ، وبعض الحنابلة^(٢) ، والشيعة الزيدية^(٣) ، حيث
يرون جواز العقد الثانى ، إذ أن الإجازة على منافع الأشياء لا يجوز إضافتها

(١) الأنصارى - أسنى المطالب شرح روض الطالب ج٢ ص ٤٠٨ ، الشربيني - مغنى المحتاج

ج٣ ص ٤٥٢ ، الرملى - تحفة المحتاج ج٢ ص ١٣٩ .

(٢) المرداوى - الإنصاف ج٦ ص ٤٣ ، البهوتى - كشف القناع ج٤ ص ٢٤ .

إلى زمن مستقبل ، وأن العين المؤجرة تكون تحت يد المستأجر الأول وهى مانعة من تسليم العين إلى المستأجر الثانى فلا يصح العقد الثانى ولا ينفذ ، وقاسوا هذه المسألة على بيع العين الغائبة ، وبيع ما ليس عند الإنسان وهما غير جائزين (٢).

إلا أن الشافعية أجازوا ورود العقد على العقد فى حالتين :

الأولى : حالة إيجارها قبل نهاية مدة العقد الأول لنفس المستأجر الأول حيث أن العقد الثانى سيكون امتداداً للعقد الأول (٣).

الثانية : الإجارة على وجه التعاقب كإجارة سيارة لشخصين بعقدين مختلفين على أن يركبها كل واحد منهم فترة معينة بحيث يتعاقبون عليها (٤).

الثانى : وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية (٥) ، والمالكية (٦) والمعتد عند الحنابلة (٧) ، حيث يرون جواز التعاقد على إجارة العين مدة تلي المدة الأولى ،

(١) الصنعانى ، أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني - التاج المذهب فى أحكام المذهب جـ ٣ ص ٨٤ طبعة مكتبة اليمن .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الأنصارى - أسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٠٨ ، البجيرمى - حاشية البجيرمى جـ ٣ ص ١٧٢ ، الرملى - تحفة المحتاج جـ ٦ ص ١٣٩ ، الجمل - حاشية الجمل جـ ٣ ص ٥٤٣ ، ابن المرتضى - البحر الزخار جـ ٥ ص ٣٤ .

(٤) الأنصارى - شرح البهجة جـ ٣ ص ٣١٦ ، الشربيني - مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥٢ ، قليوبى وعميرة - حاشيتا قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٧٢ ، الرملى - تحفة المحتاج جـ ٦ ص ١٤٠ .

(٥) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٤١٥ ، على حيدر - در الحكام جـ ١ ص ٦٧٥ .

(٦) المواق - التاج والإكليل جـ ٧ ص ٥٧٨ ، الدسوقي - حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٤٦ ، عlish - منح الجليل جـ ٧ ص ٤٦١ .

(٧) ابن مفلح - الفروع جـ ٤ ص ٤٣٨ ، المرداوي - الإنصاف جـ ٦ ص ٤٢ ، البهوتى - شرح منتهى الإرادات جـ ٣ ص ٦٢٤ .

حيث لا مانع من صحة هذا العقد وأن القدرة على التسليم ممكنة عند بدأ سريان العقد ، ولا تعارض بين حق المستأجر الأول وحق المستأجر الثاني ، إذ أن حق المستأجر الثاني لا يبدأ إلا حيث رفع المستأجر الأول يده عن العين ^(١). وهذا ما نرجحه ، إ عدم القدرة على التسليم ، إنما تمنع من صحة العقد ، إذا التسليم واجباً على الفور و وفى هذه الصورة فإن التسليم ين يجب إلا حيث كانت هناك قدرة على استيفاء المنفعة وهذه القدرة لن توجد إلا عند بداية العقد ، فيكفى حينئذ إمكان التسليم فى المستقبل لصحة العقد .

ثانياً : حالة التعارض الزمنى بين العقدين :

إذا أبرم المؤلف عقد نشر يبدأ سريانه أثناء سريان مدة العقد الأول فإن العلماء اختلفوا فى حكم العقد الثانى على قولين :

الأول : وهو لجمهور الحنابلة : حيث يرون صحة العقد الثانى وجوازه متى كان المؤجر قادراً على تسليم العين المؤجرة للمتعاقدين ، يستوفيان منها المنفعة دون تعارض ^(٢).

الثانى : وهو لجمهور العلماء : وهم يرون عدم جواز ذلك ، إذ لا بد من وجود تعارض بين الحقين ، وحق المستأجر الأول أولى ، لتقدم عقده ولثبوت استحقاق المنافع له وثبوت يده على العين ^(٣). ويترتب على بطلان العقد الثانى أن العقد

(١) المرجع السابق .

(٢) ابن مفلح - الفروع جـ٤ ص ٤٣٨ ، المرداوى - الإنصاف جـ٦ ص ٤٢ ، البهوتى - شرح منتهى الإرادات جـ٣ ص ٦٢٤ ، ابن تيمية - الفتاوى الكبرى جـ٥ ص ٤٠٨ .

(٣) الزركشى - المنثور فى القواعد الفقهية جـ٢ ص ٤١٠ : ٤١١ ، السيوطى - الأشباه والنظائر ص ١٥١ قاعدة " المشغول لا يشغل " ، ابن قدامه - المغنى جـ٥ ص ٢٥٢ ، السرخسى - المبسوط جـ١٥ ص ١٧٧ .

الأول إذا أبطل أو فسخ لأي سبب من الأسباب لا يلزم المؤلف بتسليم المصنف للناشر لبطلان عقده (١).

والذى نرجحه ونأخذ به فى مجال عقد النشر هو رأي الحنابلة حيث يجوز فى مجال نشر المصنفات التعاقد مع أكثر من ناشر إذا أمكن عدم التعارض بين الحقوق كما لو تعاقد على نشر كتاب على هيئة قصة ثم يتعاقد على نشر فيلمًا سينمائيًا أو مسرحية أو ينشره باللغة العربية فى مصر ثم يترجمه إلى لغة أخرى وينشره بها فهنا تتعدد عقود النشر ولا معارضه بينها .

(١) د / على حيدر - در الحكام ج-٢ ص ٦٧٥ .

الفرع الثالث

التعرض عن طريق بيع الحق المالى

يتخذ ورود العقد على العقد هنا شكلاً آخر وهو ان مورد العقدین مختلف فمورد عقد النشر هو منفعة المصنف ومورد عقد البيع هو بيع الحق المالى بأكمله فهو يرد على ذات المصنف فى شقة المالى فهل يصح هذا البيع ، وإن صح فهل يؤثر على عقد النشر .

اختلف العلماء فى صحة عقد البيع الوارد على عقد الإجارة على أربعة أقوال :

القول الأول :

وهو للجمهور من المالكية ^(١) والحنابلة ^(٢) واحد قولى الشافعى ^(٣) وهو قول الظاهرية : حيث يرون جواز ورود عقد البيع على العين المؤجرة فى حالة شغلها بعقد الإجارة .

-
- (١) ابن دقيق العيد - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ج٢ ص ١٤٠ ، الإمام سحنون المدونة ج٢ ص ٤٤٦ . ورواية المدونة تشترط فى صحة البيع الوارد على الإجارة أن تكون الإجارة قريبة بيوم أو يومين وإلا فسخ البيع والمعتمد فى المذهب على أن تكون الإجارة قريبة بيوم أو يومين وإلا فسخ البيع والمعتمد فى المذهب على خلاف ذلك وهو اختيار القاضى عبد الوهاب ، وابن جزى وابن الجلال وبعض المتأخرين ، الخطاب - مواهب الجليل ج٥ ص ٤٠٨ ، ميارة - الإتيقان والإحكام ج٢ ص ٨٣ .
- (٢) البهوتى - منتهى الإرادات ج٣ ص ٦٦٤ ، ابن رجب الحنبلى - القواعد الفقهية ص ٤٤ ، ابن قدامه - المغنى ج٥ ص ٢٧٣ .
- (٣) الزركشى - المنثور ج٣ ص ٣٧٧ ، السيوطى - الأشباه والنظائر ص ١٥١ ، البجيرمى - حاشية البجيرمى ج٣ ص ٢١٦ ، الجمل - حاشية الجمل ج٣ ص ٥٥٩ .

ودليلهم فى هذا عموم قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ . فالآية عامة تشمل كل بيع لم يرد دليل باستثنائه ولم يرد دليل يحرم بيع العين المؤجرة ، فيبقى على أصله .

واستدلوا أيضاً بأن مورد العقدين مختلف ، فالبيع وارد على الذات والإجارة واردة على المنفعة ورود العقد على أحدهما لا يمنع من وروده على الآخر .

القول الثانى :

وهو لبعض الحنفية ^(١) وبعض الحنابلة ^(٢) . حيث يرون بطلان البيع الوارد على الإجارة .

ودليلهم فى هذا : أن يد المستأجر مانعة من تسليم المبيع فور التعاقد ، لأن العين تكون تحت يده فالمنفعة لا تستوفى إلا منها . فبيعها وهى تحت يد المستأجر يكون كبيع ما ليس عند الإنسان وهو منهي عنه .

ويناقش : بأن يد المستأجر لا تمنع من تسليم العين ، لأن يد المستأجر ليست على الذات وإنما هى على المنفعة ، وثبوت اليد على أحدهما لا يمنع تسليم الآخر فإنه يكون كمن اشترى عينا أوصى بمنافعها مدة معينة ، فإن الرقبة تنتقل إليه وتسلم إليه مسلوبة المنفعة حتى انتهاء مدة الوصية بالمنفعة فكذلك هنا ، فلن الرقبة تنتقل ملكيتها إلى المشتري مسلوبة المنفعة مدة سريان عقد الإجارة .

= والخلاف عند الشافعية إنما هو فى حالة بيع العين المؤجرة لغير المتأجر أما بيعها للمستأجر فإنه يجوز عندهم من غير خلاف . ينظر فى ذلك أيضاً ، الشربيني - مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٩١ ، قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٨٨ .

(١) الكاسانى - بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٢٠٧ .

(٢) ابن قدامه - المغنى جـ ٥ ص ٢٧٣ .

القول الثالث :

وهو لجمهور الحنفية : حيث يرون أن البيع نافذ في حق البائع والمشتري موقوف في حق المستأجر على إجازته فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه لم ينفذ^(١).
ويناقش : بأن البيع لم يرد على حق المستأجر فلا تعتبر إجازته فالإجازة إنما تكون ممن يملكها وهذا لا يملكها لكون البيع وارداً على الذات ولا سلطان له على هذه الذات .

القول الرابع :

وهو للشيعة الزيدية وهؤلاء يرون صحة البيع إذا كان المستأجر هو المشتري ويبطل إذا كان المشتري شخصاً آخر غير المستأجر^(٢).
ويناقش : بأن وجود العين تحت يد المستأجر لا يمنع من بيعها فلا سبيل له على الذات ، وحيث قلنا بجواز البيع فلا فرق بين كون المشتري هو المستأجر أو غيره فقصر الجواز على المستأجر تحكم لا مسوغ له .
والراجع من هذه الأقوال هو قول الجمهور ، إذ اختلاف مورد العقدين يقضى بجوازهما ، ولا ضرر في ذلك فإن حق البائع لا يتأثر بحق المشتري وتأخير تسليم العين المباعة لا يؤثر على صحة البيع كما في السلم فإن المسلم فيه يتأخر قبضه ولم يقل أحد بعدم جوازه .
وعلى ذلك فإن المؤلف يجوز له أن يبيع حقه المالي أثناء سريان عقد النشر على أن من انتقل إليه الحق لن يملك نشر المصنف إلا بعد نهاية مدة العقد الأول .

(١) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ١٤٥٦ ، الكاساني - بدائع الصنائع

ج ٤ ص ٢٠٧ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١١٠ ، ابن نجيم - البحر الرائق ج ٨ ص ٤ .

(٢) ابن المرتضى - البحر الزخار ج ٥ ص ٦١ .

ثانياً : حكم عقد النشر بعد ورود عقد البيع عليه :

إذا ورد عقد البيع على عقد النشر فإن من يقولون بجواز ورود البيع على الإجارة اختلفوا فى تأثير عقد الإجارة بالبيع .

فالمجمهور ^(١) منهم يقولون بأن الإجارة لا تتأثر بعقد البيع فهي أولى ، وتأثرها بالبيع فيه إضرار بالمشتري وأكل لماله بالباطل .

وذهب الظاهرية ^(٢) وبعض الشيعة الزيدية ^(٣) إلى القول بفسخ عقد الإجارة واستدلوا على قولهم بأنه بعد بيع العين المؤجرة فإن المنافع تحدث على ملك المشتري وإجبار إنسان على تأجير شئ مملوك له أكل لماله بالباطل .

ويناقش : بأن المشتري إما أن يكون عالماً بأن العين مشغولة بعقد الإجارة وإما أن يكون غير عالم به فإن كان عالماً فأقداً على الشراء رغم علمه بوجود الإجارة دليل على قبوله انتقال الرقبة إليه محملة بحق المستأجر فى الانتفاع وليس فى هذا أكل لماله بالباطل . ثم إن المنفعة فى مدة الإجارة ليست ملكاً للبائع حتى يبيعها ، فإن باعها يكون كمن باع ما ليس عنده وهو حرام ، فالعقد يكون باطلاً لعدم القدرة على التسليم . فالبائع لا يملك إلا الرقبة وقد باعها فلا يتأثر حق المستأجر ببيع هذه الرقبة .

(١) الإمام سحنون - المدونة جـ ٣ ص ٤٤٦ ، الخطاب - مواهب الجليل جـ ٥ ص ٤٠٨ ، الإتيان والإحكام (شرح ميارة) جـ ٢ ص ٨٣ ، السيوطي - الأشباه والنظائر ص ١٥١ ، الزركشي - المنثور فى القواعد الفقهية جـ ٣ ص ٣٧٧ ، البجيرمي - حاشية البجيرمي جـ ٣ ص ٢١٦ ، ابن قدامة - المغنى جـ ٥ ص ٢٧٣ ، ابن رجب - القواعد الفقهية ص ٤٤ ، ابن المرتضى - البحر الزخار جـ ٥ ص ٦١ .

(٢) ابن حزم - المحلى جـ ٧ ص ٦ .

(٣) ابن المرتضى - البحر الزخار جـ ٥ ص ٦١ .

أما إذا كان المشتري غير عالم بهذه الإجارة وإنما اكتشف بعد العقد أن العين المبيعة مؤجرة فإن عقد الإجارة أيضاً لا يتأثر ويثبت الخيار للمشتري فإن شاء رد المبيع لوجود عيب به "وهو شغل العين بحق المستأجر" وله أن يصبر حتى نهاية عقد الإجارة ثم يمتلك العين بمنفعتها.

وبناء على ذلك : أن المؤلف إذا باع الحق المالي جملة فإن عقد النشر يبقى ولا يتأثر بورود عقد البيع عليه .

الحكم لو انتقل الحق المالي إلى الناشر :

من خصائص الحق المالي أنه ينتقل إلى الوارث بمجرد موت المؤلف ويعتبر أحد عناصر التركة ، وقد يحدث أن يكون الناشر هو الوارث فهل يفسخ عقد النشر بالنسبة له أم يبقى حقه في نشر المصنف لا يشاركه فيه الورثة .

اختلف العلماء في فسخ عقد الإجارة إذا ملك المستأجر العين المؤجرة على قولين :

القول الأول :

أن عقد الإجارة يفسخ ، لأن العقد على منفعة العين ، يبطل بملك العين ، ولأن ملك العين يمنع ابتداء الإجارة فيمنع من استدامتها وهو قول المالكية وبعض الحنابلة ، والإمامية^(١).

(١) الحطاب - مواهب الجليل ج٥ ص ٤٠٧ ، الدردير - الشرح الكبير ج٤ ص ١١ ، الدسوقي - حاشية الدسوقي ج٤ ص ١١ ، ابن رجب الحنبلي - القواعد الفقهية ص ٤٣ ، ابن المرتضى - البحر الزخار ج٥ ص ٦٠ .

القول الثاني :

أن الإجارة لا تبطل ، لأنه ملك المنفعة بعقد وهو سبب يختلف عن سبب ملكيته للعين فيكون كمن ملك الثمرة بعقد وملك الأصل بعقد آخر و هو قول الشافعية والحنابلة (١).

والذي نرجحه هو انفساخ عقد الإجارة بملكية المستأجر للعين المؤجرة ، إذ هو ملك المنفعة والذات فلا يوجد ما يستدعى بقاء الإجارة على عين هو مالکها. وبناء على ذلك : فإن الناشر إذا ملك الحق المالي على المصنف بميراث أو شراء فإن عقد النشر يفسخ ويزول أثره بهذه الملكية .

أما في القانون :

فإن المؤلف ملزم قانوناً بعدم التعرض الشخصي ، فلا يجوز له أن يأتي عملاً من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه ومن ثم لا يجوز للمؤلف أن يقوم بنشر المصنف بنفسه ، أو بواسطة ناشر آخر ، وإلا كان مسؤولاً عن هذا الفعل لإخلاله بالإلتزام المترتب على عاقته وهو التزامه بعدم التعرض (٢).

(١) ابن قدامه - المغنى ج٥ ص ٢٧٤ ، ابن رجب الحنبلي - القواعد الفقهية ص ٤٣ ، البهوتي - كشف القناع ج٤ ص ٣١ ، ابن المرتضى - البحر الزخار ج٥ ص ٦٠ ، المرادوي - الإنصاف ج٦ ص ٣٩ ، السيوطي - الأشباه والنظائر ص ١٥١ ، الأنصاري ، أسنى المطالب ج٢ ص ٤٣٤ .

(٢) السنهوري - الوسيط ج٧ ص ٣٣٦ ، ج٨ ص ٣٤٨ ، د/ محمد كمال عبد العزيز - نظرية الحق ص ٦٤ ، د/ مختار القاضي - نظرية الحق ص ١٠٥ ، د/ جلال علي العدوي و د/ رمضان أبو السعود - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ص ٤١٧ ، د/ محمد السعيد رشدي - عقد الشر ص ١٠٩ ، د/ عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٢٨ ، د/ محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة رقم ١٠٩ .

ولقيام مسئولية المؤلف عن هذا التعرض لابد من توافر شروط معينة هي :

الشرط الأول : أن يقع التعرض فعلا :

ويقع التعرض من المؤلف إذا نازع الناشر في أي حق من الحقوق المتنازل له عنها، سواء كانت هذه المنازعة متمثلة في نشر المصنف ذاته، أو إجراء تلخيص له متضمنين نفس المعنى بما يؤثر على مصلحة الناشر المالية، أو بالتعاقد على نشر المصنف مرة ثانية في نفس المدة التي يسري فيها العقد الأول وبنفس مواصفات العقد الأول .

فيشترط صدور الفعل من المؤلف حتى يكون مسئولا عن تعرضه فلا يكفي مجرد التهديد بالتعرض، أو التعرض المحتمل لقيام هذه المسئولية^(١). وهذا الشرط يفهم نص المادة (١٤٩) من القانون الحالي والتي تنص في عجزها على "أن المؤلف يمتنع عليه القيام بأي عمل من شأنه تعطيل استغلال العمل محل التصرف " .

فالعمل الذي من شأنه تعطيل استغلال المصنع هو الفعل الواقع فعلا فإن التهديد لا يعطل الاستغلال ما لم يظهر في مظهر مادي ملموس .

(١) د/ اسماعيل غانم - النظرية العامة للإلتزام فقرة ٦٧ ، ولقد اشترطت محكمة النقض في أكثر من حكم لها وجود الضرر فعلا وأن الضرر الاحتمالي لا يشمل التعويض ومن هذه الأحكام : الحكم الصادر ١٩٦٥/٥/١٣ طعن رقم ٢٥ لسنة ٢٧ ق والحكم الصادر في : ط ١٦٧٧/٢/٨ في الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٤٢ قضائية ، والحكم الصادر في ١٩٨٧/١٠/٢٩ في الطعن رقم ٦٤٠ لسنة ٥٥ قضائية .

الشرط الثاني : أن يكون التعرض بغير حق :

فقد يكون تعرض المؤلف للناشر قائماً على أساس قانوني ومثال ذلك : كما لو قام المؤلف بنشر المصنف لأن الناشر أهمل في نشره في الوقت المحدد بينهما، أو أساء في استعمال حقه في نشر المصنف فقام بإدخال تعديلات أدت إلى تشويهه مما أدى إلى الإضرار بمصلحة المؤلف الأدبية .

ففي هذه الحالة فإن للمؤلف أن يقوم بنشر المصنف بعد فوات الميعاد المتفق عليه دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي بذلك متى كان الإهمال ظاهراً ، أو كان الناشر سيئ النية يعمل على تعطيل نشر المصنف ^(١).

فإذا قام المؤلف بنشر المصنف فإنه لا يكون مسئولاً وإن مثل فعله تعرضاً يؤدي إلى تعطيل استغلال الناشر الذي تعاقد معه أولاً .

الشرط الثالث : أن يكون من شأن التعرض أن يؤثر على مصلحة الناشر :

فإذا كان التصرف لا يمثل ضرراً للناشر فلا يسأل عنه المؤلف وعلى ذلك فيجوز للمؤلف أن يتعاقد مع أكثر من ناشر على نشر مصنف معين بحيث يتولى أحدهم طبعة فاخرة والآخر طبعة شعبية . فإنه لا منافسة في الحالتين ، إذ لكل طبعة جمهورها الخاص بها ، لكن المحذور على المؤلف أن يتولي الإتفاق مع ناشرين على نشر مصنف معين بمواصفات واحدة ^(٢) فإن هو فعل ذلك كان مسئولاً عن تعرضه للناشرين في الحقوق المترتبة لها.

(١) د/ مختار القاضي - حق المؤلف ص ١٠٥ .

(٢) د/ السنهوري - الوسيط ج٧ ص ٣٣٧ ، د/ محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ١١ و ١١١ ،

د/ محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة ص ٢٠١ .

فإذا قام الناشر الأول بنشر المصنف وعلم الناشر الثاني بتعاقده مع المؤلف فلا يجوز له أن يقوم هو بنشر المصنف وإلا كان مسئوفاً أمام الناشر الأول مسئولية تقصيرية بجانب مسئولية المؤلف الذي يسأل مسئولية عقدية^(١). أما إذا كان الناشران حسني النية وقت التعاقد فلا رجوع لأحدهما على الآخر والمؤلف مسئول أمامها مسئولية عقدية^(٢).

ويترتب على هذا الشرط أيضاً : أن المؤلف يجوز له أن يبرم عقود نشر متعاقبة التاريخ ، لأن استغلال أحدهما لا يؤثر على استغلال الآخر لوجود التفاوت الزمني بين هذه العقود . فإذا ما توافرت هذه الشروط الثلاثة كان المؤلف مسئوفاً عن تعرضه للناشر في استغلال المصنف .

ومما سبق يتضح لنا :

اتفاق الفقه الإسلامي والقانون المدني في منع المؤلف من التعرض للناشر في استغلال المصنف تعرضاً يؤدي إلى تعطيل هذا الاستغلال . فالفقه الإسلامي والقانون يجمعان على وجود هذا الإلتزام ، وأن المؤلف لا يجوز له أن يتصرف في المصنف مرة أخرى ، إذا التصرف الثاني يؤثر على التصرف الأول .

حتى أن الحنابلة الذين يقولون بجواز تعدد العقود دون اشتراط التفاوت الزمني فإنهم يشترطون القدرة على التسليم وهذا يتفق تماماً مع ما ذهب إليه فقهاء القانون من كون المؤلف يستطيع أن يتعاقد مع ناشرين على نشر مصنف

(١) د/ عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٢٨ ، د/ محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ١٠٩ ، د/ محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة ص ٢٠١ .

(٢) المراجع السابقة .

طبعتين مختلفين إحداهما فاخرة والأخرى شعبية، إذ توجد القدرة على التسليم
المشتركة في الفقه الحنبلي (١).

(١) ابن مفلح - الفروع ج٤ ص ٤٣٨ ، المرداوي - الإيضاف ج٦ ص ٤٢ ، البهوتي - شرح
منتهى الإرادات ج٢ ص ٦٢٤ ، ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج٥ ص ٤٠٨ .

المطلب الثاني

التعرض الصادر من الغير

قد يحدث تعرض للناشر في انتفاعه بالمصنف ويكون هذا التعرض صادراً من غير المؤلف.

والتعرض الصادر في الغير إما أن يكون بحق وإما أن يكون بغير حق . فإن كان للمتعرض حق في تعرضه كما لو كان هو المالك الحقيقي للمصنف ، فإن العقد يفسخ ويعود الناشر على المؤلف بما دفعه له من المقابل المالي مع التعويض إذا كان له مجال أما إذا لم يكن المتعرض حقا في تعرضه ، كما لو قام بنشر المصنف دون إذن صاحبه فإنه يعامل معاملة المعتصب والفقهاء في حالة عصب العين المؤجرة أثبتوا خيار الفسخ للمستأجر فيما بقي من المدة^(١)، لأن الاعتداء وقع على حق المؤجر والمستأجر معاً . وعلى ذلك فإن المؤلف يضمن تعرض الغير إذا كان بحق ولا يضمنه إذا كان بغير حق.

(١) سحنون - المدونة جـ ٣ ص ٥١٦ ، ابن فرحون - تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢١٣ ، المواق - التاج والإكليل جـ ٧ ص ٣٢٥ ، السرخسي - المبسوط جـ ١٥ ص ١٤٨ ، الكاساني - بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٢١٣ ، البابرتي - العناية جـ ٩ ص ٧٢ ، الإمام الشافعي - الأم جـ ٤ ص ١٩ ، الرملي - فتاوي الرملي جـ ٣ ص ٢ ، الخطيب الشربيني - مغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٦٨ ، ابن قدامة - المغنى جـ ٥ ص ٢٤٦ ، ابن رجب - القواعد الفقهية ص ١٥٦ ، المرداوي - الإنصاف جـ ٦ ص ٦٥ .

أما فى القانون :

فإن القانون ألزم المؤلف بضمان كل تعرض يحدث من الغير للناشر المتعاقد معه ويتسع الضمان ليشمل كل إدعاء صادر من الغير ويكون متعلقاً بالمصنف كأن يدعى شخص أن الأفكار التي يتكون منها المصنف مسروقة كلها أو بعضها ^(١) ، أو يدعى شخص أن المصنف يتضمن سباً أو قذفاً يستوجب المسؤولية عنه ، فإذا لم يستطع المؤلف درأ هذا الاعتداء كان للناشر أن يرجع بالضمان على المؤلف ^(٢).

-
- (١) فالسرقة فى مجال التأليف قد تكون شاملة وقد تكون جزئية وقد تكون عن طريق الترجمة فالسرقة الشاملة تتمثل فى النقل الكلي لما كتبه الغير ، ونسبته إلى الناقل ، ويستدل على هذا النوع من السرقة من خلال التطابق التام بين ما كتبه وما صنف قبله فمقل هذا التطابق يدل بطبيعته على وضع اللاحق وأنه سرق سابقة ، إذ الفضل قبله فمثل هذا التطابق يدل بطبيعته على وضع اللاحق وأنه سرق سابقه ، إذ الفضل فى مجال التأليف للأسبق ، أم السرقة الجزئية فيقصد بها اختلاس أجزاء من مصنف سابق دون ردها إلى أصلها أو نسبتها إلى من صنفها وهذا النوع أكثر شيوعاً من سابقة ويصعب اكتشافه فى أكثر الأحيان ، أما السرقة عن طريق الترجمة فتتمثل فى قيام السارق بترجمة المصنف الأصلى دون الحصول على إذن منه ، ينظر فى ذلك أساتذتنا الدكتور/ عبد الله النجار - نطاق الخطأ وتطبيقاته فى مجال انتحال المؤلفات رقم ٣٩ ، ٤٠ و ٤٧ .
- (٢) السنهوري - الوسيط ج٧ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، د / حمدي عبد الرحمن - فكرة الحق ص ١٥٠ ، د/ عبد السميع أبو الخير - الحق المالى للمؤلف ص ١٣٠ .

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على ثبوت التعرض

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

إذا أخل المؤلف بالتزامه بعدم التعرض ، وأتى من الأفعال ما يؤدى إلى إعاقة الناشر فى انتفاعه بالمصنف سواء أكان تعرضاً شخصياً أو من الغير وكان المؤلف له دخل فيه فإنه يكون ضامناً لهذا التعرض. ويترتب على ثبوت هذا الضمان ما يلى :

أولاً : وجوب إزالة أسباب التعرض .

ثانياً : ثبوت خيار الفسخ للناشر .

ثالثاً : الحكم بالتعويض إذا كان له مجال .

أولاً : وجوب إزالة أسباب التعرض :

يجب إزالة الضرر الذى وقع على الناشر من جراء تعرض المؤلف له وإزالة الضرر تكون بإزالة أسبابه أولاً فيؤمر المؤلف بالكف عن الأفعال التى كانت سبباً فى حدوث هذا الضرر، فإذا كان المؤلف قد قام بنشر المصنف بنفسه أو بواسطة غيره، فيجب وقف النشر فوراً ومصادرة النسخ التى كانت معدة للنشر، ويجوز أن يمتلكها الناشر الأول بنفقات طبعها.

وهذا مبني على ما قرره الفقهاء من أن المؤجر إذا قام بغصب المنفعة بعد أن آخرها لغيره فإنه يجب عليه الكف عن المضي في هذا العمل ^(١) واختلقت كلمة الفقهاء في الزرع الموجود فقال بعضهم يجب قلعه وقال البعض كلمة الفقهاء في الزرع الموجود فقها بعضهم يجب قلعه ، وقال البعض الآخر بل يجوز للمستأجر أن يملكه بنفسه . والحل الأخير هو الذي نرجحه فإن الغرض من العقد هو النشر وأخذ النسخ بتكلفتها خير من إتلافها ، فإن المحافظة على الأموال مقصود شرعي غير أننا لا نرى إجبار الناشر على قبول هذه النسخ فقد يكون عنده من النسخ ما يزيد عن الحاجة فالزامة بقبول نسخ تزيد عن الحاجة فيه إجحاف فيه، في حين أن الغرض من مصادرة النسخ هو تخفيف الأضرار التي لحقت به .

وفي القانون :

إذا قام المؤلف بنشر المصنف بنفسه فإنه يؤمر قضاء بالكف عن التعرض عن طريق الكف عن البيع مع مصادرة النسخ الموجودة غير أن الفعل قد لا يقتصر أثره على المؤلف وحده فقد تكون المصادرة واقعة على من تعاقد معه المؤلف للمرة الثانية متى كان عالماً بعقد النشر الأول وأقدم على النشر بسوء نية وليس

(١) الإمام ابن رجب - القواعد الفقهية ص ١٥٦ ، المرداوي - الإنصاف ج ٦ ص ٦٥ ،
البهوتي - كشف القناع ج ٤ ص ٣٠ ، ابن حجر الهيتمي - تحفة المحتاج ج ٦ ص ١٩٣ ، ١٩٤ ،
الرملي - نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٢٤ .

أمام الناشر الثاني إلا الرجوع على المؤلف بالتعويض بمقتضى المسؤولية العقدية (١) .

ثانياً : فسخ العقد :

إذا كان التعرض كاملاً بحيث أنه حال بين الناشر وبين الانتفاع بالمصنف كلية فإن للناشر أن يطلب فسخ العقد ولم يختلف العلماء فى هذه المسألة فقد قرروا أن المؤجر إذا حال بين المستأجر وبين العين المؤجرة حتى نصف مدة العقد فإن الأجرة تسقط ويفسخ العقد (٢) . أما إذا كان التعرض جزئياً فللعلماء فى فسخ العقد قولان مبنيان على مسألة فسخ عقد الإجارة بسبب التعطيل الجزئى للانتفاع وقد بينا ذلك فى المبحث الثالث من الفصل السابق .

وفى القانون :

فغن المؤلف إذا حال بين الناشر والانتفاع بالمصنف كان للناشر طلب فسخ العقد اتفاقاً سواء كانت الإحالة كلية أو جزئية . وإذا فسخ العقد وجب على المؤلف رد ما أخذ من مقابل مالى لعدم استحقاقه لهذا المقابل إذ هو أخذه مقابل تمكين الناشر من الانتفاع ولم يفعل فيكون غير مستحق لما أخذ فيجب الرد (٣) .

(١) الوسيط جـ ٧ ص ٣٣٧ ، د / مختار القاضى - حق المؤلف ص ١٠٦ ، د / محمد كمال عبد

العزیز ص ٦٤ ، محمد سعيد رشدي - عقد النشر ص ١٠٩ ، د / محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة ص ٢٠٠ .

(٢) ولقد ذكر العلماء أن من الأسباب الموجبة للضمان الحيلولة بين صاحب الحق وحقه ولا شك أن تعرض المؤلف تعرضاً كلياً يؤدي إلى فوات مصلحة للناشر .

(٣) د / نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٢٧ ، د / عبد السميع أبو الخير - الحق المالى للمؤلف ص ١٢٩ ، د / محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة ، ص ٢٠١ .

وفي الفقه الإسلامى :

اتفق الفقهاء ^(١) على وجوب رد مقابل مدة التعطيل عن الانتفاع حيث إن المؤلف أخذ هذا المقابل المالى عوضاً عن تمكين الناشر من الانتفاع بالمصنف فإذا لم يفعل صار ما قبضه بلا بدل يقابله مخالف بذلك ما يقتضيه المعاوضة من ثبوت الملك معاوضة فى البدلين .

لكن إذا كان المؤلف قد عجل له الأجر بالشرط أو العرف وأخذ الأجر عن الانتفاع فى كل المدة فهل يجب عليه رد جميع الأجرة أم أنه لا يرد إلا ما يقابل مدة التعطيل فقد وقع خلاف بين الفقهاء فى هذه المسألة مترتب على خلافهم السابق فى مسألة ثبوت خيار الفسخ للحيلولة الجزئية بين المستأجر والانتفاع بالعين المؤجرة فمن قال بثبوته قال بوجوب رد جميع الأجرة ومن قال بعدم ثبوته قال برد ما يقابل المدة التى حدث فيها التعطيل عن الانتفاع .

ثالثاً : التعويض :

قد يكون الضرر الذى حاق بالناشر أكبر من أن يجبر بمجرد وقف أسباب التعرض أو فسخ التعاقد فقد يكون الناشر قد كبد نفسه الأموال الطائلة استعداداً لنشر هذا المصنف أو يكون المؤلف قد فوت عليه فرصة الإفادة المالية من المصنف فى حدث ثقافى عام ك معرض الكتاب مثلاً . ففى مثل هذه الحالة الكف عن التعرض وحتى لو فسخ العقد فإن الضرر الذى أصاب الناشر مازال موجوداً فيجبر هذا الضرر بالحكم على المؤلف بالتعويض .

(١) الإمام السرخسى - المبسوط ج ١٥ ص ١٣٦ .

والدليل على ثبوت هذا التعويض في ذمه المؤلف قوله تعالى ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١) . وقوله " لا ضرر ولا ضرار " ^(٢) .

وجه الدلالة فيما ذكر :

إن الآية الكريمة أباحت رد الاعتداء بمثله ولفظ الاعتداء عام يشمل ما يقع منه على الأبدان وما يقع على الأموال فمن اعتدى على بدن اعتدى على بدنه بمثل اعتدائه قصاصاً ومن اعتدى على مال كذلك . فاعتداء المؤلف على مال الناشر يوجب معاملته بمثل فعله وقد لا يكفي مجرد الكف عن الاعتداء أو حتى فسخ العقد في مساواة اعتداء المؤلف فيجبر ذلك بالتعويض المالى .

أما الحديث الشريف فقد أمر رسول الله بإزالة الضرر فإن الحديث يتضمن النهى عن إيقاع الضرر ، وإزالته إذا وقع والإزالة إنما تكون برفع أسباب الضرر وآثاره وهذا قد لا يجبر إلا بالتعويض ^(٣) .

وفي القانون :

فإن وجوب التعويض أمر لا خلاف عليه ، بل إن الفقه القانوني أوجب التعويض على الناشر الثانى بناء على المسؤولية التقصيرية إذا أقدم على عملية النشر وكان سئ النية بأن كان يعلم بعقد النشر الأول وهذا لا ينافي الرجوع

(١) آية ١٩٤ :سورة البقرة .

(٢) رواه الحاكم فى المستدرک بسند صحيح على شرط الشيخين ج٢ ص ٦٦ ، والبيهقي - سنن البيهقي ج٦ ص ٦٩ ، والدار قطني - سنن الدار قطني ج٣ ص ٧٧ .

(٣) ينظر فى تفصيل ذلك : أستاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار - الضرر الأدبى ص ٣٦٢

وما بعدها .

على المؤلف بالتعويض بناء على أحكام المسؤولية العقدية لعدم وفاءه بالالتزام بعدم التعرض (١).

(١) د/ السنهوري - الوسيط جـ ٧ ص ٣٣٧ ، د/ محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة ص ٢٠١ ، محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ١٠٩ .

البَابُ الثَّانِي

التزامات الناشر



الباب الثاني

التزامات الناشر

يرتب عقد النشر فى ذمة الناشر الالتزامات الآتية :

الفصل الأول : الإلتزام بطبع الكتاب ونشره .

الفصل الثانى : الإلتزام بأداء المقابل المالى .

الفصل الثالث : الإلتزام باحترام الحقوق الأدبية .

وسوف نتناول هذه الإلتزامات فى فصول ثلاثة .

الفَصْلُ الْأَوَّلُ

الالتزام بالطبع والنشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تمهيد :

لا يقتصر دور الناشر في عقد النشر على مجرد الوفاء بالمقابل المالي بل إن هناك التزامًا جوهريًا يلقي على عاتق الناشر وهو التزامه بطبع المصنف ونشره، فليس دفع المقابل المالي معناه أن يتصرف الناشر في الكتاب كيف شاء، فيكون له أن ينشره أو لا ينشره، فإن المؤلف ما رضى بالتنازل عن حق الاستغلال إلا لعلمه بأن الناشر سيقوم بنشر هذا الفكر للناس، وهذا هو الهدف الأسمى من التأليف، وما أخذ المقابل المالي إلا هدف ثانوي.

ولهذه الأهمية الكبرى لهذا الالتزام، كان هو أول الالتزامات التي تقع على عاتق الناشر وما بقية الالتزامات إلا مكملة له. ويرجع أساس التزام الناشر بالنشر في الفقه الإسلامي إلى أمرين:

أولهما: وجوب نشر العلم وتحريم كتمانها.

ثانيهما: القوة الملزمة لعقد النشر.

أما في القانون فإن أساس هذا الالتزام من النصوص القانونية المنظمة لعقد النشر، ومن أحكام.

والكلام عن هذا الالتزام يقتضي منا الكلام عن النقاط التالية:

المبحث الأول: أساس الالتزام بالطبع والنشر في الفقه والقانون المدني.

المبحث الثاني : التزامات مرحلة الطبع والإخراج.

المبحث الثالث : التزامات مرحلة النشر والإذاعة.

ونتناول هذه النقاط الثلاث في ثلاثة مباحث .

المبحث الأول

أساس الالتزام بالطبع والنشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

في الفقه الإسلامي:

يرجع التزام الناشر بطبع الكتاب ونشره إلى أساسين:

الأول: وجوب نشر العلم وحرمة كتمانته.

الثاني: القوة الملزمة لعقد النشر.

وسوف نتناول هذين الأساسين فيما يلي:

أولاً: وجوب نشر العلم وحرمة كتمانته:

الأصل أن وجوب نشر العلم يتوجه إلى من هم أهل لنشره، وهم العلماء الذين رزقهم الله ملكة الفهم والاستنباط، فهؤلاء هم المسؤولون عن نشر العلم والذين يحرم عليهم كتمانته، ولكنهم لما تنازلوا عن مصنفاتهم للناشرين سواء كان هذا التنازل بمقابل، أو بدون مقابل، شمل الوجوب هؤلاء الناشرين، باعتبارهم خلفاء للعلماء على مصنفاتهم.

ولقد دل على وجوب نشر العلم، وحرمة كتمانته كثير من الأدلة الشرعية والتي

نختار منها ما يلي:

فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ﴾^(١).

(١) آية ١٨٧ من سورة آل عمران.

وجه الدلالة من الآية:

فقد دلت الآية الكريمة، على وجوب نشر العلم، وحرمة كتمانها، ولا شك أن عدم النشر يعتبر من الكتمان المنهي عنه في الآية الكريمة، فيكون منهيًا عنه بمقتضاها، يقول الإمام شعبه عن قتادة في هذه الآية، "فهذا ميثاق أخذ الله على أهل العلم، فمن علم علمًا فليعلمه، وإياكم وكتمان العلم فإنه هلكة"^(١) فالوجوب متوجه لأهل العلم ولمن خلفوهم في نشر علمهم وهم الناشرون.

ومن السنة:

قوله ﷺ "بلغوا عني ولو آية..."^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن فيه أمر بالتبليغ، قل المبلغ أو كثر، ونشر العلم تبليغ له فهو مأمور به، والأمر وإن كان لمن علم إلا أنه يشمل من خلفه على هذا العلم، سواء أكان وارثًا فينشر العلم الذي في حيازته ويبذل الكتب للناس، أو صاحب حق في استغلال العلم وهو الناشر.

ومن الإجماع:

فإن العلماء قد أجمعوا على وجوب نشر العلم وعلى حرمة كتمانها وذكرها من أفراد وجوب نشر العلم: تصنيف الكتب يقول الإمام السيوطي "قلو ترك

(١) الإمام الجصاص - أحكام القرآن ج ١ ص ١٤١، الإمام القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ج ٤ ص ٣٠٤، الطبري - تفسير الطبري ج ٤ ص ٢٠٣.

(٢) البخاري - في صحيحه عن عبد الله بن عمرو ج ٣ ص ١٢٧٥.

التصنيف لضيع العلم على الناس" ^(١) ويقول الإمام الدسوقي في بيع كتب العلم "قلو بقى العالم بلا كتب لذهبت رسوم العلم منه" ^(٢).

ويقول الإمام أبو الطيب "من سئل عن علم وهو علم يحتاج إليه السائل في أمر دينه فكتمه بعدم الجواب، أو بمنع الكتاب، ألجمه الله، أي أدخل في فمه لجاماً من نار مكافأة له" ^(٣).

ومن كل هذه الأدلة نعلم أن نشر العلم من الواجبات التي حث عليها العلماء وأن الوجوب أصلاً يتوجه إلى العالم وأن الناشر يشترك في هذا الوجوب لأنه أصبح خليفة للمؤلف على المصنف ووكيل عنه في نشره بكل أمانة.

ويرجع سبب وجوب نشر العلم إلى ما يعود على الجماعة من نفع عام يوجب بذل العلم لتحقيقه. وهذا النفع قد استفاد منه المؤلف ذاته فإن أفكاره "مدينة في توهجها ورقبها لما تواتر إليها من أفكار السابقين، وعلومهم، ولولا أن صاحب الفكرة قد وجد في الساحة العلمية أو الفكرية ما يجعل أفكاره تنمو، وعلومه تكبر، ما استطاع أن يصل إلى ما وصل إليه، إن الأصم لا يستطيع الكلام لأنه لم يتأثر بما يقوله غيره؛ لأنه لا يسمعه ومن لا يسمع لا يستطيع أن يعبر، ومجال العلوم والأفكار لا تخرج عن هذا المعنى" ^(٤).

ويترتب على وجوب النشر أن الناشر إذا تقاعس عن أداء هذا الواجب، فإن للمؤلف أن يعهد إلى ناشر آخر بنشر المصنف. ويكون هذا بعد مضي المدة المتفق عليها في العقد لنشر المصنف خلالها. أو مضي المدة التي يعينها

(١) الإمام السيوطي - الأشباه والنظائر ص ٤١٤.

(٢) الإمام الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٨٠.

(٣) الإمام شمس الحق أبو الطيب - عون المعبود شرح سنن أبي داود ج ١٠ ص ٦٦.

(٤) د/النجار - التعسف في استعمال حق النشر ص ٤٩.

القاضي. وللمؤلف أن يطالب الناشر بتعويض عما أصابه من ضرر من جراء عدم النشر في الوقت المتفق عليه، إن كان للتعويض مقتضى والأمر مرجعه إلى القضاء.

وفي القانون:

فإن التشريعات التي نظمت عقد النشر^(١) نصت صراحة على التزام الناشر بالطبع والنشر في الموعد المتفق عليه وهذا يبين واضحاً من خلال نظرتنا في المواد التي تعرضت لتعريف عقد النشر والتي سبق وأن بسطنا القول فيها عند تعريفنا لعقد النشر. بل إن هذه التشريعات أفردت مواداً خاصة تقضي بوجوب تقبل الناشر لهذا الالتزام وإعطاء الحق للمؤلف إذا تأخر الناشر عن الموعد المتفق عليه في أن يطلب فسخ العقد وأن يطالب بالتعويض عن التأخير في النشر إن كان له مقتضى^(٢).

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 كاملاً

(١) ومن هذه التشريعات التشريع الفرنسي ١٩٥٧م ٤٨، والتشريع السويسري م ٣٧٢. والتشريع النمساوي مادة ١١٦٤، ومن التشريعات العربية: التشريع الجزائري ١٩٧٣ مادة ٤٤، والتشريع التونسي ١٩٩٤ مادة ٣٧. حيث ذكرت هذه المواد أن الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق الناشر هو الالتزام بالطبع والنشر، وهذا الالتزام هو الذي يميز عقد النشر عن عقد التوزيع إذ عقد التوزيع ليس فيه هذا الالتزام لأن الطبع إنما يكون على نفقة المؤلف أما عقد بيع الحق المالي فإن المنقول إليه الحق يظل ملتزماً بهذا الالتزام ويحق للمؤلف إذا هو تقاعس عن هذا الالتزام أن يقوم بفسخ عقد البيع وأن يعيد بالمصنف إلى غيره ليطبعه وينشره.

(٢) مادة ٦٣ من التشريع الفرنسي والمادة ٤٦، ٤٥ من التشريع الجزائري.

وامتنع في الوقت ذاته عن طبع المصنف ونشره فإنه يكون قد أخل بالتزام أساسي ترتب في ذمته بموجب عقد النشر^(١).

وترجع الحكمة في ذلك إلى أن المؤلف، عندما قدم المصنف إلى الناشر لم يقصد من ورائه الربح المادي فقط بل له مصلحة أدبية تربو بكثير على ما له من حق مالي، هذا الحق هو الذي دفعه إلى عقد النشر منذ البداية^(٢).

بل إن بعض المحاكم ذهبت إلى أن العقد الذي يخلو من هذا الالتزام لا يطلق عليه عقد نشر وإن أمكن اعتباره عقدًا من نوع آخر.

وإلى أبعد من هذا ذهبت بعض الأحكام حيث أوجبت على الناشر الوفاء بهذا الالتزام ولا يجوز له أن يتنزع بأن المصنف يحتوي على ما يخالف النظام العام، أو الآداب العامة، أو ما يعتبر جرعة في حق الغير مما يعرضه للمسئولية.

ولقد انتقض الفقه هذا القضاء: إذ أن الناشر له أن يمتنع عن الوفاء بالالتزام في الحالة السابقة بل ويطلب إبطال العقد لعدم مشروعية محله^(٣).

(١) حكم محكمة السين المدنية في ١٩١١، ومحكمة باريس ١٩٢٠، ١٩٧٠، ١٩٢١ (نقلًا عن

د/محمد سعيد رشدي - عقد النشر ص ١١٧.

(٢) د/القاضي - حق المؤلف ص ١١٠، د/السنهوري - الوسيط ج ٧ ص ٣٣٨، د/المتيث - الحقوق

على المصنفات ص ٨٤، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي ص ١٣١.

(٣) حكم محكمة باريس عام ١٨٨١، وفي بيان هذا الحكم ونقصه ينظر د/محمد سعيد رشدي - عقد

النشر ص ١١٩، ١٢٠.

أما القضاء المصري :

فقد أقر هذا الالتزام ففي حكم شهير لمحكمة النقض المصرية في نزاع بشأن تأخر الناشر في تنفيذ التزامه بالطبع والنشر المفترض عليه بمقتضى عقد النشر - خلال المدة المتفق عليها فقد قضت المحكمة بفسخ عقد النشر وبتعويض المؤلف الذين أقام الدعوى ضد دار النشر^(١).

وهذا الحكم خبر أساسي لتقرير هذا الالتزام وخاصة أن القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ لم يحتوي على نصوص تنظيمية كافية لبيان مدى الالتزامات التي تقع على الناشر في عقد النشر وحيث اكتفى فقط بالإشارة بتقدير المقابل المالي، والتزام المؤلف بعدم التعرض وذلك في المادتين (١٥٠، ١٤٩). ولعل المقنن في التشريع الجديد قد اكتفى بالإشارة إلى احترام الحقوق الأدبية للمؤلف إذ في عدم النشر مساس بحق المؤلف الأدبي وهو محظور بمقتضى نص المادة (١٤٣) من القانون الجديد.

الأساس الثاني: القوة الملزمة لعقد النشر:

إن عقد النشر عقد لازم للجانبين والعقد لازم يقتضي أن يقوم كل من الطرفين بتنفيذ ما عليه من التزام^(٢) فالمؤلف يلتزم بأشياء والناشر يلتزم بأشياء. ومن منهم التزامه، بالطبع والنشر فإذا لم يقم الناشر بتنفيذ هذا الالتزام يكون للمؤلف استعمال الوسائل التشريعية التي تجبره على التنفيذ مع حفظ حقه في فسخ العقد

(١) حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٨٣٧ لسنة ٥٢ قضائية والحكم صادر في ١٤ مارس ١٩٨٥. مجموعة أحكام محكمة النقض المكتب الفني رقم ٨٦ ص ٤٠٣.

(٢) ابن قدامة - المغني ج ٤ ص ٢٣، الزركشي - المنشور في القواعد ج ٢ ص ٣٩٨، السيوطي - الأشباه والنظائر ص ٢٧٥، أبو البقاء - شرح الكوكب المنير ص ١٤٩، الموسوعة الكويتية ج ٣ ص ٢٢٨.

والمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، فيكون التزام الناشر بالطبع والنشر مستمد من القوة الملزمة لعقد النشر ومن أحكام القضاء التي ذكرناها في مصر وغيرها.

فلا خلاف بين الشريعة والقانون في وجوب الوفاء بهذا الالتزام وإن كان أساس الالتزام في الشريعة أشمل إذ يجعل من عدم الوفاء به معصية تعرض الممتنع بغير وجه حق للعقاب الأخرى علاوة على المسؤولية أمام القضاء لعدم وفائه بما تعهد الوفاء به.

المبحث الثاني

التزامات الناشر في مرحلة الطبع والإخراج في الفقه الإسلامي والقانون المدني

يلتزم الناشر عند قيامه بطبع الكتاب بالتزامات الآتية:

- أولاً: الالتزام بحرفية النص.
- ثانياً: الالتزام بطبع العدد المتفق عليه.
- ويتناول هذين الالتزامين في مطلبين.

المطلب الأول

الالتزام بحرفية النص

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

في الفقه الإسلامي:

يلتزم الناشر عند طبع المصنف بالنص الذي سلمه إليه المؤلف، فلا يجوز أن يزيد عليه، أو ينقص منه. كما لا يجوز له أن يعبر بلفظ مكان لفظ، حتى وإن ظن أنه يؤدي نفس المعنى لأن المؤلف ما اختار هذه الألفاظ إلا لعلمه بأنها تؤدي غرضاً ما، يهدف إليه قد لا يصل إليه غيره.

ولقد ألزم العلماء^(١) العالم الذي يريد أن ينقل من كتب العلماء الآخرين أن يلتزم بالألفاظ التي عبروا بها، فإن فعل ذلك فإنه يكون قد أدى الأمانة كما تلقاها ورواها ويكون برئ من العهدة. فإذا كان هذا مشروط بالنسبة للعلماء فمن باب أولى بالنسبة للناشر الذي لا يربطه بالعلم إلا مجرد التريح والتجارة.

ويرجع سبب إلزام الناشر بحرفية النص أنه ربما أسقط كلمة أو زاد أخرى فيؤدي ذلك إلى تغيير المعنى، وهذا قد يرهق المؤلف إرهاقاً يزيد عن إرهاق التأليف ذاته، وفي هذا يقول الجاحظ: (ولربما أراد مؤلف الكتاب، أن يصلح تصحيحاً أو كلمة ساقطة فيكون إنشاء عشر ورقات من حر اللفظ وشريف المعاني أسر عليه من إتمام ذلك النقص حتى يرده إلى موضعه من اتصال الكلام)^(٢).

(١) ابن فرجون - تبصرة الحكام ج ٢ ص ٧٠.

(٢) الجاحظ - الحيوان ج ١ ص ٧٩ بتحقيق عبد السلام هارون طبعة الحلبي.

ويظل الناشر ملتزماً بهذا الالتزام حتى بعد انتهاء العقد، وأيلولة المصنف إلى الملك العام؛ لأن هذا الالتزام له مساس بالحق الأدبي للمؤلف والحق الأدبي حق أبدي لا ينتهي.

وإذا أخل الناشر بهذا الالتزام كان مسئولاً عن هذا الإخلال ومسئولاً عن إزالة المخالفة سواء أكانت المخالفة قد حدثت عن خطأ منه وعدم قصد أو حدثت عن عمد وسوء قصد.

فكثير ما تحدث المخالفة غير العمدية للنص بالزيادة، أو النقص فيكون الناشر ملتزماً بالتصويب بعد بيانها من قبل المؤلف، وقد درج العمل على عمل نسخة تجريبية (بروفات طبع) تعطى للمؤلف يصوب ما فيها من أخطاء وتعطى للناشر لتنفيذ هذه التصويبات التي أخطأ فيها. فإذا قام الناشر بنشر الكتاب رغم وجود هذه الأخطاء كان للمؤلف الاعتراض على ما نشر وله أن يلجأ للقضاء بما له من حق أدبي لمصادرة النسخ التي نشرت دون تصويب ما فيها من أخطاء. وأرى وجوب التفرقة بين الأخطاء المادية العادية التي لا تغير في المعنى كالخطأ في الترقيم أو التبويب أو نسيان لفظ لا يغير المعنى، أو يفهم المعنى بدونه وبين الأخطاء الجوهرية التي تغير من المعنى^(١) فإن الأخيرة هي التي تعطى للمؤلف الحق في مصادرة النسخ المنشورة بعد اللجوء إلى القضاء وتعطيه الحق في فسخ العقد لإخلال الناشر بالالتزام جوهرية كان يجب عليه الوفاء به. أما الأخطاء الثانوية التي لا تغير من المعنى فإن المؤلف ليس له أن يصادر النسخ المنشورة لأن هذا سيؤدي إلى الإضرار بالناشر الذي تكبد الكثير

(١) وفي مثل هذا المعنى يقرر العلماء أن الناسخ إذا أخطأ خطأ يسيراً مما جرت العادة به عفي عنه لأنه يمكن تداركه بخلاف الخطأ الكثير عرفاً فاعتبروه عيباً يرد الناسخ به ويفسخ به عقد الإجارة على النسخ ينظر في ذلك. البهوتي - كشف القناع ج٤ ص ١٠.

من الأموال في مرحلة الطبع والإخراج فإن كانت الأخطاء الثانوية تضر
بالمؤلف ضرراً معنوياً إلا أن إلالتها ستؤدي إلى الإضرار بالناشر ضرراً
فادحاً والمعهود في الفقه الإسلامي أنه إذا تعارض ضرران روعي أكبرهما
ضرراً بارتكاب أخفهما^(١) غير أنه في بعض الأحوال قد يعتمد الناشر إلى تغيير
النص وتحويره بما يسيء إلى صاحبه ويمس شرفه واعتباره، ويغير من
الحقائق الواردة فيه، ومن أمثلة هذا النوع من التعدي ما حدث لكتاب أبي
منصور الثعالبي المتوفي عام ٤٢٩هـ المسمى "فقه اللغة وأسرار العربية" وهو
كتاب لغوي يحتوي على أسرار اللغة العربية، وجوامعها، وخصائصها،
ولطائفها، مما لم ينتبه المؤلفون لجمع شمله، ولم يتوصلوا نظمه، ولقد ألفه
الثعالبي بناء على رغبة الأمير أبي الفضل عبيد الميكالي الذي أمده بالمراجع
والمصادر لإنجازه، فلما أتمه، أهده له.

ولقد طبع هذا الكتاب عدة طبعات في باريس ١٨٦١م وطبع في مصر بدرب
الحجر ١٢٨٤هـ ثم طبعته الجمعية اليسوعية طبعة ثالثة في بيروت ١٨٨٥م
ولقد احتوت هذه الطبعة الأخيرة على ما يعد تشويهاً للمصنف مما ينال من
شرف مؤلفه واعتباره؛ إذ أجاز الناشر لنفسه التصرف في النص بالحذف
والتغيير، دون أن يصرح باسمه كناشر للكتاب، وإنما اكتفى بقوله: إنه وقف
على تصحيح هذا الكتاب وضبطه أحد الآباء اليسوعيين الذين يدرسون البيان

(١) السيوطي - الأشباه والنظائر ص ٨٧، ابن نجيم الحنفي - غمز عيون البصائر ج ١ ص ٢٨٦،
العطار - حاشية العطار على شرح الجلال المحلي ج ١ ص ٢٦٩ طبعة دار الكتب العلمية. علي
حيدر - درر الحكام ج ١ ص ٤١، الموسوعة الكويتية ج ٢٢ ص ١٨١.

في كلية القديس يوسف، وأنه لم يغير فيه شيئاً سوى أنه طرح منه ما لا يليق أن يكون في يد طلبة العلم، لا سيما الأحداث منهم^(١).

والذي لا يليق أن يكون في يد طلبة العلم (كما قال هذا الناشر) هو كل ما يتعلق بالمسلمين والإسلام، من فقرات الكتاب، ولقد دفعه تعصبه الأعمى إلى حذف اسم الرسول - عليه الصلاة والسلام - من الكتاب مكتفياً بقوله: وفي الحديث، أو في الخبر وحذف ما جاء في الكتاب من عبارة: قال الله عز وجل - في كتابه الكريم مبدلاً إياها (وفي القرآن) ولا شك أن هذا يمس العقيدة والمشاعر الدينية، ولولا أن قيض الله من يكشف هذا التلاعب لحسب الناس أن مؤلفه هو الذي صنع هذا - وفي هذا ما ينال من سمعته، وشرفه، وأمانته ولقد أباح هذا الناشر لنفسه، التصرف في النص، وحذف منه، ما لا يرى جدوى منه، مما يمليه عليه الهوى والتعصب، دون إشارة إلى مكان هذا الحذف، وتلك جنابة خطيرة أشار إليها من أشرف على طبعته بالمطبعة الأدبية بمصر عام (١٣١٨) حيث قال في الصفحة الأولى منه: تنبيه: إننا طبعنا هذا الكتاب، على النسخ الصحيحة الخالية من التغيير والتبديل، لا كما طبعته الجمعية اليسوعية فحذفت من أصوله كل ما يتعلق بالمسلم والإسلام من جمل كثيرة^(٢).

وفي بعض الأحيان قد يكون الناشر لا يقصد الإساءة - وإنما تصرف في النص بحسن نية إما لجهله بلغة المصنف، أو جهله بمحتواه، إلا أن حسن النية لا ينفي كون مخالفة النص اعتداءً لا بد من إزالته.

ومن أمثلة هذا النوع: ما حدث لكتاب طبقات الحنابلة، حيث عهد به إلى تركي لينسخه، وكان هذا التركي لا يفقه في العربية كثيراً، حتى دفعه جهله إلى

(١) د/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ٢٤٥.

(٢) د/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ٢٤٦.

التحريف في البديهيّات ثم عهد به إلى ناسخ آخر تبين ما في النسخة الأولى من أخطاء، وقال في نهاية الكتاب "وأصل هذه الصورة موجودة بجامع باسطنبول ... وكان بيدنا نسخة أخرى جديدة الكتب تكرم بها السلفي الصالح/الشيخ محمد نصيف: الناشر لعلم السلف قد اتخذناها مسودة؛ لأن كاتبها^(١) العصري تركي لا يفقه في العلم شيئاً حتى كان يحرف البديهيّات".

ولقد عزا الإمام ابن خلدون في مقدمته ظهور التصحيف والتحريف في الكتب العلمية إلى الوراقين الذين لم يكونوا أهلاً لهذه الصناعة من الناحية العلمية والخلقية^(٢).

ولقد استثنى العلماء من الالتزام بحرفية النص عند الكتابة ما كان فيه دعاء كزيادة كلمة ﷺ بعد ذكر اسم رسول الله ﷺ أو كلمة عز وجل بعد ذكر لفظ الجلالة. يقول الإمام النووي في شرحه على صحيح مسلم:

(فصل: يستحب لكاتب الحديث إذا مر بذكر الله عز وجل أن يقول عز وجل، أو تعالى، أو سبحانه وتعالى، أو تبارك وتعالى، أو جل ذكره، أو تبارك اسمه، أو جلّت عظمته، أو ما أشبه ذلك، وكذلك يكتب عند ذكر النبي ﷺ بكاملها لا رامزاً إليهما أو مقتصرًا على أحدهما، وكذلك يقول مع الصحابي رضي الله عنه، فإن كان صحابيًا ابن صحابي، قال رضي الله عنهما، وكذلك يترضى ويترحم على سائر العلماء والأخبار، ويكتب كل ذلك. وإن لم يكن مكتوبًا في الأصل الذي ينقل منه فإن هذا ليس رواية وإنما هو دعاء...) (٣).

(١) طبقات الحنابلة جـ ٢ ص ٢٦١ طبعة دار المعرفة بيروت.

(٢) ابن خلدون - المقدمة جـ ٣ ص ٩٦٣.

(٣) الإمام النووي - شرح صحيح مسلم جـ ١ ص ٣٩.

وإذا كانت عبارة الإمام النووي ذكر فيها لفظ كاتب الحديث إلا أن ذلك يشمل كل كاتب، في أي علم محترم شرعاً.

وما ذكره الإمام النووي إنما هو في ألفاظ الدعاء إذ لا ضرر في زيادتها، بل إنها تزيد من أجر الكاتب والقارئ، أما في غير الدعاء فلا بد من الالتزام بالأصل المنقول منه.

والدليل على وجوب الأمانة في النقل ما يلي:

أولاً: عموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود وقد سبق بيانها.

ثانياً: عموم الآيات والأحاديث الدالة على وجوب أداء الأمانة إلى أهلها فإن الطبع والنقل من الأصل أمانة من أجل الأمانات وأكبرها، والمؤلف قد استأمن الناشر على علمه فلا بد من أداء الأمانة عملاً بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١) وقوله ﷺ: "أد الأمانة إلى من ائتمنك..."^(٢).

ثالثاً: فعل الصحابة رضي الله عنهم في حادثة جمع القرآن الكريم، أراد الصحابة أن يوكلوا إلى شخص يتوسمون فيه الأمانة جمع القرآن وكتابته، فأوكل أبو بكر ذلك، إلى زيد بن ثابت وقال له، في تسبيب اختياره كاتباً لكتاب الله: (وإنك رجل عاقل لا تتهمك، ولقد كنت تكتب الوحي لرسول الله ﷺ فتتبع القرآن فأجمعه...)^(٣).

ولقد أورد الإمام البخاري هذه القصة تحت عنوان (فصل يستحب للكاتب أن يكون أميناً) فيقاس عليه تطلب الأمانة في كل كاتب لأي علم من العلوم المنهي عنها شرعاً.

(١) آية ٥٨ سورة النساء.

(٢) رواه الترمذي بسند حسن غريب - سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٦٤.

(٣) البخاري - صحيح البخاري ج ٦ ص ٢٦٢٩ طبعة دار بن كثير سنة ١٩٨٧، الإمام ابن حجر العسقلاني - فتح الباري ج ١٣ ص ١٨٣ طبعة دار المعرفة سنة ١٣٧٩ هـ.

وفي القانون :

فإن عقد النشر باعتباره عقدًا ملزمًا للجانبين يفرض على الناشر القيام بطبع المصنف بكل أمانة فينقل المصنف الذي سلمه إليه المؤلف بشكله ومضمونه بما في ذلك اسم المؤلف^(١) 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 أيضًا، عنوان المصنف، فلا يجوز للناشر أن يختصر اسم المؤلف، أو اسم المصنف، بما يوقع الالتباس لدى القارئ. كما يشمل هذا الالتزام مقدمة الكتاب، وخطته، ومراجعته، وملاحقه، وغير ذلك^(٢).

ولقد درج العمل، على عمل بروفات أولية تعطى للمؤلف ليقوم بتحديد الأخطاء التي وقع فيها الناشر ويشير إلى تصويبها، غير أنه إذا أغفل المؤلف تصويب الأخطاء المطبعية فإن الناشر يقوم بتصحيحها حتى ولو كانت في صلب الكتاب^(٣).

كما أن الناشر له أن يضيف ما شاء من تعليقات في حواشي الكتاب، تتعلق بالمعلومات المستحدثة في مجال العلم، والتاريخ، وله إذا كان الكتاب موضوعًا

(١) ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأحقية المؤلف في كتابة اسمه على كل نسخة من نسخ المصنف الذي ينشره بنفسه أو بواسطة غيره، وفي جميع الإعلانات عن هذا المصنف وإن هذا الحق ثابت له دون حاجة إلى إبرام اتفاق مع الغير على ذلك (حكم في ١٩٨٧/١/٧ الطعن رقم ١٣٥٢ لسنة ٥٣ قضائية. مجموعة المكتب الفني رقم ٢١ ص ٧٩) ولقد قررت المحكمة هذا المبدأ أيضًا في حكم حديث لها عام ٢٠٠١ في الطعن رقم ٤٩٩٠، ٤٨١٨ لسنة ٦٩ قضائية (غير منشور).

(٢) د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٢٩، د/النجار - الحق الأدبي ص ٢٠٤.

(٣) د/السنهوري - الوسيط ج ٧ ص ٣٤٢.

للتلاميذ، أن يجعله مسائراً لآخر منهج من المناهج، غير أنه يشير في كل إضافة أو تعليق، أن هذا من عمل الناشر، وأن تتميز هذه التعليقات عن كلام المصنف بأن تكون في الحواشي أو بين أقواس أو غير ذلك، أو دون أن تمس صلب الكتاب، ومضمون المادة العلمية، بألفاظها، ومعناها، كما سلمها إليه المؤلف، وإلا كان معتدياً على حق المؤلف الأدبي، بما يعرضه للعقوبة المدنية والجنائية ويفرض هذا الالتزام على الناشر عدم القيام بإجراء أية تعديلات سواء أكانت بالحذف، أو الإضافة، أو التغيير على المصنف بدون إذن خاص من المؤلف يجيز له إجراء هذه التعديلات^(١).

(١) د/السنهوري - الوسيط ج ٧ ص ٣٤٢، د/نواف كنعان حق المؤلف ص ١٣٠.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بحرفية النص

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إذا أخل الناشر باحترام النص عند الطبع، فقام بالاعتداء على النص بإدخال تعديلات عليه سواء كانت هذه التعديلات، بالحذف، أو الإضافة، أو التغيير، عُد اعتداءه هذا، جريمة في حق المؤلف تنال من مكانته، وشرفه، واعتباره، بما يعرض الناشر للجزاء المدني والجزاء الجنائي.

ونتكلم في هذا الفرع عن أحكام الجزاء المدني الذي يوقع على الناشر المعتدي على النص المسلم إليه. ثم عن الجزاء الجنائي الذي يوقع في هذا الشأن، وذلك في غصنين.

الغصن الأول

أحكام الجزاء المدني

في الفقه والقانون

لابد لتطبيق الجزاء المدني على الناشر المعتدي على حق المؤلف في سلامة مصنعه أن تتحقق شروط معينة يثبت بها الاعتداء، ويصح نسبته إلى فاعله، وسوف نتكلم عن شروط تطبيق الجزاء المدني ثم عن صورته في الفقه والقانون.

أولاً: شروط تطبيق الجزاء المدني:

يشترط لتطبيق الجزاء المدني على الناشر، في حالة تعديه على النص، عند الطبع، شروط ثلاثة:

الشرط الأول: تحقق التعدي:

في الفقه الإسلامي:

لقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية التعدي بأنه:

(١) التصرف في شيء بغير إذن ربه بدون قصد تملكه^(١).

(٢) هو الظلم ومجاوزة الحد^(٢).

(٣) الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد تملك الرقبة، أو إتلافه أو بعضه دون قصد التملك^(٣).

(٤) هو مخالفة ما حدّه الشرع والعرف^(٤).

والتعدي بالمعنى المذكور عند الفقهاء، يشمل ما كان محله مالا، أو غير مال والمتعدي يضمن (بتعديه الحدّ المرسوم له شرعاً، أو عرفاً) ولو لم ينتفع بهذا التعدي^(٥) فالناشر يضمن بمجرد مجاوزته للحد الذي رسمه له العقد؛ فمن المعلوم أن عقد المعاوضة يفرض على كل طرف القيام بما التزم به، فإذا لم يفعل ذلك فإنه يكون قد تعدى وتجاوز الحد فيضمن بهذا التعدي.

(١) الدردير - الشرح الصغير بشرح الشيخ أحمد الصاوي ج ٣ ص ٢٠٧.

(٢) البجيرمي - حاشية البجيرمي على الخطيب الشربيني ج ٣ ص ١٢٨.

(٣) محمد بن أحمد الفا (ميارة) - الإنقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة ج ٢ ص ٢٥٥ طبعة دار المعرفة.

(٤) الموسوعة الكويتية ج ٢٨ ص ٢٢٢.

(٥) الدردير - السابق.

وكشف تعدي الناشر في هذه الحالة التي نحن بصددھا طريقة سهل ميسور، إذ يكون بإجراء مطابقة بين أصل النص المسلم إليه والنص المطبوع، والذي تعدى فيه الناشر الحدود العقدية فمتى ظهرت مخالفة بين النصين تحقق التعدي الموجب للمسئولية العقدية والضمان المترتب علیها^(١).

أما في القانون:

فإن فقهاء القانون المدني اشترطوا لمسئولية الناشر مسؤولية عقدية عن تعديه على النص المسلم إليه أن 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 والنص المعتقدى عليه سواء أكان بالحذف، أو بالإضافة، أو بالتعديل. واعتبر فقهاء القانون أن مجرد التدخل 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^(٢).

وهذا ما قررته محكمة النقض حيث قررت أن إجراء التعديل أو التحويل على المصنف، هو من سلطة المؤلف وحده، ولا يجوز لغيره مباشرة هذه السلطة إلا بإذنه غير أن المحكمة استثنت حالة، أجازت فيها للمحال له، الحق في إجراء بعض التعديلات ولو بغير إذن المؤلف وهي حالة تحويل المصنف من لون إلى

(١) د/النجار - نطاق الخطأ وتطبيقاته في مجال انتحال المؤلفات ص ٢٦٣ ندوة صالح كامل ج ١.

(٢) د/أبو اليزيد الميثب - الحقوق على المصنفات ص ١٣٣، د/النجار - نطاق الخطأ وتطبيقاته في

مجال انتحال المؤلفات ص ٢٦٣ ندوة صالح كامل، د/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٤٥٧.

لون (كتحويل قصة إلى فيلم، أو مسرحية) ففي هذه الحالة يجوز للناشر أن يجري بعض التحويلات التي تقتضيها أصول الفن المحول إليه^(١).

من يقع عليه عبء إثبات الخطأ:

يفرق الفقه في هذا الصدد بين العقد الذي لم يشتمل على غرر في تنفيذه (وفي هذه الحالة سيكون الخطأ مفترضاً من عدم التنفيذ في ذاته) وبين العقد الذي اشتمل تنفيذه على غرر وفي هذه الحالة سيكون المؤلف ملزماً بإثبات هذا الخطأ^(٢).

الشرط الثاني : الضرر:

في الفقه الإسلامي:

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يتوافر تعدي من أحد المتعاقدين أو خطأ بل لابد، من حدوث ضرر للطرف الآخر من جراء هذا التعدي أو الخطأ. غير أن الضرر يتوافر بمجرد السطو على المصنف؛ لأن العلم ينسب إلى صاحبه وإدخال أية تعديلات ونسبتها إلى المؤلف فيه من الكذب عليه والتدليس ما لا يخفى، وخاصة، إذا كان ما أضيف أو غير يمس من شرف المؤلف واعتباره وسمعته العلمية كما يحدث مثلاً وأن يعتمد أحد الناشرين إلى تغيير

(١) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٨٧/١١/٣ في الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ قضائية مجموعة المكاتب الفني رقم ١٩٠ ص ١١٤١.

(٢) د/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٤٥٧، د/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ٢٠٤ ط ٢٠٠٠ دار المريخ.

مصنف منسوب إلى أحد من أهل العلم والفضل بما يوهم أن المؤلف يحل الحرام أو يحرم الحلال^(١).

ويعتبر الفقهاء نسبة القول إلى غير قائله خيانة هي أشد من الخيانة في مجال الأموال عملاً بحديث رسول الله ﷺ "تناصحوا في العلم، فإن خيانة أحدكم في علمه، أشد من خيانتة في ماله، وإن الله سائلكم يوم القيامة"^(٢).

فإذا كان العلماء ساقوا هذا الحديث بالنسبة للعالم الذي ينقل عبارة غيره دون نسبتها إلى صاحبها^(٣) فيكون أشد منه غير العالم الذي ينسب إلى العالم ما لم يقله.

وفي القانون :

فإن القواعد العامة في المسؤولية تشترط أن يسبب الخطأ ضرراً 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 أو لا.

وإذا كان اشتراط وقوع ضرر متفق عليه في مجال المسؤولية التقصيرية بمقتضى نص المادة (١٦٣) مدني القاطع بضرورة اشتراط الضرر بقولها "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" إلا أن الأمر على خلاف

(١) د/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ٢٢٢ بنفس المعنى.

(٢) رواه الطبراني في الكبير بسند مختلف في أحد رجاله وبقية رجاله موثقون ، مجمع الزوائد ج ١ ص ١٤١.

(٣) الإمام السيوطي - الفارق بين المصنف والسابق - منشور ضمن ندوة حق المؤلف مدخل إسلامي ص ١.

ذلك في مجال المسؤولية العقدية حيث لا يوجد نص عام يقرر ذلك الأمر الذي أثار خلافاً في الفقه حول هذا الشرط.

فذهب البعض إلى أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام يفترض وجود المسؤولية العقدية فالمدين يكون مسئولاً بمجرد عدم التنفيذ ويرد على هذا القول بأن الهدف من المسؤولية العقدية هو جبر الضرر، فلا بد من وجوده.

وذهب رأي آخر إلى أن عدم التنفيذ قرينة قاطعة على وجود الضرر فيكفي أن يثبت المدين عدم التنفيذ فإذا أثبتته فقد أثبت حدوث الضرر.

ويزد بأن ليس من شأن كل عدم تنفيذ أن يسبب ضرراً فقد يوجد عدم التنفيذ، ولا يوجد ضرراً، ثم إنه لا يجوز خلق قرينة قانونية فوق ما نص عليه القانون. بينما ذهب رأي ثالث إلى أن عدم التنفيذ قرينة بسيطة على وجود الضرر يجوز للدائن أن يثبت عكسها.

ويرد على ذلك أيضاً بأن القرينة القانونية لا يجوز افتراضها بدون نص حتى ولو كانت بسيطة.

والراجح فقهاً أن مقتضى القواعد العامة في الإثبات أن يكون على الدائن أن يثبت الضرر طالما هو الذي يدعيه ولا بد من وجود نص للخروج على مقتضى القواعد العامة، ولا يوجد هذا النص في مجال المسؤولية التعاقدية فلا بد من استصحاب الأصل، وهو اشتراط وجود الضرر وأن من يدعيه مكلف بإثباته^(١). ولكن هل ستطبق هذه القواعد العامة في شأن اعتداء الناشر على حق المؤلف في احترام مصنفه وهو حق أدبي.

خرجت محكمة النقض الفرنسية على هذا المبدأ، فقررت أن المؤلف هو وحده الذي يقرر ما إذا كان الاعتداء على حقه الأدبي سبب له ضرراً أم لا، وعلى

(١) د/عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام ج ٣ أحكام الالتزام ص ١٤٠.

هذا يكفي أن يثير المؤلف عدم رضائه عن التعديلات التي أدخلها الناشر حتى يمكنه الحصول على تعويض دون حاجة إلى إثبات الضرر^(١).

ولقد اختلف الرأي في الفقه الفرنسي حول إيجاد تفسير لخروج محكمة النقض الفرنسية على القواعد العامة:

(١) فذهب رأي إلى أن المحكمة استندت إلى المسؤولية التعاقدية التي تفرض على الناشر عدم إجراء أية تعديلات على المصنف فإذا خالف الناشر هذا الالتزام كان مسئولاً وكفي أن يثبت المؤلف هذا الاعتداء، حتى يمكنه استخلاص الضرر تلقائياً.

ولقد انتقد هذا الاتجاه من جانب بعض الفقهاء على أساس أن الاعتداء كان واقعاً على حق أدبي، والحق الأدبي لا يقع تحت تصرف وأنه لا يكفي من أجل تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية أن يقع الاعتداء على الحق الأدبي من جانب الناشر بل يجب أيضاً وجود علاقة مباشرة بين ذلك الاعتداء وأحد شروط العقد^(٢).

(٢) بينما ذهب رأي ثان إلى أن حكم المحكمة لا يمكن تفسيره إلا على أساس قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس أنشأتها المحكمة لصالح المؤلف. وانتقص هذا الاتجاه بأنه يصعب القول بإيجاد قرينة قانونية دون نص في القانون ولا يوجد هذا النص^(٣).

(١) حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢١ أغسطس ١٨٦٧ نقلاً عن د/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٤٥٨، د/النجار - الحق الأدبي ص ٢٠٥، د/محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ١٣٢.

(٢) د/عبد الرشيد مأمون - السابق ص ٤٦٠، د/محمد السعيد رشدي - عقد النشر ص ١٣٣.

(٣) د/عبد الرشيد مأمون - السابق ص ٤٦١.

(٣) ويذهب رأي إلى القول بأنه يجب التفرقة بين الأضرار المادية والأضرار الأدبية ففي الأولى تطبق قواعد الإثبات العادية وفي الثانية تكون مفترضة وأن الأضرار التي تقع على المؤلف نتيجة الاعتداء على حقه الأدبي مع سلامة مصنفه تقع ضمن الطائفة الثانية من الأضرار فيكون مفترضاً. والمرجع في هذا هو تقدير المؤلف نفسه^(١).

والراجح في نظر كثير من الفقهاء أن للمؤلف سلفة تقديرية على مصنفه وأن خاصية الإطلاق هي إحدى الخصائص الجوهرية للحق الأدبي وعلى هذا يمكن للمؤلف أن يستنتج أن أدنى اعتداء على مصنفه يسبب له ضرراً أدبياً يخوله اللجوء إلى القضاء مطالباً بالتعويض عنه^(٢).

ولقد خالفت المحاكم المصرية المبدأ الذي قرره محكمة النقض الفرنسية حيث حكمت محكمة الإسكندرية المدنية في ١٦ يونيه ١٩٣٤ بأن تحديد مدى تأثير التعديلات التي أدخلها المحال له على اعتبار المؤلف لا يمكن أن يعتمد على تقدير المؤلف وحده طبقاً للمبدأ الذي لا يجعل من الشخص خصماً وحكماً في نفس الوقت وإنما يبقى الاختصاص أيضاً لسلطة المحكمة. ولقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ فبراير ١٩٣٧ الحكم السابق ورفضت الدعوى المقدمة من المدعي عن الأضرار التي لحقت به من جراء التعديلات التي أدخلها صاحب الحق في الاستغلال مستندة إلى أن العقد المبرم بينهما لم يكن عقد نشر وإنما كان عقد اشتراك^(٣).

(١) د/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ٢٠٦، د/مأمون - السابق ص ٤٦٢.

(٢) د/محمد السعيد رشدي - السابق ص ١٣٥.

(٣) د/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٤٦٣، د/النجار - الحق الأدبي ص ٢٠٦.

ولقد كان هذا القضاء محل نقض إذ أننا كنا في نطاق عقد النشر أو غيره
فإن أحدًا لا يستطيع أن يدخل تعديلات على المصنف إلا المؤلف نفسه^(١).

الشرط الثالث:

أن يتحقق وقوع الضرر بسبب التعدي لأن الشخص لا يسأل إلا عن الضرر
الذي سببه لغيره فمتى وقع الضرر بغير فعل منه ولم يكن مسئولاً عن فعله فلا
مسئولية إذن. وهذا مما لا خلاف فيه بين الشريعة والقانون.

(١) المرجعان السابقان.

المطلب الثاني

الالتزام بالنشر في الموعد والمكان المتفق عليهما

في الفقه الإسلامي:

من أهم ما يغير عقود الاستغلال، أنها تكون مقيدة، لا تطلق يد من انتقل إليه الحق فيها يفعل كيف شاء، فإذا اتفق على موعد معين، تستوفى فيه المنفعة، وجب التقيد بهذا الزمن، ولا يجوز مزاولة الانتفاع بعد هذا الموعد^(١).

ومع اتفاق العلماء على وجوب التقيد بالزمن في عقود الاستغلال إلا أنهم ينصوا على مدة معينة يجب أن يتفق الطرفان عليها. والصحيح في قول الفقهاء أنه لا حد لهذه المدة، فيجوز الإجارة مدة بقاء العين، وهذا قول كافة أهل العلم إلا أن بعض الفقهاء ذهب إلى وجوب التقيد بمدة معينة، وهؤلاء اختلفوا في تحديد هذه المدة فمنهم من قال أكثرها سنة ومنهم من قال ثلاثين سنة ومنهم من قال ستين سنة^(٢).

(١) سحنون - المدونة ج٣ ص ٥٣٩، الإمام الباجي - المنتقى ج٥ ص ٢٦٥، الخرشي ج٧ ص ٤٢، الإمام الشافعي - الأم ج٧ ص ١٤٧، الرملي - الفتاوي ج٢ ص ١، علي حيدر - درر الحكام ج١ ص ٦٧٩، الموسوعة الكويتية ج٣ ص ٢٨٦.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع ج٤ ص ١٨١، الزيلعي - نصب الراية ج٥ ص ٢٧٦، قليوبي وعميرة ج٧ ص ١١، ١٢، الدسوقي - حاشية الدسوقي ج٥ ص ١٢، الخرشي ج٧ ص ١١، ١٢. هذا بالنسبة للعقد الذي يعقده المؤلف مع الناشر أما بالنسبة لخلف المؤلف فليس لهم أن يزيدوا على الستين سنة حيث أن استغلال المصنف مالياً يتقيد بهذه المدة بعد وفاة المؤلف اعتباراً بأقصى مدة انتفاع عرفها الفقه الإسلامي في حق الحكر وهو حق القرار على الأرض الموقوفة على جهة بر عام، والأصل في هذا أن الإنتاج الفكري نسبي في معناه ويعود المصنف إلى الملك العام د/الدريني - حق الابتكار ص ١٢١.

فإذا نص في عقد النشر على مدة معينة وجب الالتزام بها ويجب رد أصل
المنفعة إلى مالكها يفعل فيها كيف شاء^(١) فإذا بقيت نسخ عند الناشر بعد نهاية
مدة العقد فله أن يعرضها على المؤلف وله أن يستأذن المؤلف في بيعها رغم
إنهاء مدة العقد فإذا لم يأذن له المؤلف امتنع من بيعها لأن في بيعها ضرر على
المؤلف في استغلال مصنفه بمقتضى عقد آخر.

وكذلك إذا اتفق الطرفان على استيفاء المنفعة في مكان معين وجب القيد بهذا
المكان فإذا اتفق على النشر في نطاق دولة معينة فلا يجوز النشر خارج هذه
الدولة، ما إذا لم يوجد اتفاق فإن الناشر يفعل ما جرى العرف به بين الناشرين،
فإذا لم يكن شرط ولا عرف استوفى الناشر المنفعة في أي مكان شاء وهذا ما
قرره العلماء في جميع عقود المنفعة وعلى رأسها الإجارة^(٢).

إلا أن الفقهاء تكلموا عن استيفاء المنفعة في المدة المحددة والمكان المحدد
شرطاً أو عرفاً إلا أنهم لم يلزموا المستأجر باستيفاء المنفعة ولكنهم اتفقوا على
أن المستأجر لا يجوز له أن يستعمل العين استعمالاً يضر بالمؤجر في ملكيته
للعين^(٣). ولا شك أن الناشر إذا لم ينشر المصنف في المدة المتفق عليها فإن

(١) د/الدريني - حق الابتكار ص ١٤٤.

(٢) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٣٠، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٣٠، سحنون -
المدونة ج ٣ ص ٥٣٩، الباجي - المنتقى ج ٥ ص ١٤٥، ذكر المواق من المالكية أن المكتري
إذا اكترى أرضاً فأنتهت مدة الكراء وفيها ثمر لم يرزه وكان المكتري اشترط الثمرة فللمكتري أن
يستوفي الثمرة حتى بعد نهاية مدة العقد وهذا ينطبق تماماً على الصورة التي نحن بصددنا حيث
أن الناشر قد يشترط استيفاء المنفعة من عدد معين من النسخ فتنتهي مدة العقد ما زال عنده نسخ
فله أن يستوفيها بعد مدة العقد (المواق - النتاج ج ٧ ص ٥٤٨).

(٣) ذكر العاماء هذا الشرط عند كلامهم على ضمان المستأجر في حالة استعماله العين استعمالاً أدى
إلى الإضرار بها. ينظر في ذلك سحنون - المدونة ج ٣ ص ٤٨٧، الكرابيسي - الفروق ج ٢ =

هذا يؤثر على المؤلف من الناحية الأدبية ومن الناحية المالية كذلك. أما من الناحية الأدبية فإن المؤلف ما قصد من التأليف مجرد الحصول على المقابل الزهيد الذي أعطاه له الناشر، وإنما مصلحته الكبرى هي في طرح فكرة على الناس للاستفادة منه وفي هذا مصلحة أدبية لا تخفى فإن المؤلف إنما تعرف به كتبه فهي التي تحدد مكانته وهي امتداد بقاءه فعدم نشرها ضرر أدبي كبير.

أما الضرر المادي الذي يلحق بالمؤلف من جراء عدم النشر فإنه يتأتى من أن نشر المصنف في مدة العقد يعطي المصنف مكانة معينة بين الناس فلن يستطيع الناس الحكم على المصنف وتقدير ما إذا كان يستحق الثمن الذي سيدفع فيه أم لا، إلا بعد النشر فإذا لم ينشر جهل الناس أمره فإذا أراد المؤلف نشره بعد نهاية مدة العقد ينشر على جهل الناس به ربما وهذا يحتاج إلى وقت حتى يعلم الناس أمره مما يفوت على المؤلف ربما كان من الممكن أن يكسبه لو كان الناس على علم بهذا المصنف ففي عدم النشر ضرر مالي به.

وبناء على ذلك فإنه يجب على الناشر نشر المصنف في المدة المتفق عليها وإلا كان للمؤلف المطالبة بفسخ العقد للضرر الذي يلحق به من جراء عدم النشر هذا بالإضافة إلى الإلزام الذي يعرفه عليه - قيامه بحق الله تعالى حيث أنه أصبح وكيلاً للمؤلف في نشر العلم الذي ثبت وجوبه بمقتضى الأدلة الشرعية التي سقناها فيما قبل.

ص ١٤٤ ط عالم الكتب، ابن قدامه - المغني حرة - ص ٢٩٢، علي صيدر - درر الحكام ج ٢ ص ٢٢٩، الأنصاري رأسي المغالب ج ٢ ص ٤٢١.

وفي القانون :

يجب 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 واضعاً في اعتباره ما يحيط بالمتعاقدين من ظروف كأن تضع المحكمة أمام بعدها مصلحة المؤلف في نشر مؤلفه في فترة زمنية معينة أراد المؤلف نشر فكرة خلالها فقد يكون المؤلف قد أضاف إلى المصنف أقداراً تفيد في حل مشكلة عامة ملحة، أو يكون المؤلف تعاقداً مع الناشر قبيل حدث ثقافي عام وأراد بهذا النشر أن يطلع المثقفون الذين يحضرون هذا الحديث الثقافي على فكرة^(١).

ويجب على المحكمة كذلك أن تضع أمام بصرها الظروف التي تحيط بالناشر فقد يمر الناشر بضائقة مالية تعوقه عن النشر في فترة معينة، أو يتعرض دار النشر بحريق أو يغلق بأمر إداري أو غير ذلك من الظروف التي تجعل المحكمة تمد له المدة التي يجب عليه النشر خلالها^(٢).

فإذا اتفق على موعد أو حدد عن طريق المحكمة وجب على الناشر أن ينفذ الالتزام خلاله وإلا عد مقصراً مما يعرضه للعقوبات المدنية المترتبة على الإخلال بالالتزام العقدي.

وقد قضت محكمة النقض بفسخ عقد نشر والحكم بالتعويض للمؤلفين الذين تعاقدوا مع ناشر على نشر مصنف لهم فأغفل الناشر نشر المصنف مدة سنتين مع حبس أصول المصنف عن المؤلفين. واعتبرت المحكمة هذا العمل ضار

(١) د/السنهوري جـ ٧ رقم ١٩١، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي ص ١٣١، د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٢٨.

(٢) المراجع السابقة.

بالمؤلفين وأنه فوت عليهم كسباً مالياً كان من الممكن أن يعود عليهم لو أن المصنف قد تم نشره في هاتين السنتين^(١).

وتختلف قوانين حق المؤلف في تحديد مدة النشر المصنف فبعضها يحدد حداً أدنى أقصاه ستة أشهر وبعضها سنة وبعضها سنتين^(٢). إلا أنه لا يوجد ما يمنع أن يضمن الطرفان العقد شرطاً يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا لم ينفذ الناشر التزامه بالنشر في الموعد المتفق عليه أو المحدد من قبل المحكمة^(٣).

وكذلك إذا اتفق على نشر المصنف في مكان معين فإنه يجب الالتزام بهذا المكان ومخالفة ذلك يعرض الناشر للمساءلة المدنية^(٤).

(١) حكم محكمة النقض في ١٤/٣/١٩٨٥ طعن رقم ٨٢٧ لسنة ٥٢ قضائية - مجموعة المكتب الفني رقم ٨٦ ص ٤٠٣.

(٢) د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٢٩.

(٣) د/السنهوري - الوسيط ج ٧ ص ٢٢٩، د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٣٢.

(٤) نظر في ذلك قضية رقم ٨٨/١٤٤٢٦ مدني كلي جنوب القاهرة في ٣٠ مارس ١٩٩٥ (إثارة ٣٢ مدني) ومحكمة استئناف القاهرة (الدائرة ٣٠ مدني) استئنافان مقيدان بالجدول العمومي تحت رقمي ١١٢/٩٦٢١ ق و ١٢٢/١٣٤٣٥ ق. الصادر في ١١ يناير ١٩٩٦. وهذا الحكم خاص بالنشر خارج النطاق الجغرافي للعقد. د/حسام لطفي - حقوق المؤلف ص ٤٧.

الفصل الثاني

الوفاء بالمقابل المالي

في الفقهين الإسلامي والوضعي

يتمثل المقابل المالي: في العوض الذي يلتزم به الناشر للمؤلف مقابل تنازله له عن حق الاستغلال المالي في المدة المتفق عليها.

ويذهب جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي إلى حل أخذ عوض عن استغلال المصنف ممن تنازل له المؤلف عن الحق المالي في التأليف.

أما في القانون فالإجماع منعقد في القوانين الوطنية والاتفاقيات العالمية على أحقية المؤلف في أخذ المقابل المالي.

ولا يفوتنا أن نوضح: أن المقابل المالي: ليس مقابل تنازل المؤلف عن حقوقه الأدبية الآتي بيانها فإنها حقوق لا تقبل التنازل ولا التصرف، وإنما هو في مقابل التنازل عن الحق في الاستغلال الذي يمثل الشق المالي لحق المؤلف.

وللوفاء بالأجر أو العوض أحكام تنظمه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نعلم إن شاء الله إلى بيانها.

لذا فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مشروعية العوض في عقد النشر في الفقه والقانون (حكم أخذ الأجر عن التأليف).

المبحث الثاني: أحكام الوفاء بالمقابل المالي في الفقه والقانون.

المِيجَاتُ الْأَوَّلُ

مشروعية العوض في عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني

تمهيد:

في الفقه الإسلامي لم تتفق كلمة العلماء على مشروعية حصول المؤلف على عوض عن بذل علمه ونشره للناس: فالبعض يرى عدم مشروعية هذا العوض بينما يرى جمهور العلماء مشروعيته.

والأمر على خلاف ذلك في القانون: فإن جميع القوانين، والاتفاقيات اعترفت بالحق المالي للمؤلف، ونصت على الطرق التي يمكن للمؤلف استغلال مصنفه ماليًا من خلالها.

ومن خلال استقراء النصوص القانونية التي نظمت الحق المالي يمكن حصر طرق استغلال المصنف ماليًا في ثلاثة طرق:

الطريق الأول :

أن يقوم المؤلف بنفسه باستغلال مصنفه ماليًا من خلال نقله مباشرة إلى الجمهور، وهو ما يسمى بالنقل المباشر، أو الأداء العلني ويتقاضى في نظير ذلك أجرًا من المنفعين بمضمون المصنف. ومن أمثلة هذا النوع من الاستغلال تلاوة المصنف علنيًا، أو بالعزف الموسيقي، أو التمثيل أو العرض العلني^(١).

(١) ينظر مادة (١٤٩) فقرة أولى من القانون المصري برقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ولقد أتيح لمحكمة النقض المصرية أن توضح المقصود بالأداء العلني الذي ورد في نص هذه المادة (١/٦) من القانون السابق رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ فأوضحت أن العبارة في ذلك "ليست بنوع أو صفة المكان المقام فيه الاجتماع أو الحفل الذي يحصل فيه هذا الأداء وإنما بالصفات الذاتية لذلك الحفل أو =

الطريق الثاني :

أن يقوم المؤلف باستغلال مصنفه عن طريق الغير وذلك: بالتنازل عن حق الاستغلال لناشر، مدة محددة، أو بالتنازل عن الحق المالي كله بطريقة البيع، أو غير ذلك. ويحصل على عوض مالي جزافي، أو يتمثل في نسبة من الأرباح^(١).

الطريق الثالث :

ويتمثل في منح المؤلف نسبة مالية معينة، كلما انتقل المصنف من يد إلى يد، وهذا خاص بالمصنفات الفنية، وهو ما يسمى بحق التتبع^(٢). وعلى هذا فإن الأمر لا يحتاج إلى استدلال من الناحية القانونية للقول بمشروعية العوض في عقد النشر؛ لكونه أمراً مسلماً بثبوته من الناحية القانونية.

"الاجتماع فمضى ثم افترت صفة العلانية للأداء كان علنياً، ولو كان المكان الذي عقد فيه الاجتماع يعتبر خاصاً بطبيعته، أو بحسب قانون إنشائه" نقض في ١٩٦٥/٢/٢٥ مجموع المكتب الفني س ١٦ رقم ٣٦ ص ٢٢٧.

ومن القوانين العربية التي تضمنت هذا الطريق: القانون الإماراتي مادة "١٠" والقانون الأردني مادة "٩" والقانون التونسي مادة "٢" والقانون الجزائري مادة "١٣" والقانون المغربي مادة "١٢" والقانون العراقي مادة "٨".

ومن الاتفاقيات: اتفاقية (برن) لحماية المصنفات الأدبية والفنية مادة "١١"، الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف "١٩٧١" مادة "٤" ثانياً، الاتفاقية الإسلامية لحقوق المؤلف مادة "٤" فقرة "ج".
(١) انظر مادة (١٤٩) من القانون المصري، وكذلك المواد المشار إليها سابقاً من القوانين والاتفاقيات.

(٢) د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ١١٦.

أما في الفقه الإسلامي:

فإن كلمة العلماء قد اختلفت في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول:

يرى أن المؤلف ليس له أن يأخذ أي عوض مقابل نشر علمه للناس؛ لأنه أمر وجب عليه فعله؛ ولأن المنفعة المتحصلة من التأليف لا تدخل ضمن الأموال التي يجوز التصرف فيها.

وذهب هذا المذهب الإمام القرافي المالكي^(١)، والإمام ابن السبكي^(٢) من الشافعية ومتقدموا الحنفية^(٣) وتبعهم بعض العلماء المعاصرين^(٤).

ويعتبر هذا الرأي، امتداداً لرأي بعض الصحابة والتابعين الذين كانوا يرون حرمة الأجر على تعليم العلم: من الفقه، والحديث، وقراءة القرآن، وبعض الطاعات: كالإمامة، والآذان، وغير ذلك.

ومن هؤلاء: الخليفة عمر بن الخطاب، وأبي بن خلف، وعبد الله بن معقل، وشريح، والضحاك.

(١) الإمام القرافي - الفروق ج ٣ ص ٢٧٥-٢٧٩ الفرق السابع والتسعين بعد المائة.

(٢) الإمام تاج الدين السبكي - الأشباه والنظائر ج ١ ص ٣٦٤ ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٣) الرازي (الجصاص) - أحكام القرآن ج ١ ص ١٤١، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٩١، الكاساني - البدائع ج ٤ ص ١٩٢، ابن نجيم - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٢.

(٤) ومن يرى هذا الرأي من المعاصرين د/الحجي الكردي في مقاله: حكم الإسلام في حقوق التأليف والنشر والتوزيع والترجمة منشور في مجلة هدى الإسلام الأردنية المجلد ٢٥ العدد السابع وكرر نشره في العدد الثامن عام ١٤٠١هـ ص ٥٩، والأستاذ/تقي الدين النبهاني في كتابه مقدمة الدستور الإسلامي، والشيخ عبد الله بن بيه في كلمته التي ألقاها أمام علماء المجمع الفقهي التاسع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في مناقشتهم للبحوث المقدمة بشأن الحقوق المعنوية وذلك في الدورة الخامسة عام ١٩٨٨ بالكويت.

وتبنى هذا المذهب: ثلثة من العلماء المعاصرين.

الرأى الثانى :

يرى جواز الاعتياض عن حق التأليف استصحاباً للأصل من الإباحة الأصلية حيث لم يرد دليل محرم بل ورد ما يقتضى الإباحة من نصوص شرعية، وقواعد كلية تقتضى القول بذلك.

وتزعم هذا الاتجاه معظم العلماء غير من ذكرنا سواء من الصحابة أو التابعين. أو المذاهب المختلفة من المالكية، والشافعية ومتأخري الحنفية، والحنابلة، والظاهرية^(١).

وكل رأى من الرأيين السابقين استدل بأدلة قوى بها مسلكه، وردود قوض بها مسلك غيره.

ونسنتولى فى هذا المبحث بيان هذه الأدلة ومناقشتها، ثم بيان الرأى الراجح وهذا يقتضى منا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : أدلة المانعين والرد عليها.

المطلب الثانى : أدلة المجيزين.

المطلب الثالث : الرأى الراجح من الرأيين السابقين.

وذلك على التفصيل التالى.

(١) ابن حزم - المحلى بالآثار جـ ٧ ص ٢٠.

المطلب الأول

أدلة المانعين لجواز أخذ العوض عن استغلال المصنفات ومناقشتها

استدل المانعون لجواز أخذ العوض عن التأليف بالأدلة الآتية:

أولاً: بالأدلة الدالة على وجوب نشر العلم وتحريم كتمانها وهي من الكتاب والسنة، والأثر، والمعقول.

ثانياً: بالأدلة الدالة على عدم جواز أخذ الأجرة على بعض الطاعات كالآذان والإمامة، وتعليم القرآن وبقية العلوم الأخرى.

ثالثاً: بأن التأليف لا يتحقق فيه عناصر المالية، فهو ليس مالاً، وبالتالي لا يجوز أخذ العوض عنه؛ لأن الأموال هي التي تقبل ذلك.

وبيان هذه الأدلة في الفروع الآتية.

الفرع الأول

الاستدلال بما يدل على وجوب نشر العلم

وتحريم كتمانہ

استدل المانعون لجواز أخذ العوض عن التأليف بما يدل من الكتاب، والسنة، والأثر، والمعقول، على وجوب نشر العلم، وتحريم كتمانہ، وبيانه كالتالي:

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ﴾^(١) وبقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ﴾^(٢).

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

أنهما تفيدان، وجوب نشر العلم، وتحريم كتمانہ. يقول الإمام الجصاص في دلالة الآية الأولى هي (موجبة لإظهار علوم الدين، وتبيينه للناس زاجرة عن كتمانها. ومن حيث دلت على بيان المنصوص عليه، فهي موجبة أيضاً لبيان المدلول عليه منه، وترك كتمانہ؛ لقوله تعالى: ﴿يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ﴾ وذلك يشتمل على سائر أحكام الله في المنصوص عليه والمستتبط لشمول اسم الهدى للجميع).

(١) آية ١٥٩ سورة البقرة.

(٢) آية ١٨٧ سورة آل عمران.

ثم رتب الجصاص على ذلك حرمة أخذ الأجر على العلم وبرر ذلك بقوله (إذ غير جائز استحقاق الأجر على ما عليه فعله، ألا ترى أنه لا يصح أخذ الأجر على الإسلام...) (١).

ثانيًا: من السنة :

عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ "من كتم علمًا يعلمه جاء يوم القيامة ملجمًا بلجام من نار" (٢).

ووجه الدلالة من الحديث الشريف :

أن رسول الله ﷺ؛ حرم كتمان العلم وحذر منه وشدد في الوعيد عليه ومن باب كتمان العلم حبسه عن الناس حتى يستوفي صاحبه عليه أجرا.

مناقشة هذا الاستدلال :

ورد على الاستدلال بالآيتين السابقتين والحديث الشريف على حرمة أخذ العوض عن التأليف ما يلي:

لا نسلم أن الكتمان المحرم شرعًا معناه بذل العلم بدون مقابل مادي إذ الكتمان شرعًا يطلق على عدة معان منها:

١- إخفاء الحق وإظهار الباطل، كما كان يفعل اليهود عندما أخفوا صفة رسول الله ﷺ من التوراة، فأنزل الله تعالى فيهم هاتين الآيتين وغيرهما وهذا قول غير

(١) الجصاص - أحكام القرآن ج ١ ص ١٤١، ص ١٩١.

(٢) سبق تخريج هذا الحديث.

واحد من المفسرين ﴿١﴾ فإن كان المراد بالكتمان هو هذا، فالاستدلال بهذه الأدلة في غير محل النزاع إذ هذا أمر مجمع على حرمة.

٢- وقد يراد بالكتمان حجب علمه عن الناس مع حاجتهم إليه، فيكون شبيهاً بالمحتكر الذي يحتكر القوة مع حاجة الناس إليه، وفي هذا يقول الإمام أبو الطيب "من سئل عن علم، وهو علم يحتاج إليه السائل في أمور دينه فكتمه بعدم الجواب، أو بمنع الكتاب، ألجمه الله تعالى بلجام من نار، مكافأة له" (٢).

وإن كان الفقه يجمع على حرمة هذا النوع من الكتمان لشبهه بالاحتكار إلا أن أحداً من الفقهاء لم يقل بأن حرمة الاحتكار تستلزم بذل المادة المحتكرة مجاناً دون أجر، ولكن ما أوجب العلماء هو بذل المادة بأثمان معقولة، تحفظ لكل ذي حق حقه دون وكس أو شطط (٣).

ومما تقدم نعلم أن حرمة كتمان العلم لا تستلزم بذله مجاناً بل إن بذل العلم بعوض، يشجع الباحثين، ويوقظ همهم لاستنباط المسائل واستخراجها، وإتحاف الناس بالمزيد من الاجتهادات، التي تنفعهم في دينهم، ودنياهم، وهذا يؤدي إلى نشر العلم، لا إلى كتمانها بل إن حرمان المؤلف من العوض هو الذي من الممكن أن يؤثر على مستوى الثقافة العامة، وهذا ما حدا ببعض الفقهاء أن يرجعوا في فتياتهم بحرمة أخذ الأجر على تعليم الناس القرآن الكريم فأفتوا بالجواز بعد الحرمة. قال ابن نجيم الحنفي: (والفتوى اليوم على جواز

(١) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ٢٣٤، الطبري - ج ١ ص ١١٠، ابن كثير أبو الفدا

- تفسير القرآن العظيم ج ١ ص ٢٠١، الإمام الجصاص - أحكام القرآن ج ١ ص ١٤٢.

(٢) الإمام أبو الطيب - عون المعبود شرح سنن أبي داود ج ١٠ ص ٦٦.

(٣) د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ٢، د/فتحي الدريني - حق الابتكار ص ١٥١.

الاستئجار على تعليم القرآن، وهذا مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ، استحسنوا ذلك، وقالوا: بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم... (١) فأخذ العوض عاد بالنفع على العالم وعلى الناس كافة بقول الإمام الدسوقي المالكي رحمته الله في حاشيته على الشرح الكبير لما نقل الخلاف في جواز الإجارة على كتابة العلم وبيع كتبه قال: "ولا أرى أن يختلف اليوم في الجواز لأنه حفظ الناس وأفهامهم قد نقصت؛ فلو بقي العالم بلا كتب لذهبت رسوم العلوم منه" (٢).

وإذا كان العلماء أجازوا للناسخين والوراقين بيع كتب العلم وأن يحققوا منها ربحاً، ولا شك أن هذه الكتب ثمرة جهد غيرهم، أفيعقل أن نمنح غير صاحب الحق أن يستفيد منه ويربح، ويحرم صاحبه منه حتى لا يكون كاتماً لعلمه، وليس في الشرع ما ينهض دليلاً على استفادة إنسان بثمرة جهد إنسان آخر مع حرمان صاحب الجهد من تحصيل هذه الثمرة.

بل قصر تحصيل ثمرة النشر على الناشرين، قد يكون هو المؤدي إلى كتمان العلم فإنهم كثيراً ما يغالون في أثمان الكتب مما يعجز طلبة العلم عن شراؤها. ومما يدل على ذلك ما ذكره غير واحد من علماء السير أن الإمام الفراء رحمته الله لما فرغ من كتاب "المعاني" خزنه الوراقون وغالوا في ثمنه فشكا إليه طلبة العلم ذلك، فدعا الفراء الوراقين وقال: قاربوهم، فأبوا، وقالوا: عملنا نتكسب منه ولم يروا للفراء حقاً في هذا الطلب، فتوعدهم، وقال سأريكم فجمع طلبة العلم وأملى

(١) ابن نجيم - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٢، ٢٣.

(٢) الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٨.

عليهم "المعاني" بعبارة أوجز فلما رأى الوراقون ذلك نزلوا على رأي الفراء
وباعوا الكتاب بثمن يستطيعه جميع طلبة العلم^(١).
فتدخل المؤلف أدى إلى نشر العلم بطريق غير مباشر عن طريق حده من
مغالة الناشرين في أثمان الكتب.

(١) ابن ملكان - وفيات الأعيان ج ٦ ص ١٧٨ طبعة دار الثقافة، أبو الفرح بن الجوزي - المنتظم
حتى ٢٥٧هـ - ج ١٠ ص ١٧٨ طبعة دار الكتب العلمية.

الفرع الثاني

الاستدلال بعدم جواز أخذ الأجر على الطاعات

استدل المانعون لجواز أخذ العوض عن التأليف بأن العلم طاعة واجبة على الإنسان فلا يجوز أخذ الأجر عليه؛ لأن من شرط الإجارة ألا يكون المستأجر عليه فرضاً على الأجير ولا واجباً^(١) واستدلوا على ذلك بعدة أدلة من السنة والأثر والمعقول وبيانها فيما يلي:

أولاً: من السنة:

استدلوا بجملة أحاديث نذكر منها:

(١) عن عثمان بن أبي وقاص قال: آخر ما عهد إلى النبي ﷺ (أن لا أتخذ مؤنناً يتخذ على الأذان أجراً)^(٢).

(٢) أن أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه أقرأ رجلاً فأعطاه قوساً فأتى رسول الله ﷺ ، يسأله، فقال له رسول الله: هل تحب أن يقوسك الله تعالى بقوس ~~صبي~~ نار؟ قال: لا، فقال له: فرده^(٣).

(١) الكاساني - بدائع الصنائع ج٤ ص ١٩١، الزيلعي - تبين الحقائق ج٥ ص ١٢٤، ابن قدامة

- المغني ج٥ ص ٣٢٣، الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنبياء ج٢

ص ١٨٤، السيوطي - الأشباه والنظائر ص ٤٦٩، ابن الشاص - في حاشيته على الفروق ج٤

ص ١٩، المواق - التاج والإكليل شرح مختصر خليل ج٧ ص ٥٤٧.

(٢) رواه الترمذي في سننه وقال عنه حسن صحيح ج١ ص ٤٠٩، وابن ماجه ج١ ص ٢٣٦.

(٣) رواه سعيد بن منصور في سننه ج٢ ص ٣٥٨ وقال عنه أبو بكر الهيثمي وفيه عبد الله بن

سليمان بن عمير ولم أجد من ترجم له ولا أظنه أدرك الطفيل الذي روى الحديث عن أبي، وهو

الذي أقرأ الرجل القرآن - مجمع الزوائد ج٤ ص ٩٥. وقال الكنايني في مصباح الزجاجاة سننه

مضطرب ج٣ ص ١١.

(٣) ما رواه عبادة بن الصامت قال: علمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة، فأهدى إليّ رجل منهم قوساً، قلت: قوس، وليس بمال وقلت أتقلدها في سبيل الله، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، وقصصت عليه القصة، فقال لي: إن سرك أن يقلدك الله، قوساً من نار فاقبلها^(١).

(٤) عن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول اقرؤوا القرآن، ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به^(٢).

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث:

أنها نهت عن أخذ الأجر على التعليم فيقاس عليه كل ما كان طاعة لله سبحانه وتعالى فلا يجوز أن يؤخذ الأجر عليه^(٣).

ثالثاً : من الأثر :

ما روي عن غير واحد من سلفنا الصالح ﷺ أنهم كانوا لا يرتضون أخذ الأجر على كتاب الله سبحانه وتعالى فلقد روي عن ابن عمر، وعثمان بن أبي العاص، والضحاك، وشريح، وعبد الله بن يزيد، وعبد الله بن معقل أنهم كانوا يقولون لا نأخذ على كتاب الله أجر^(٤).

(١) رواه أبو داود جـ ٣ ص ٢٦٤. وقال عنه بن حجر: إسناده ضعيف، وأخرجه الحاكم بطريق أقوى منه، المستدرک جـ ٢ ص ٤٨ وقال صحيح الإسناد، وابن حجر العسقلاني - الدراية في تخريج أحاديث الهداية جـ ٢ ص ١٨٨ ط دار المعرفة، ورواه البيهقي في السنن الكبرى جـ ٦ ص ١٢٥.

(٢) قال الهيثمي بعد أن ساق الحديث رواه أحمد وأبو يعلى باختصار ورجاله ثقات، مجمع الزوائد جـ ٤ ص ٩٥، وقال عنه الشوكاني في الدراري المضيئة أنه صحيح جـ ١ ص ٣٢٢، وقال عنه بن حزم فيه الراشد الحبراني وهو مجهول. (المحلى جـ ٧ ص ٢١).

(٣) الإمام السرخسي - المبسوط جـ ١٦ ص ٣٧، الكاساني - بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٩١، ١٩٢.

(٤) ابن حزم - المحلى جـ ٧ ص ٢١.

رابعاً : من المعقول :

أن التعليم مما لا يقدر عليه المعلم إلا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز.

وأن شرط قبول هذه الطاعات التقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى وهذا ينافي حصول الأجر عليها^(١).

مناقشة هذا الاستدلال :

وبناقش الاستدلال من السنة بأمرين:

أولاً: أن هذه الأحاديث تكلم العلماء في سندها بما يقوض الاحتجاج بها قال ابن عبد البر بعد أن ساق هذه الأحاديث وغيرها: (وهذه أحاديث منكورة، لا يصح منها شيء)^(٢) وقال أيضاً الإمام ابن حزم بعد أن ساق هذه الأحاديث (وكلها لا يصح منها شيء)^(٣) غير ما ذكرنا من تعليقات على كل حديث بمفرده بما يبين أن هذه الأحاديث مختلف في سندها.

ثانياً: وعلى فرض صحة هذه الآثار فإنها كما قال ابن حجر: تكون منسوخة بالأحاديث الصحيحة، الدالة على جواز أخذ الأجر على كتاب الله، رقيباً، أو تعليمًا. ومنها:

١- حديث الرهط من أصحاب الرسول ﷺ الذين أخذوا أجرًا على قراءة الفاتحة عندما لدغ سيد الجي الذي كانوا فيه. فعن أبي سعيد رضي الله عنه ، أن رهطاً من أصحاب النبي ﷺ ، انطلقوا في سفرة سافروها، حتى نزلوا على حي من أحياء

(١) ابن نجيم - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٢.

(٢) الحافظ بن عبد البر - التمهيد ج ١٢ ص ١١٣ ، الزرقاني ج ٣ ص ١٦٩.

(٣) ابن حزم - المحلى ج ٧ ص ١٩.

العرب، فاستضافوهم، فأبوا؛ فلذغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء، لا ينفعه شيء، فقال بعضهم لو أتيتهم هؤلاء الرهط الذين نزلوا، لعله يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم، فقال بعضهم، والله إني لأرقي، لكن، والله لقد استضافناكم، فلم تضيفونا، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً، فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يتفل عليه، ويقرأ الحمد لله رب العالمين ... فكأنما نشط من عقال، فأوفوهم جعلهم، فقال بعضهم أقسموا فقال الذي رقى لا تفعلوا حتى نأتي رسول الله ﷺ، فنذكر له الذي كان، فننظر ماذا يأمرنا، فقدموا على رسول الله ﷺ، فذكروا له ما كان، فضحك رسول الله ﷺ، وقال ما أدراك أنها رقية، أقسموا واضربوا لي معكم سهماً^(١).

٢- وما رواه البخاري رضي الله تعالى عنه عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال "أحق ما اتخذتم عليه أجراً كتاب الله"^(٢).

ثالثاً: وعلى فرض صحتها وعدم نسخها فهي محتملة للتأويل كما قال الإمام ابن عبد البر والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال^(٣).

رابعاً: أن جمهور المذهب الحنفي الذي تبني الفتوى بعدم جواز أخذ الأجر على القرآن رجعوا عن هذه الفتوى وأصبح المستقر في المذهب عندهم جواز أخذ الأجر على تعليم كتاب الله استحساناً، وبالتالي يصح أن نستصحب دليلهم هذا (بعد أن رجعوا عن التمسك به ولجأوا إلى الاستحسان) وننصبه دليلاً على

(١) صحيح البخاري ج ٢ ص ٧٩٥ دار بن كثير، وصحيح مسلم ج ٤ ص ١٧٢٧.

(٢) البخاري ج ٢ ص ٧٩٥.

(٣) ابن عبد البر - التمهيد ج ١٢ ص ١١٣.

حرمان المؤلف من علمه، وأغلب المتأخرين من المذاهب على جواز أخذ الأجر على تعليم العلم، والقرآن، والفقه والحديث^(١).

ثانيًا : مناقشة الاستدلال من الأثر :

ويناقش الاستدلال بالأثر بأنه منقوض بمثله فقد روي عن بعض الصحابة: عمار وسعد بن أبي وقاص، القول بإجازة ذلك وروي أيضًا عن الحسن، وعطاء، وأبي قلابة من التابعين القول بالجواز.

بل روي في الأثر الصحيح أن عمر كان يرتب لثلاثة من المعلمين راتبًا شهريًا. هذا بالإضافة إلى أن الآثار المروية عن المانعين لا تخلو من مقال فلا يقوى هذا على الاحتجاج بها^(٢).

ثالثًا : مناقشة الاستدلال بالمعقول :

ويناقش استدلالهم من المعقول بما يلي:

أولاً: إن عدم القدرة على التسليم هنا غير مسلم بها؛ فالمتعلمين وإن تفاوتت أفهامهم إلا أن المعلم ليس عليه إلا أن يبذل الجهد، وليس عليه أن يحقق النتيجة، ولا شك أن بذل الجهد مقدور على تسليمه.

ثانيًا: كون العلم أو الطاعات يشترط في قبولها التقرب بها إلى الله فإن هذا يصدق على كل الأعمال: مالية كانت، أو غير مالية، لعموم قوله تعالى: ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ فالنية والإخلاص شرط الثواب في الآخرة، ولم يقل أحد أن الثواب في الآخرة، مانعًا من الحصول على الأجر في الدنيا.

(١) الموسوعة الكويتية جـ ١ ص ٢٩١ مادة "إجازة".

(٢) ابن حزم - المحلى جـ ٧ ص ٢١.

فالجهد من أجل الطاعات، وأعظم القربات، ومع ذلك، فإن الله جعل للمقاتلين في سبيله جزءًا من الغنيمة يتقوون به على تجهيز أنفسهم لملاقات الأعداء. فلو كان شرط التقرب، أو علة الطاعة، مانعًا من الحصول على المقابل لحرم المجاهدون منه، وهذا لم يقل به أحد^(١).

(١) بمعناه: د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص٤، الدرني - حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن ص٧٠.

الفرع الثالث

الاستدلال بعدم تحقق عنصر الصفة المالية

في الإنتاج الذهني

يعتبر الإمام القرافي المالكي هو أول من تكلم في هذا الدليل وتبعه كل من جاء بعده فيه ولتقرير هذا الدليل نقول:

اتفق العلماء على أن: ما كان من الأعيان المالية فإنه يجوز التصرف فيه وانتقاله بالميراث، أما ما كان غير مالي من الحقوق للصيقة بشخص الإنسان، أو بفكره، أو بعقله، فلا يجوز التصرف فيه ولا ينتقل بالميراث.

ولقد وضع الإمام القرافي في ذلك: ضابطاً حيث قال (بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه، وأما ما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث)^(١) ورتب على هذا الضابط: عدم جواز التصرف في الاجتهادات العقلية، وعدم انتقالها بالميراث؛ لأنها حقوق غير مالية. وأيد القرافي دعواه بأن الوارث لا يرث الأصل الذي هو عقل المورث فلا يرث الفرع الذي هو الصور الذهنية التي تفتق عنها هذا الأصل.

(١) الإمام القرافي - الفروق ج ٣ ص ٢٧٦ الفرق ١٩٧ (الفرق بين ما ينتقل إلى الأقارب من الأحكام غير الأموال وبين قاعدة ما لا ينتقل من الأحكام) وفي بيان هذا الرأي ونقده ينظر د/الدريني - حق الابتكار ص ٥٥.

فالمحاور التي يقوم عليها هذا الرأي تتلخص فيما يلي:
المحور الأول:

إنكار الصفة المالية في الاجتهادات والتي أهمها التأليف.

المحور الثاني:

افتراض الصلة الدائمة، بين المؤلف، وبين اجتهاداته واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من عقله الذي هو أصل هذه الاجتهادات ومصدرها.

المحور الثالث:

وهو يترتب على المحورين السابقين أن الاجتهادات لا يجوز دخولها تحت تصرف من التصرفات المالية المعروفة.

مناقشة هذا الاستدلال:

يناقش هذا الاستدلال بما يلي:

إن القول بعدم تحقق الصفة المالية في التأليف يحتاج منا إلى بيان عناصر الصفة المالية في نظر الفقهاء وإلى بيان مدى تحقق انفصال الاجتهاد عن عقل صاحبه واستقراره في نماذج مادية يسهل بيعها وإيجارها وإعارتها. وبالتالي انتقالها إلى أقرب الناس إليه بعد موته وهم الورثة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: عناصر المالية في نظر الفقهاء:

لم تتفق كلمة الفقهاء حول عناصر المالية فمتقدموا الحنفية لهم مسلك، في بيان عناصر المالية، وجمهور الفقهاء وتبعهم في ذلك متأخروا الحنفية لهم مسلك آخر:

سبحي بن محمد
نقد الأصول

(أ) مسلك جمهور الحنفية في بيان عناصر المالية:

يعرف جمهور الحنفية المال بتعريفات متعددة^(١) في ألفاظها متقاربة في معناها تدور كلها على أن صفة المالية لا تتحقق إلا بركنين أساسيين يمثلان عناصر المالية في جميع الأشياء وهما:

أولاً : العينية

ثانياً : القيمة

ومعنى اشتراط العينية أن يكون الشيء المتمول مما يمكن حيازته وادخاره لوقت الحاجة إليه. واشتراط القيمة بأن الشيء المادي الذي أمكن حيازته لا بد وأن تكون له قيمة ينتفع بها وقت الاختيار لا اضطرار^(٢).

ورتبوا على اشتراط هذين الركنين ما يلي:

١- عدم جواز بيع المنافع لأنها أعراض تحدث شيئاً فشيئاً ولا يمكن حيازتها^(٣).

(١) ومن تعريفات المذهب الحنفي للمال ما يلي:

(أ) عرف كثير من علماء المذهب المال بأنه "ما يميل إليه الطبع ويمكنه ادخاره إلى وقت الحاجة" ابن عابدين - الحاشية ج٤ ص ٥٠٠، ابن نجيم - البحر الرائق ج٥ ص ٢٧٧، علي حيدر - درر الحكام - ج١ ص ١١٥.

(ب) وعرفه السرخسي بأنه "اسم لما خلق لإقامة مصالحنا بن لكن باعتبار صفة التمول والإحراز" المبسوط ج١١ ص ٧٩.

(ج) عرفه القابسي بأنه "اسم لغير آدمي خلق لصالح الآدمي، وأمكن ادخاره والتصرف فليبه على وجه الاختيار" الحاوي القدسي: القابسي الفرتوي لوحة ١٠ مخطوط (١٤٥) حنفي دار الكتب.

(د) عرفه التفتازاني بأنه "ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة" التلويح على التوضيح ج١ ص ١٦٨.

(٢) السرخسي - المبسوط ج١١ ص ٧٨.

(٣) ولقد استثنى الحنفية من جواز بيع المنافع عقد الإجارة، حيث تقوم المنفعة بالعقد عليها في الإجارة الصحيحة دون الباطلة؛ لأن الإجارة أبيحت لحاجة الناس والأصل فيها عدم الإباحة =

- ٢- جواز بيع الكلاب لأنها أعيان، ولها قيمة يمكن الانتفاع بها للحراسة^(١).
٣- جواز بيع السرجين (وهو ما يتولد عن روث البهائم) لتحقيق عنصر المادية فيه^(٢).

٤- جواز بيع الدود لعينيته والانتفاع به لنسج الحرير أو الصيد به^(٣).
وغير ذلك من الأحكام التي ذكرها فقهاء المذهب الحنفي رحمهم الله ووضح من سياق الأمثلة مدى القصور في عد العينية من عناصر المالية وأركانها. وهذا أوقع جمهور الحنفية في مأزق عندما رأوا أن الشارع يجيز بيع بعض المنافع وإجارتها. وحاولوا الخروج من هذا المأزق فقالوا إن المنافع تتقوم بورود العقد عليها. وفي الحقيقة: أن العقد لا يغير من طبيعة الأشياء. فالشيء إما أن يكون مالاً، ويرد العقد عليه ويحكم بشرعيته، وإما ألا يكون كذلك ويحكم بعدم شرعية العقد عليه. والقول بغير ذلك تكلف.

= لأنها عقد على معدوم (الكاساني - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٧٩، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢٢، الزيلعي - تبين الحقائق ج ٥ ص ٢١٣٤، قاضي زادة تكملة فتح القدير ج ٥ ص ٨٤ ط إحياء التراث العربي.

(١) ابن نجيم - البحر الرائق ج ١ ص ١٠٩.

(٢) ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٨.

(٣) ابن نجيم - السابق ج ٦ ص ٨٥.

(ب) مسلك الجمهور في عناصر مالية الأشياء:

أما جمهور الفقهاء فقد عرفوا المال^(١) بما يوضح أن عناصر الصفة المالية تتمثل في عنصرين هما:

أولاً: القيمة أي "المنفعة" فالأشياء إنما وجدت من أجل تحقيق الانتفاع بها.

ثانياً: العرف أي اعتبار العرف العام لمالية الشيء لاعتقاد الناس التعامل فيه.

فالقيمة: هي المنفعة المباحة التي تجعل الناس يقدمون على التعامل في الأشياء

لأجلها، ويلتزم متلفها بضمانها؛ إذ الشيء الذي لا نفع فيه لا قيمة له، وهو

بالتالي غير مال، ومن هنا جاء تعريف الإمام الزركشي للمال بأنه: (ما كان

منتفعان أو مستعداً للانتفاع به"^(٢)).

وتعريف الإمام الشاطبي: "ما يقع عليه الملك ويستبد به لمالك عن غيره إذا أخذ

من وجهه"^(٣).

فالمالك لا يقع إلا على ما كان له قيمة ومنفعة يحققها لملكها.

وكذا تعريف الحنابلة "ما كان فيه منفعة مباحة..."^(٤).

(١) عرف جمهور الفقهاء المال بما يلي:

(أ) ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك من غيره إذا أخذه من وجهه (الشاطبي - الموافقات جـ ٢ ص ١٠ ط أولاد صبيح).

(ب) ما فيه . نفعة مباحة لغير حاجة ولا ضرورة (البهوتي - منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٤).

(ج) ما كان منتفعاً به أو مستعداً للانتفاع به (الزركشي - الدر المنثور جـ ٣ ص ٢٢٢).

(٢) الإمام الزركشي - في الدر المنثور جـ ٣ ص ٢٢٢.

(٣) الإمام الشاطبي: الموافقات جـ ٢ ص ١٠.

(٤) البهوتي - شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٤.

أما العرف فيبرز دوره باعتبار أنه معيار للقيمة فالقيمة المنوطة بالمنفعة معيارها العرف؛ إذ المال هو ما يعدّه الناس مالاً. فإذا أصبح الشيء لا قيمة له عرفاً فإنه لا يكون مالاً.

ويترتب على هذا ما يلي:

(١) جواز بيع المنافع وإجارتها وإرثها والوصية بها. فالعينية ليست شرطاً في مالية الشيء والمنفعة تحاز بحيازة أصلها.

(٢) عدم جواز بيع وإجارة ما لا نفع فيه عرفاً.

ما يترتب على الخلاف في عناصر المالية:

ترتب على الخلاف السابق في عناصر المالية اختلاف الفقهاء في مالية المنافع فمن عد العينية من عناصر المالية، قال بعدم ماليتها، ومن لم يعدّها من عناصرها قال بماليتها.

فيرى جمهور الفقهاء أن المنافع أموال^(١).

ويرى الحنفية^(٢) أن المنافع ليست أموالاً.

ولقد اعتمد الحنفية في قولهم على أن المال ما يمكن حيازته وادخاره والمنافع ليست من هذا القبيل^(١).

(١) ذهب هذا المذهب المالكية والشافعية والحنابلة. ينظر في مذهب الجمهور: الإمام العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ١ ص ١٨٣، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٤٢، القرطبي - الجامع لعلوم القرآن ج ١٣ ص ٢٧٣ ط الهيئة المصرية العامة للكتاب، البهوتي - منتهى الإرادات ج ٢ ص ٣٢٠.

(٢) ابن نجيم - الأشباه والنظائر ص ١٢٣، الزيلعي - تبين الحقائق ج ٥ ص ١٠٥، السرخسي - المبسوط ج ١١ ص ٧٨، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢٢، التفتازاني - شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٢٦.

ويرد عليهم بأن الحيازة مفهومها أوسع من أن تقصرها على الحيازة المادية فهناك أشياء تحاز حيازة مادية وهناك أشياء تحاز بحيازة محلها. والمنافع تحاز بحيازة محلها.

أما الجمهور من العلماء فقد أيدوا اعتبارهم لمنافع الأموال بما يلي:

أولاً: باعتبار الشارع لماليتها:

ومما يدل على اعتبارها كذلك أنه أقرها مهرًا في عقد الزواج. والمهر لا يكون إلا مالا: وذلك في قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾ (١).

وجه الدلالة من الآية:

أن المهر شرعاً لا بد وأن يكون مالا، لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ (٢) والمهر في الآية السابقة ليس إلا منفعة وهي الخدمة والقيام على شئون الرعي. فلو لم تكن المنفعة مالا لما صح قبولها مهرًا، وهذا وإن ورد في شرع من قبلنا إلا أنه يكون شرعاً لنا ما دام لم يرد في شرعنا ما يخالفه، بل ورد ما يؤيده فقد صح عن الرسول الكريم ﷺ أنه زوج أحد أصحابه على ما معه من كتاب الله، فقليل التعليم مهرًا وهو منفعة محضة فقبوله لها دليل ماليتها (٣).

(١) المراجع السابقة مع - البخاري - كشف الأسرار ج ١ ص ١٧٢، علي حيدر - درر الحكام ج ١ ص ٥١٨.

(٢) آية ٢٧ سورة القصص.

(٣) آية ٢٤ سورة النساء.

(٤) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ج ١٣ ص ٢٧٣ طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٧.

ثانياً: أنها المقصود الأول من مالية الأشياء:

فالشيء يوصف بالمالية لما فيه من منفعة، فالمنافع هي المقصود الأعظم من تملك الأشياء وهي أولى في وصفها بالمالية حتى من الأعيان^(١).

ثالثاً: ضمانها بالعقد عليها دليل ماليتها:

فالمنافع تصير مضمونة بالعقد عليها سواء أكان العقد صحيحاً، أم فاسداً، فضمانها بالعقد عليها دليل ماليتها إذ لو لم تكن مالاً لما ضمنت بالعقد عليها، فالعقود لا تغير من طبيعة الأشياء بل تقرر خواصها^(٢).

وهذا الرأي هو الراجح الذي اتفقت كلمة أغلب المحققين على ترجيحه لما فيه من مراعاة لأعراف الناس ومصالحهم، ولما يترتب على عدم الاعتراف بمالية المنافع من حرج شديد.

مدى انطباق عناصر المالية على الحق في التأليف:

سبق وأن ذكرنا أن عنصري الصفة المالية في نظر جمهور الفقهاء والمتأخرون من الحنفية هما: المنفعة المباحة والعرف وهو تمول الناس للشيء فالمنفعة المتمولة عرفاً هي معيار مالية الشيء ومشروعية الانتفاع بها هو أساس تقومها.

ولا يخفى توافر هذين العنصرين في الإنتاج الذهني، ففي الإنتاج الذهني منفعة لا تخفى، بل هو أصل المنافع ومصدرها، كما يرى في الآليات الحديثة والوسائل الحربية والمدنية التي لا تخفى عن باصرة أحد وكل هذه الأشياء أموال باتفاق وما ثبت للفرع ثبت للأصل.

(١) العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام ج ١ ص ١٨٣.

(٢) الزيلعي - تبين الحقائق ج ٥ ص ٢٣٤، ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٤٨٨ ط دار البصائر.

علاوة على أن العرف على السعيد بين المحلي والدولي قد جرى على تمول الإنتاج الذهني واتخاذة محلاً للمعاوضات المالية.

فأصبح للمعلومات بنوكاً لها أنظمة عالمية تعارف الناس عليها ولم ينكرها أحد من العلماء. فضلاً عن عقود الإمداد بالمعلومات التي تعقدها الشركات والهيئات مع الخبراء، والمستشارين، فكل هذا ما هو إلا تمول للمنفعة وتعاقد عليها بما لم يصبح مجالاً للشك في أن المنفعة العلمية هي أعظم الأموال وأشرفها.

ولو كان الإمام القرافي والإمام السبكي وغيرهما من الأئمة المجتهدين الذين قالوا بعدم جواز الاعتياض عن المنافع الذهنية موجودين في هذا العصر لغيروا اجتهادهم تبعاً لتغير أعراف الناس، وعاداتهم، وما حققته لهم هذه الاجتهادات من مصالح ضرورية^(١).

خلاصة القول:

أن الاستدلال بعدم مالية الإنتاج الذهني للقول بعدم جواز الاعتياض عنه استدلال لا يستقيم لما ثبت من أن الإنتاج الذهني تثبت فيه صفة المالية بعنصريها (المنفعة، والتمول العرفي) وأن اجتهاد القرافي رحمته الله يصلح أساساً للحق الأدبي فقط ولا يكون أساساً للحق المالي فهو رحمته الله لم يبرز الجانب المالي في الإنتاج الذهني. وهو في هذا راعى أعراف الناس السائدة في عصره فلم يكن للإنتاج الذهني في أسواق الناس وأعرافهم هذه القيمة المالية الخطيرة التي أصبح عليها اليوم، فالمعلومة الواحدة ربما بيعت بالكثير من الأموال والفكرة الواحدة ربما كانت أساساً في نهضة أمة بأكملها في حين أنه قديماً كان العالم

(١) د/الدريني - حق الابتكار ص ١٧.

يلقي بفكره إلى الناسخين والوراقين يكدون في نشره ويحصلون على الأموال التي تغنيهم وتكفيهم.

على خلاف ما نحن عليه اليوم من وسائل حديثة ميسرة لنشر المعلومات والانتفاع بها. جعلت الناشرين والمروجين للمعلومات في ثراء فاحش.

المطلب الثاني

أدلة المجيزين لأخذ العوض

في عقد النشر

يستدل لجواز أخذ العوض عن التأليف: بالكتاب، والسنة، والمعقول وبنصوص الاتفاقيات وقرارات المجامع الفقهية.

أولاً: الدليل من الكتاب:

يستدل لأخذ العوض من الكتاب: بمجموع الآيات التي تدل على حرمة أكل أموال الناس بالباطل ومنها:

(١) قوله تعالى ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(١).

(٢) قوله تعالى ﴿ وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴾^(٢).

ووجه الدلالة في ذلك:

أن حرمان المؤلف من المقابل المالي فيه سلب لحقه، وإعطائه لمن لا يستحق وفي هذا أكل لماله بالباطل وهو حرام بمقتضى الآيتين الكريمتين. إن نفع التأليف من الناحية المادية لا يعود إلا على الناشرين الذين يهدفون في المقام الأول إلى الربح دون غيره، مع ذلك لم ينكر أحد قديماً ولا حديثاً على الناشرين

(١) آية رقم ٢٩ سورة النساء.

(٢) آية رقم ١٦١ سورة النساء.

رزقهم من بيع الكتب ففقهاء المذاهب أجازوا بيعها في أصح الأقوال عنهم^(١)، وحديثاً لم ينقل عن أحد (فيما نعلم) أنه أنكر على الناشر ربحه من المصنف الذي هو جهد غيره أيكون من المعقول شرعاً أن نسلب الحق من صاحبه ونعطيه لغيره إننا بذلك نكون أسهمنا في أكل أموال الناس بالباطل المحرم شرعاً بمقتضى الآيتين الكريمتين وغيرهما^(٢).

ثانياً: الدليل من السنة:

ويستدل لجواز أخذ العوض المالي عن التأليف بقضاء رسول الله ﷺ "أن الخراج بالضمان".

فإن المصنف بما فيه من أفكار علمية تكون تحت مسؤولية المؤلف وفي ضمانه يسأل عنها ديانة وقضاء لأنه في ضمانه، وما دام المؤلف ضامناً لمصنفه كان له خراجه أي غلته التي يدرها، نظير بيعه أو إجارته لقضاء رسول الله ﷺ أن الخراج بالضمان، وهو حديث لم يختلف عليه أحد من أهل العلم. ومعناه أن غلة الشيء تكون لمن كان الشيء في ضمانه؛ فعن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصم البائع إلى النبي ﷺ فردّه عليه، قال: يا رسول الله لقد استعمل غلامي فقال رسول الله ﷺ

(١) النسوقي - حاشية النسوقي على الشرح الكبير ج٤؛ ص ١٨، الإمام النووي - المجموع ج٩ ص ٢٤٠، بن مفلح - المبدع ج٤؛ ص ١٣.

(٢) قريب من هذا المعنى: د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ٢٢، ويشبه الشيخ أبو الحسن الندوي في أحقيته بالعوض عن مصنفه بالصانع في حقه في أخذ الأجر على صنعته (مقالة الاستعراض الفقهي لحقي التأليف والطباعة لأبي الحسن الندوي. مطبوع مع كتاب حق الابتكار د/فتحي النريني ص ١٤٩).

"الخراج بالضمان"^(١). قال السيوطي "قال أبو عبيدة الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتره الرجل فيستغله زماناً ثم يعثر فيه على عيب "دلسه البائع" فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كلها لأنه كان في ضمانه...". وهذا يدل على جواز أخذ العوض عن نشر المصنف لأن المؤلف مسئول عنه ديانة وقضاء.

ثالثاً : من المعقول :

ومما يدل من المعقول على جواز أخذ العوض عن التأليف ما يلي:
أولاً: الاعتبار القائم بأن حق المؤلف أضحى له شق مالي لا ينكر لتوافر عناصر الصفة المالية فيه؛ فهو منفعة عامة متقومة عرفاً ولها قيمة مالية يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات، ومنها المعاوضة على نشره ولقد سبق وأن ذكر ذلك تفصيلاً عند الرد على شبهات الرأي الأول القائل بعدم جواز أخذ العوض في عقد النشر. وذكرنا أن المنافع (على الرأي الراجح من أقوال العلماء) أموال متقومة من الناحية العرفية وأن التأليف من أجل المنافع وأشرفها على الإطلاق بل هو أصل جميع المنافع.
ثانياً: الاعتبار القائم بأن الحق في التأليف أحد معطيات الملك فالملك كما عرفه أغلب العلماء يشمل الملكية المادية والمعنوية^(١).

(١) الخراج بالضمان: حديث رواه الشافعي في مسنده ج١ ص ١٨٩ ط دار الكتب العلمية ورواه النسائي في سننه ج٧ ص ٢٥٤، وابن حبان ج١١ ص ٢٩٩، وأبو داود ج٣ ص ٢٨٤، والحاكم في المستدرک ج٢ ص ١٨. وهذا الحديث أخذه علماء القواعد بلفظه وجعلوه قاعدة كلية أغلبية يندرج تحتها الكثير من الفروع. وممن ذكرها: الإمام السيوطي في الأشباه ص ١٣٦، الإمام الزركشي في الدر المنثور ج٢ ص ١١٩، الإمام بن نجيم - غمز عيون البصائر ج١ ص ٤٣١.

ومن أهم آثار ثبوت هذه الملكية جواز المعاوضة عنه بنشره؛ إذ يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه بكل أنواع التصرفات معاوضة كانت، أو تبرعاً، حتى أنه يجوز له أن يتصرف فيه بالإتلاف إذا خاف عليه الضياع، أو التفريط كما فعل ذلك بعض علماء السلف^(١).

ثالثاً : قياساً على الطاعات الأخرى :

فالأوضح من أقوال العلماء أنه يجوز أخذ الأجر على الطاعات: من قراءة القرآن، والآذان، والإمامة. وتعليم الفقه والحديث، جاء في كشف القناع (وله

(١) عرف العلماء الملك بتعريفات متعددة وكل هذه التعريفات يدخل في مضمونها الملكية الأدبية والفنية ومن هذه التعريفات:

١- تعريف الإمام: القرافي رحمه الله : حكم مقدر في عين أو منفعة، يقتضي تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك، (الفروق جـ ٣ ص ٢٠٨) والحكم المقدر في العين أو المنفعة هو الاختصاص بهما الذي يخول للمالك الانتفاع بمملوكه معاوضة أو تبرعاً وهذا يشمل الملكية الذهنية؛ إذ المؤلف يختص بها لا ينازع فيها أحد. وهذا التعريف نقله السيوطي عن الإمام ابن السبكي في الأشباه والنظائر.

٢- تعريف الإمام ابن عابدين: حيث عرفه بأنه: "ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص" حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠٢ ط. الحلبي. وهو واضح في شموله للإنتاج الذهني؛ إذ أن اختصاص المؤلف به يخوله التصرف فيه بكافة وجوه التصرف.

٣- تعريف الإمام ابن تيمية: القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة. فإن المؤلف يخول له أن يتصرف في العين التي استقر فيها إنتاجه الذهني من ورق أو أي مادة أخرى بأي وجه من وجوه التصرف، الفتاوى الكبرى جـ ١ ص ١٠٦.

(٢) ولقد كان بعض العلماء يعنون إلى مؤلفاتهم فيحرقونها أحياناً أو يدفنونها أحياناً أخرى، ويذكر أن: ابن لهيعة، وزيد بن المبارك حرقا كتبهما مخافة التغيير. ذكر ذلك الإمام: الحطاب المالكي في مواهب الجليل جـ ١ ص ٣٩٢، والحموي في مجمع البلدان جـ ٣ ص ٤٢٩، الإمام الهيثمي - مجمع الزوائد جـ ٢ ص ٢٧٦، الكمال بن الهمام - فتح القدير جـ ١ ص ١٩٢.

أخذ رزق على ما يتعدى نفعه كالقضاء، والفتيا، والآذان والإمامة والفقہ والحديث^(١).

والإنتاج الذهني ما هو إلا امتداد لهذه الطاعات فالعلم النافع هو من أجل الطاعات وأشرفها فيثبت جواز أخذ الأجر عنه، وقياساً على الجهاد الذي هو من أعظم الطاعات وأكثرها ثواباً: حيث جعل الله جزءاً من الغنيمة مكافأة للمجاهدين لإصلاح شؤونهم؛ فيعطى المؤلف ثمرة جهده ليتقوى على معاشه ولينقرغ للعلم والتأليف.

رابعاً : قياساً على الجهد البدني :

فقد أجمع العلماء على جواز أخذ الأجر على بذل الجهد البدني فيجوز للإنسان أن يؤجر نفسه لخدمة غيره، أو للقيام بأي عمل بدني غير منهى عنه شرعاً^(٢).

(١) البهوتي - كشاف القناع ج٤ ص ١٢ دار الفكر.

(٢) ومما يدل على هذا الجواز الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فقول الله تعالى ﴿فإن أَرْضَعْنَكُمْ فآتُوهُمْ أَجُورَهُمْ﴾ وقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام ﴿على أن تأجرني ثمانين حجج﴾ وقوله تعالى ﴿ليتخذ بعضكم بعضاً سخرياً﴾ أي في العمل بأجر. فدللت كل هذه الآيات وغيرها غير مشروعية إجارة الأبدان وأخذ الأجر على الجهد البدني.

- ومن السنة: قوله ﷺ "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه" ولقد ثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر، استأجرا رجلاً من بني المذيل هادياً خريئاً، وغير ذلك من الأحاديث التي تدل دلالة قاطعة على هذا الجواز ولقد أجمع العلماء من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على جواز الإجارة على العمل البدني.

- ينظر في تفصيل هذه الأدلة. (السرخسي - المبسوط ج٥ ص ١٥، الجصاص - أحكام القرآن ج٣ ص ٤٩٤، الخرخشي - شرح مختصر خليل ج٧ ص ٢، العدوي - حاشية العدوي ج٢ ص ١٩٠، الرملي - نهاية المحتاج ج٥ ص ٢٦١، ابن قدامة - المغني ج٥ ص ٢٥٠، الشوكاني - نيل الأوطار ج٥ ص ٢٣٧).

والتأليف هو نتاج عمل البدن والفكر معاً فيجوز المعاوضة عليه ويكون من أشرف الكسب عملاً بقوله ﷺ "إنه أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم" (١).

ولئن كان الولد من كسب أبيه أفلا يكون المصنف من كسب مؤلفه (٢).
والرسول ﷺ قبل التعليم مهراً فدل على تقويمه له وذلك عندما زوج أحد أصحابه بتعليم زوجته بعض القرآن (٣). ولا شك أن تحفيظ القرآن لا يخلو من جهد ذهني ولو ضئيلاً يتمثل في اكتشاف أسرع الوسائل لثبوت الآيات في نفس المتعلم وهذا مما يختلف في شأنه الحفاظ.

رابعاً : نصوص الاتفاقيات وقرارات المجامع :

ومن الاتفاقيات التي بينت موقف الفقه الإسلامي من أخذ العوض على نشر المصنف الاتفاقية الإسلامية لحماية حقوق المؤلف: التي أعدت بمعرفة المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة بمعاونة منظمة اليونسكو حيث تقول هذه

(١) رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح جـ ٣ ص ٦٣٩.

(٢) د/عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ٢٣.

(٣) حديث رواه غير واحد من أصحاب السنن عن سهل بن سعد الساعدي - قال "إن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل، وقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال، رسول الله ﷺ : هل عندك من شيء تصدقها إياه، فقال: ما عندي إلا إزار ي هذا فقال إنك إن أعطيتها إزارك، جلست ولا إزار لك، فالتمس شيئاً، قال لا أجد شيئاً قال: فالتمس ولو خاتماً من حديد، فالتمس، فلم يجد شيئاً؛ فقال له رسول الله ﷺ : هل معك من القرآن شيء، قال: نعم، سورة كذا وكذا، بسور سماها، فقال زوجتكها على ما معك من القرآن" وفي رواية قال له: فقم، فعلمها عشرين آية وهي امرأتك" سنن أبي داود جـ ٢ ص ٢٣٦، والنسائي جـ ٦ ص ١٢٣، وابن حبان جـ ٦ ص ٤٠٣، والشافعي في مسنده جـ ١ ص ٢٤٧ وغيرهم.

الاتفاقية في ديباجتها "ولا مانع من أن يعود على المؤلف عائد مادي يساعده على مواصلة التأليف والاشتغال بالعلم؛ لأن في ذلك فائدة مستقبلية في نشر علم العلماء عمقاً وعرضاً، وقد أبدع المسلمون قديماً كثيراً من النظم والمؤسسات الحضارية التي تكفل للعالم والمؤلف عيشاً كريماً وتسمح له بالتفرغ للعلم والتأليف كالأوقاف والكراسي العلمية".

وجاء في المادة رقم "٤" من مشروع هذه الاتفاقية^(١) ما يؤكد هذا الحق المالي سواء باشر هذا الحق بنفسه أو فوض فيه غيره.

حيث نصت هذه المادة على ما يلي:

(المؤلف المصنف المشمول بالحماية وحده الحق الاستثنائي في أن ينفذ بنفسه أو يفوض غيره أمر تنفيذ أي من العمليات الآتية:

(أ) استنساخ المصنف في أي شكل مادي كان.

(ب) إجراء ترجمة أو اقتباس، أو توزيع أو أي تحويل آخر في المصنف.

(ج) عرض المصنف على الجمهور عن طريق التمثيل، أو الأداء، أو الإلقاء أو الإذاعة..)

وواضح من سياق المادة المذكورة أن النقاط الثلاث التي ذكرتها، كلها تتعلق بالحق المالي، وتتضمن اعترافاً به. مما يدل على إباحته شرعاً.

(١) وكانت الاتفاقية المذكورة قد أعدت هذا المشروع لإدخاله في خطة العمل ما بين ١٩٩١-١٩٩٤. ولقد أورد نصوص هذا المشروع د/عبد الله النجار تذييلاً لكتابه الحق الأدبي للمؤلف الملحق رقم "٤" ص ٣٤٨ ط سنة ٢٠٠٠ دار المريخ.

ومن المجامع الفقهية الإسلامية التي نصت على شرعية العوض المالي في عقد النشر: مجمع الفقه الإسلامي الذي عقد دورته الخامسة بالكويت عام ١٩٨٨ لبحث شرعية الحقوق المعنوية وجاء في نص قراره رقم "٥" على النحو التالي: (... ثالثاً حقوق التأليف والاختراع، أو الابتكار مصنونة شرعاً، ولأصحابه حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها) ^(١).

وحق التصرف المنصوص عليه يشمل التصرف بكل أنواعه معاوضة أو تبرعاً.

وختام القول :

أن المؤلف يجوز له شرعاً أن ينشر مصنفه عن طريق عقد نشر ويستأثر بالعوض المتفق عليه في هذا العقد دون حرج عليه ولا نكير.

(١) ينظر الجزء الثالث من مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الخامسة عام ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

المطلب الثالث

بيان الرأي الراجح

بعد بيان أدلة كل فريق ومناقشتها أرى ترجيح الرأي الأول القائل بجواز أخذ العوض عن التأليف وذلك لما يلي:

أولاً: أن احتجاج الرأي الأول بعدم توافر عنصر المالية في الإنتاج الذهني اعتماداً على عدم قبوله للادخار الذي هو من عناصر المال في نظر أصحاب هذا الاتجاه فإن هذا الاحتجاج يشوبه قصور؛ إذ المال لا يدخر لذاته وإنما يدخر لما فيه من نفع فالمال ما خلق إلا لتحقيق مصالح العباد فإذا ما وجدنا شيئاً متمولاً (كالعملات الورقية) ثم سلبت منها المنفعة هل يرغب الإنسان في ادخارها وعلى عكس ذلك إذا وجد شيء لا قيمة فيه عرفاً ثم أصبح له قيمة فإنه سيعتمد الناس إلى ادخاره فيكون مالاً.

فالعرف أثر في مالية الشيء وعدم ماليته باعتبار ما فيه من قيمة، ولا يخفى ما في الإنتاج الذهني من نفع يعود على الأمة بأسرها.

ثانياً: الأحاديث التي استدل بها الرأي المخالف كلها لم تخلو من مقال (كما ذكر ذلك علماء الحديث) فهي لا تنهض حجة لمدعاهم.

ثالثاً: أن الشارع الحكيم اعتبر مالية المنفعة في النكاح فأجازها مهرًا والمنفعة التي أجاز الشارع جعلها مهرًا هي عمل البدن (كما في قصة موسى عليه السلام، والصحابي الذي زوجه الرسول الكريم ﷺ بما معه من القرآن) ولا شك أن عمل الذهن من الممكن أن يربوا في المشقة عن عمل البدن.

رابعًا: أن في عدم جواز أخذ الأجر على التأليف فيه تأثير على المستوى العلمي العام حيث أن العلماء بشر يحتاجون لما يحتاج إليه البشر من مأكل، وملبس ومشرب فإذا حرمناه من ثمرة جهده فإنه يكون أمام خيارين فإما أن يترك العلم وينشغل بأمر معاشه وإما أن ينشغل بعلمه ويسأل الناس. وفي كلا الخيارين ظلم له لا يرتضيه الله عز وجل. فترك العلم انتشار للجهل، وسؤال الناس مذلة لا تليق بالعلماء.

لكل هذا نرى ترجيح الرأي الذي يجيز أخذ العوض عن التأليف في عقد النشر وغيره من العقود التي ترد على الحق المالي للمؤلف.

المبحث الثاني

أحكام الوفاء بالمقابل المالي

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

نتكلم في هذا المبحث عن النقاط التالية:

أولاً: ما يصلح أن يكون أجراً.

ثانياً: مكان الوفاء بالأجر.

ثالثاً: كيفية تقدير الأجر.

رابعاً: حكم تعديل الأجر.

خامساً: جزاء عدم الوفاء بالمقابل المالي.

وستبين هذه النقاط في خمسة مطالب:

المطلب الأول

ما يصلح أن يكون أجراً في عقد النشر

الأصل في الأجر أن يكون نقوداً يدفعها الناشر للمؤلف إلا أن الفقهاء لم يختلفوا في جواز أن يكون الأجر عيناً كشقة مثلاً يقدمها الناشر أجراً للمؤلف يملكها أو سيارة أو أي عين مالية أخرى وهذا لا خلاف عليه، إلا أنه في بعض الحالات قد يعتمد المؤلف إلى أخذ منفعة أخرى يملكها الناشر: كسكنى دار معينة، أو استغلال محل تجاري يملكه الناشر، أو يرغب في استغلال مصنف عند الناشر كان قد اشتراه من صاحبه. فيقوم المؤلف بالتنازل عن استغلال مصنفه مقابل تنازل الناشر له عن سكنى الدار، أو استغلال مصنف للناشر عليه سلطة شرعية أو غير ذلك.

والفرق بين المثالين أن المنفعة في المثال الأول وهي السكنى ليست من جنس المنفعة المتعاقد عليها في عقد النشر أما المنفعة في المثال الثاني فهي من جنس المنفعة المتعاقد عليها.

وهناك حالة ثانية: وهي أن الناشر يعتمد إلى إعطاء المؤلف عدداً من النسخ، يتفان عليه، يتصرف فيها المؤلف كيف شاء بحيث يكون هذا العدد هو مقابل استغلال الناشر للأعداد الأخرى المتفق عليها في عقد النشر.

وأخيراً توجد حالة ثالثة، يتمثل الأجر فيها في نسبة معينة من الربح الذي يدره المصنف فترة العقد أو فترة معينة منه كربعه أو نصفه أو غير ذلك وهذه كثيرة الحدوث في واقعنا اليومي فما موقف الفقه الإسلامي من هذه الحالات الثلاث. هذا ما سنبينه فيما يلي:

المسألة الأولى: حكم جعل المنفعة أجراً في عقد النشر:
اختلف الفقهاء في جعل المنافع أجراً في عقد الإجارة على قولين:
الأول :

وهو لجمهور العلماء من: المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإباضية: حيث يرون أن المنفعة يجوز أن تكون مقابلاً في عقد الإجارة سواء أكانت منفعة من جنس المعقود عليه أو من غير جنسه^(١).
واستدل الجمهور لرأيهم بأدلة من الكتاب، والمعقول:
(أ) فمن الكتاب :

قوله تعالى على لسان شعيب عليه السلام ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْذَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ﴾^(٢).

ووجه الدلالة :

أنه جعل الأجرة المستحقة لموسى عليه السلام منفعة البضع التي تكون بالنكاح، فدل على أن المنفعة وقعت أجرة في عقد الإجارة وشرع من قبلنا شرع لنا ولم يرد في شرعنا ما يناقضه^(٣).

(١) الشافعي - الأم ج ٢ ص ٢٢٥، الأنصاري - أسنى المطالب ج ٢ ص ٤٠٥، قليوبي وعميره - حاشيتا قليوبي وعميرة ج ٣ ص ٧٠، سحنون - المدونة ج ٣ ص ٥١٧، ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٢٥٦، البهوتي - كشف القناع ج ٤ ص ٢٠٥.

(٢) آية ٢٧ سورة القصص.

(٣) الباجي - المنتقى ج ٣ ص ٢٧٥، ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٢٥٦.

(ب) ومن المعقول :

أن كلتا المنفعتين يجوز العقد عليها بمفردها فجاز أن تكون كل واحدة مقابلاً للأخرى، وأن المنفعة يجوز أن تكون ثمناً في البيع، والقاعدة أن كل ما صح أن يكون ثمناً صح أن يكون أجره^(١).

الرأي الثاني:

وهو للحنفية. حيث يفرقون بين ما إذا كانت المنفعة المراد جعلها أجراً في عقد الإجارة من جنس منفعة الإجارة أو من غير جنسها فإن كانت من غير جنسها فهم يوافقون الجمهور في جواز جعلها أجراً، أما إذا كانت من جنسها فلا يجوز عندهم جعلها أجره^(٢).

ودليلهم في هذا :

أن المنفعة إذا كانت من جنس المنفعة المؤجرة فإنها تكون من باب مبادلة الشيء بجنسه إلى أجل فيدخله شبهة ربا النسيئة أما إذا اختلف الجنسان فإن شبهة ترتفع لقوله ﷺ "فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم"^(٣).

ويرد هذا الاستدلال بأن :

المنافع في الإجارة لا تدخل في تقدير ربا النسيئة لأنها لو دخلت في تقديره لما جاز في الجنسين لأنه يكون بيع دين بدين^(٤).

(١) ابن قدامة - السابق، الكاساني - البدائع ج٤ ص ٢٠١.

(٢) الفتاوى الهندية ج٤ ص ٤١٢، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٥٠٤، النسفي -

طلبة الطلبة ص ١٢٧، الزيلعي - تبیین الحقائق ج٥ ص ٣٥، ابن نجيم - البحر الرائق ج٧ ص ٢٩٧.

(٣) ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٥٠٤، العقود الدرية ج٢ ص ١١٨.

(٤) ابن قدامة - المغني ج٥ ص ٢٥٦.

والراجح هو قول جمهور الفقهاء؛ لأن الإجارة ما هي إلا نوع بيع وارد على المنفعة، والمنفعة يجوز أن تكون ثمنًا، وكل ما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون أجرًا، والدليل الشرعي قائم على اعتبارها كذلك، فتبقى على وضعها، حتى يأتي دليل يلغي هذا الاعتبار كليًا أو جزئيًا، ولم يوجد، فيبقى العام على عمومته ولا يخصص منه كون المنفعة من جنس المنفعة الأولى أو من غير جنسها وإلا فهو تخصيص بلا مخصص.

المسألة الثانية : كون العوض نسبة مما يدره المصنف من ربح :

جوز الحنابلة أن يكون الأجر نسبة معينة من الربح الذي يدره الشيء بعد تصنيعه فقد نقل عن الإمام أحمد قوله "إن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصانًا يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز" وقال أيضًا (إن دفع غزلًا إلى رجل ينسجه ثوبًا بثلاث ثمنه أو رבעه جاز) واستدلوا بالقياس على المزارعة والمساقاة فإن العامل يأخذ جزءً من ربح الأرض أو الحائط^(١).

وبناء على هذا القول فإنه يجوز أن يكون الأجر في عقد النشر نسبة معينة من الربح الذي يدره المصنف. وهذا جائز من الناحية القانونية ولا خلاف عليه فقد أجاز فقهاء القانون أن يكون الربح نسبة معينة من الأرباح التي يدرها المصنف تدفع مرة واحدة أو على مرات متتالية^(٢).

(١) ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٢٥٦، ٢٥٥، ابن قيم الجوزية - أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٥٠،

البهوتي - كشاف القناع ج ٣ ص ٥٢٥، الرحيباني - النہی ج ٣ ص ٥٤٣ ط المكتب الإسلامي.

(٢) السنهوري - الوسيط ج ٨ ص ٣٨٨، ٣٨٧، د/القاضي - حق المؤلف ص ١١٥، د/نواف كنعان

- حق المؤلف ص ١٣٥، د/محمد حسام لطفي - حقوق المؤلف ص ٤٧، د/محمد السعيد رشدي -

عقد النشر ص ٩٥.

وجمهور الفقهاء^(١) من الحنفية، والمالكية والشافعية منعوا ذلك لما فيه من الغرر؛ إذ الأجر غير معلوم لعدم وجوده ساعة العقد ولقوله ﷺ "من استأجر أجيراً فليعلمه أجره" وهذا ما نرجحه وخاصة في مثل هذه الأيام حيث أن الناشرين كثيراً ما يخفون حقيقة الربح المتحصل من بيع المصنف مما يضيع على المؤلف حقه.

المسألة الثالثة : كون العوض جزءاً من المعقود عليه :

وتتحقق هذه الصورة عندما يرغب المؤلف (بدلاً من أخذ مبلغ من النقود) في أخذ عدد معين من نسخ المصنف يتصرف فيها كيف يشاء فقد يرغب هو في نشر فكرته بين طبقة معينة من المثقفين فيقوم بتوزيع هذه النسخ عليهم مجاناً. ولقد تكلم الفقهاء عن مسألة جعل الأجر جزءاً من المعمول بعقد الإجارة فمنعه الجمهور من المالكية والحنفية، والشافعية^(٢) لنهيهِ ﷺ عن قفيز الطحان^(٣)،

(١) الباجي - المنتقى جـ ٧ ص ٢٩٩، الرصاع ص ٣١٥، والمالكية لهم وجه يتفقون به مع الحنابلة إذا تحقق العلم. التام بما يتحصل من الشيء بكعادة مثلاً فتجوز عندهم إجارة السفينة بنصف ما يحمل عليها، وعصر الزيتون بجزء منه. انظر الخرشي - شرح مختصر خليل جـ ٧ ص ٨، الدردير - شرح الكبير جـ ٤ ص ٩، والنسوقي - الحاشية جـ ٤ ص ٩، الجصاص - أحكام القرآن جـ ٣ ص ٥٠٤، المرغيناني - الهداية جـ ٥ ص ٣٠٠، ابن حزم - المحلى جـ ٧ ص ٢٥، السيوطي ص ١٦٧، الأنصاري - أسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٠٦.

(٢) سحنون - المدونة جـ ٣ ص ٤٢٠، ٤١٨، المنتقى جـ ٥ ص ١٣٣، المواق - التاج والإكليل جـ ٧ ص ٥٠٥، الرصاع - شرح حدود بن عرفة ص ٣١٥ باب الأجر، ابن الهمام - فتح القدير جـ ٩ ص ١٠٧، ابن نجيم - البحر الرائق جـ ٧ ص ٢٩٧، ابن عابدين - الحاشية جـ ٤ ص ٢٧٢، السرخسي - المبسوط جـ ١٥ ص ٨٣، السيوطي - الأشباه ص ١٦٧، الأنصاري - أسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٠٥.

(٣) حديث نهي رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان. رواه الدارقطني جـ ٣ ص ٤٧، البيهقي جـ ٥ ص ٣٣٩. وفي سنده من هو مختلف فيه، وهو هشام أو كليب، فقال ابن حبان: ثقة وضعفه غيره=

ولقوله ﷺ "من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره" (١)، وقوله "من استأجر أجيرًا فليستأجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم" (٢)، ولكون الأجر معدومًا لم يوجد بعد مما يؤدي إلى الغرر المفضي إلى المنازعة، وأن المستأجر سيكون غير شادر على تسليم الأجر للمؤجر؛ لأن الأجر أصبح بيد المؤجر.

وأجازه كثير من الفقهاء ومنهم: الحنابلة والظاهرية وعطاء، والثوري، والحسن، وابن سيرين، وابن أبي ليلى، وغيرهم. معللين ذلك بأن الأجير قد رأى الأجر والرؤية أعلى درجات العلم (٣).

والرأي الأخير : هو الذي نرجح الأخذ به في عقد النشر :

لأن المؤلف عندما يأخذ النسخ المتفق علي، كونها أجرًا يكون قد أخذ أشياء عينية إذ المنفعة العلمية بمجرد استقرارها في نماذج مادية تصبح شيئًا ماديًا. فأخذه عددًا من النسخ يكون كأخذه النقود تمام بتمام.

والجهالة هنا من الممكن التغلب عليها بمعرفة سعر النسخة المتفق عليه في عقد النشر، وبالتالي لن تكون هناك جهالة، وعند الهلاك فإن المؤلف يأخذ ثمن هذه

= (الدراري المضيئة للشوكاني جـ ١ ص ٣٢١. ومعنى قفيز الطحان أن يطحن الطعام بجزء منه: الشوكاني - السابق).

(١) حديث (من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره) رواه البيهقي جـ ٦ ص ١٢٠. ابن أبي سعيد في مصنفه جـ ٤ ص ٣٦٦. ولقد روي مرفوعًا وموقوفًا، والحديث بكثرة طرقه وتعدد رواياته يصل إلى درجة الحديث الحسن، الزيلعي - نصب الراية جـ ٤ ص ١٣١. ط دار الحديث بمصر.

(٢) حديث (من استأجر أجيرًا فليستأجره بأجر معلوم ...) ذكره الإمام سحنون عن ابن وهب وهو بهذا اللفظ لم أقف له على أصل في كتب السنة معناه مشهور له ولعله قول مستنبط من الأحاديث فألحق بها سهواً. انظر المدونة جـ ١١ ص ٤٠٩ دار صادر بيروت.

(٣) (المرداوي - الإنصاف جـ ٥ ص ٤٥٢، البهوتي - منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٤٤٦، ابن حزم المحلى جـ ٧ ص ٢٥).

النسخ من الناشر، وعند إفلاس الناشر يقوم المؤلف بالتنفيذ على العدد المتفق عليه من النسخ لقوله ﷺ "من أدرك ماله بعينة عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره"^(١).

أما في القانون :

فإن الأصل في القانون أن كل ما يباح التعامل به يجوز أن يكون مقابلًا في عقود المعاوضات ومنها عقد النشر، فقد يكون العوض في عقد النشر مبلغًا ماليًا يحدد بطريقة جزافية ويدفع مرة واحدة على عدة مرات. ويجوز كذلك أن يكون الأجر محددًا بنسبة معينة من أرباح بيع نسخ المصنف، أو بنسبة عدد معين من النسخ، ويجوز كذلك أن يكون الأجر منفعة معينة نود على المؤلف أو أي شيء عيني أو مادي يتنازل الناشر عن ملكيته للمؤلف^(٢).

ولقد تطرقت المادة ١٤٩ من قانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ لبيان ما يجوز أن يتفق عليه الطرفان في عقود التصرف في الحق المالي منها عقد النشر فنصت على أن "تصرف المؤلف في حقوقه على المصنف، سواء أكان كاملاً أو جزئياً: يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج منه الاستغلال أو بطريقة جزافية".

والنص على هاتين الصورتين لا يفهم منه عدم جواز الاتفاق على ما سوى ذلك؛ إذ الأمر كله مرجعه إلى إرادة المتعاقدين ولو كان هناك شيء لا يجوز أن يكون مقابلًا ماليًا لبينته المادة المذكورة فتبقى القواعد العامة المبيحة لكون

(١) الحديث متفق عليه البخاري ج٢ ص ٨٤٦، مسلم ج٣ ص ١٢٩٣.

(٢) السنهاوري - الوسيط ج٨ ص ٣٨٧، ٣٨٨، ٢٢٢، د/القاضي - حق المؤلف ص ١١٥،

د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٣٥، د/محمد سعيد رشدي - عقد النشر ص ٩٥.

العوض مما يجوز أن يتعامل فيه قانوناً على إطلاقها دون تخصص لها في مجال عقد النشر.

وإذا حدد الأجر بطريقة جزافية يراعى في هذا التحديد عدد نسخ المصنف أو الطبعات، ومدة العقد، وعدد صفحات المصنف، وغير ذلك من العوامل. ويراعى أحياناً أن يكفل للمؤلف الحصول على حد أدنى من المقابل المالي عن طريق أداء دفعة معقولة مقدمة إليه. ويحدد القانون في بعض الدول^(١) الحد الأدنى لهذه الدفعة في حين تترك في دول أخرى لاتفاق المتعاقدين. ويراعى عند تحديد هذه الدفعة المقدمة عدة عوامل أهمها: نوع المصنف أدبي، أو علمي، أو فني، الوقت الذي استغرقه تأليفه، ومستوى الجهود الإبداعية التي بذلت لإنتاجه وتكاليف نشره من طباعة وإخراج^(٢).

(١) ومن التطبيقات العملية في تنفيذ هذا الالتزام ما هو معمول به في الجزائر من تحديد الحد الأدنى للنسبة المئوية التي تدفع للمؤلف من ثمن بيع كل نسخة من مؤلفه بحيث لا تقل عن ١٠% وتحديد الحالات التي يجوز التعامل فيها بالمبلغ الجزافي، وحق المؤلف في تقاضي أجره مسبقاً عن جميع النسخ المسحوبة من الكتاب وذلك بمجرد صدور كتابه، راج الكتاب أم لا. وفي ألمانيا طالب المؤلفون الألمان جمعية المؤلفين بإلزام الناشرين برفع النسبة المئوية للمقابل المالي إلى نسبة ١٠% من صافي عائد بيع مؤلفاتهم بحيث تكون نسبة ثابتة. إلا أن الناشرين الألمان يصرون على جعل هذه النسبة ٦% فقط ولا ترفع إلى ١٠% إلا إذا تم بيع خمسة آلاف نسخة من الكتاب وهذه النسبة لا يستطيع معظم المؤلفون الألمان تحقيقها. أم د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٣٦.

(٢) د/نواف كنعان السابق.

المطلب الثاني

مكان الوفاء بالأجر

في الفقه والقانون

في الفقه الإسلامي:

الأصل أن اتفاق الطرفين هو الذي يحدد مكان الوفاء بالأجر، فإن وجد اتفاق عمل به، فإذا لم يوجد اتفاق يحدد مكان الوفاء بالأجر للمؤلف، فإن العادة هي التي تحكم، فإن كانت العادة هي أن يأخذ المؤلف أجره في دار النشر مثلاً، عمل بهذه العادة، وإن كانت تقضي بالوفاء في مكان آخر عمل بها، فإذا لم يكن شرط ولا عادة، فإن العلماء اختلفوا في تحديد مكان الوفاء. فبالنسبة للأجر الذي لم يشترط الطرفان على تأجيله للعلماء في تحديد مكان الوفاء به ثلاثة أقوال:

الأول: وهو للشافعية والحنابلة: حيث يرون أن: مكان الوفاء بالأجر هو مكان الانعقاد وهذا يفترض كون الأجر موجوداً في مكان انعقاد العقد، وهذا لا يصدق إلا على ما يخف حمله كالنقود، أما ما لا يخف حمله - بل يحتاج إلى مؤونة في نقله - فإن مكان الانعقاد لا يصلح مكاناً للتسليم إلا إذا كان المدين بالأجر وهو الناشر - قد حمله إلى مكان الانعقاد قبله، فإذا نقل بعد الانعقاد فإن نفقة الحمل تكون على المؤلف؛ لأن الأجرة تنتقل ملكيتها إليه فور العقد على ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي^(١).

(١) الأنصاري - أسنى المطالب ج ٢ ص ١٢٨، الرملي - نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٦٥، قليوبي وعميره ج ٢ ص ٢٤٧، البهوتي - منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٢٢، ٢٢١، ابن قدامه.

الثاني: وهو للحنفية والمالكية: حيث يرون: أن مكان الوفاء هو مكان استيفاء المنفعة المتعاقد عليها وهي في حالتنا هذه دار النشر؛ لأن الأجرة على هذا القول لا تملك بنفس العقد وإنما تملك بالاستيفاء كما قال الحنفية أو بالتمكين من الاستيفاء كما قال المالكية^(١).

ثالثاً: ويرى بعض الفقهاء أنه لا يتعين مكان للوفاء بل في أي مكان التقيا فيه وتم الوفاء صح. وهو قول الظاهرية^(٢).

ونستفيد من هذه الآراء أن دار النشر هي المكان الذي يكون فيه الوفاء بالأجر بناء على القول الأول والثاني؛ لأن دار النشر في الغالب هي مكان الانعقاد وهي مكان الاستيفاء فيكون هو مكان الوفاء بالأجر ولا تعارض في هذا مع الرأي الثالث؛ لأن أصحاب القولين الأولين قالوا: فإن حصل الوفاء في أي مكان جاز ما دام لم يكن هناك اشتراط لمكان معين.

وهذا بالنسبة للأجر المعجل أما بالنسبة للأجر المؤجل فإن جمهور العلماء ذهبوا إلى أن الأجر المؤجل يجري في تحديد مكان الوفاء به مجرى المسلم فيه؛ لأن كلاهما دين في الذمة إلى أجل، وللعلماء في تحديد مكان الوفاء بالمسلم فيه ثلاثة أقوال:

(١) سحنون - المدونة جـ ٣ ص ١٧١ ط المطبعة الخيرية، الدسوقي جـ ٣ ص ٢٠٣، التريدير - الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٢، السرخسي - المبسوط جـ ١٥ ص ١١٤، علي حيدر - ندر الحكام جـ ١ ص ٢٢٥، الكاساني - بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٩٤، ١٩٣، الزيلعي - تبیین الحقائق جـ ٥ ص ١٢٨، البخاري - كشف الأسرار جـ ٢ ص ١٦٧.

(٢) الإمام ابن حزم - المحلى جـ ٨ ص ٤٧.

القول الأول :

ويرى أنه لا يشترط بيان مكان للوفاء بالمسلم فيه ويحمل على مكان العقد في السلم ومكان وجود العين المستأجرة في الإجارة، وعلة عدم وجوب تحديد مكان الوفاء، أن مكان الوفاء معلوم من انتقال الملك؛ إذ ينتقل الملك في العوضين بالعقد في السلم وبالتسليم في الإجارة وهو قول الحنابلة والصاحبين من الحنفية^(١).

القول الثاني :

يشترط بيان المكان فيما له حمل ومؤنة، لأنه لا يدري في أي مكان سيكون عند حلول الأجل، وربما أدى ذلك إلى المنازعة. هذا قول الإمام أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه^(٢).

القول الثالث :

لا يجوز اشتراط مكان للوفاء بل في أي مكان من أرض الله وقع الوفاء فهو جائز ومقبول. وهو قول الظاهرية. وحجته في هذا أن هذا الشرط ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله فهو باطل^(٣).

(١) البابرتي - العناية ج٧ ص ٩٦، ٩٥، الطرابلسي - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام، الكمال بن الهمام - فتح القدير ج٧ ص ٩١، السرخسي - المبسوط ج١٢ ص ١٢٧، الكاساني - بدائع الصنائع ج٤ ص ١٩٣، البخاري - كشف الأسرار ج٢ ص ١٩٧، الزيلعي - تبیین الحقائق ج٤ ص ١١٦، المرداوي - الإنصاف ج٥ ص ١٠٧، البهوتي - كشف القناع ج٣ ص ٣٠٦.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) ابن حزم - المحلى ج٨ ص ٤٧.

والراجح هو القول الثاني الذي يرى اشتراط بيان المكان فيما له مؤونة ونفقة؛ لأن تحديد المكان يؤدي إلى رفع النزاع أما فيما لا مؤونة فيه فلا مانع من عدم التحديد؛ إذ أنه لن ينازع أحد في نقله إلى مستحقه.

وعلى ذلك فإن الأجر في عقد النشر إذا كان مؤجلاً فيجب أن يبين في العقد ميعاد الوفاء به، ومكان الوفاء به؛ إذا كان الأجر عبارة عن أشياء تحتاج إلى نفقة في نقلها، أما ما لا يحتاج إلى نفقة في نقله فلا حاجة إلى النص على مكان الوفاء لأنه سيكون دار النشر، وهو مركز المدين بالأجر.

أما في القانون :

خلا قانون حق المؤلف من بيان مكان الوفاء بالمقابل المالي لذا تطبق عليه القواعد العامة في الوفاء بالأجر والتي نصت عليها المادة (٣٤٧) مدني والتي فرقت بين الأجر المعين بذاته والأجر غير المعين بالذات؛ ففي الأجر المعين بالذات فإن مكان الوفاء هو المكان الذي هو موجود من وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فإذا وجد اتفاق في هذا المقال عمل به. أما إذا كان الأجر غير معين بذاته كما لو كان مبلغاً من النقود فإن مكان الوفاء هو المكان الذي يوجد به موطن المدين بهذا الأجر أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله (دار النشر) (١).

(١) د/السنهوري - الوسيط ج٣ الالتزام بوجه عام فقرة ٤٦٧ طبعة دار إحياء التراث العربي سنة ١٩٥٨، د/سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - الجزء الثاني المجلد الرابع، أحكام الالتزام ص ٣٥٠ طبعة ١٩٩٢ القاهرة، د/عبد الحي حجازي - النظرية العامة في الالتزام ج٣ ص ١٧، د/عبد المنعم البدر اوي - النظرية العامة في الالتزام ص ٣٤٠ طبعة ١٩٩١، د/محسن البيه - النظرية العامة للالتزام ج٢ ص ٥٥٢ طبعة ١٩٩٧، د/عبد المنعم فرج الصده - أحكام =

ولقد جرت العادة دائماً في عقود النشر على النص على زمن استحقاق المبالغ المستحقة على الناشر وإغفال النص على مكان هذا الاستحقاق لأنه من الأمور المسلم بها من الناحية القانونية أن الوفاء يكون في موطن المدين أو في مركز أعماله إذا كان تاجراً وكان الدين يتعلق بهذه التجارة كما هو الحال في عقد النشر.

وعلى هذا فإن مكان الوفاء لا يختلف في القانون عنه في الفقه الإسلامي وهو المكان الذي يوجد فيه دار النشر أو مركز أعمال الناشر. ويجوز في كل من الفقه الإسلامي والوضعي الاتفاق على مكان آخر للوفاء بالأجر فيه.

=الالتزامات جـ ٢ ص ١١١ طبعة ١٩٥٥، د/جمال الدين محمود زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ص ٩٧١ طبعة ١٩٧٨.

المطلب الثالث

كيفية تقدير المقابل المالي

في الفقه والقانون

يعتبر الأجر مقصود أحد المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية ومنها عقد النشر وإهمال الأجر يؤدي إلى بطلان العقد، ولكن قد يكون العقد باطلاً ولكن وقعت المعاملة فقد يدفع المؤلف المصنف إلى الناشر ويقوم بطبعه ولم يتطرقا إلى ذكر الأجر أو غيره. أو يكونان قد تطرقا إلى الأجر ولم يحددها، أو حددها ولكن بطريقة جزافية غير معلومة المقدار فلا شك في عدم صحة العقد في الحالتين الأولى والثانية والأمر محل خلاف في الحالة الثالثة. وسوف نفصل القول في المسائل الثلاثة:

المسألة الأولى: الإذن بالنشر دون تسمية أجر:

قد يحدث أن يدفع المؤلف إلى ناشر اعتاد التعامل معه دون أن يسمي له أجراً أو لم تكن بينهما معاملة سابقة وكانت هناك عادة منضبطة تقضي بذلك، أو لم تكن هناك معاملة سابقة أو عادة منضبطة وقال المؤلف للناشر أنشر لي هذا الكتاب فقام الناشر بنشره.

فهل يستحق المؤلف مقابلًا ماليًا في هذه الحالة؟

للعلماء في ذلك أربعة أقوال:

القول الأول: إنه لا يستحق أجرًا نظرًا لعدم وجود العقد بأركانه المعروفة ولا فرق بين كونه له معه معاملة سابقة أم لا، ولا ينظر إلى كون أن هناك عادة أو

لا، وينظر إلى العاقد في هذا العقد فإن كان من أهل التبرع كان عقده تبرعاً وإلا فلا^(١). وهذا رأي الشافعية ووجه عند الحنابلة.

القول الثاني:

إنه يستحق أجر المثل إن كان معروفاً بأخذ الأجر؛ لأن العرف في هذه الحالة يجري مجرى العقد، أما إذا لم يعرف حاله كأن كان مؤلفاً حديث النشأة أو مجهول الحال فلا يستحق أجراً على عمله. وهو وجه آخر للحنابلة وهو رأي الحنفية^(٢).

القول الثالث:

أن المؤلف في هذه الحالة يستحق أجراً إذا كانت هناك معاملة سابقة بينه وبين الناشر؛ إذ أن هذه المعاملة ستجري مجرى المعاملات السابقة^(٣).

(١) قليوبي وعميره - حاشيتنا قليوبي وعميره ج٣ ص ٨٢، الهيثمي - تحفة المحتاج ج٦ ص ١٨٠، الأنصاري - أسنى المطالب ج٢ ص ٤٢٥، ٤٠٣، ابن قدامة - المغني ج٥ ص ٣٢٦، ابن مفلح - الفروع ج٤ ص ٤٢٦.

(٢) ابن تيمية - الفتاوى الكبرى ج٤ ص ١٦٤، ابن القيم - أعلام الموقعين ج٣ ص ٣، المرداوي - الإنصاف ج٦ ص ١٦، البهوتي - شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ٢٤٦، الفتاوى الهندية ج٤ ص ٤٤٩، ابن نجيم - غمر عيون البصائر ج١ ص ٣٩٠، ج٣ ص ١٢٥، ابن عابدين - العقود الدرية ج٣ ص ١١٠.

(٣) الخطاطب - مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج٥ ص ٣٩٠ ط دار الفكر العدوي، حاشية العدوي ج٢ ص ١٩١، النفراوي - الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ج٢ ص ١١٠ ط دار الفكر.

القول الرابع:

أنه له الأجر مطلقاً لأنه بذل منفعة فلا بد من أخذ أجر عليه. قال المرداوي "وعليه جماهير أصخابنا" من الحنابلة^(١).

والذي نرجحه من هذه الآراء هو الحكم للمؤلف بالعوض المالي إذا كانت عادته ذلك أو كانت هناك معاملة سابقة بينه وبين الناشر. إلا أن استحقاقه للأجر لا يصح عقد النشر وإنما حكمنا له بالعوض حتى لا يستفيد الناشر من منفعة دون مقابل يبذلها. قياساً على أجر المثل في الإجارة الفاسدة لقوات شرط من شروطها، ولو حررنا المؤلف من الأجر في هذه الحالة لضاع ماله بغير وجه حق وهو خلاف ما يقصد إليه الشارع الحكيم من حفظ أموال الناس.

المسألة الثانية : عدم تحديد الأجر :

قد يذكر الطرفان أجراً ولكنهما لم يحددها بأن قال له الناشر ولك عندي مال أو مكافأة، أو عطية، أو شيئاً آخر غير محدد في مقداره أو نوعه. فالعقد هنا يكون باطلاً لعدم تحديد الأجر وعدم العلم الكافي به ولمنافاته لحديث رسول الله ﷺ "من استأجر أجيراً فليعلمه أجره" وفي رواية حتى "يبين له أجره"^(٢). ويكون للمؤلف أجر المثل في هذه الحالة بالغاً ما بلغ وهذا مما لا خلاف عليه بين الفقهاء^(١).

(١) المرداوي - الإنصاف ج ٦ ص ١٧، البهوتي - منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٤٦، ابن القيم - إعلام الموقعين ج ٣ ص ٢.

(٢) الحديث رواه البيهقي في سننه ج ٦ ص ١٢٠ وابن أبي سبيح في مصنفه ج ٤ ص ٣٦٦ وقد سبق تخريج الحديث عند الكلام عن كون الأجر جزءاً من المعقود عليه.

المسألة الثالثة: الأجر الجزافي:

اتفق العلماء على أن الأجر في الإجارة كالثمن في البيع لابد أن يكون معلوماً علماً منافياً للجهالة امفضية إلى النزاع، لكنهم اختلفوا في القدر الذي يتحقق به هذا العلم، فملهم من اشترط في الأجر أن يكون معلوم الجنس والنوع، والقدر، والصفة، فملح أن يكون الأجر جزافاً غير معلوم القدر، ومنهم من قال إن العلم بالقدر يتحقق بالرؤية، فالجهالة في القدر بعد تحقق الرؤية البصرية، لا يفضي إلى المنازعة، فأجاز بناء على ذلك أن يكون الأجر جزافاً.

فالأجر الجزافي هو "ما علم جنسه، ونوعه، وصفته، وجهل قدره". كهذه الكومة من القمح، أو الدقيق، أو هذه السبيكة من الذهب، أو الفضة ولا يعلم وزنها^(١). ولقد اختلف العلماء في جواز أن يكون الثمن في البيع والأجر في الإجارة جزافاً غير معلوم القدر على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

وهو للمالكية، وأحد الأقوال عند الحنابلة والشيعة الزيدية وابن شبرمة^(٢) حيث يرون أن الثمن في البيع والأجر في الإجارة يجوز أن يكونا جزافاً غير معلومي القدر إلا أن المالكية اشترطوا شروطاً معينة لجواز ذلك وهي:

(١) الكمال بن الهمام - فتح القدير جـ ٩ ص ٦٢، ابن عابدين - حاشية بن عابدين جـ ٦ ص ٤٨، نظام الدين البلخي - الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٤١١، السيوطي - الأشباه والنظائر ص ١٦٧، الشربيني الخطيب - مغلي المحتاج جـ ٢ ص ٤٧٩، قليوبي وعيمره - حاشيتنا قليوبي وعيمره جـ ٣ ص ٨٣، ابن حجر الهيتمي - الفتاوى الفقهية الكبرى جـ ٣ ص ٣٧٥ و جـ ٤ ص ٥٤، ابن قدامة - المغلي جـ ٥ ص ٢٥٥، الرحيباني - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى جـ ٣ ص ٥٤٣، المواق - التاج والإكليل جـ ٧ ص ٤٩٤، شرح حدود بن عرفة ص ٣١٥.

(٢) الإمام سحنون - المدونة جـ ٣ ص ٣١.

أولاً: تحقق الرؤية حال العقد أو قبله بفترة وجيزة حتى لا ينسى حاله، فإن لم يره، أو رآه منذ فترة طويلة تؤدي إلى نسيانه له فلا بد من رؤية جديدة^(٢).
 ثانياً: ألا يكون كثيرًا جدًا بحيث يتعذر حصره - ولا قليلاً جدًا بحيث يمكن عده بأن يكون متوسط الحال^(٣).
 ثالثاً: أن يكون على أرض مستوية لا انخفاض فيها ولا ارتفاع فإن عدم استواء الأرض يؤثر تأثيراً لا يدرك بمجرد البصر^(٤).
 رابعاً: لا بد من جهل المتعاقدين قدر الثمن الجزائي وإلا لما جاز جعله أجراً إلا بعد معرفة عدده^(٥).
 خامساً: أن يكون مما يكال أو يوزن إلا أن مالكا أجازته في المعدود في بعض الصور^(٦) بشرط أن يتعذر عدّه بألا يمكن إلا بمشقة غير يسيرة، أما إذا كان معدداً يسهل عدّه، فلا يجوز أن يكون أجراً إلا بعد عده^(١).

-
- (١) سحنون - المدونة جـ ٣ ص ٥٢، الباجي - المنتقى جـ ٤ ص ٤٦٧، الشوكاني - نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٤٩، المرداوي - الإنصاف جـ ٦ ص ١١، ابن قدامة - المغني جـ ٥ ص ٢٥٥، ابن المرتضى - البحر الزخار جـ ٥ ص ٥١.
 (٢) القرافي - الفروق جـ ٣ ص ٢٤٥، ابن الحاج - المدخل جـ ٤ ص ٧٦ ط دار التراث، المواق - التاج والإكليل جـ ٦ ص ١٠١ دار الكتب العلمية، الحطاب - مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٨٥، الخرشي - شرح مختصر خليل - جـ ٥ ص ٢٨.
 (٣) الباجي - المنتقى جـ ٥ ص ٩.
 (٤) الخرشي - شرح مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٨، ٢٩، الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٠، الصاوي - بلغة السالك جـ ٣ ص ٣٧.
 (٥) سحنون - المدونة جـ ٣ ص ٣١، الباجي - المنتقى جـ ٥ ص ٩، القرافي - الفروق جـ ٣ ص ٢٤٥.
 (٦) القرافي - الفروق جـ ٣ ص ٢٤٥.

سادساً: يشترط حذر الأجر أو الثمن من كلا المتعاقدين أو ممن هو أهل لهذا الحذر، فإذا لم يتم الحذر منهما أو ممن هو أهل لهذا الحذر فلا يجوز^(٢).
سابعاً: ألا تقصد أفراده فإن كانت أفراد غير متفاوتة فيما بينها تفاوتاً كبيراً .. وإلا فلا يجوز^(٣).

واستدل أصحاب هذا الرأي بأنه بالرؤية يتحقق العلم النافي للجهالة، فإذا تحقق العلم فلا يوجد ما يمنع من جعله أجراً.

القول الثاني :

وهو للظاهرية وأحد الأقوال عند الحنابلة^(٤) حيث يرون عدم جواز كون الثمن في البيع أو الأجر في الإجارة جزأفاً؛ لأن عدم معرفة قدره يؤدي إلى المنازعة المنهي عنها شرعاً، ولقوله ﷺ "من استأجر أجيراً فليعلمه أجره"^(٥) وأن الإجارة

(١) الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٢، ٢١، الخريشي - شرح مختصر خليل ج ٥ ص ٢٩، الزرقاني - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ج ٥ ص ٣١.

(٢) الباجي - المنتقى ج ٥ ص ٩، القرافي - الفروق ج ٣ ص ٢٤٥.

(٣) الصاوي - بلغة السالك ج ٣ ص ٣٧.

(٤) ابن حزم - المحلى ج ٧ ص ٢٩ مسألة "لا تجوز الإجارة إلا بمضمون مسمى محدود في الزمة أو بعين معينة معروفة الحد والمقدار"، ابن قدامة - المغني ج ٥ ص ٢٥٥، المرداوي - الإنصاف ج ٦ ص ١١.

(٥) رواه البيهقي في السنن الكبرى ج ٦ ص ١٢٠ وابن أبي شيبة في مصنفه ج ٤ ص ٣٦٦. وروي بروايات متعددة ففي بعض روايات بلفظ فليسم له أجرته" أخرجه عبد الرزاق في مصنفه وفي بعض الروايات بلفظ "فليبين له أجرته" أخرجه إسحاق في مسنده ولفظ "حتى يبين له أجرته" أخرجه أبو داود في المراسيل ولقد ذكر هذا الحديث برواياته المتعددة الإمام ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية ولم يذكر درجة الحديث من ناحية الصحة والضعف، وذكره أيضاً الإمام الزيلعي في نصب الراية وصحح وقفه. إلا أن الحديث بتعدد رواياته وكثرة طرقه =

معرضة للفسخ، وعند الفسخ يرجع المتعاقدان إلى وقت الإجارة فيقوم المؤجر ببرد الثمن ويقوم المستأجر ببرد العين، فإذا كان الثمن مجهول القدر فكيف يترادان.

إلا أننا في تقديم شروط الجراف عند المالكية رحمهم الله قالوا بوجوب معرفة القيمة التقديرية للثمن الجرافي عند إرادة العقد وعليه فلن توجد أية مشكلة عند الفسخ؛ إذ أن المستأجر سيرجع على المؤجر بالأجرة إذا كانت قائمة أو بقيمتها إن كانت قد هلكت.

القول الثالث:

وهو للشافعية والقول الثاني للحنابلة: حيث يفرقون بين الأجرة المعينة والأجرة التي في الذمة ويجيزون الجراف في الأجرة المعينة دون الموصوفة في الذمة وإن كان الشافعية يصرحون بالجواز مع الكراهة لعدم معرفة قدر الثمن معرفة دقيقة. ودليل هذا القول: أن الأجرة المعينة تكفي فيها الرؤية بخلاف الموصوفة فإنها في حكم العدم فلا بد من معرفة قدرها^(١).

يصل إلى درجة الحديث الحسن. ينظر في ذلك الدراية جـ ٢ ص ١٨٦، نصب الراية جـ ٢ ص ١٣١.

(١) الإمام الشافعي - الأم جـ ٣ ص ٦٨، الأنصاري - أسنى المطالب جـ ٢ ص ٤٠٥ النووي - المجموع جـ ٩ ص ٣٧٨، البهوتي - شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٤٣، وكشاف القناع جـ ٣ ص ٥٥١، ابن قدامة - المغني جـ ٥ ص ٢٥٥.

الرأي الراجح :

والذي أرجحه في مجال عقد النشر عدم جواز أن يكون المقابل المالي جزافاً: لأن وسائل الحصر والعد والوزن الآن أصبحت ميسورة يسهل معها معرفة مقدار أي شيء وقيمته فلا يوجد ما يستدعي أن نجيز كون العوض المالي جزافاً مع ما يسره الله لنا من وسائل تحقق لنا العلم الذي لا يعتريه أي جهل. إلا أنه إذا وجد عرف بلد من البلدان يتعاملون بهذه الطريقة فلا مانع من الجواز إذ العادة دائماً محكمة. فيكون الجواز وعدمه مرجعه إلى عرف الناس وعاداتهم.

تقدير الأجر في عقد النشر الفاسد :

إذا بطل عقد النشر لفوات ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته أو انعقاده فإذا كان المتعاقدان قد أغفلا تسمية الأجر كان للمؤلف أجر المثل باتفاق أما إذا كان قد حددا أجراً وكان الأجر يزيد عن أجر المثل أو يقل فهل يأخذ المؤلف المسمى بالغاً ما بلغ أم يأخذ أجر المثل نقص عن المسمى أو زاد.

للعلماء في ذلك قولان :

القول الأول :

يرى أن المؤجر في الإجارة الفاسدة يأخذ أجر المثل لا المسمى، سواء زاد أجر المثل عن المسمى أم نقص. لأن بطلان العقد أو فسادَه يعني فساد التسمية والمنافع تضمن بجميع القيمة كالأعيان وهذا هو رأي المالكية، والشافعية، والحنابلة. وزفر من الحنفية^(١).

(١) ابن قدامة - المغني ج٥ ص ٢٥٨، السيوطي - الأشباه والنظائر ص ٣٦٣، الرملي - فتاوى الرملي ج٢ ص ٢٧٨، الفتاوى الهندية ج٤ ص ٤٤٥، الكاساني - بدائع الصنائع ج٦ =

القول الثاني:

يرى أن للمؤجر الأقل من التسمية أو أجر المثل فيكون له أجر المثل لا يزيد عن المسمى فإن زاد فله المسمى وإن نقص فله أجر المثل؛ لأن الفساد أبطل الزيادة فأصبح المؤجر لا يستحقها وهذا رأي الحنفية^(١).

الرأي الرابع:

والذي نرجح الأخذ به في مجال عقد النشر أن الأمر يترك للقاضي فهو الذي يرجح بين المسمى وأجر المثل واضعاً في اعتباره ظروف الحال، وما يحقق التوازن بين مصلحة المتعاقدين.

كيفية تقدير أجل المثل:

يجب أجر المثل كما سبق وأن ذكرنا في حالة عدم ذكر الأجر وعدم تعيينه وحاله بطلان العقد لفقد ركن من أركانه أو شرط من شروط الانعقاد. والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو عن كيفية تقدير أجر المثل.

١٦٩، خرشي - خرشي جـ ٧ ص ٦٥، الصاوي - بلغة السالك جـ ٤ ص ١٣٤، حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٧، البهوتي - شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٣٥٥.

(١) الكاساني - البدائع جـ ٦ ص ١٩٦، المرغيناني - الهداية جـ ٣ ص ٢٣٨ طبعة الحلبي، ابن

عابدين - حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩١ طبعة الحلبي، الزلعي - تبين الحقائق جـ ٥

ص ١٢٢، ١٢١ المطبعة الأميرية ببولاق.

ذكر الفقهاء صور أربعة يتم تقدير أجر المثل على وفقها :

الصورة الأولى: بتقدير أهل الخبرة السالمين من الغرض :

فإن أول تقدير يرجع إليه هو تقدير أهل الخبرة ويشترط فيهم ألا يكون لهم غرض في هذا التقدير أي تتوافر فيهم الحيادة والنزاهة ولم يذكر العلماء عددًا معينًا يجب توافره من أهل الخبرة، الأمر الذي يمكن معه القول بأن الواحد من أهل الخبرة شهادته في هذا كافية، إلا أننا نرى أن هذا الأمر يؤول إلى مال فيجري فيه الخلاف الذي بين الفقهاء في جواز الاكتفاء بشهادة الشاهد الواحد أولاً. والذي نرجحه في هذا المجال هو أن يكونا رجلين أو رجل وامرأتان حتى يؤخذ بقولهم.

وتقدير أهل الخبرة للمقابل المالي لابد وأن يخضع للضوابط الآتية:

أولاً: اعتبار مكانة المؤلف العلمية ومدى الشهرة التي تحظى بها مؤلفاته.

ثانياً: اعتبار مكان النشر وزمانه.

ثالثاً: مدى ما حققه المصنف فعلاً من ربح مادي في الفترة التي نشر فيها ويتم تقدير المقابل المالي على ضوء هذه الاعتبارات، ويكون هذا التقدير ملزماً للطرفين قياساً على تحكيم المحكمين^(١).

الصورة الثانية : التقدير بإقرار المدعى عليه :

فقد يدعي المدعي مبلغاً معيناً أو نسبة معينة وأن هذا الأجر هو ما يتقاضاه أمثاله من المؤلفين ويصدق الطرف الآخر فيؤخذ بهذا التقدير^(٢).

(١) علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١ ص ٤٤٧.

(٢) علي حيدر - السابق نفس الموضوع.

الصورة الثالثة : التقدير بالشهادة الشرعية :

وفي هذه الحالة يدعي المؤلف مثلاً أن الناشر يتعاقد مع المؤلفين أمثاله على نسبة معينة وقيم الشهادة الشرعية المستوفية لشرائطها لتؤيد دعواه. فإنه يؤخذ بهذه الشهادة ويعتبر هذا التقدير^(١).

الصورة الرابعة : التقدير باليمين^(٢) :

وهذه الصورة تكون في حالة عجز المدعي عن إقامة الشهادة الشرعية، وعدم وجود أهل الخبرة، وإنكار المدعى عليه بما ادعاه المدعي أو بعضه. كأن قال المؤلف مثلاً أجر الكتاب عشرة آلاف وقال الناشر بل خمسة آلاف فقط فإن اليمين يتوجه إلى المنكر ويؤخذ بقوله.

(١) علي حيدر - السابق نفس الموضع.

(٢) علي حيدر - السابق نفس الموضع.

المطلب الرابع

تعدل أحكام الأجر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إذا تبين للمؤلف أنه غبن في عقد النشر وأن المصنف قد عاد بالربح الكثير على الناشر فهل له أن يطلب زيادة الأجر المتفق عليه، وبالنسبة للناشر إذا تكلف في طبع المصنف مبالغ باهظة، ثم لم يدر عليه الربح المرجو، فهل له أن يطلب تخفيض الأجر المستحق للمؤلف.

في الفقه الإسلامي :

لا يجوز زيادة الأجر عما هو متفق عليه إذا تبين للمؤجر أن العين تساوي أكثر مما أجرها به. ولا يجوز للمستأجر أن يطلب تخفيض الأجرة. لعدم تحقيق المنفعة المرجوة من العين المستأجرة، وليس أمامه إلا المعنى في الانتفاع أو طلب فسخ العقد إن كان له مقتضى^(١).

إلا أننا نرى أنه نظرًا للطبيعة الخاصة للمنفعة التي يرد عليها عقد النشر وأن صاحبها عند التعاقد على نشرها لا يمثل - في الغالب - في ذهنه الأرباح التي يدرها المصنف، فإنه يجوز للمؤلف إذا تبين له أن الاتفاق بينه وبين الناشر كان مجحفًا به، أو طرأت ظروف معينة جعلت مصنفه هذا الأكثر رواجًا، كأن فيه

(١) ابن نجيم - البحر الرائق ج٧ ص ٣٠٦، علي حيدر - درر الحكام ج١ ص ٤٧٨ مادة ٤٣٩،

الدردير - الشرح الكبير ج٤ ص ٦٨ جوز بعض المالكية زيادة الأجرة في الأراضي الإقطاعية فقط دون غيرها.

مبادئ نظرية علمية معينة وضع المؤلف مبادئها ثم طبقت فعلاً بفضل أفكار هذا المؤلف مما أدى إلى ازدياد رواج المصنف ازدياداً ملحوظاً فليس من العدل أن نجعل الناشر وحده هو الذي يجني ثمار جهده غيره بينما نحرم هذا الغير من المشاركة في جني هذه الثمرات.

ولقد أحسن صنعاً المقنن الليبي عندما نص على هذا المبدأ في المادة ٣٩ من قانون حق المؤلف الليبي الصادر عام ١٩٦٨ حيث نصت هذه المادة على أنه "إذا تبين أن الاتفاق بين المؤلف والناشر كان مجحفاً بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يقضي للمؤلف علاوة على ما اتفق عليه بجزء من الربح الذي ينتج من استغلال المصنف".

وفي القانون المصري :

قبل صدور القانون الحالي لم يكن من بين الأصول القانونية في القانون المصري ما يسمح بتعديل الأجر في عقد النشر.

فإن القواعد العامة في القانون المصري تقضي بأنه ما تم الاتفاق عليه لا يجوز تعديله إلا باتفاق جديد. ومن ثم كان لا يسوغ للمؤلف المطالبة بأكثر مما هو متفق عليه في عقد النشر، ولا يسوغ تبرير طلب الزيادة والحكم بها بناء على أن المؤلف يكون قد وقع في غبن يستأهل رفعه، لأن ما نحن بصددده ليس من بين حالات الغبن المنصوص عليها كما لا يمكن القول بجواز المطالبة بالزيادة بناء على نظرية الظروف الطارئة؛ إذ أن هذه النظرية تعالج فقط ما لحق بأحد الطرفين من خسارة، لا ما فاته من كسب، فضلاً عن أن الظرف في تلك الحالة إنما هو ظرف شخصي، وذلك بخلاف ما يقتضيه منطق هذه النظرية من حتمية

عمومية هذا الظرف^(١). ولكن حسناً فعل المقتن في القانون الحالي حيث نص في المادة (١٤٩) من هذا القانون على جواز تعديل أحكام الأجر إذا تبين للمؤلف أن اتفاقه الأول كان يحتوي على ظلم له، أو وجد أن مصنفه حقق من الربح ما يزيد على ما كان من المتوقع تحقيقه.

وبناء على هذا النص فإن للمؤلف أن يطالب بتعديل أحكام المقابل المالي إذا ما تبين أن ما تم الاتفاق عليه لا يتناسب مع ما حققه المصنف من كسب. ولا يخفى أن هذا النص يتوافق مع روح الشريعة الإسلامية التي تهدف في مجملها إلى وجوب العدل وعدم أكل أموال الناس بالباطل ومما لا شك فيه أن استئثار الناشر بثمرات مجهود المؤلف وجنّيه لها أطول فترة ممكنة في حين أن المؤلف لا يأخذ منه إلا الفتات أكل لمال المؤلف بالباطل وهو محرم شرعاً بمقتضى النصوص الشرعية من الكتاب والسنة.

وعلى المستوى الدولي اقترحت لجان الخبراء الحكوميين المكلفة بوضع قواعد نموذجية لعقود نشر الكتب تضمين عقود النشر نصاً مضمونه "إذا تبين أثناء تنفيذ العقد المبرم بين المؤلف والناشر - الذي يمنح الناشر بموجب مبلغاً جزافياً مقابل استغلال كتابه مالياً - أن إيرادات الناشر الفعلية من استغلال الكتاب تزيد بكثير عن الإيرادات المقدرة أصلاً وأنها أصبحت تتسم بعدم التناسب الجسيم مع المكافأة المدفوعة للمؤلف. تعينت موافقة الناشر - بناءً على طلب المؤلف - على إدخال تعديل على العقد بالنص على منح المؤلف نسبة عادلة من مجموع الإيرادات، المتحصلة من بيع الكتاب، ولا يجوز للمؤلف أن يتنازل سلفاً عن المطالبة بهذه الزيادة في المكافأة. كما أنه لا يجوز الاحتجاج بهذا الحق بعد

(١) د/السنهوري ج ٨ ص ٣٨٨، د/ عبد السميع أبو الخير - الحق المالي للمؤلف ص ١٣٥، د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ١٣٧.

مضي عامين على تاريخ إصدار الناشر لأول كشف بالمبيعات والإيرادات الذي تتضح منه الوقائع المسوغة للمطالبة^(١).
ونأمل أن يصبح مثل هذا الاقتراح تشريعاً مطبقاً في جميع الدول الإسلامية لما يحقق من توازن بين المركز الإقتصادي للمتعاقدين.

(١) نقلاً عن د/نواف كنعان السابق ص ١٣٨، ١٣٧.

المطلب الخامس

جزاء عدم الوفاء بالعوض في عقد النشر

في الشريعة والقانون

في الفقه الإسلامي:

إذا أخل الناشر بالوفاء بالأجر ف للمؤلف يطالبه به، وبمجرد المطالبة يجب على الناشر تعجيل الوفاء به وإلا كان مماطلا.
فإذا امتنع الملتزم بالأجر عن الوفاء به رغم المطالبة، لجأ المؤلف إلى القضاء ليجبره على تنفيذ التزامه، فإذا امتنع عن التنفيذ رغم المطالبة القضائية فإن القاضي يتخذ ضده الوسائل الشرعية التي تحمله على التنفيذ.
ولقد فرّق العلماء في هذا الشأن بين المدين المفلس والمدين الملئ والمدين غير طاهر الحال.

أولاً: المدين المفلس :

ذهب جمهور العلماء إلى أن من أحاط الدين بماله كان للقاضي أن يحجر عليه بناء على طلب الدائنين، ويبيع ماله وفاء لدينه، ويقدم في ذلك الدين الممتاز على غيره، فما تبقى من مال بعد ذلك يقسم بين الجميع قسمة غرماء كل بحسب حصته، فإذا لم يفي المال بكل الديون، فإن ما تبقى يطالب به المدين عند يساره فإن الإعسار لا يبطل الدين وإنما يؤجل المطالبة به^(١).

(١) ابن نجيم - البحر الرائق ج ٨ ص ٨٩، البابرتي - العناية شرح الهداية ج ٩ ص ٢٧١، العبادي - الجوهرة النيرة ج ١ ص ٢٤٥، الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٩ ص ٢٧١، علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٢ ص ٧٢٠ شرح المادة (٩٩٩)، الخرشي - شرح =

ويذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله إلى عدم جواز الحجر عليه وأنه ليس للقاضي إلا أن يعزره حتى يفي بدينه^(١).

والدليل على هذا :

استدل الجمهور على جواز الحجر على المدين المفلس بالسنة والأثر :

أولاً: من السنة:

بما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أنه قال (أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فأفلس، فقال رسول الله ﷺ : "تصدقوا فتصدق الناس عليه ولم يبلغ وفاء دينه، فقال لهم رسول الله ﷺ خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا هذا"^(٢)).

=مختصر خليل ج ٥ ص ٢٦٣، الدردير - الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٦٤، الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٦٤، الصاوي - بلغة السالك ج ٣ ص ٣٤٧، المواق - التاج والإكليل ج ٦ ص ٢٨٦، == الشيوخ عيش - منح الجليل ج ٦ ص ١٩، الأنصاري - أسنى المطالب ج ٢ ص ١٨٤، السيوطي - الأشباه والنظائر ص ٤٥٨، ابن حجر الهيتمي - الفتاوى الكبرى ج ٣ ص ١٣، قليوبي وعميره - حاشيتنا قليوبي وعميره ج ٢ ص ٣٥٥، ابن قدامه - المغني ج ٤ ص ٢٨٣، البهوتي - شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٥٥.

(١) البابرتي - العناية شرح الهداية ج ١ ص ٢٧١، العبادي - الجوهرة النيرة ج ١ ص ٢٤٥،

الكمال ابن الهمام - فتح القدير ج ٩ ص ٢٧١.

(٢) صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٩١.

وجه الدلالة من الحديث:

أن رسول الله ﷺ قد باع على الرجل ما امتلكه من الصدقة وقول رسول الله ﷺ ليس لكم إلا هذا لا يعني سقوط بقية الدين، وإنما تأجيل المطالبة به، ففي الحديث^(١) دليل على بيع مال المفلس وتقسيمه بين عرمانه. ما رواه الحاكم وصححه من أن رسول الله ﷺ قد حجر على معاذ ماله وباعه في دين عليه^(٢).

والحديث نص في الموضوع وواضح الدلالة على المطلوب^(٣).

ومن الأثر:

ما روي أن رجلاً من جهينة يقال له الأسيفع كان يشتري الرواحل فيغالي بها، ثم يسرع السير، فيسبق الحاج، فأفلس، فرفع أمره إلى عمر رضي الله عنه، فقال: أيها الناس إن الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج، ألا وإنه قد دان معرضاً فأصبح قد رين به، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمانه^(٤).

وجه الدلالة من الأثر:

أن عمر رضي الله عنه باع مال هذا الرجل لما لم يفي بالدين الذي كان عليه من ثمن الرواحل فدل على أن الحاكم يتدخل ببيع دين المفلس لوفاء دينه.

(١) الصنعاني - سبل السلام ج ٢ ص ٧٨، ٧٩.

(٢) الصنعاني - السابق، نفس الموضع.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦٩.

(٤) للإمام مالك - الموطأ ج ٢ ص ٧٧٠ ط دار إحياء التراث، البيهقي - السنن الكبرى ج ٦

ص ٤٩، العسقلاني - تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٩٧.

أما أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه فقد استدل بأنه ليس للحاكم سلطان على مال البالغ الرشيد فإن الحجر لا يكون إلا بأحد ثلاثة جنون، وصغر، ورق، ولأن الحجر عليه إهدار لأهليته وهو ضرر أكبر من ضرار المال ولأن بيع ماله عليه أكل لماله بالباطل وهو حرام بالنص فليس للقاضي أن يبيع على المدين ماله بل يعذره ويحبسه حتى يبيع هو ماله بنفسه^(١).

والراجح هو رأي جمهور العلماء ولا سيما في مثل هذه الأيام التي قل فيها الوازع الديني، وكثر فيها الإفتيات على أموال الناس؛ فإذا لم يخول القاضي في التنفيذ الجبري على مال المدين ضاع دين الدائنين، وهو من باب أكل أموال الناس بالباطل.

وخلاصة القول :

أن الناشر إذا أفلس فإن القاضي بناء على طلب المؤلف يبيع ماله في ما عليه من حقوق للمؤلف، وإذا وجد المؤلف نسخاً من المصنف نفذ عليها وهو أحق بها لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال (من أدرک ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره)^(٢).

ثانياً : المدين المئى (الموسر) :

أما الناشر الموسر الذي امتنع عن الوفاء بالمقابل المالي للمؤلف، فإما أن يكون له مال ظاهر موجود، وإما أن يعلم أن له مال يخفيه.

(١) البابر تي - العناية جـ ٩ ص ٢٧١، العبادي - الجوهرة النيرة جـ ١ ص ٢٤٥، الكمال ابن الهمام - فتح القدير جـ ٩ ص ٢٧١.

(٢) الحديث رواه الإمام البخاري في صحيحه - جـ ٢ ص ٨٤٦، والإمام مسلم - صحيح مسلم جـ ٣ ص ١١٩٣.

في حالة إخفاء ماله فإن العلماء قالوا: إن القاضي يحبسه حتى يظهر ماله الذي أخفاه^(١).

أما في حالة ما إذا كان له مال ظاهر موجود فهل يعمد القاضي إلى البيع مباشرة، أم لابد من حبسه وتعزيره أولاً؟ للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال.

القول الأول :

وهو قول المالكية وأبو حنيفة رحمهما : وهؤلاء يرون أن القاضي ليس له أن يبيع مال الموسر المليء في دينه، وإنما يعزره بضرب أو بسجن، أو بسجن حتى يبيع مال نفسه^(٢).

واستدلوا بأن غير المفلس لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله، فليس له سلطان عليه، ولكن له أن يحبسه، وأن يعزره بما يراه. واستدل أبو حنيفة بأن في بيع ماله نوع حجر عليه والحجر عنده لا يجوز في الدين.

ويناقش هذا الرأي بأن المراد من اللجوء إلى القضاء هو الوفاء بالدين، والشارع نصب القاضي لفض الخصومات، والقضاء عليها فإن منعنا القاضي من بيع مال المماطل مع يساره تكون الخصومة والمنازعة لا تزال قائمة فيضيع المعنى الذي من أجله لجأ المدعي إلى القضاء.

(١) المرغيناني - الهداية ج ٣ ص ١٠٤، ١٠٥، ابن جزى - القوانين الفقهية ص ٣١٤٠، البهوتي -

كشف القناع ج ٣ ص ٤٢٠، قليوبي وعميره - حاشيتا قليوبي وعميره ج ٢ ص ٢٩٢.

(٢) الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٧٩، ٢٧٨، الخرشي - شرح الخرشي

على مختصر خليل ج ٥ ص ٢٧٧، الحطاب - منح الجليل ج ٦ ص ٥٢، البابرتي - العناية شرح

الهداية ج ٩ ص ٢٧٣، الزيلعي - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ج ٥ ص ٣٨٣، ابن

الهام - فتح القدير ج ٩ ص ٢٧١.

ثم إن حبسه فيه ضرر بالدائنين بتأخير حقوقهم، وضرر بالمدين يمنع من السعي على رزقه وحضور الجمع والجماعات فبيع المال أولى من الحبس^(١).

القول الثاني :

ويرى أن القاضي لا يحبس المدين إلا إذا أخفى ماله أما في حالة وجود مال ظاهر له فإن القاضي يقوم ببيع هذا المال ويوفي دينه ولكن قال الشافعية وهم من أصحاب هذا الرأي إن كان لديه مال في غير مكان المطالبة عزب بنحو ضرب وحبس حتى يبيع ماله الذي هو خارج ولاية القاضي^(٢).

ويناقش بأن البيع غير متعين للوفاء وإنما من الممكن أن يوفى الدين بالقرض، أو الصدقة، أو الكفالة^(٣).

ويرد بأنه لا يوجد تعارض لأن المراد هو الوفاء فحيثما وجدت وسيلة تؤدي هذا الغرض عمل بها.

القول الثالث :

وهو للحنابلة: وهؤلاء يرون أن القاضي يحبس الممتنع المماطل حتى يفي بدينه فإذا لم يف بدينه اختياريًا باع عليه ماله^(٤).

(١) ابن حزم - المحلى ج٦ ص ٤٧٦.

(٢) الشربيني الخطيب - مغني المحتاج ج٣ ص ١١٦، قليوبي - حاشية قليوبي ج٢ ص ٢٨٦، الإمام النووي - روضة الطالبين ج٤ ص ١٣٩ طبعة المكتب الإسلامي بيروت، ابن حزم - المحلى ج٦ ص ٤٧٦.

(٣) المرغيناني - الهداية ج٣ ص ٢٨٥.

(٤) المرداوي - الإنصاف ج٥ ص ٢٧٦، البهوتي - شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ١٥٦، ابن مفلح - المبدع ج٤ ص ٣٠٧ ط المكتب الإسلامي.

ويناقش بأنه ما دام البيع من سلطة القاضي المقررة له فلم يكن للحبس فائدة بالإضافة إلى أن الحبس فيه ضرر بالدائن والمدين على نحو ما بينا.

والراجع :

هو القول الثاني الذي يرى التنفيذ على المال مباشرة، دون حاجة إلى حبس ولا يلجأ إلى الحبس، إلا إذا أراد المدين أن يدلس على القاضي بإخفاء مال لديه، فيحبس حتى يظهره، وهذا هو الرأي الذي يوافق ما نحن عليه اليوم فقد يوجد من البشر من يفضل السجن على الوفاء بديونه وخاصة مع وجود الحيل القانونية التي يتفنن فيها المحامون لإخراج موكلهم من مثل هذه الأزمات. وهذا يؤدي إلى ضياع حقوق المؤلفين. وقد يلجأ الناشر إلى تحويل أمواله إلى بنك أجنبي فلا يكون له مال موجود ظاهر فإن حبس حتى يحضر هذا المال ويوفي بدينه كان ذلك أجدى في المحافظة على حقوق الناس وأموالهم.

ثالثاً : حال الناشر الذي لم يتبين أمره :

إذا كان المدين لم يتبين أمره فلم يثبت إفلاسه وإعساره ولم تثبت ملاعته، بأن ادعى الإعسار. فإن جمهور العلماء يرون حبسه حتى يبين أمره^(١) وحبسه يكون مدة يغلب على الظن أنه لو كان لديه مال لظهر، فإذا ظهر له مال وفي الدين منه، وإلا ثبت إفلاسه، ويجري عليه ما يجري على المدين المفلس.

(١) ابن مفلح - المبدع جـ ٤ ص ٣٠٨، المرداوي - الإنصاف جـ ٥ ص ٢٧٦، البهوتي - الروض المربع جـ ٢ ص ٢١٥ ط مكتبة الرياض. ابن قدامة - الكافي جـ ٢ ص ١٦٨، الإمام الغزالي - الوسيط جـ ٤ ص ١٧، الإمام النووي - روضة الطالبين جـ ٤ ص ١٣٩، الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٧٨، الزرقاني - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك جـ ٥ ص ٢٧٨.

وللمؤلف في جميع الأحوال أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء الناشر بالتزامه غير أن فسخ العقد قد لا يجدي معه بفائدة وخاصة وأن دور النشر اعتادت تقسيط مبالغ المقابل المالي وتقوم بالطبع والنشر والبيع قبل أن يستوفى المؤلف معشار حقه فإذا فسخ العقد فما الذي يستطيع فعله.

وللمؤلف أيضاً الامتناع عن تنفيذ التزامه لعدم وفاء الطرف المقابل بالتزامه وهذا يجدي في المراحل الأولى من العقد عند تصحيح تجارب الطبع.

وللمؤلف أخيراً أن يقوم بسحب مصنفه من التداول، بإعلام الخافّة برجوعه عن الاجتهادات التي فيه وهو حق السحب والتعديل الذي سبق وإن فصلنا القول فيه.

لكن هذا الحق وإن كان ضاراً بالناشر إلا أنه لا يستعمل في كل الحالات؛ إذ لا بد وأن يكون المؤلف فعلاً قد غير اجتهاده هذا لا يحدث مع كل المؤلفين ثم إن القضاء يقيد استعمال هذا الحق بوجود مبررات جدية يرجع تقديرها إلى القضاء وقد يرى القضاء أن الأسباب التي لجأ إليها المؤلف غير مقنعة. وعلى هذا فإن الطريق الأول هو الأجدى بالنسبة للمؤلف من بقية الطرق.

المطلب الثاني

خصائص الحق الأدبي

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

يتميز الحق الأدبى فى الفقه الإسلامى بخصائص ثلاثة :

أولاً : أنه حق شخصى .

ثانياً : أنه حق مشترك .

ثالثاً : أنه حق دائم .

أولاً : أنه حق شخصى :

ومعنى كونه حقاً شخصياً أى أنه لصيق بشخصية المؤلف لا ينفك عنها فهو يبقى معه طوال حياته ويبقى بعد موته ويخول لورثته الدفاع عنه والحفاظ عليه^(١) . ويبقى الحق الأدبى فى حياة المؤلف حتى لو تنازل عن حقه المالى فى المصنف بأى نوع من الأنواع التنازل الجائزة شرعاً .

ما يترتب على اعتباره حقاً شخصياً :

ويترتب على اعتبار الحق الأدبى حقاً شخصياً ما يلي :

(١) أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار - نطاق الحق الأدبى للمؤلف ص ١٨٦ ، مجلة كلية الشريعة

والقانون العدد الثامن عشر ، د/محمد الشحات الجندي - حق المؤلف من منظور إسلامي ص ٣٩٧

" ندوة حق المؤلف " صالح كامل .

أولاً : أنه لا يقبل التصرف ولا الإسقاط فلا يجوز بيعه ولا رهنه ولا إجارته ولا التنازل عنه وذلك لأنه معني من المعاني والمعاني لا يقبل محلها التصرف فيها بأي وجه من وجوه التصرف^(١).

وكما لا يقبل الحق الأدبي التصرف فإنه لا يقبل الإسقاط . والإسقاط هو إزالة الحق إلى غير مستحق ، والأصل في الحقوق أنها تسقط بالإسقاط كحق القصاص والشفعة وغير ذلك من الحقوق المشابهة .

إلا أن هناك حقوقاً تخالف هذا الأصل ولا تسقط بالإسقاط لوجود مانع يمنع من هذا الإسقاط . وهذه الموانع تتلخص فيما يلي :

(١) كون الحق من حقوق الله الخالص . فحق الله لا يقبل الإسقاط بحال فلا يملك مكلف أن يسقط عن نفسه التكاليف أو الإلتزامات الشرعية ، أو الحدود بعد ثبوتها عند الإمام .

(٢) إذا كان الحق من الحقوق الذاتية الملاصقة لشخص المكلف كولاية الأب والجد فإنها من ولايات جبرية لا تقبل الإسقاط .

(٣) إذا كان في إسقاطها تغيير للأوضاع الشرعية كحق الزوج في الاستمتاع بزوجه فلو قال الزوج مثلاً أسقط حقي في الاستمتاع بزوجتي فلا يسقط هذا الحق .

(٤) كون الحق لم يثبت بعد كإسقاط الزوجة نفقتها المستقبلية أو إسقاط الأم حقها في الحضانة قبل إيجابه ، فإن هذين الحقين لا يسقطان بحال إلا بعد وجودهما أما قبله فلا يسقطان^(١).

(١) الشيخ زهير الأتاسي - الحماية الشرعية والقانون لحقوق المؤلفين ص ١٢٠ ، د/ محمد الشحات الجندي - حق المؤلف من منظور إسلامي ص ٣٩٧ " ندوة صالح كامل " .

ولكون الحق الأدبي من الحقوق الشخصية الملاصقة للمؤلف فإنها لا تقبل الإسقاط فلو قال المؤلف تنازلت عن حقي في نسبة المؤلف إلا لاعتبار لقوله ومؤلفه منسوب إليه . أما من يتعلق بحق التعديل فإنه يجوز للمؤلف تخويل الناشر في ممارسة هذا الحق بإذن كتابي منه.

أما في القانون :

فإن الرأي استقر على عدم جواز التصرف في الحق الأدبي بجميع عناصره حتى في حالة التنازل عن الحق المالي فإن الحق الأدبي يظل في حوزة صاحبه. ولقد نص المقتن صراحة على هذا المبدأ في القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ في المادة ١٤٥ ، "يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، كل تصرف يرد على أي من الحقوق المنصوص عليها في المادتين ١٤٣ ، ١٤٤ من هذا القانون" (٢).
والحقوق المشار إليها في المواد السابقة هي الحقوق الأدبية . ولقد أكدت المحاكم المصرية هذا المبدأ في أحكامها المختلفة (٣).

(١) الزركشي - المنشور في القواعد جـ ٢ ص ٥٤ ، ٥٥ ، علي حيدر - درر الحكام جـ ١ مادة (٥١) ، الغزالي - المستصفى ص ٤٧ ، السرخسي - المبسوط جـ ٩ ص ١٩٧ ، ابن نجيم - البحر الرائق جـ ٥ ص ٣ ، الكمال بن الهمام - فتح القدير جـ ٥ ص ١١٢ ، الشافعي - الأم جـ ٤ ص ٢٨٦ ، الباجي - المنتقى جـ ٧ ص ١٢٤ .

(٢) وكذلك الكثير من القوانين العربية نصت صراحة على عدم قبول الحق الأدبي للتصرف فيه بالتنازل أو الحوالة أو غير ذلك ومن المادة ٢٢ من القانون الجزائري والمادة السابعة من القانون الإماراتي ، والمادة ١٩ من التشريع السعودي ، والمادة ١٢ من التشريع الأردني . وينظر في تفصيل موقف الدول العربية من جواز التصرف في الحق الأدبي د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - حماية حق المؤلف في تشريعات الدول العربية جـ ١ ص ١٨٨ .

(٣) ومن الأحكام التي قررت هذا المبدأ صراحة أو ضمناً : حكم ١٩٦٦/٥/١٢ في الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٢ قضائية، حكم ١٩٧٩/١١/١٦ الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٤٦ قضائية =

وجاء الاعتراف بهذا المبدأ كنتيجة مترتبة على اعتبار الحق الأدبي من الحقوق الشخصية والتي يبعد بها عن دائرة المعاملات المالية (١).

بل وتأكيداً لهذا المبدأ نص المشرع في المادة "١٤٣" على بطلان التصرف في مجموع النتاج الفكري المستقبل لما يؤدي هذا التصرف من الحكر على عقل المؤلف وعلى شخصيته (٢).

وعلى الصعيد الدولي لاحظ الخبراء الذين شاركوا في مؤتمرات تعديل اتفاقية أن المادة السادسة من الاتفاقية (٣) التي حددت مضمون الحق الأدبي للمؤلف لم

=حكم ١٩٨٧/١/٧ في الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٣ قضائية ، حكم ١٩٨٨/١١/٣ في الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ قضائية ومع ذلك أجازت المحكمة العليا تضمين العقد الإداري بدأ يتنازل بموجبه المؤلف عنه حق في الاعتراض على تعديل المؤلف (كتاب تعليمي فى المطالعة) فقد رأت المحكمة في ذلك شرطاً استثنائياً واضحاً لمساه بالحق الأدبي للمؤلف يسهم بلا شك فى تسيير مرفق التعليم لما ينطوي عليه من إسقاط حق المؤلف بصفة مطلقة لصالح وزارة التربية والتعليم لقاء مقابل ينتفع به المؤلف (حكم ١٩٦٨/٥/٢٨) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٧ ص ٩٥٣. ولقد انتقد هذا الحكم من قبل بعض الفقهاء لما فيه من خلطك بين الطبيعة الخاصة للعقد الإداري والطبيعة الخاصة للعقود الواردة على حقوق المؤلف دون تفرقة بين حقوق أدبية ومالية ويرى أنه حكم جدير بالعدول عنه ، لأنه يفرغ حق المؤلف من مضمونه ويطلق يد الإدارة فى التفتيح دون منح المؤلف أي ضمانات أو معايير فى هذا الصدد ، (د/ حسام لطفي - حقوق المؤلف ص ٤٠ هامش ١) .

- (١) د/ جلال العدوي - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية الأخرى ص ٤١١ .
- (٢) د/ نواف كنعان حق المؤلف ص ٧٥ ، د/ محمد علي عرفة - حق الملكية فقرة ٩٣٧ ط ١٩٥٤ ، د/ محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الحق ص ٥٨ طبعة ١٩٧٧ و د/ عبد السميع أبو الخير - الحق المالي ص ٧٠ .
- (٣) تنص المادة السادسة (ثانياً) من اتفاقية برن على أنه "بغض النظر عن الحقوق المالية للمؤلف. بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق ، فإن المؤلف يحتفظ بالحق فى المطالبة بنسبة =

تتص صراحة على عدم قابلية هذا الحق للتصرف فيه ، فاقترحوا إجراء تنقيح طفيف لمضمون هذه المادة وذلك بإضافة عبارة " أول كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضاراً بشرفه أو سمعته " .

وهذا التعديل في نظر البعض يشمل عدم جواز التصرف في الحق الأدبي وعدم جواز الحجز عليه ، لأن من شأن ذلك الإضرار بشرف المؤلف وسمعته فهو اعتراف ضمنى بهذا المبدأ^(١).

إلا ان هذا النص في نظر البعض الآخرين معيب وقاصر من ناحيتين :
الأول : أن النص لم يتكلم إلا عن امتيازين فقط من امتيازات الحق الأدبي وبالتالي لم يشمل النص بقية الامتيازات .

الثانية : أنه اقتصر على أن المؤلف يظل متمتعاً بهذين الامتيازين على الرغم من تنازله عن الحق المالي وهذا لا يكفي في تقرير مبدأ عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف فيه فكان لابد أن علي ذلك صراحة منعاً لكل لبس أو خلط وبالتالي كان من الممكن أن تصاغ المادة السادسة بشكل آخر يركز على خصائص الحق الأدبي كجق مرتبط بالشخصية .

ومما يكمل الخاصية السابقة عدم إمكان التصرف في الحق الأدبي بالشكل غير المباشر لمعنى أنه لا يجوز الحجز على هذا الحق من قبل دائنى المؤلف .
مادام أن هذا الحجز من شأنه لو جاز أن يمكن الدائن الحاجز من مباشرة نشر المصنف في حين أن تقرير النشر سلطة خاصة بالمؤلف وحده .

=المصنف إليه . وبالاغراض على كل تحريف أو تشويه أو تعديل آخر لهذا المصنف . أو كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضاراً بشرفه أو سمعته .

(1) د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ٧٥ .

وقد طبق المشرع هذه الفكرة في حالة وفاة المؤلف قبل النشر حيث قضت المادة ١٥٤ بعدم جواز الحجز على المصنفات التي مات أصحابها قبل نشرها ما لم يثبت أن إرادته قد انصرفت إلى نشرها قبل وفاته (١).

انتقال الحق الأدبي بالميراث :

في الفقه الإسلامي :

ذهب بعض الباحثين إلى أن الحق الأدبي للمؤلف لا ينتقل إلى الورثة لكون الحقوق المرتبطة بالشخصية والتي لا تقبل الانفكاك عنها لحال لا يقبل الخلافة بالميراث ، لأن هذه الحقوق معن من المعاني والمعاني لا يقبل محلها التصرف أو الخلافة (٢).

بينما يذهب البعض الآخر إلى جواز انتقال الحق الأدبي إلى الورثة (٣) ويستند هذا الرأي فيما ذهب إليه ما يلي :

أولاً : قيام الحق الأدبي على معني التشفي : إذ في التعدي على هذا الحق مساس بعرض صاحبه وشرفه واعتباره ، وذلك كالمطالبة بحد القذف فغنه وإن كان حقاً شخصياً (من جهة أن الجناية فيه تقع على شخص معين وهو الذي اعتدى على شرفه واعتباره) إلا أنه لما كان قائماً على التشفي فإنه يورث رغم أنه حق شخصي .

(١) د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٥٦٧ ، د/ البدر اوي - حق الملكية ص ٢٨٦ ، د/ نواف كنعان ص ٧٥ .

(٢) د / الأتاسي - الحماية الشرعية القانونية لحقوق المؤلفين ص ١٢٠ .

(٣) أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ١٠٦ .

ثانياً : أن الحق الأدبي وإن كان حقاً شخصياً إلا أنه قد اقترن بحق مالي يستوى في ذلك أن يكون الحق المالي مما يتزامن مع الحق الأدبي ، او مما يتحول إليه مآلاً ، فاقتران الحق الأدبي بالحق المالي يجعله تابعاً له في الانتقال إلى الورثة. وهذا الرأي هو الراجح لتوافقه مع ماذكره العلماء من ضابط لما ينتقل بالميراث من الحقوق وما لا ينتقل : حيث ذكروا أن : (من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل فما كان متعلقاً بالمال أو ما يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه فإنه ينتقل إلى الورثة ، وأما ما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته فلا ينتقل إلى الوارث) (١).

غير أن معياري التشفي والاقتران المالي وإن كان ينطبقان على حق النسبة ، وحق الاحترام، وحق السحب فتنقل بذلك إلى الورثة إلا أنهما لا ينطبقان في حق تقرير نشر المصنف وهو من عناصر الحق الأدبي فهو يرجع إلى عقل المؤلف وإرادته وبالتالي وطبقاً للضابط الذي قرره الفقهاء لا ينتقل إلى الوارث فلا يملك الوارث تقرير نشر مصنف مات مؤلف قبل أن يقرر نشره ، إذ من الممكن أن يكون عدم تقريره للنشر إنما كان لتغير فكره أو عدم اقتناعه بما توصل إليه في البحث من نتائج وهذا كله مرجعه إلى عقله ومطلق إرادته . ولا يفوتنا أن نوضح أن الذي ينتقل إلى الورثة ليس الحق الادبي في ذاته وإنما الذي ينتقل إليهم: الوسائل التي يحمي بها هذا الحق ، فالورثة لا يملكون نسبة المنصف إلى أنفسهم ، وإنما يملكون فقط حماية النسبة إلى مورثهم ويقاضون من يتعرض لهذه النسبة .

(١) القرافي - الفروق ج٣ ص ٢٨٦ ، وابن الشاص في حاشيته على الفروق نفس الصفحة ، السرخسي - المبسوط ج١٣ ص ٤٣ ط دار المعرفة ، الزركشي - المنثور ج٢ ص ٥٦ ، ابن رجب - القواعد ص ٣١٦ .

أما فى القانون :

قإن التشريعات الوطنية اختلفت فيما بينها ، فى مسألة انتقال الحق الأدبي إلى الورثة، وهذا أدى إلى اختلاف وجهة نظر الشراح لهذه التشريعات ، ويرجع السبب فى هذا الاختلاف أن الحق الأدبي من الحقوق الملاصقة للشخصية، والمفترض أن هذه الحقوق تنتهى بموت الشخص، إلا أن القول بانتهاء هذه الحقوق ، يضعنا أمام صعوبة عملية ، وهى أن الحق الأدبي بعد موت المؤلف يحتاج إلى حارس له يدفع عنه كل اعتداء ، ينال من شرف المؤلف واعتباره وهذه الفكرة هى التى فتحت ثغرة للقول ببقاء الأدبي بعد وفاة المؤلف وأن الدفاع عنه ينتقل إلى الورثة لذا نجد أن الكثير من التشريعات الأجنبية (كالقانون الفرنسى) والتشريعات العربية (كالقانون المصرى ، والجزائرى ، والمغربى ، والإماراتى والأردنى) ينص صراحة على انتقال الحق الادبي إلى الورثة (١).

ولقد قيد بعض الفقهاء انتقال هذا الحق بقيدين .

الأول : أن دور الورثة يقتصر على حفظ كرامة المؤلف وسمعته ، كما ارتضاها هو لنفسه قبل موته ، وتبعاً لذلك فإنه إذا كان المصنف قد تم نشره، فإن سلطة الورثة لا تمتد إلى سحبه من التداول ، طالما أن المؤلف نفسه قد رضى بتداوله قبل موته ، لأن كل ما للورثة هو المحافظة على سمعته كما ارتضاها هو لنفسه .

(1) د/ عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٢٨٣ ، د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ٧٩، د/ ابراهيم أحمد ابراهيم - حماية حق المؤلف فى تشريعات الدول العربية ص ١٨٨ ، ذ / البدراوى - حق الملكية ص ٢٧٤ .

الثاني : مباشرة الورثة للحقوق الأدبية تكون مقيدة بما أوصى به المؤلف وفي حالة عدم وجود وصية من المؤلف فإن سلطتهم مقيدة بما يملبه عليهم المصالح العام^(١).

والحق في ذلك هو ما قرره كثير من الفقهاء : أن القول بعدم انتقال الحق الأدبي إلى الورثة لا يؤخذ على إطلاقه ، إيجاباً أو سلباً ، وإنما يجب أن نفرق في ذلك بين ما يقبل الانتقال إلى الورثة وبين ما لا يقبل الانتقال إلى الورثة . فما لا يقبل الانتقال : هي الحقوق الإيجابية^(٢) في مجملها ، لأن مرجعها إلى تعبير المؤلف وقد انتهى تعبيره بموته ، وهي أيضاً تقتضى من المؤلف القيام بعمل ما وذلك كحق المؤلف في الإبداع ، وحقه في كمال مصنفه وبقائه ، وحق النسبة ، وحقه في الامتناع عن النشر ، وحقه في نشر المصنف بإسمه الحقيقي أو تحت اسم مستعار ، وحقه في التعديل والسحب ، فكل هذه الحقوق لا تقبل في ذاتها الانتقال إلى الورثة ، لارتباطها بشخص المؤلف وبفكره وقدرته العملية ، والقول بغير ذلك يخالف طبيعة هذه الحقوق ، ويبعد بها عن الحكمة من تشريعها.

ولقد خالف التشريع المصري السابق (رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) في ذلك وأعطى للورثة الحق في إدخال ما يرونه من تعديلات على مصنف مورثهم^(٣) وهو مسلك نتقد من وجهين :

-
- (١) د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٥٦٨ .
 - (٢) د/ عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٢٢٢ و د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ٧٩ ، د/ البزراوي - حق الملكية ص ٢٧٤ .
 - (٣) ولقد نصت المادة (١٩) في فقرتها الثانية على أنه (لبؤلاء (الورثة) وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٧) والمادة (٩) ، المنصوص

الأول : أنه يعد خروجاً عن مقتضيات الحق الأدبي الذي يعتبر من الحقوق للضيقة بالشخصية.

الثاني : أنه قد يؤدي تدخل الورثة في الكثير من الأحيان إلى تشويه المصنف ، أو تحريفه أو الخروج به عن المستوى الذي ارتضاه صاحبه له ، لأنه لا يفترض في الوارث دائماً ، أن يكون على نفس الدراية والقدرة العلمية التي كان عليها المؤلف . لذا فإن بعض الفقه يذهب إلى الحد من سلطة الورثة في مجال التعديل وتضييقها قدر الإمكان بحيث تكون قاصرة على التعديلات الضرورية كما لو كان المنصف يخص مثلاً المعاهد العلمية ثم حدث تغيير في بعض المقررات واحتاج المصنف إلى التعديل أو التنقيح الذي تتطلبه هذه التغيرات . إلا أننا نرى أنه يجب منع الورثة من أي تدخل بالتعديل في المصنف ، لمساس ذلك بالحق الأدبي الذي هو قوام حق المؤلف . وأن المصنف إذا احتاج إلى تعديلات ضرورية ، تتطلبها مقتضيات التطور أو الدراسة ، فإن هذا يوكل به إلى جماعة من فقهاء هذا العلم ، الذي ينتمى إليه المصنف فينظرون فيه ، ويدخلون ما يرونه من تعديلات توافق التطور أو مقتضيات الدراسة ، مع الحفاظ على الحق المالي الكامل للورثة ، إذا كان المصنف لا يزال في مدة الحماية .

=عليهما في الفقرة الأولى من المادتين المشار إليهما في نص هذه المادة هي : حق التعديل ، وحق النسبة وحق الاحترام .

والجدير بالذكر أن حق النسبة والاحترام انتقلتهما إلى الورثة يكون من أجل الدفاع عنهما وحمايتهما ، فهو انتقال للحق الأدبي في جانبه السلبي ويبقى الحق في التعديل يمثل سلطة إيجابية للورثة أن يستعملوها بمقتضى هذا النص ، وهذا كان مثار نقد فقهاء القانون وشراحه .

وهذه الجماعة لا شك بما لها من دراية وقدرة علمية ستكون أحرص على سمعة المؤلف أكثر من الورثة الذين قد لا يعينهم إلا المال فى المقام الاول .
ونظراً لهذه الانتقادات التى وجهت إلى مسلك المشرع المصرى فى القانون السابق فقد نقادى هذه الانتقادات فى القانون الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ حيث قصر انتقال الحق فى التعديل إلى الورثة على الجانب السلبى منه فقط (مادة ١٤٣ / ثالثاً) فليس لهم إلا أن يمنعوا وقوع أى تعديل من شأنه أن يؤدى على تشويه المصنف أو تحريفه ، ولي لهم طبقاً لهذا أن يتدخلوا بإجراء أى تعديل على مصنف موزثهم .

أما ما يقبل الانتقال إلى الورثة : فهو الجانب السلبى وهو الدرع الحارس للحق الأدبى من أى اعتداء أو تشويه ، أو تشويه ، أو مساس بمضمون المصنف ، بما يسئ إلى سمعة المؤلف ، وشرفه . وهو يمثل الحق فى الاحترام ، وهذا الحق ينتقل إلى الورثة ، فإنهم أقرب الناس إلى المؤلف ، وهم الذين سيكون لهم المصلحة فى رد أى اعتداء على سمعة المؤلف بعد وفاته كما كانوا ينتصرون له فى حياته ^(١) .

ولكن قد يكون المؤلف لا وراث له ، أو يكون له وراث ولا يفقه فى العلم الذى ينتمى إليه المصنف شيئاً و كما لو كان المؤلف مثلاً عالماً فى الذرة ، أو الطب ، أو أى فرع من فروع العلوم ، التى لا تنتشر معرفتها بين الناس فإذا حدث اعتداء على الحق الأدبى ولم يكن للمؤلف وارث ، أو له وارث ، ولم يطلب رد هذا الاعتداء فهل معنى هذا أن نترك المعتدين الغاصبين ينهشون فى مصنفات للعلماء دون زاجر ؟ لا شك أننا أقتنا الحق المالى للمؤلف بحجة أن

(١) د/ نواف كنعان - حق المؤلف ص ٨٠ ، د / توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص

٥٦٨ ، د/ عبد المنعم الببراوي - حق الملكية ص ٢٧٤ .

للجماعة حق فى هذا التأليف فكما أن الجماعة شاركت المؤلف ثمرات جهده فيجب عليها الدفاع عن هذا الجهد ، لذا فإننا نرى عدم قصر حق حراسة الحق الأدبي على الورثة إنما لكل فرد رأي اعتداء على الحق الأدبي أن يرفع دعوى للتضامن لرفع هذا الاعتداء ، وعلى القاضى أن ينتدب لجنة من العلماء للاسترشاد برأيهم فى هذا المجال .

ثانياً : أنه حق مشترك :

يعتبر الحق الأدبي من الحقوق المشتركة بين الله وبين العبد إلا أن حق العبد فيه هو الغالب .

فالعبد له نصيب من الحق الادبي لاختصاصه به ، والله سبحانه وتعالى نصيب فى الحق الأدبي لحاجة الناس إلى التأليف والعلم .

فحق الله سبحانه لا يعود عليه بنفع وإنما يعود بالنفع على الجماعة ، وحق العبد فى الحق الأدبي فإنه يتمثل فى حق النسبة ، وتقرير النشر ، وحق التعديل والسحب ، وهذه حقوق المنفعة فيها قاصرة على المؤلف فهي حق خالص له .

أما حق الله تعالى فيتمثل فى النفع العام الذى يعود على الجماعة بنشر المؤلف فإن المؤلف وإن كان يملك أن يقرر الساعة التى يخرج فيها مصنفه إلى الناس إلا أنه لا يملك حجبها عن الناس وإلا تعرض للمسائلة الدينية ولقيام حق الله تعالى فى الحق الأدبي فإن المؤلف لا يملك إسقاطه .

الدليل على ثبوت حق الله تعالى في الحق الأدبي :

أولاً : في الكتاب :

في قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ وَاشْتَرَوْا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا فَبُئِسَ مَا يَشْتَرُونَ ﴾ (١) .

ووجه الدلالة :

أن الله تعالى ألزم العلماء ببيان ما علموه من كتابه وحرّم عليهم كتمانهم ولو كان الحق الأدبي خالصاً للعبد لما كان هناك وجه لهذا الإلزام ولا لهذا التحريم قال الحسن وقتاده "هي في كل من أوتي علم شئ من الكتاب وإياكم وكتمان العلم فإنه هلكه " (٢) .

في سرد الذين استحقوا الويل والهلاك ذكر الله تعالى الذين يمنعون نشر علمهم وإظهاره ، قال تعالى : ﴿ فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ * الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ * الَّذِينَ هُمْ يُرَاؤُونَ * وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ (٣) .

والماعون كما فسره كثير من أهل العلم كل ما فيه منفعة مما يكون في يد الشخص ويمنع غيره من الانتفاع به ويدخل في ذلك منع الانتفاع بالعلم (٤) .

(1) آية ١٨٧ من سورة آل عمران .

(2) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ج٤ ص ٣٠٤ ، الطبري - تفسير الطبري ج٤ ص ٢٠٣ ، ابن الجوزي - زاد المسير ج١ ص ٥٢١ . ولقد ذكر في هذه التفاسير اختلاف العلماء حول المعنيين بهذه الآية والراجح أنه عامة في كل عالم رزقه اللع علماً فغنه ملازم بنشره وتبليغه .

(3) الـيات ٤ - ٧ سورة الماعون .

(4) الطبري - تفسير الطبري ج٣ ص ٢٢٠ ، ابن كثير تفسير القرآن الكريم ج٤ ص ٥٥٦ .

ثانياً : فى السنة :

قوله من سئل عن علم فكتمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار .

وجه الدلالة:

أنه لو كان منع الانتفاع بالعلم حقاً خالصاً للعبد لما استحق هذا العقاب الأليم . فاستحقاقه للعقاب دليل على قيام حق الله تعالى فى الحق الأدبي للتأليف .

وقال السخاوى فى التعليق على هذا الحديث ويشمل الوعيد حبس الكتب عمّن يطلبها للانتفاع بها، ولا سيما عند عدم التعدد لنسخها الذي هو أعظم أسباب المنع (١).

فالحق الأدبي حق مشترك بين الله وبين العبد وحق الله تعالى يعود نفعه على العامة ولا يعود نفعه إلى الله تعالى فهو سبحانه المتفضل على خلقه المستغنى عنهم .

أما فى القانون :

فإن بعض الفقهاء يرى أن للجماعة نصيب فى الحق الأدبي وسبب ذلك ، أن المؤلف مدين للجماعة فى انتاجه الفكري ، لأنه إنما توصل إلى هذا الفكر بسبب اعتماده على الأفكار السابقة عليه فليس من العدل استبداده بهذا الحق (٢). ويترتب على هذا أن المؤلف إذا أساء استعمال حقه الأدبي فإن للجماعة أن تتدخل ممثله فى القضاء لرد هذا التعسف (٣) .

(1) الإمام السخاوي - المقاصد الحسنة ص ٤٢٥ .

(2) د/ القاضي - أصول الحق ص ٥٩ ، ٦٠ ط ١٩٦٧ .

(3) د / عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٢٣١ .

ولقد حاول بعض الفقهاء تفسير تدخل الدولة - لما لها من حق في المصنف - في الحد من تعسف المؤلف في استعمال حقه .

فقرر هذا البعض إن هذا التدخل تفسره لنا نظرية الاحتكار حيث يكون للدولة أن تغل يد المحتكر إن قصر في استغلال احتكاره أو انقضى الأجل المضروب له ^(١) ومثال ذلك ما نص عليه التشريع المصري في المادة (٢٣) من القانون السابق " من أنه إذا لم يباشر الورثة أو من يخلف المؤلف في الحقوق المنصوص عليها في المادتين ١٨ ، ١٩ ورأي وزير الثقافة أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف فله أن يطلب إلى خلف المؤلف نشره بكتاب موصى عليه ومصحوب بعلم الوصول .

فإذا انقضت ستة أشهر من تاريخ الطلب ولم يباشروا النشر ، فللوزير مباشرة الحقوق المذكورة بعد استصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ويعوض خلف المؤلف في هذه الحالة تعويضاً عادلاً .

ومن هذا النص يتبين لنا أن الدولة لا تترك ورثة المؤلف يستأثرون بممارسة وحماية الحق الأدبي للمؤلف لما لها من حق فيه فمن حق الجماعة أن يستفيدوا من هذا الفكر الجديد إذا كان مما يرجع نفعاً للجماعة (وواضح من النص أن المؤلف كان قبل موته أذن بالنشر وإلا لما جاز للورثة أن يباشروا هذا الحق لما له من صلة بشخص المؤلف وبفكره) .

فإذا كان الحال كذلك ولم ينشر الورثة المصنف رغم طلب الوزير المختص منهم ذلك ومضت المدة التي عينها القانون (وهي الستة أشهر) جاز للوزير

(1) د/ القاضي السابق نفس الموضوع .

أن ينشر المصنف رغماً عنهم. وليس في هذا مساس بحقوقهم المالية إذ أن النص أمر بتعويض الورثة تعويضاً عادلاً (١).

والغريب أن المقنن أغفل النص على هذه الحالة في القانون الحالي رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ مكتفياً بالنص على أن الوزير يمارس الحق الأدبي بعد وفاة المؤلف في حالة عدم الوارث أو الموصى به وبقي الوضع في حالة وجود وارث تعسف في استعمال الحق ومنع نشر المصنف - بلا نص وهذا أمر يثير التساؤل.

ثالثاً : أنه حق دائم :

ومعنى أنه حق دائم : أنه لا يسقط بتقادم الزمن . فالحق الأدبي باق حال حياة المؤلف . وبقى بعد موته أبد الدهر ومما يدل على عدم تقادم الحق الأدبي ما يلي :

قوله ﷺ " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له " (٢).

ووجه الدلالة من الحديث :

أن رسول الله ذكر أن العلم الذي ينتفع به من أعمال العالم التي تستمر بعد موته ، ومن لوازم هذا المعنى الوارد في الحديث الشريف ، أن يستمر حق المؤلف على مصنفه بعد موته ، ولما كان العالم لا يستطيع أن يمارس هذا الحق بنفسه بعد الوفاة ، فإن حماية هذا الحق ينتقل إلى أقرب الناس منه وهم

(١) د/ توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٥٦٩ ، د/ البدر اوي - حق الملكية ص ٢٨١ .

(٢) رواه الإمام مسلم في صحيحه ج٣ ص ١٢٥٥ ، وأبو داود في سننه ج٣ ص ١١٧ ، وابن حبان في صحيحه ج٧ ص ٢٦٦ .

الورثة . وفى عون المعبود (أو علم ينتفع به : كتعليم وتصنيف ، وقال التاج السبكي ، والتصنيف أقوى لطول بقاءه على مر الزمان) (١) .
قوله ﷺ " إذكروا محاسن موتاكم وكفوا عن مساويهم " (٢) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول الكريم أمرنا أن نذكر الأفعال الحسنة التى كان الإنسان عملها فى حياته ، ومن أفضل الأعمال وأشرفها العلم فلا بد أن يذكر له علمه بإسناده إليه وعدم الإساءة إليه بتغيير أقواله وتشويهها .
ومن هذين الحديثين يتبين لنا دوام الحق الأبدى فهو لا يسقط بعدم الاستعمال ولا حتى بالاسقاط كما سبق وأن بينا .

أما فى القانون :

فإن الحق الأدبي يعتبر حقاً دائماً فهو يبقى طول حياة المؤلف كما أنه يظل قائماً بعد مماته، فهو حق دائم غير مؤقت بمدة معينة، كما هو الحال بالنسبة للحق المالى ، الذى هو مؤقت بمدة معينة وهو طوال حياة المؤلف عدد من السنوات بعد مماته والتقادم سواء أكان مكسباً أو مسقطاً لا يزد على حق المؤلف الأدبي (٣) .

(١) أبو الطيب - عون المعبود جـ ٨ ص ٦٢ .

(٢) رواه الحاكم وقال صحيح الإسناد - المستدرک جـ ١ ص ٥٤٢ ، ورواه الترمذي فى سننه

جـ ٣ ص ٢٣٩ ، وابن حبان فى صحيحه ص ٢٩٠ .

(٣) أستاذنا الدكتور / عبد الله عبد الله النجار - نطاق الحق الأدبي للمؤلف ص ١٥٢ ، د/ نواف

كنعان - حق المؤلف ص ٧٧ .

فهما ترك المؤلف حقه الأدبي دون استعمال ، ثم عمد إلى استعماله بعد ذلك فإنه لا يمنع منه مهما طالّت المدة ، ثم إن الحق الأدبي لا يقبل الحيازة ووضع اليد حتى تقول إنه يكتسب بوضع اليد .

ولقد فرق الفقهاء بين الدوام الذي هو من أهم خصائص الملكية المادية وبين دوام الحق الأدبي على اعتبار أن الحيازة لا تسع غير الحقوق العينية أما الحقوق المعنوية فلا يمكن أن تقع تحت حيازة (١).

ولقد أكد على مبدأ دوام حق المؤلف الأدبي معظم قوانين العالم إلا ما ذكر بشأن القانون الألماني : الذي اعترف صراحة بأن الحق الأدبي حق مؤقت وأنه يسقط بمضى المدة مثله في ذلك مثل الحق المالي ، ولقد وقت المشرع الألماني مدة سبعين سنة ينتهي بعدها الحقان ، ولقد برر المشرع الألماني تأقيت الحق الأدبي للمؤلف (على خلاف ما نصت عليه معظم قوانين حق المؤلف المقارنة) من أنه حق دائم بالقول بأن (هذا القانون يلتزم بمضمون المادة السادسة من اتفاقية برن التي لم تنص صراحة على اعتبار حق المؤلف حقاً دائماً ، إنما هو حق مفيد بمدة ، حدها الأدنى ، هي المدة المحددة لانقضاء الحقوق المالية ، وأن الفقرة الثانية من المادة السادسة حددت مدة بقاء الحق الأدبي للمؤلف بالنص على أن الحقوق الأدبية ، المحفوظة للمؤلف بموجب هذه المادة تظل محفوظة بعد وفاته (وذلك على الأقل) لحين انقضاء الحقوق المالية .

غير أن اتجاه المشرع الألماني في شأن تأقيت الحق الأدبي جاء منتقداً من النواحي الآتية :

(١) أن نص المادة السادسة مكرر من اتفاقية برن لا يفيد ما انتهى إليه المشرع الألماني إلا إذا تعسفنا في تفسير النص وذلك أن عبارة (على الأقل) الواردة

(١) حكم محكمة النقض في ١٢/٥/١٩٦٦ الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٢ قضائية .

فى الماده السادسه لا تعنى تأقيت الحق الأدبى وإنما غاية ما تعنيه هو وضع حد أدنى للحمايه وليس ثمة ما يمنع أن تنص قوانين الدول على خاصيه التأييد كما فعلت معظم دول العالم .

(٢) أن نص الماده السادسه يدور على اعتبار أن صفة دوام الحق الأدبى هو الأصل ، وما عدا ذلك استثناء بدليل أنها تعطى للدول التى لا يتضمن تشريعها المعمول به عند التصديق على الاتفاقية، أو الإنضمام إليها نصوصاً تكفل الحمايه بعد وفاة المؤلف لكل الحقوق المنصوص عليها فى الفقرة السابقه (١) - أن تنص على الحقوق التى لا يحتفظ بها للمؤلف بعد وفاته . فالحق غير المحفوظ بعد الوفاة يكون إذن بنص خاص وهذا حال الاستثناء لا الأصل (٢) .

(٣) أن الحق الأدبى وإن كان يعترضه بعض الصعوبات التى تتعلق بممارسته بعد وفاة المؤلف، وتقدم عهد الورثه بفكر المؤلف وثقافته ، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يحدد القانون شخصاً ذا صفة عامه، يوكل إليه ممارسة ميزات الحق الأدبى على سبيل الاستثناء (٣) وهذا أفضل من القول بتأقيته ، إذ أن ذلك سيفتح الباب أمام الذين يحترفون سرقة الأفكار ونسبتها إلى أنفسهم ، وإلى تشويه المصنفات وتحريفها مما يسئ إلى شرف مؤلفها وهو فى قبره بعد ما عانى فى تأليفها من الجهد ما لا يخفى على أحد .

ومن ثم فإن الحق الأدبى لا يكون إلا حقاً دائماً وهذا مما اتفق عليه فى الشريعة والقانون .

-
- (١) وهى الحقوق الأدبيه المنصوص عليها فى الفقرة (أ) من نفس الماده وهما حق الأبوة والاعتراض على كل تحريف أو تشويه يسئ إلى سمعة المؤلف واعتباره ز
- (٢) أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار - نطاق الحق الأدبى ص ١٥٤ .
- (٣) أستاذنا الدكتور / عبد الله النجار - السابق نفس الموضوع .

المطلب الثالث

أساس التزام الناشر باحترام الحقوق الأدبية

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

في الفقه الإسلامي:

إن القوة الملزمة لعقد النشر تلزم الناشر باحترام كافة حقوق المؤلف الأدبية. علاوة على ما تضافر من أدلة شرعية توجب احترام حق الغير وملكه فلا يجوز لأحد أن يمس شيئاً من ذلك بغير وجه شرعي وعند التحقيق نجد أن الحقوق الأدبية ما هي إلا إحدى معطيات الحق والملك المحميان شرعاً؛ فعند النظر إلى تعريف الفقهاء لكلمتي الحق والملك نجد أن أكثر الفقهاء يطلقون المصطلحين على الاختصاص القائم بين الإنسان وبين الشيء (مادياً كان أو معنوياً) وهذا الاختصاص اختصاص نسبة يفيد أحقية الشخص بالشيء محل الحق أو الملك واختصاصه به اختصاصاً استثنائياً يخوله الانتفاع به ويدافع عنه ضد أي معتدي مع مسؤوليته الكاملة عنه قضاءً وديانةً.

ولما كان الاختصاص هو جوهر الحق الأدبي فإن ذلك يدل على أن الحق الأدبي بعناصره المختلفة يدخل في نطاق الحق والملك كما عرفهما الفقهاء. وبالتالي يلتزم الناشر بغيره باحترام حق المؤلف وملكه وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: الحق الأدبي أحد معطيات الحق الشرعي^(١):

تطلق كلمة حق في اصطلاح الفقهاء على عدة إطلاقات منها:

(١) إطلاقه على كل ما يشمل الحقوق المالية وغير المالية كحق البائع في تأجيل قبض ثمن المبيع إلى أجل معلوم، وحق الزوجة في القسم بينها وبين ضررتها. فإن محل الحق الأول مالي ومحل الحق الثاني غير مالي بل هو حق شخصي مجرد والمناطق في هذا الإطلاق هو الاختصاص، والاستثناء.

(٢) الالتزامات التي تترتب على العقد وتتصل بتنفيذ أحكامه. كحق المشتري في قبض البيع وحق المستأجر في التمكين من العين المؤجرة^(٢).

(٣) الشيء الموجود الثابت الذي لا ريب في وجوده ومنه قول الرسول ﷺ "العين حق"^(٣) وفي هذا يقول الإمام البيهقي: "الحق ما لا يمكن جحوده"^(٤). ويقول ابن نجيم^(٥) "الحق هذا الشيء الموجود من كل وجه والذي لا ريب في وجوده".

(٤) مرافق العقار مثل حق المرور وحق السير وحق الشرب^(٦).

(٥) الحقوق المجردة حق التملك وحق الخيار للبائع والمشتري وحق الانتفاع وحق الشفعة وحق الولاية والحضانة^(٧).

(١) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار: نطاق الحق الأدبي للمؤلف السابق ص ١٥٦ (مجلة كلية الشريعة والقانون) العدد الثامن عشر.

(٢) الموسوعة الفقهية ج ١٨ ص ١٠.

(٣) رواه مسلم - صحيح مسلم ج ٤ ص ١٧١٩.

(٤) البيهقي - حاشية البيهقي ج ٤ ص ٣٥٨ ج ١ دار الفكر.

(٥) ابن نجيم - البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٨.

(٦) الموسوعة الفقهية ج ١٨ ص ١٠ د/عبدالله النجار - السابق ص ١٥٦.

(٧) المرجعان السابقان.

ومن هذه الإطلاقات يتضح لنا أن الإطلاق الأول هو إطلاق عام وشامل فهو يشمل الحقوق المالية، وغير المالية. بكافة أنواعها. وإن الإطلاقات الأخرى إطلاقات خاصة.

ثانيًا: يتضح من كل هذه الإطلاقات أن الحق يقوم على عناصر معينة وهي الثبوت والاختصاص والاستثثار والحماية^(١).

ثالثًا: بناء على هذه الإطلاقات السابقة والتي تحتري على عناصر الحق اجتهد الباحثون في الفقه الإسلامي في وضع تعريف للحق أسفرت اجتهاداتهم عن التعريفات الآتية:

(١) عرف الحق بأنه "اختصاص يقرر به المشرع سلطة أو تكليفًا"^(٢).

(٢) كما عرف بأنه مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص يقررها المشرع الحكيم^(٣).

(٣) كما عرف بأنه ما ثبت لمعين بمقتضى الشرع^(٤).

وهذه التعاريف في مجملها تنطبق على الحق الأدبي فهو اختصاص ثابت للمؤلف على ما صنفه فكل التعاريف تبرز هذا الاختصاص كمظهر من مظاهر حقوق المؤلف على المصنف الذي جاء ثمره لتفكيره وأثرًا لجهده ومن ثم فإن قيام حقوقه عليه تعتبر بمنزلة ثبوت الحق على عمل من إنتاج الإنسان وتأليفه^(٥). وقيام هذا الحق لا يماري فيه أحد وخاصة أن هذا التأليف جاء وليد

(١) عيسوي أحمد عيسوي - الفقه الإسلامي ص ٢٣٣.

(٢) مصطفى الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام ص ١٤.

(٣) عيسوي أحمد عيسوي - السابق نفس الموضع.

(٤) الأتاسي - الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلفين ص ٣٥.

(٥) أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار - نطاق حماية الحق الأدبي ص ١٥٧.

معاناة ومكابدة من المؤلف وانقطاع لمدارسة العلم، وهضم الأفكار والنظريات المتعلقة بالتخصص الذي يعمل فيه^(١) فسلب المؤلف حقه الأدبي فيما توصل إليه يكون بمثابة الجناية عليه التي تستحق العقوبة شرعاً فلا يتأتى بعد ذلك أن نقول بعدم أحقية المؤلف بما اختص به.

ثانياً : الحق الأدبي أحد معطيات الملك :

يستند الحق الأدبي في ثبوته ونقده على قيام مفهوم الملك فيه فإن الفقهاء عندما تعرضوا لتعريف الملك عرفوه بما يسع كافة الحقوق الاختصاصية أموالاً كانت أم منافع، ورتبوا على ثبوت الملك: اختصاص المالك به مع ثبوت قدرته على الاستثناء به، والقدرة على التصرف فيه، بكافة وجوه التصرف التي اعترف بها الشارع الحكيم ووجوب احترام الغير لهذا الملك. ولبيان هذا فإننا سنعرض لجانب من تعاريف الفقهاء للملك ثم نوضح مدى انطباق هذا المفهوم على الحق الأدبي للمؤلف وذلك فيما يلي:

تعريف الفقهاء للملك :

(١) عرفه الإمام ابن عابدين بأنه "ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص"^(٢). كما عرف بأنه "الاختصاص بالمحل في حق التصرف أو شرع للتمكن من التصرف في المحل"^(٣).

(٢) كما عرف بأنه "حكم شرعي مقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك أو العوض عنه من حيث هو كذلك"^(١).

(١) محمد الشحات الجندي - حق المؤلف من منظور إسلامي ص ٢٩٥ (ندوة مركز صالح كامل).

(٢) ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٢.

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع ج ٩ ص ٤٣٦٨ مطبعة الإمام.

(٣) الملك هو استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز شرعاً فعلاً أو حكماً لا نيابة^(٢).

(٤) حكم يحصل به تصرف مخصص^(٣).

(٥) القدرة الشرعية على التصرف^(٤).

وبتحليل هذه التعاريف نجد أن التعريف الأول والثاني أبرزاً جانب الاختصاص الذي يقوم الملك على أساسه وهي القدرة الشرعية على التصرف كما عبر الإمام القرافي، وهو نفس تعبير ابن السبكي والسيوطي في التعريف الثالث. والإمام ابن تيمية في التعريف الأخير. فإذا توافرت للمالك هذه القدرة استحق أن يتصرف في العين بكل أمر حائز شرعاً كما قال ابن عرفة في التعريف الرابع.

مدى انطباق مفهوم الملك على الحق الأدبي:

من خلال النظر إلى التعاريف السابقة للملك نجد أنها تنطبق على الحق الأدبي من عدة نواح:

أولاً: قيام علاقة الاختصاص بين الإنسان والأفكار التي توصل إليه عن طريق إعمال ملكته الذهنية في المسألة محل البحث والاختصاص هو أقوى عناصر الملك كما ذكرنا.

(١) القرافي - الفروق جـ ٢ ص ٢٠٨ طبعة دار إحياء الكتب العربية سنة ١٣٤٦، السيوطي -

الأشباه والنظائر ص ٣١٦.

(٢) ابن عرفة - الحدود ص ٤٦٦.

(٣) ابن قدامة - المغني جـ ٥ ص ٢٥٦.

(٤) فتاوى ابن تيمية جـ ٤ ص ١٠٦.

ثانياً: أن محل الحق الأدبي هو المنفعة التي تعود على الأمة بأثرها، والملك لا يختص بالأعيان بل يختص بالأعيان ومنافعها بل إن الأعيان إنما تراد لمنفعتها فالحق الأدبي مملوك لصاحبه لأن محله منفعة بل أجل المنافع وأشرفها وهو العلم النافع، وهذا هو العنصر الثاني من عناصر الملك وهو المحل المشروع المنتفع به.

ثالثاً: ثبوت أحقية المؤلف في التصرف في محل الحق الأدبي الذي هو منفعة حيث صارت هذه المنفعة متمولة عرفاً كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء قديماً وحديثاً. فثبت بذلك عنصر التصرف الذي هو العنصر الأخير من عناصر الملك.

وبالتالي عناصر الملك وهي الاختصاص، المحل، التصرف. كلها متوافرة في الحق الأدبي وبالتالي تثبت ملكية المؤلف لعمله بعنصرية الأدبي والمالي. فإذا ثبت هذا ثبت وجوب احترام هذا الملك بمقتضى الأدلة المتواترة التي توجب احترام ملك الغير، وسائر حقوقه.

وفي القانون :

فإن التشريعات التي تناولت عقد النشر في العالم تحرص على النص على وجوب احترام الناشر للحق الأدبي للمؤلف، أما التشريعات التي أغفلت تنظيم هذا العقد كالتشريع المصري، فإن احترام الحقوق الأدبية يجد أساسه في النصوص القانونية التي كفلت حماية هذا الحق وأكدت عليه. ولقد حرص المشرع المصري في المادة (١٨١) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على معاقبة مرتكب جريمة التقليد، وذكرت المادة المذكورة الأفعال التي تتكون منها هذه الجريمة، وقد جاء الاعتداء على الحق الأدبي من بينها. هذا بالإضافة إلى الحماية المدنية التي كفها المشرع المصري للحق الأدبي عند

تعرضه للاعتداء. الأمر الذي يمكن القول معه بأن الالتزام باحترام الحقوق الأدبية من الناشر أو غيره لم تكن محل جدال في القانون المصري.

المبحث الثاني

عناصر الحق الأدبي

ومدى احترام الناشر لها

في الفقه الإسلامي وكذلك في القانون المدني يكاد يجمع الفقهاء على أن الحق الأدبي يتكون من أربعة عناصر. وهي:

أولاً: الحق في تقرير النشر.

ثانياً: الحق في النسبة.

ثالثاً: حق التعديل والسحب.

رابعاً: حق الاحترام.

ولقد سبق أن تكلمنا عن حق التعديل والسحب أثناء كلامنا عن التزام المؤلف بعدم التعرض فنكتفي هنا بالكلام عن بقية العناصر في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

حق تقرير النشر

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يعتبر حق المؤلف في تقرير نشر مؤلفه من الحقوق الأدبية الملاصقة لشخصية المؤلف، والتي لا يستطيع أحد أن ينزعها منه جبراً عنه. وحق تقرير النشر يمثل إعلان المؤلف عن ميلاد مصنفه، وصلاحيته لانتفاع الناس به وهو لذلك يستعمل حقه في التعبير عن رأيه الذي هو من أهم الحقوق وأخطرها في الشريعة الإسلامية فهو "يعد مكوناً من مكونات شخصية الإنسان ودعامة قوية في بناء كيانه الأدبي؛ إذ بدون هذا الحق يكون الإنسان كمّاً مهملًا لا يسمع عنه أحد ولا يشعر به إنسان"^(١).

إلا أن هذا الحق في الفقه الإسلامي ليس حقاً مطلقاً؛ فقد يمثل التمسك بهذا الحق نوعاً من كتمان العلم المحرم شرعاً، أو سكوتاً عن منكر أو واجب الشارع النهي عنه، أو مساس بحق الغير الذي تربطه بالمؤلف علاقة تعاقدية معينة.

وفي مجال القانون :

فإن المقتن المصري نص صراحة على هذا الحق في المادة (١٤٣) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ حيث نصت هذه المادة صراحة على

(١) أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار - التعسف في استعمال حق النشر ص ٤٥، د/ بكر أبو زيد - فقه النوازل ص ١٢٧، الأتاسي - الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلفين ص ١٢٠.

أنه: (يتمتع المؤلف وخلفه العام - على المصنف - بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو التنازل عنها وتشمل هذه الحقوق ما يلي:
أولاً: الحق في إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة ...)

فقد قدر المشرع في هذا النص إن المصنف باعتباره مظهرًا من مظاهر شخصية المؤلف فإن المؤلف هو الذي يستطيع أن يقدر ما إذا كان المصنف بصورته الحالية أهلاً لحمل اسمه والتعبير عن أفكاره وآرائه أم لا^(١)؟

(١) ولقد كان المشرع في القانون السابق نص على حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه في المادة الخامسة والتي كانت تنص على أنه: "المؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر، وله وحده الحق في استغلال مصنفه ماليًا بأية طريقة من طرق الاستغلال...".

وواضح من المقارنة بين نص ١٤٣ من القانون الحالي ونص المادة الخامسة من القانون السابق أن المشرع نص صراحة في القانون الحالي على أن الخلف العام يملك تقرير نشر المصنف في حين أنه في القانون السابق كان الخلف العام لا يملك ذلك وهو ما تفيد به عبارة (وحده) الواردة في صدر المادة الخامسة من القانون السابق. ففي ظل القانون السابق كان الحق في تقرير النشر لا ينقل إلى الخلف العام بعد وفاة المؤلف وإنما الذي ينتقل إليهم هو حق النشر بمفهومه المالي المعروف وهذا ما أفادته المادة (١٨ و ١٩) من القانون السابق حيث كانت المادة (١٨) تقرر أنه "بعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالي المنصوص عليها في المواد ٥، ٦، ٧...". علماً بأن حقوق الاستغلال المالي المنصوص عليها في المادة الخامسة هي المعنية بقول المقتن في الفقرة الثانية، (وله وحده الحق في استغلال مصنفه ماليًا ...) وعندما نصت المادة (١٩) على انتقال الحق في تقرير النشر إلى الورثة قيدت هذا الانتقال بأنه في حدود المادة السابقة (١٨) أي في الجانب المالي منه فقد والمراد به حق الاستغلال المالي وهذا الحق يأتي في مرحلة تالية للحق في تقرير النشر الأول الذي هو من صميم الحقوق الأدبية الأبدية.

ولقد كان مسلك المشرع في القانون السابق أنق؛ إذ كان يتوافق مع خصائص الحق الأدبي والتي من أهمها أنه حق شخصي لا ينتقل بالميراث... فضلاً عن أن تحويل الورثة الحق في تقرير النشر الأول قد يسيء إلى المؤلف من الناحية العلمية فقد يستعجل الورثة نشر مصنف في حين المؤلف ما كان ليرتضي نشره على هذه الصورة فتقرير النشر الأول وعدم تقريره يرجع لاعتبارات نفسية للمؤلف لا يستطيع غيره الإفصاح عنها.

ويتضمن الحق في تقرير النشر ما يلي:

أولاً: حق المؤلف وحده دون غيره في تحديد ما إذا كان مصنفه قد اكتمل وأصبح قابلاً للنشر، وذلك أن معظم القوانين التي اعترفت بهذا الحق للمؤلف ذكرت أنه للمؤلف وحده ومعنى هذا أن هذا الحق يقدره المؤلف دون سواء إذ ليس لأحد غيره سواء أكان متعاقداً أو غيره أن يلزمه بما يخالف تقديره الشخصي^(١).

ثانياً: حق المؤلف وحده في تحديد شكل وطريقة نشر مصنفه أو الإعلان عنه فقد يرغب المؤلف في نشر مصنفه شفاهة عن طريق الأداء العلني وقد ينشر في كتاب أو على هيئة قصة أو غير ذلك من وسائل النشر المعروفة. ويترتب على ذلك أن المصنف لا يكون منشوراً إلا بالنسبة للشكل أو الطريقة التي وافق عليها المؤلف أما خارج هذا النطاق فإن المصنف يعتبر كأن لم ينشر.

ثالثاً: حق المؤلف وحده في تحديد وقت معين لنشر مصنفه فالمؤلف هو وحده الذي يقرر الوقت المناسب للنشر كأن يختار وقت افتتاح معرض أو بداية عام دراسي وغير ذلك^(٢).

ونتناول هذا الحق من حيث الأساس الفقهي والقانوني لهذا الحق ومن حيث سلطة المؤلف في التمسك به في مواجهة الناشر وذلك على فرعين .

= (د/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٣١٦، د/البراوي - حق الملكية ص ٢٧٢، د/توفيق

حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٥٥٨، د/كنعان - حق المؤلف ص ٨٢.

(١) د/البراوي - حق الملكية ص ٢٧٢، د/توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ١٠١،

د/حسن كيره - المدخل إلى القانون ص ٤٩٠.

(٢) المراجع السابقة.

الفرع الأول

أساس حق تقرير النشر

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

في الفقه الإسلامي:

يقوم حق تقرير النشر على اعتبارين:

الأول: اعتبار خاص:

ويتمثل هذا الاعتبار في احترام ملكية المؤلف الخاصة والمحمية شرعاً بمقتضى الأدلة الشرعية. فبمقتضى هذه الملكية أنه يستأثر بها ويملك بذلها ومنعها دون تعقيب عليه من أحد فلو أغفل المؤلف نشر مصنفه طوال حياته لا يستطيع أحد أن ينشره رغماً عنه أو دون إذن منه وإلا عد غاصباً تطبق عليه أحكام الغاصبين جنائياً ومدنياً ويدل على عدم جواز إرغام المؤلف على نشر مصنفه: الكتاب. والسنة والإجماع والأثر.

أولاً: الدليل من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ بَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝﴾^(١).

(١) سورة النساء آية ٢٩.

ووجه الدلالة من الآية المباركة:

أن لفظ مال في اصطلاح جمهور الفقهاء^(١) غير الحنفية بل والمتأخرين منهم يطلق على كل متمول مادي أو معنوي، فيشمل بذلك المنافع، ولما كانت الأفكار أصبحت من المتمولات عرفاً فيكون النهي الوارد في الآية المباركة شاملاً لها فيبدل ذلك على حرمة إرغام المؤلف على بذل ملكه بدون رضا منه حيث لا يوجد مسوغ شرعي لهذا الإرغام من وجوب نشر علم متعين عليه، أو نهى عن منكر تعين عليه النهي عنه، أو أمر بمعروف تعين عليه الأمر به، عند ذلك فقط يجوز إجبار المؤلف على نشر مصنفه؛ للقيام بحق الله المفروض عليه وإلا عد كاتماً لعلمه، مستحقاً للعقاب الأخروي أما في غير هذه الحالات فلا يجوز إجباره وإلا كان أكلاً لماله بالباطل وهو منهي عنه بصريح الآية.

ثانياً: الدليل من السنة:

قوله ﷺ "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا".

(١) حيث ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة والمتأخرون من الحنفية إلى أن لفظ المال يشمل الأعيان التي يمكن حيازتها، والمنافع التي تحاز بحيازة أصلها فعنصر المالية عندهم يتمثل في القيمة والعرف أما جمهور المتقدمين من الحنفية يذهبون إلى أن عناصر المالية تتمثل في العينية، والقيمة؛ فالعينية: تعني أن يكون المال شيئاً مادياً يمكن حيازته وادخاره فهم لا يعتبرون المنفعة مالاً، أما القيمة فتعني أن الشيء المادي الذي يمكن حيازته لابد وأن تكون له قيمة ينتفع بها وقت الاختيار انظر في تعريف المال: الموافقات - الشاطبي ج ٢ ص ١٠ أولاد صبيح، البهوتي - منتهى الإرادات ج ٢ ص ٤، الزركشي - المنثور ج ٣ ص ٢٢٢، التفتازاني - التلويح على التوضيح ج ١ ص ١٦٨، السرخسي - المبسوط ج ١١ ص ٧٩.

قوله ﷺ "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه" (١).

وجه الدلالة من الحديثين :

أن الرسول الكريم ﷺ قد أكد على حرمة مال المسلم وأنه لا يجوز لأحد أن يجبره على بذل ماله إلا إذا طابت به نفسه، ولفظ مال كما سبق وإن ذكرنا يشمل العمل التأليفي؛ إذ هو منفعة متمولة بل هو من أجل المنافع وأشرفها على الإطلاق. فالحديث الأول دل منطوقه على حرمة مال المسلم مطلقاً أما الحديث التالي فقد خص هذه الحرمة بحالة عدم الرضا.

ثالثاً: تطبيق القضاء :

ويدل أيضاً على عدم جواز إرغام المؤلف على نشر مصنفه أن الإمام سحنون رحمه الله لما وفد إلى مصر، وقرأ الأسدية (٢) على ابن القاسم، فعدل فيها، وأجاب عن أشياء كان قد شك فيها، فلم يجب عنها، ثم سأله سحنون أسئلة جديدة، حتى تم له الإجابة على جل فروع المذهب المالكي، وسماها سحنون بالمدونة، وبعد أن

(١) رواه الدارقطني في سننه جـ ٣ ص ٢٦، والبيهقي في السنن الكبرى جـ ٩ ص ٢٠٥، وفي سننه ضعف بهذا اللفظ فرواية الدارقطني في سننها داود بن الزريقاني وهو متروك، وفي رواية البيهقي الحارث بن محمد النهري وهو مجهول كما رواه أحمد بسند فيه ضعف حيث ذكر في السند على بن زيد بن جدعان وهو ضعيف والحديث من المتواتر المعنوي الذي اتفق أهل العلم على معناه حيث شهدت له الآيات والأحاديث الصحيحة، كما رواه ابن حبان والحاكم بلفظ لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس (المستدرک جـ ١ ص ١٧١ ط دار الكتب العلمية) وفي تخريج الحديث الشوكاني - نيل الأوطار جـ ٦ ص ٦٣ ط دار الجبل.

(٢) نسبة إلى أسد بن الفرات - كان قد أخذها عن ابن القاسم عن طريق أسئلة سألها له في فروع المذهب الحنفي على أن يجيبه عليها وفق المذهب المالكي وكان أسد قد عرض ذلك على ابن وهب فأبى عليه وتورع (سير أعلام النبلاء جـ ٢ ص ٢٢٦، وفيات الأعيان جـ ٣ ص ١٨١، مقدمة ابن خلدون جـ ١ ص ٤٥٠).

غير ابن القاسم ما في الأسدية من زيادات كان زادها أسد بن الفرات على إجابات ابن القاسم بعد رجوعه إلى المغرب، أرسل إلى أسد يأمره بتغيير ما جاء في الأسدية (وقد كان أسد بن الفرات قد أخذ الأسدية من إجابات ابن القاسم) فكتب ابن القاسم كتابًا إلى أسد يأمره بأن يعرض كتابه على كتاب سحنون فإن اختلفا فالمعتمد ما في كتاب سحنون. وأخذ سحنون كتاب ابن القاسم وعزم السفر إلى المغرب فقام إليه طلبة العلم وأرادوا أن ينسخوا المدونة فأبى فقاضوه عند القاضي عمرو بن مسروق (قاضي مصر) فرفض دعواهم. وذكر القاضي في تسبيب هذا الحكم قوله "وأي سبيل لكم عليه رجل سأل رجلاً فأجابه وما هو بين أظهركم فسألوه".

ثم توجه عمرو بن مسروق إلى سحنون راجيًا منه بغير لغة القضاء أن يمكن طلبة العلم من المدونة فوافق^(١).

وجه الاستدلال بهذا الأثر :

ويفهم من هذا القضاء أنه لو كان يجوز إجبار المؤلف على بذل مصنفه لأجبر القاضي عمرو بن مسروق الإمام سحنون على بذل المدونة ولكنه لم يفعل لعلمه الكامل بالملكية الخالصة للمؤلف على مصنفه^(٢).

(١) في شرح هذا القضاء: المستشار عبد الحليم الجندي والشيخ عبد العزيز عيسى في بحثهما "حقوق المؤلفين" (ندوة صالح كامل) ج ١ ص ١٤٣، د/محمد الشحات الجندي - حق المؤلف من منظور إسلامي.

(٢) في واقعة المدونة وما دار بشأنها ينظر باستفاضة - سير أعلام النبلاء: محمد بن أحمد بن عثمان قايماز الذهبي ج ١٠ ص ٢٢٦، مقدمة بن خلدون ج ١ ص ٤٥٠ ط دار القلم، وفيات الأعيان - لابن الجوزي ج ٣ ص ١٨١ ط دار الثقافة - بيروت سنة ١٩٦٨.

ولا يفهم أن الإمام سحنون كان متعسفًا في استعمال حقه في التأليف لكون الإمام ابن القاسم الذي هو أصل الأسدية والمدونة لا يزال حيًا فليس في هذا كتمان للعلم ثم إن الأسدية لم تكن مرتبة وقام سحنون بترتيبها الذي نراها عليه اليوم على وفق ترتيب المذهب المالكي حيث كان أسد رتبها على وفق ترتيب المذهب الحنفي^(١).

فقد يكون سحنون رحمه الله لم يرتض نشر المدونة بين طلبة العلم على النحو التي كانت عليه وهذا حق شخصي لا يستطيع أحد أن يقدره غيره فلا يجبر عليه قضاء.

ومن كل هذه الأدلة يتبين لنا اعتراف الشريعة الإسلامية بكل أدلتها باختصاص المؤلف بما ألفه اختصاصًا كاملاً يخوله بذله أو منعه كما يريد.

الاعتبار الثاني : اعتبار عام هو مراعاة حق الله :

ويتمثل حق الله هنا في النفع العام الذي يعود على الجماعة بسبب نشر العلم، فإن تقرير نشر المصنف رغم أنه حق للمؤلف لما ينطوي عليه من الاختصاص فإنه في نفس الوقت ينطوي على حق الله تعالى ويترتب على هذا الاعتبار أمران:

الأول: لا يجوز لصاحب الفكرة أن يمنع غيره من الانتفاع بها أو الاقتباس منها وذلك تعميمًا للنفع العام ورعاية لحقوق الجماعة على أفكار أفرادها فإن تلك الأفكار مدينة في توهجها لما تواتر إليها من أفكار السابقين وعلومهم ولولا

(١) المراجع السابقة نفس الموضع.

أن صاحب الفكرة قد وجد في الساحة العلمية والفكرية ما يجعل أفكاره تنمو وعلومه تكبر ما استطاع أن يصل إلى ما وصل إليه^(١).

فعمله وإن كان يتسم بالابتكار إلا أنه ابتكار نسبي للجماعة فيه حق قائم فلا بد من الاعتراف به وأدائه إلى مستحقه ولا يكون هذا الأداء إلا بالسماح بالإفادة من المصنف ما دامت هذه الإفادة في الحدود المسموح بها شرعاً.

الثاني: لا يجوز لصاحب العلم أن يكتُم علمه بحجبه عن الناس وإلا كان مقصرًا في أداء حق الله سبحانه وتعالى ويدل على وجوب نشر العلم وحرمة كتمانها أدلة صريحة من الكتاب والسنة وبيانها فيما يلي:

(١) من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ﴾^(٢).

ووجه الدلالة من الآية:

الآية دلت على وجوب بيان العلم وحرمة كتمانها وهي وإن نزلت في أجبار اليهود إلا أن العبرة بعموم اللفظ وليست بخصوص السبب لذا نقل القرطبي، والطبري عن الحسن وقتاده قولهم "هي في كل من أوتي علم شيء من الكتاب فمن علم شيئاً فليعلمه وإياكم وكتمان العلم فإنه هلكة" وقال محمد بن كعب لا يحل لعالم أن يسكت على علمه ولا لجاهل أن يسكت على جهله^(٣).

(١) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - التعسف في استعمال حق النشر ص ٤٨، ٤٩.

(٢) آل عمران آية ١٨٧.

(٣) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن ج٤ ص ٣٠٥ ط دار الفكر، الطبري - تفسير الطبري ج١ ص ١٨٨ ط دار الفكر، الجصاص - أحكام القرآن ج١ ص ١٢٤، ١٢٣ ط دار إحياء التراث العربي وفي ذكر الآية والاستدلال بها ينظر أد/عبد الله النجار - التعسف في استعمال حق النشر ص ٥١.

ثانيًا : من السنة :

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال "من سأل عن علم فكتمه ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار" ^(١).

وجه الاستدلال بالحديث :

قال الإمام بن حزم في سياق ذكر الحديث "لقد افترض الله تعالى التبليغ على كل عالم وساق الحديث" ^(٢) وقال الإمام أبو الطيب صائب عون المعبود في شرح سنن أبي داود "من سئل عن علم وهو علم يحتاج إليه السائل في أمور دينه فكتمه بعدم الجواب أو بمنع الكتاب ألجمه الله بلجام من نار مكافأة له على فعله" ^(٣).

فالحديث صريح في تحريم كتمان العلم ومحل هذا التحريم حيث تعين على العالم إظهار العلم بأن كان لا يوجد غيره، أما حيث وجد غيره فإنه لا يأثم بمنع العلم حيث أن إظهار العلم من باب فروض الكفاية ومعلوم أن فرض الكفاية إذا

(١) رواية أبي هريرة ذكرها الترمذي جـ ٥ ص ٢٩ ولقد حسن الترمذي هذه الرواية وروى عن أنس بن مالك بروايات متعددة فرواه أبو يعلى والطبراني في الكبير == رجاله == رجال الصحيح، ورواه الحاكم عن أنس بسند فيه ضعف والحديث يصل إلى درجة الحديث الصحيح" في تخريج الحديث ينظر: (الكناني - مصباح الزجاجة جـ ١ ص ٣٩ ط دار العربية بيروت. الهيثمي مجمع الزوائد جـ ١ ص ١٦٣).

(٢) ابن حزم الأندلسي - الأحكام جـ ٢ ص ٤٣ ط دار الحديث القاهرة سنة ١٤٠٤.

(٣) محمد شمس الحق أبو الطيب - عون المعبود في شرح سنن أبي داود جـ ١٠ ص ٦٦ ط دار الكتب العلمية.

قام به البعض سقط عن الباقيين لذا نجد الكثير من السلف كانوا يمتنعون عن التصدي المفتوي إذا وجد أكثر من عالم^(١).

عن عبد الله بن عمرو أنه ﷺ قال "بلغوا عني ولو آية وحدثوا عن بني إسرائيل فلا حرج، ومن كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار"^(٢).

ووجه الدلالة من الحديث :

يدل الحديث بمنطوقه على وجوب تبليغ العلم ونشره، وبمفهومه على حرمة كتمانها ومنعه فقد قال ﷺ ولو آية "ليسارع كل سامع إلى تبليغ ما وقع له من الآي ولو قل ليحصل بذلك نقل جميع ما جاء به ﷺ"^(٣) والحديث وإن كان وارداً في وجوب تبليغ الكتاب والسنة إلا أنه يشمل على علم نافع في أمر الدين والدنيا وله علاقة بهذين المصدرين الشريفين^(٤).

التوفيق بين الاعتبارين السابقين :

بالنظر إلى الاعتبار الأول فإن تقرير النشر يعتبر حقاً شخصياً للمؤلف لا يجبر عليه تحت أي ظرف من الظروف وبالنظر إلى الاعتبار الثاني وهو تعلق حق الله تعالى المتمثل في حق الجماعة فإن المؤلف لا يجوز له أن يمتنع عن تقرير نشر فكرته مراعاة لهذا الحق؛ فتوجد معارضة ظاهرية بين الحقيين، ولكن إذا

(١) السرخسي - المبسوط جـ ٣٠ ص ٢٦٣، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين جـ ١ ص ٣٩، الإمام

الشافعي - الأم جـ ٨ ص ٣٧٧، النووي - المجموع جـ ١ ص ٤٠.

(٢) صحيح البخاري جـ ٣ ص ١٢٧٥ دار ابن كثير.

(٣) نقل هذه العبارة عن النهرواني الإمام بن حجر العسقلاني - انظر فتح الباري جـ ٦ ص ٤٩٨.

(٤) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - التعسف في استعمال حق النشر ص ٥٣.

قلنا إن نشر العلم من باب الواجب الكفائي^(١) فإن هذا التعارض يزول. فمعلوم أن الواجب الكفائي يجب على مجموع الأفراد وليس على جميعهم فكل واحد من أفراد الأمة لا يلزم به على سبيل التعيين. فإذا قام به البعض سقط عن الباقيين^(٢)، وحيث سقط الإثم عن باقي أفراد الأمة لقيام واحد به فإن بقية الأمة يجوز لها فعل الواجب وعدم فعله فيصير الواجب في حقها إلى مندوب يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه. وفي حالتئذ فإن المؤلف لا يجبر على تقرير نشر مصنفه للمساس بحقه الشخصي.

أما إذا تعين نشر العلم على المؤلف بأن كان لا يوجد غيره وكان نشر الرأي فيه أمر بمعروف، أو نهي عن منكر ففي هذه الحالة ترجح حق الله تعالى ويلزم المؤلف شرعاً بنشر علمه لينفع الناس فحق تقري النشر في الشريعة الإسلامية يعتبر حقاً مشتركاً بين الله وبين العبد وفق الاعتبارين السابقين.

أما في القانون :

ففي معظم قوانين حق المؤلف يقوم حق تقرير النشر على أساس أن المؤلف هو القاضي الوحيد الذي يقرر مدى صلاحية المصنف للنشر ولا يستطيع أحد أن يجبره على نشر المصنف في وقت لا يراه منه صالحاً لذلك^(٣).

(١) السرخسي - المبسوط ج ٣ ص ٢٦٣، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ج ١ ص ٣٩، الإمام الشافعي - الأم ج ٨ ص ٣٧٧، النووي - المجموع ج ١ ص ٤٠، الزركشي - البحر المحيط ج ٨ ص ٣٣٠.

(٢) الإمام الغزالي - المستصفى ص ٢١٧، الزركشي - المنثور في القواعد ج ٣ ص ٣٣، ابن أمير الحاج - التقرير والتحبير ج ٢ ص ١٣٥.

(٣) أد/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي للمؤلف ص ٣١٦، د/البدراوي - حق الملكية ص ٢٧٢، د/توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٥٥٨، د/كنعان - حق المؤلف ص ٨٢.

ويعمل لعدم جواز جبر المؤلف على نشر مصنفه بأن المصنف قبل عملية النشر والإذاعة يكون في طور التكوين والإنشاد وهو في هذه الحالة يمتزج امتزاجاً كاملاً مع شخصية المؤلف فليس من الممكن أن يفصل المصنف عن شخصية المؤلف إلا إذا قدر هو نشره فبعد النشر يظهر المصنف إلى العالم الخارجي حاملاً اسم المؤلف وسمعته وأفكاره^(١).

ويفرق الفقه بين حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه والذي يمثل شهادة ميلاد للمصنف، وبين حق المؤلف في نشر مصنفه فالحق الأول يعتبر من الحقوق الأدبية للمؤلف، والتي يتمتع بها المؤلف وحده دون غيره، في حين أن الحق الثاني من الحقوق المالية التي يمكن للغير بعد موافقة المؤلف أن يقوم بها عن طريق إنشاء عقد نشر مع المؤلف أو عن طريق الأداء العلني وغير ذلك من طرق الاستغلال المالي^(٢).

ويترتب على هذه التفرقة أن الحق الأدبي يمر بمراحل التكوين والإنشاء أما الحق الثاني فإنه يكون بعد مرحلة الظهور إلى العالم الخارجي في شكل مادي محسوس يكون قابلاً للاستغلال الاقتصادي وهذا هو الأثر المالي لحق تقرير النشر فحق النشر ما هو إلا أثر مباشر لممارسة حق تقرير النشر.

(١) د/عبد الرشيد مأمون - السابق نفس الموضوع.

(٢) د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ٨٢ وفي حكم لمحكمة النقض.

الفرع الثاني

مدى تمسك المؤلف بحق تقرير النشر

مواجهة الناشر

في الفقه الإسلامي:

قد يؤدي التمسك بحق تقرير النشر إلى الإضرار بمصلحة الناشر؛ إذ المؤلف ملزم بتسليم المصنف في الموعد المتفق عليه فتأخيرته خرق للقوة الملزمة لعقد النشر وفي هذا إضرار بمصلحة الناشر، إلا أننا إذا أرغمناه على تسليم مصنفه في الموعد المحدد، ربما كان في هذا ضرر فقد يكون المصنف يحتاج إلى تحقيق لبعض مسائل أو كانت نفسه غير مطمئنة لما توصل إليه من نتائج، فنكون بين مصلحتين متعارضتين مصلحة المؤلف في احترام حقه في تقرير نشر مصنفه، وهو حق أدبي محض، ومصلحة الناشر في الوفاء له بعقده، فيجب التوفيق بين هاتين المصلحتين، وللتوفيق بينهما لا بد أن نفرق بين حالتين:

الأولى: حالة إتمام المصنف وقت التعاقد.

والثانية: حالة عدم إتمامه.

ففي حالة الانتهاء من المصنف والامتناع الإرادي عن التسليم تعسفا من المؤلف فإننا نستطيع في هذه الحالة أن نجبره على التسليم في قول بعض الفقهاء وإن كان هذا صعب التحقيق من الناحية العملية وخاصة في المصنفات الأدبية؛ إذ قد يتنزع المؤلف بعدم رضائه عما في المصنف، وهي مسألة لا اطلاع لأحد عليها إلا إذا وجدت قرائن تدل على تعسفه في الامتناع عن تسليم مصنفه: كتعاقده مع دار نشر أخرى على نشر المصنف عند ذلك يجب إبطال العقد الثاني لما قرره

الفقهاء من أن "المشغول لا يشغل" والمصنف كان مشغولاً بحق الناشر الأول فلا يشغل بعقد جديد قبل نهاية العقد الأول. ولقد بسطنا القول في هذه المسألة عند الكلام على زمن التسليم في الفصل الأول من الباب السابق^(١).

أما في الحالة الثانية :

إن عدم الانتهاء من المصنف لا يخلو من فرضين:

الفرض الأول :

أن يكون المصنف مكوناً من جزء واحد وتم التعاقد على نشره قبل الانتهاء من تأليفه والعقد في هذه الحالة باطل؛ لأنه في حكم المعدوم والمعدوم لا يجوز العقد عليه بيعاً أو أجارة في قول عامة أهل العلم فلا يتصور التمسك بالحق الأدبي في هذا العقد لبطلانه^(٢).

الفرض الثاني :

أن يكون المصنف مكوناً من أجزاء وفرغ المؤلف من بعضها وتعاقد على الجميع فيكون العقد على المعدوم تبعاً للموجود وهو جائز في قول مالك وبعض الحنفية وابن تيمية وابن القيم وفي هذه الحالة إذا حان وقت التسليم ولم ينته المؤلف من الجزء المطلوب تسليمه للناشر فلا يجوز إرغامه على التسليم احتراماً لحقه الأدبي في تقرير نشر مصنفه وليس أمام الناشر إلا الانتظار حتى يأذن المؤلف بنشر المصنف أو فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض في الحالتين

(١) تراجع ص ١٦٠ ومابعدهما من هذا البحث.

(٢) تراجع ص ١٣٨ من هذا البحث.

أنه كان له مقتضى، وهذا كله ما لم يظهر من المؤلف تعسف في استعمال حقه الأدبي وإلا جاز جبره على التسليم قضاء^(١).

وفي القانون :

فإن غالبية الفقه والقضاء يذهبون إلى عدم جواز إرغام المؤلف على التسليم وأن المؤلف له أن يتمسك في مواجهة الناشر بحقه في تحديد اللحظة التي يعلن فيها عن مولد مصنفه وأن الناشر ليس أمامه إلا طلب التعويض.

بينما يفرق جانب من الفقهاء بين ثلاث حالات.

الحالة الأولى : حالة وجود قوة قاهرة .

الحالة الثانية : حالة الامتناع الإرادي دون تعسف واستعمال الحق في تقرير النشر.

الحالة الثالثة : حالة الامتناع الإرادي المصحوب بتعسف مما استعمال الحق في تقرير النشر.

ويذهب أغلب الفقهاء إلى أننا يمكن أن نجبر المؤلف على التسليم في حالة الامتناع الإرادي المصحوب بتعسف في استعمال الحق في تقرير النشر في حين يذهب بعض الفقهاء إلى أنه من العسير عملاً الأخذ بهذا الرأي وأن الناشر ليس أمامه إلا اللجوء إلى التعويض لأننا إذا قلنا بإرغامه على التسليم لأدى ذلك إلى الحكم باكتمال المصنف رغم عدم اكتماله.

ويذهب رأي ثالث إلى أننا يجب أن نفرق بين حالتين، الأولى حالة إتمام المصنف والامتناع عن تسليمه تعسفاً أما الحالة الثانية فهي حالة عدم إتمام

(١) تراجع ص ١٤٠ من هذا البحث.

المصنف وفي هذه الحالة ليس أمام الناشر إلا اللجوء إلى التعويض وهذا ما
نميل إليه^(١).

ومما سبق يتضح لنا أن المؤلف إذا تمّ المصنف وأكمّله ولم يكن لديه سبب يبرر
الامتناع عن التسليم في الموعد المتفق عليه فإن الناشر من الممكن أن يجبر
عليه قضاءً.

(١) انظر ص ١٢٥ وما بعدها.

المطلب الثاني

حق النسبة ومدى احترام الناشر له في الفقه والقانون

يتضمن الكلام عن حق النسبة بيان أهميته، ودليل ثبوته، ومدى احترام الناس له وذلك في فروع ثلاثة:

الفرع الأول

ماهية حق النسبة في الفقه والقانون

في الفقه الإسلامي :

المقصود به: حق المؤلف في أن ينسب إليه عمله الأدبي أو الفني، ولقد عبر بعض الفقهاء عن هذا الحق بـ "حق الأبوة"^(١) على اعتبار أن العمل الفني أو الأدبي ما هو إلا وليد تفتت عنه قريحة العالم؛ فصلته بالعالم كصلة ولادة النسب، بل هي أقوى من ولادة النسب قال القائل: ما نسل قلبي كنسل صلبي .. من قاس رد له قياسه .

(١) بل إن بعض الدول أطلقت على قانون حماية المؤلف اسم قانون الأبوة اهتماماً منها بأن حق الأبوة إنما يمثل أساس الحقوق التي للمؤلف على مصنفه من ذلك قانون الصومال رقم ٦٦ الصادر في ٧ سبتمبر عام ١٩٧٧.

ولقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن نسبة القول لقائله، والفتيا للحاكم بها جزء لا يتجزأ من الدين وركن ركين منه، لقد أثر عن أبي هريرة، وأنس بن مالك، وابن سيرين، ومالك بن أنس قولهم "إن هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذونه" (١).

ويقول بن المبارك "مثل الذي يطلب أمر دينه بلا إسناد كالذي يرتقي السطح بلا سلم" (٢) ويقول أيضاً: "الإسناد من الدين، ولو لا الإسناد لقال من شاء ما شاء" (٣). ويقول المروزي: "الإسناد سلاح المؤمن فإذا لم يكن معك سلاح فبأي شيء تقاثل" (٤).

وإنما كان اهتمام علماء الإسلام بإسناد القول إلى قائله والعلم لصاحبه للأسباب الآتية:

(١) امتثال أمر الله سبحانه وتعالى الحاكم بأداء الأمانة إلى أهلها حيث قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ (٥) ومن أعظم أنواع الأمانات إسناد القول لقائله، والعلم لصاحبه والفتيا للحاكم بها.

(١) نقل الحافظ بن عبد البر في التمهيد هذا الأثر عن أبي هريرة جـ ١ ص ٤٥ ونقله الإمام مسلم في صحيحه عن الإمام محمد بن سيرين جـ ١ ص ١٤ ونقله الإمام الذهبي في سير أعلام النبلاء عن الإمام مالك بن أنس جـ ٥ ص ٣٤٣ وذكره السمعاني في صفة الفتوى مرفوعاً وكذا الإمام ابن الجوزي في العلل المتناهية وحكم بعدم صحة رفعه والصحيح أنه موقوف عن ذكرنا. ينظر في ذلك صفة الفتوى للسمعاني جـ ١ ص ٧٠، العلل المتناهية لابن الجوزي جـ ١ ص ١٣١.

(٢) الصنعاني - أدب الإملاء والاستملاء ص ٦ طبعة دار الكتب العلمية.

(٣) السابق ص ٧.

(٤) السابق ص ٨.

(٥) سورة النساء آية ٥٨.

(٢) حصول الثقة بما نقل في الكتاب: فقد يكون مجرد نسبة الكتاب إلى شخص معين دليل على صحة ما نقل فيه وكذا الأقوال لذا حذر العلماء النقل إلا عن الكتب الموثوق بصحتها بقول ابن الصلاح (لا يجوز لمن كانت فتواه نقلاً لمذهب إمامة إذا اعتمد في نقله على كتب أن يعتمد إلا على كتاب موثوق بصحته) ^(١) وفي المقابل فقد يكون مجرد ذكر صاحب القول أو الفتوى أو الكتاب سبب في العزوف عنه كما لو كان معتقاً لمذهب فكري خاطئ أو كان ممن اشتهر بالكذب والضلal ^(٢).

(٣) تحديد نطاق المسؤولية؛ لأن كل إنسان مسئول عما كتبه، أو قاله مسئولية تعرضه للعقوبة الدنيوية والأخرية، وحق النسبة هو الوحيد الذي نستطيع عن طريقه تحديد من المسئول عن القول أو الرأي الذي جاء في المصنف ^(٣). ولقد أدى الاهتمام بحق النسبة إلى وجود علمي الإسناد، والجرح والتعديل كعلمين لهما من الأسس والقواعد ما يكفل الحق لكل إنسان في أن ينسب إليه ما قال، وحقه في ألا ينسب إليه قول لم يقله. غير أن علم الإسناد لم يتكلم العلماء فيه إلا بعد العصور الأولى من الدعوة الإسلامية؛ لأن الصحابة كانوا يتلقون العلم من رسول الله ﷺ وكان يبعد أن يتقولوا على رسول الله ﷺ قولاً لم يقله وقد شهد الله لهم بالعدالة والخيرية. حتى دبت الفتنة في صفوف المسلمين، ودخل في الإسلام حاقدون عليه، وظهرت طائفة من الكاذبين والمدلسين الذين

(١) الإمام ابن الصلاح - فتاوى ابن الصلاح ج ١ ص ٥٢ ط عالم الكتب بيروت.

(٢) د/ عبد الله النجار - التعسف في استعمال حق النشر ص ٤٧.

(٣) يقول الإمام ابن سيرين لم يكونوا يسألون عن الإسناد فلما وقعت الفتنة قالوا سموا لنا رجالكم فينظر إلى أهل السنة فيؤخذ حديثهم وينظر إلى أهل البدع فلا يؤخذ حديثهم.

دسوا الأقوال على رسول الله ونسبوا إليه ما لم يقله فظهرت أهمية الكلام في علم الإسناد، وظهر تبعاً لذلك المسانيد كثرة لعلم الإسناد، ولقد تطور الاهتمام بعلم الإسناد بعد ذلك ليتضمن (المبادئ الأساسية لحق المؤلف بما يستلزمه من أمانة علمية، وتحريم الكذب والتدليس، والسرقة، والانتحال المعروف باسم قرصنة الكتب ونظام الإيداع الذي كان يطلق عليه التجليد^(١)).

وفي النظم الوضعية :

اهتمت كل قوانين حماية حق المؤلف في الدول المختلفة فضلاً عن الاتفاقيات الدولية^(٢) بإبراز حق النسبة وتحريم الاعتداء عليه بل إن القوانين المختلفة حرصت على النص عليه في بداية الحقوق الأدبية. ولقد نص القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على هذا الحق صراحة.

ولقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الحق في أحكامها المختلفة بما لا يدع مجالاً للشك في أن هذا الحق من الحقوق المتفق عليها. ويرجع أساس الاعتراف بهذا الحق للمؤلف إلى كونه من الحقوق للصيقة بعملية الإبداع الفكري بوصفها الطاقة الأصلية التي أنتجت المصنف، ولذا يصعب وجود سبب معقول، لإنكار نسبة المصنف إلى مؤلفه من جانب الغير^(٣).

(١) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - تطور أساليب حق المؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن (ندوة صالح كامل جـ ١ ص ٧).

(٢) ومن هذه القوانين القانون الفرنسي مادة (٦) والمادة (١١١) والقانون الألماني مادة (١٣) والقانون الإنجليزي لعام ١٩٥٦ (المادة ٤٣ فقرة ٥٢٢) والقانون السعودي مادة (٧) فقرة (٢/أ) والقانون التونسي مادة ٨ والقانون الجزائري مادة "٢٢" وغير ذلك من الدول العربية، ومن الاتفاقيات اتفاقية برن مادة "٦" مكرر.

(٣) د/نواف كنعان حق المؤلف ص ٩٣، د/الأهواني و.د/حمدي عبد الرحمن - أصول القانون ص ٦٦٤، د/توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٥٦٣.

ولا يعني حق النسبة أن المؤلف له الحق في أن ينسب إليه مصنفه كلية و فقط، وإنما يعني نسبة كل فكرة تقتبس من مصنفه إليه، وذكر اسمه معها كلما تكررت في كلام الناقل عنه (مادة ١٣ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤). ويشتمل حق النسبة على الامتيازات الآتية:

أولاً: حق المؤلف في كتابة اسمه، واسم عائلته، والمؤهلات العلمية على مصنفه مما قد يساعد على التعريف بشخصيته لكل مطلع على المصنف^(١).

ثانياً: حق المؤلف في أن ينشر مصنفه تحت اسم مستعار، أو غفلا عن الاسم على أن يظهر اسمه وملكيته للمصنف كلما احتيج إلى ذلك^(٢).

ثالثاً: حق المؤلف في دفع أي اعتداء على اسمه سواء أكان هذا الاعتداء كلياً أو جزئياً.

(١) د/توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٥٦٣، د/حسام الدين الأهواني و د/حمدي عبد الرحمن - أصول القانون ص ٦٦٤، د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ٩٣.

(٢) المراجع السابقة.

الفرع الثاني

أدلة ثبوت حق النسبة

في الفقه الإسلامي

استدل العلماء على ثبوت حق النسبة بأدلة من الكتاب والسنة والأثر والمعقول
نذكر من هذه الأدلة ما يلي:

أولاً: من الكتاب:
قال تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَرُونِي مَاذَا خَلَقُوا مِنَ الْأَرْضِ أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَاوَاتِ ائْتُونِي بِكِتَابٍ مِّن قَبْلِ هَذَا أَوْ أَثَارَةٍ مِّنْ عِلْمٍ إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ﴾ (١).

ووجه الدلالة في الآية الكريمة:

لقد رتبّت الآية قبول الدعوى على إيجاد علم منسوب نسبة صحيحة لقائله ويدل على ذلك قوله تعالى أو أثارة من علم. أي ما خطه الرسول أو العالم في دين الله بيده وفي معناه ما يؤلفه العالم أو يصنعه الفقيه فالآية دلّت على اعتبار إسناد الكتاب لمؤلفه أو العلم لصاحبه (٢)، إذ أنها لو لم تعتبر ذلك لم ترتب عليه قبول الدعوى فقبول الدعوى لا يكون إلا على أساس غير مجادل فيه.
قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ (٣).

(١) آية ٤ سورة الأحقاف.

(٢) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

ص ٨١ ط دار المريخ ٢٠٠٠.

(٣) سورة الأحزاب آية ٥.

ووجه الدلالة في الآية الكريمة:

لقد أمر الله تعالى بنسبة الولد إلى أبيه لما بينهما من خصوصية فإن الوالد يختص بابنه اختصاصاً لا ينفك عنه، ولا يقبل التنازل ولا الإسقاط، ويقاس على هذا وجوب نسبة الكتاب إلى مؤلفه لما بينهما من الخصوصية^(١).
(٢) من السنة:

ما روي عن أسمر بن مغرس رضي الله تعالى عنه أنه قال: أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال لي "من سبق إلى ما لم يسبقه مسلم فهو له"^(٢).

ووجه الدلالة من الحديث الشريف:

أن الحديث دال على أن من سبق إلى مباح لم يحز كان أحق به من غيره. والحديث وإن كان وارداً في إحياء الموات إلا أنه يشمل السبق إلى كل مباح والمؤلف عندما يصيد فكرة ويرتب المعلومات الواردة فيها ويجمعها على نمط معين يكون قد سبق إلى مباح وحازه فيملكه وينسب هذا المباح إليه^(٣).
ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمع رسول الله ﷺ قوماً يتدارعون في القرآن، فقال إنما هلك من كان قبلكم بهذا: ضربوا كتاب الله بعضه ببعض، وإنما نزل كتاب الله يصدق بعضه بعضاً، فلا تكذبوا بعضه ببعض فما علمتم منه فقولوه، وما جهلتم منه فكلوه إلى عالمه"^(٤).

(١) د/محمد الشحات الجندي - حماية حق المؤلف من منظور إسلامي ص ٣٩٦ (ندوة صالح كامل).

(٢) رواه أبو داود في سننه ج ٣ ص ١٧٧، والبيهقي في السنن الكبرى ج ٦ ص ١٤٢، وذكره الشوكاني في أكثر من موضع وانتصر لصحته حيث قال (وصححه الضياء في المختارة) نيل الأوطار ج ٦ ص ٤٥.

(٣) الأستاذ وهي سليمان عاوجي - حق التأليف ص ١٧٠.

(٤) من كتاب الجامع للإمام - معمر بن راشد الأزدي ج ١١ ص ٢١٦ ط. المكتب الإسلامي بيروت.

ووجه الدلالة من الحديث :

أن قوله ﷺ وما جهلتم فكلوه إلى عالمه يدل على أن الإنسان في غير ما يعلمه يجب عليه أن يسنده إلى عالم به، وهذا دليل على حق إسناد القول لقائله والعلم لصاحبه، ويدل على هذا أيضاً إضافة الضمير العائد على المعلوم من القرآن إلى لفظ عالم والإضافة دليل النسبة^(١).

ما رواه أبو هريرة ؓ عن رسول الله ﷺ أنه قال "من تقول عليّ ما لم أقل فليتبوأ مقعده من النار"^(٢).

ووجه الدلالة من الحديث :

أنه يدل على حرمة القول على النبي الكريم، والتقول هو أن يضيف إنسان إلى النبي قولاً لم يقله وهذا من أكبر أنواع الكذب، ويقاس على ذلك إضافة قول إلى عالم لم يقله؛ إذ العلماء ورثة الأنبياء كما هو ثابت في الحديث الشريف فيكون الكذب عليهم في النقل حرام يعاقب عليه شرعاً. والحديث يدل بمنطوقه على حرمة التعدي على حق النسبة وبمفهومه على التزام الأمانة في النقل عن العلماء^(٣).

-
- (١) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - نطاق الحق الأدبي - مجلة كلية الشريعة ص ١٦٢.
- (٢) رواه البخاري بمعناه ج ١ ص ٥٢. وبهذا اللفظ ابن ماجة ج ١ ص ١٣، ابن أبي شيبة في مصنفه ج ٥ ص ٢٩٦ ط مكتبة الرشد بالرياض. والحديث روي بروايات متعددة كلها صحيحة فقد رماه بمعناه الحاكم والترمذي، أبو داود والبيهقي وغيرهم من أصحاب السنن في إحياء الموات.
- (٣) بنفس المعنى أو قريب منه أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - نطاق الحق الأدبي ص ١٦١.

ثالثاً : من الأثر :

توجد آثار لا حصر لها تدل على وجوب نسبة العلم لصاحبه ولقد تقدم ذكر بعض هذه الآثار في الفرع السابق ونزيد عليها قول الشافعي رحمه الله حيث يقول (مثل الذي يطلب الحديث بلا إسناد كمثل حاطب ليل يحمل حزمة الحطب وفيها أفعى وهو لا يدري) ^(١) وهذا تشبيه رائع من الإمام الشافعي رحمه الله فإن الذي يفترى على العلماء وينسب إليهم النقول، أو يسطو على نقولهم وينسبها لنفسه، أو لغيرهم، فإن هذا النقل سيئلتهم حسناته، ويزج به في نار جهنم كما تلتهم الأفعى التي تختفي في الحطب المجموع في الظلام حامل هذا الحطب وهو لا يدري.

رابعاً : من المعقول :

ومما يدل على وجوب نسبة العلم إلى قائله أن في عدم إسناد العلم إلى صاحبه، خيانة نهى الرسول ﷺ عنها فقد روي عن ابن عباس أنه قال: قال رسول الله ﷺ "تناصخوا في العلم فإن خيانة أحدكم في علمه أشد من خيانتة في ماله، وإنني سائلكم يوم القيامة" ^(٢) ولقد أجمع العلماء على حرمة الخيانة في المال وغيره فتكون الخيانة في العلم أشد، ثم إن في عدم إسناد العلم لصاحبه تضییع لمسائل العلم، وتهارج في النقل عن العلماء، وذريعة للكذب على الله ورسوله وعلى

(١) نقلاً عن أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار - المرجع السابق ص ١٦٢.

(٢) أبو بكر الهيثمي - مجمع الزوائد ج ١ ص ١٤١ عن رواية الطبراني وفي سنده أبو سعد البقال. اختلف العلماء عليه فقال فيه أبو زرعة لين الحديث منلس وقيل هو صدوق ثم قال عنه كان لا يكذب أهل مجمع الزوائد الموضع السابق. ولقد أورد هذا الأثر الإمام السيوطي في الفارق بين المصنف والسارق ص ٢. والحديث وإن في سنده اختلاف إلا أن المعنى مجمع عليه ومشهود له بالآيات المحكمات والأحاديث الصحيحة.

ورثة الأنبياء، وكل هذه أمور أجمع العلماء على حرمتها^(١). وقال السيوطي
"وما زالت الأئمة قديماً وحديثاً يحذرون من أكاذيب القصاص وينبهون عليها
كل عام وخاص"^(٢).
فكل هذه الأدلة من الكتاب والسنة والأثر والمعقول تدل على ثبوت حق المؤلف
في أن ينسب علمه إليه وتحرم على الكافة المساس بهذا الحق.

(١) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ٨٥.

(٢) السيوطي - الفارق بين المصنف والسارق ص ٩.

الفرع الثالث

مدى احترام الناشر لحق النسبة

في الفقه والقانون

ويستفاد مما قدمنا من أدلة توجب احترام حق النسبة أن الناشر الذي يرتبط برابطة عقدية مع المؤلف لا يجوز له المساس بهذا الحق كليًا أو جزئيًا. والمساس الكلي: إنما يكون بتغيير نسبة الكتاب كلية بأن يعتمد الناشر إلى تغيير اسم المؤلف ووضع اسم آخر يكون له من الشهرة والصيت ما يجعل المصنف يدور عائدًا ماليًا على الناشر، ولا سيما إذا كان المؤلف من الناشئين في علم التأليف.

وقد يكون المساس كليًا - رغم عدم إزالة اسم المؤلف الأصلي في حالة وضع لقب للمؤلف يتشابه مع لقب عالم مشهور بقصد إيقاع الناس في لبس يوقعهم في التعاقد مع الناشر لشراء المصنف كل هذا يوقع الناشر تحت طائلة العقاب لارتكابه جريمة تقليد المصنف واعتدائه على حق المؤلف الأدبي، وفي هذا تقول الاتفاقية الإسلامية لحقوق المؤلف (يجب أن ينسب المؤلف إلى مؤلفه حتى يعرف الناس شخصه^(١)).

ولقد حرص العلماء على أداء الأمانة في النسبة حتى أنهم أوصوا على راوي الحديث ألا يزيد في نسب من روى عنه بل يروى الحديث بالرواية التي نقلت

(١) مقدمة مشروع الاتفاقية الإسلامية لحقوق المؤلف بند (أ) تحت عنوان "حقوق المؤلف من وجهة نظر إسلامية" والاتفاقية منشورة ضمن كتاب الحق الأدبي أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار ص ٣٤٨.

إليه دون زيادة أو نقص كما أوجبوا عليه أن يزيل اللبس الحاصل في حالة نسبة رواية إلى شخص يوجد تشابه بينه وبين شخص آخر غير المنقول عنه.

يقول الإمام النووي: (ليس للراوي أن يزيد في نسب غير شيخه ولا في صفته على ما سمعه من شيخه لئلا يكون كاذبًا على شيخه فإن أراد تعريفه وإيضاحه وزوال اللبس المتطرق إليه لمشابهة غيره فطريقه أن يقول: قال: حدثني فلان يعني ابن فلان، أو الفلاني وهو ابن فلان أو الفلاني ونحو ذلك وهذا جائز قد استعمله الأئمة وقد أكثر البخاري ومسلم منه في الصحيحين غاية الإكثار^(١)).

وإذا عمد الناشر إلى إضافة المصنف إلى نفسه، كان منتحلًا كاذبًا يستحق العقاب، ولقد أطلق العلماء على هذا الصنف من البشر، وصف سارقين، وطالبوا بأن تقطع أيديهم، كما تقطع يد سارق المال، يقول الإمام السيوطي رحمته الله، مبكّتا شخصًا أغار على كتبه ونسبها إلى نفسه: (فما كان من هذا العديم الذوق إلا أنه نبذ الأمانة وراء ظهره وخان، وجنى ثمار غروسنا وهو فيما اجتناه جان ... وأغار على عدة كتب لنا ... فسرق جميع ما فيها ... وزاد على السرقة، فنسبها إلى نفسه ظلمًا وعدوانًا) إلى أن قال (فما أجدر هذا السارق الأعجم أن تقطع يده اليمين، ويؤخذ منه باليمين ...) (٢).

وقد يكون المساس بحق النسبة جزئيًا، وذلك بأن يعتمد الناشر إلى عبارات من المصنف فيقوم بتحريفها، أو إضافة ما يوهم أنها من تأليفه بقصد الترويج لفكرة معينة من خلال نسبتها إلى المؤلف، وقد يعتمد إلى حذف بعض الفقرات للغرض نفسه، ومثل هذا يعد تعديًا ينال من شرف المؤلف وسمعته، إذا كان من شأنه أن

(١) الإمام النووي - شرح صحيح مسلم ج ١ ص ٣٨.

(٢) الإمام السيوطي - الفارق بين المصنف والسارق ص ١، ص ٥.

يلحق بالمؤلف وصفاً مشيناً، أو تشويه صورته بين محبيه: بأن كان من شأن الإضافة أن تجعل الناس يعتقدون أن المؤلف يبيع الزنا، أو اللواط، أو الربا^(١). وهذا ملموس ملحوظ في حياتنا اليومية لدى بعض المجلات التي تروج لأفكار معينة فقد تعتمد إلى مقال، أو كتاب لعالم وتقوم بحذف بعض العبارات من بين ثناياه، مما يفهم الكلام على عكسه تماماً، كما لو قال المؤلف مثلاً: (ومما لا شك فيه أن الزنا واللواط لا يبيحهما أي مسلم) فيقوم الناشر بحذف أداة النفي "لا" فتفهم العبارة على عكس ما أراد المؤلف.

ومثل هذا النوع يعتبر إهداراً لمبدأ احترام حق النسبة مما يمثل جريمة اعتداء على شرف المؤلف وسمعته، وقد يمثل هذا الإهدار جريمة قذف أو سب لشخص المؤلف، مما يوقع الناشر تحت طائلة العقاب، حداً أو تعزيراً متى توافرت أركان هذه الجرائم.

ومما يدل على أن الناشرين كانوا يتحرون الأمانة في الكتب التي ينشرونها ما ذكره القرطبي في تفسيره (أن المأمون كان له مجلس نظر، وكان من بين الجلساء رجل إسرائيلي، فعرض عليه المأمون الإسلام، فأبى، ثم رجع وقد أسلم، فلما كلمه المأمون في ذلك، فقال الرجل: إنني لما خرجت من عندك، عمدت إلى نسخة من التوراة، فنسختها، فزدت فيها وأنقصت، وعمدت إلى بيعها، فاشتريت مني، ثم عمدت إلى الإنجيل، فنسخت منه ثلاث، نسخ وزدت فيها وأنقصت، فاشتريت مني، ثم عمدت إلى القرآن، فنسخت منه ثلاث نسخ، وزدت فيه وأنقصت، فدخلت بها سوق الوراقين، فلما تصفحوها، وقلبوا

(١) أستاذنا الدكتور/ عبد الله النجار - نطاق الخطأ وتطبيقاته في مجال انتحال المؤلفات ص ٣٠٠ (من ج ١ من ندوة حق المؤلف - مركز صالح كامل).

أوراقها، رموا بها في وجهي، ولم يشتروها، فعلمت أن هذا الكتاب محفوظ، فكان هذا سبب إسلامي^(١).

ويستفاد مما ذكره القرطبي أن الوراقين، رفضوا أن يشتروا نسخة مضللة، حتى لا يسهموا في إشاعة الكذب على الله تعالى، بأن ينسبوا إليه ما لم يقل، وإنما لم يفعلوا ذلك في التوراة والإنجيل؛ لتدخل اليهود والنصارى بالتحريف في هذين الكتابين، مما لا يقطع بصحته عند المقابلة، ومما يؤدي إلى سهولة التحريف فيهما.

وفي القانون :

لا يختلف الأمر عما هو عليه الأمر في الفقه الإسلامي فإن 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 على مؤلفه: اسمه، ولقبه، ومؤهلاته العلمية، وخبراته العملية 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 شيئاً، أو يغفل ذكر شيء منها دون علم المؤلف. ويذكر اسم المؤلف وصفته، على كل نسخة من نسخ المصنف، إلا أن طريقة الكتابة تختلف من مصنف إلى آخر حسب نوع كل المصنف، وطريقة نشره فإذا كان كتاباً، فإن الناشر يلتزم بذكر اسم المؤلف في مكان بارز من المصنف،

(١) الإمام القرطبي - الجامع لعلوم القرآن ج ١ ص ٦.

أما إذا كان المصنف عملاً فنياً: فإن المؤلف عادة هو الذي يحفر اسمه أو توقيعيه بما يعرفه الناس به^(١).

ولقد قضت محكمة النقض بأن: للمؤلف الحق في كتابة اسمه على كل نسخة من نسخ المصنف الذي ينشره بنفسه، أو بواسطة الغير لا يحتاج إلى اتفاق خاص، بل إن له الحق في كتابة اسمه في جميع الإعلانات التي يقوم بها الناشر عن المصنف^(٢).

كما يتضمن التزام الناشر بحق النسبة: أن يتمتع عن أي اعتداء على هذا الحق يكون من شأنه المساس بسمعة المؤلف وشرفه، وعن أي تغيير أو تشويه في عبارات المصنف مما يؤدي إلى نسبة شيء إلى المؤلف، ليس من عمله^(٣).

ومع ذلك قضت محكمة النقض بجواز إجراء الناشر بعض التحويلات عند تحويل المصنف من لون إلى لون حسبما تقتضيه أصول الفن في اللون الذي حول إليه، وافترضت رضا المؤلف بهذه التحويلات مقدماً متى كان المؤلف عالماً ساعة العقد باللون الذي ينقل المصنف إليه ويكون التحويل حسبما تقتضيه أصول الفن المحول إليه^(٤).

كما لا يجوز للناشر أن يمحو اسم المؤلف، ويضع مكانه اسم مؤلف مشهور بهدف استغلال اسم الأخير في تسهيل بيع المصنف بما يمثل اعتداء على اسم

(١) د/السنهوري جـ ٧ ص ٤١٥، د/المتيت - الحقوق على المصنفات ص ٦٥، ٦٤، د/نواف كنعان -

حق المؤلف ص ٩٤ - د/الأهواني، د/حمدي عبد الرحمن - أصول القانون بند ٧٥٧.

(٢) حكم محكمة النقض في ٧ يناير سنة ١٩٨٧ الطعن رقم ١٣٥٢ لسنة ٥٣ قضائية.

(٣) د/نواف كنعان - السابق نفس الموضع - د/الأهواني، د/حمدي عبد الرحمن المرجع السابق ص ٥٦٥.

(٤) حكم في ٣ نوفمبر ١٩٨٨ طعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ قضائية (المجموعة الفنية ص ١١٤٠

مجموعة ١٥١.

المؤلف الأصلي فيجوز للمؤلف أن يطالب بمحو اسم غيره من على مصنفه ووضع اسمه مكانه والمطالبة بالتعويض^(١) وإذا أضاف الناشر اسم نفسه على كتاب المؤلف المتعاقد معه على نشر فإنه يكون منتحلاً يجوز للمؤلف مسائلته وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية^(٢).

(١) د/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٤٣٥، د/نواف كنعان - حق المؤلف ص ٩٧، د/حسام لطفي - حق المؤلف ص ٤٣، د/الصدده - حق المؤلف ص ٤٤، ٤٥.

(٢) تنص المادة "٥١" من القانون المدني المصري على أن (لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر أو انتحل الغير اسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما قد يكون قد لحقه من صور).

المطلب الثالث

احترام المصنفات العلمية

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

في الفقه الإسلامي :

أجمع العلماء على وجوب احترام مؤلفات الغير، والتزام الأمانة في: طبعها، ونشرها، والنقل عنها؛ إذ هي تدخل في نطاق الملك المحمي شرعاً، ولا يجوز الاعتداء على ملك الغير من غير إذنه^(١). ولقد أعطت الشريعة الإسلامية للمؤلف بما له من اختصاص على مصنفه، الحق في دفع أي اعتداء على المصنف بما شاء من وسائل مشروعة، وإلزام هذا المعتدي بإزالة الاعتداء، مع تعزيره بما يراه القاضي مناسباً لذلك.

والالتزام باحترام المصنفات يقع على عاتق الكافة، إلا أن التزام الناشر به يكون أكثر من التزام غيره، لما له من صلة وثيقة بالمصنف الذي اكتسب حق استغلاله، فيجب على الناشر أثناء طبع المصنف أن يحترم كل ما جاء فيه، وأن يطبعه بكل أمانة دون زيادة عليه، أو نقص منه^(٢)، وإذا فعل الناشر هذا عد

(١) ولقد دلت على وجوب احترام ملك الغير أدلة لا تحصى في الكتاب والسنة، منها قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ وقوله ﴿لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مِثْلٍ لِمِثْلٍ﴾ ولا بطبيب من نفسه" ولقد سبق سرد هذه الأدلة وبيان وجه الدلالة منها عند الكلام على حق تقرير النشر في المطلب الأول من هذا المبحث فليراجع.

(٢) ومع ذلك فلقد تجاوز العلماء عن الأخطار المادية اليسيرة التي اعتاد الناسخ (والناشر) الوقوع فيها بما لا يؤدي إلى خلل في المعنى، البهوتي - كشف القناع جـ: ص ١٠.

معتدٍ على الحق الأدبي ويجب رد هذا الاعتداء بكل الوسائل المشروعة^(١) ويطلب رد هذا الاعتداء، صاحب المصلحة الأصلية في المحافظة على سلامة المصنف، وهو المؤلف، وينتقل هذا الحق إلى ورثته من بعده.

ولقد ذكر العلماء أصولاً للحق في الاحترام تتلخص فيما يلي:

أولاً : الأمانة في النقل :

وذلك بأن يذكر القول منسوباً إلى قائله والمسألة مشفوعة بالمكان الذي أخذت منه فلا ينسب قول إلى غير قائله ولا فتياً لغير الحاكم بها^(٢).

ولقد سمى العلماء ﷺ من ينقل عن أهل العلم دون التزام الأمانة في النقل خائناً سارقاً يجب أن تقطع يده كما يقطع سارق المال من حرزه. واستدلوا على ذلك بما روي من أثر - مرفوعاً وموقوفاً - عن رسول الله ﷺ "تناصحوا في العلم فإن خيانة أحدكم في علمه أشد من خيانتة في ماله"^(٣) ولقد ذكر الإمام السيوطي أن الشيخ أبي حامد الإسفراييني أنه قيل له أن فلاناً صنف كتباً كثيرة فقال أروني إياها، فرآها مسروقة من كتبه، فقال: بتر كتبي بتر الله عمره فمات ذلك عن قرب لم يتمتع بنفسه"^(٤).

(١) ولقد سبق وأن ذكرنا الوسائل التي يدفع بها الاعتداء عند كلامنا على الالتزام بالطبع والنشر في الفصل الأول من الباب الثاني.

(٢) ابن خلدون - مقدمة ابن خلدون ج ١ ص ٤٠٠.

(٣) سبق تخريج هذا الحديث ص

(٤) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - الحق الأدبي، السيوطي - الفارق بين المصنف والسارق ص ٤٠، ابن الصلاح - فتاوى ابن الصلاح ج ١ ص ٥٢ طبعة عالم الكتب.

وتتمثل مظاهر هذه الأمانة فيما يلي:

أولاً: عند تنبيه أحدهم على خطأ وقع فيه عالم سابق في تصنيف له، فإن العلماء حرموا تغيير هذا الخطأ في نص المؤلف بل يذكر الصواب في حاشية، أو تعليق دون أن تغير في نظم المؤلف شيئاً، وهذا ما نراه كثيراً في صنع علمائنا رحمهم الله الذين يتناولون المتون بالشرح والتعليق فكثيراً ما يقولون والصواب أن يعبر، بذا، أو والصواب كذا دون أن يغيروا لفظ المؤلف.

ثانياً: وتتجلى مظاهر هذه الأمانة في صنع علماء الحديث عندما يفرقون بين لفظ أخبرنا وبين لفظ حدثنا، ولو قالوا مثلاً قال فلان عن فلان لما عابهم ذلك وإنما حرصوا على التفرقة بين اللفظين إمعاناً في الأمانة في النقل فإن السماع يقتضي اللقاء والمقابلة والأخبار لا تقتضي ذلك^(١).

ثالثاً: عند النقل عن العلماء فإنهم يذكرون النقول عنهم بكل أمانة دون أن يعتبر حتى ولو كان المنقول عنهم آية موجودة في كتاب الله أو حديث يعلمه الناقل. ولقد برهن الإمام السيوطي في مخطوطته السابقة^(٢) على هذا بفعل الإمام المزني في مختصره وفعل الإمام النووي في نقله عن العز بن عبد السلام تقسيم البدعة قال السيوطي مسترسلاً في الرد على من سطا على مؤلفاته "ولا رأى صنع المزني رحمهم الله في مختصره الذي كساه الله - لإخلاصه - إجلالاً ونوراً وزاده في الآفاق سمواً وظهوراً" كتاب الطهارة: قال الشافعي: قال الله تعالى ﴿وأنزلنا من السماء ماءً طهوراً﴾ ويعلق السيوطي على فعل المزني رحمهم الله بقوله أما كان المزني رأى هذه الآية في المصحف فينقلها منه دون عزوها إلى

(١) ابن حجر العسقلاني - فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ١ ص ١٤٤-١٤٥.

(٢) السيوطي - الفارق بين المصنف والسارق ص ٢.

إمامه، قال العلماء: إنما صنع المزني ذلك لأن الافتتاح بها من نظم الشافعي لا من نظمه^(١).

وكذلك نقل النووي تقسيم البدعة إلى خمسة أقسام عن الشيخ العز بن عبد السلام ولو استطاع النووي لاستنبطها بنفسه من قواعد الأحكام ولكن للأمانة فإنه نقلها عن الشيخ العز ونسبها إليه لا إلى نفسه^(٢).

وكذلك في نقل الإمام سحنون عن الإمام بن القاسم عن الإمام مالك فقد بيّن الإمام سحنون ما كان من سماع بن القاسم عن مالك وما كان يراه ابن القاسم رأياً خاصاً به ولو ذكر الإمام سحنون هذه الأقوال جملة ونسبها إلى المذهب المالكي وهو من المجتهدين فيه ما عاب عليه أحد ولكنه للأمانة نسب كل قول إلى قائله.

رابعاً: الالتزام بالألفاظ التي ذكرها العلماء في مصنفاتهم وألا يقتصر على مجرد التعبير بالمعنى، وهذا شرط غاية في الأهمية فإن الناقل إذا اعتمد اللفظ برئ من العهدة وأدى الأمانة كما تلقاها ورواها أما إذا اعتمد على المعنى فقط فقد يبعده تعبيره عن الواقع الذي عبر عنه القائل الأول وهذا وقع فيه كثير من العلماء^(٣).

إلا أن الالتزام باللفظ محل نظر من قبل العلماء فإن حديث رسول الله ﷺ على ما رآه جمهور العلماء من السلف والخلف يجوز روايته بالمعنى لمن كان

(١) السيوطي - الفارق بين المصنف والسارق ص ٢.

(٢) المرجع السابق ص ٣.

(٣) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ١١١.

خبيرًا بالألفاظ ومقاصدها عالمًا بمعانيها^(١) فإن كان هذا جائزًا في حديث رسول الله أما يجوز في غيره.

ولقد رتب العلماء على جواز ذكر الحديث بالمعنى، جواز نقل الأقوال عن العلماء بالمعنى دون التقيد باللفظ يقول أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار في كتابه الحق الأدبي "وإذا كان ذلك واردًا في رواية الحديث فلأن يكون جائزًا في نقل رأي العلماء من المصنفات العلمية، والكتب من باب أولى"^(٢).

وما ذكره العلماء إنما هو في النقل من المصنفات، للاستدلال أو للاستشهاد أو النقد أو التوثيق، وهذا يختلف عن التزام الناشر في حالة طبع الكتاب فإن الناشر يجب أن يتقيد بلفظ المؤلف مطلقًا، لا يزيد عليه أو ينقص منه وإلا كان مخالًا بالتزامه باحترام المصنف الذي يفرضه عليه عقد النشر. وهو ما يعرضه للمسئولية؛ لأنه في مقام المبلغ عن المؤلف والذي يكون في مقام التبليغ والحكاية يجب عليه أن يتقيد باللفظ. حتى يصل اللفظ إلى المبلغ إليه ليفهم منه ما شاء^(٣).

(١) الإمام النووي - شرح صحيح مسلم ج ١ ص ٣٦.

(٢) أستاذنا الدكتور/النجار - الحق الأدبي ص ١١٣.

(٣) أستاذنا الدكتور/النجار السابق نفس الموضع.

وفي القانون :

يعتبر الحق في الاحترام الدرع الواقعي، والحارس الساهر على حماية المصنف، وهو يعني حق المؤلف بما له من حق أدبي أن يمنع أي حذف أو تغيير أو تشويه يعمد الغير إلى إحداثه بالمصنف سواء كان هذا الغير ناشراً أو غير ناشر^(١).

والحق في احترام المصنفات العلمية من الحقوق الأدبية التي درجت أكثر التشريعات على الاعتراف بها^(٢)؛ إذ بغير الاعتراف بهذا الحق لن يكون لموجود الحق الأدبي فائدة^(٣).

وبناء على ذلك لا يجوز للناشر إجراء أي تعديل أو حذف أو عبارة أو فكرة من المصنف أيًا كان قصده أو الغرض من هذا الفعل.

ومع ذلك اعترف القانون للناشر إجراء بعض التحويرات والتعديلات على ألفاظ المصنف في الحالتين:

الأولى: حالة ترجمة المصنف من لغة إلى لغة. إذ أن من المعلوم أن الترجمة الحرفية قد تؤدي إلى الخروج عن المعنى الأصلي الذي يريده المؤلف لذا فإن القانون اعترف للمترجم أن يخرج عن الألفاظ التي ذكرها المؤلف فيجوز أن يحذف منها أو يغير فيها دون أن يكون للمؤلف الحق في منعه؛ إذ أن الترجمة

(١) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ١٠٩، د/حسام لطفي - حق المؤلف ص ٤٣.

(٢) وخالف في هذا التشريع السوفيتي الذي يعتبر المساس بالحق الأدبي للمصنف ليس حريًا بالتجريم والعقاب إذا لم يترتب عليه سوى أضرار أدبية فقط. أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ٢٠٦، د/عبد الرشيد مأمون - الحق الأدبي ص ٤٦٢ هامش "١" في كلا المرجعين.

(٣) د/كنعان - حق المؤلف ص ١١٢.

تحتاج دائماً إلى قدر من الحرية لإخراج المصنف في الشكل المطلوب غير أن المترجم في استعماله لهذا الحق مقيد بقيدتين:
الأول: الإشارة إلى مواطن الحذف والتغيير الذي تطلبه ترجمة المصنف الأصلي فإذا أغفل المترجم هذه الإشارة كان للمؤلف استعمال سلطته في الدفاع عن مصنفه.

الثاني: ألا يؤدي الحذف والتغيير إلى النيل من شرف المؤلف وسمعته. وتبدو الصعوبة في تحديد متى يكون الاعتداء ماساً بشرف المؤلف واعتباره حتى يعطيه ذلك الحق في الدفاع عن سلامة وتكامل المصنف، ومن هنا تبدو صعوبة تحديد معيار تحويل للمؤلف على الاعتراض على ما يمس مصنفه^(١).

الثانية: حالة تحويل المصنف: وذلك كتحويل قصة لإخراجها في شكل فيلم سينمائي أو مسرحية لأن هذا التحويل 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 مقيداً بقيدتين هما:

أولاً: الالتزام بنقل روح المصنف إلى الجمهور.

ثانياً: ألا يؤدي التحويل الذي يدخله على المصنف إلى مسحه بما يؤدي إلى الإساءة بشرف المؤلف واعتباره^(٢).

ولقد أكدت محكمة النقض المصرية بهذا الحق للناشر في أكثر من حكم لها^(٣).

(١) د/كنعان ص ١١٢.

(٢) أستاذنا الدكتور/عبد الله النجار - الحق الأدبي ص ١١٠، د/كنعان ص ١١٢.

(٣) حكم محكمة النقض في ٣ نوفمبر سنة ١٩٨٨ رقم ١٥٦٨ س ٥٤ ق مجلة القضاة س ٢٢ ع ١

عام ١٩٨٩ ص ١٣٣، وحكم نقض مدني صادر في ١٦ يناير ١٩٧٩ طعن رقم ٥٣٣ س ٤٦ ق مشار إليهما في حق المؤلف. د/حسام لطفي ص ٤٣، وحكم نقض مدني في ٧ يناير ١٩٨٧ =

وفي حالة وفاة المؤلف فإن الحق في الاحترام ينتقل إلى الورثة فهم الذين يقومون بالدفاع ضد تشويه المصنف وتغيير ما جاء فيه ولم يمار فيه. ويمكن أن يعين المؤلف شخصاً من هؤلاء الورثة للقيام بهذه المهمة أو شخصاً آخر يثق به. وفي حالة عدم الوصية فإن هذا الحق يكون لجميع الورثة. ونرى إشراك كل ذي صفة علمية من الذين ينتمون إلى العلم الذي ألف فيه المصنف حفاظاً على سمعة العلماء والمفكرين من أن تمتد إليهم أيدي العابثين الذين يحترفون السطو على أفكار العلماء^(١).

= طعن رقم ١٣٥٢ لسنة ٥٣ ق أشار إليه المستشار/ عبد الحميد المنشاوي في كتابه - حماية الملكية الفكرية ص ٤٥ ص ٢٠٠١.

(١) نقل الأستاذ الدكتور/ أحمد سويلم العمري عن أحد رؤساء جمعية الأدباء في فرنسا قوله: أن الشعب له الحق في الدفاع عن ذكرى كبار فنانيه وعظماء كتّابه وهناك حركة قوية في عدة بلدان يهدف إلى توجيه الدولة وسائر الهيئات المكلفة بحكم القوانين في سبيل الاحترام الواجب نحو الإنتاج الفني والأدبي الذي أصبح بحكم مضي الزمن ملكاً للجميع" د/ أحمد سويلم العمري - حقوق الإنتاج الذهني ص ٢٧ ط ١٩٦٧ وهذا كلام حسن فهناك التزام على الجماعة باحترام الحق الأدبي والدفاع عنه كما أفادت منه طوال فترة حياة المؤلف وتستفيد منه بعد موته.

مراجع الرسالة ومصادرها

القسم الأول :

مراجع ومصادر الشريعة الإسلامية.

القسم الثاني :

مراجع ومصادر الفقه القانوني.

القسم الثالث :

الرسائل العلمية المقابلة بين الشريعة والقانون.

تنبيه :

لقد تم ترتيب المراجع على أساس ما اشتهر به المؤلف من لقب بعد حذف الألف واللام، والكنية ثم وضعه في مكانه وفقاً للحرف الأول من اسمه بعد ترتيب الأسماء ترتيباً ألف بائياً.

القسم الأول

مراجع الشريعة الإسلامية ومصادرها

أولاً: التفسير وعلوم القرآن:

(١) الجصاص:

أحمد بن علي الرازي المتوفى سنة ٣٧٠هـ.

* أحكام القرآن الكريم - طبعة دار الفكر - بيروت.

(٢) ابن الجوزي:

عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي المتوفى ٥٩٧هـ.

* زاد المسير في علوم التفسير طبعة المكتب الإسلامي.

(٣) الطبري:

محمد بن جرير بن يزيد الطبري وكنيته أبو جعفر المتوفى سنة ٣١٠هـ.

* جامع البيان في تفسير القرآن - طبعة دار الفكر بيروت.

(٤) القرطبي:

أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي الأندلسي
ثم القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ.

* الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان - طبعة دار
الشعب.

(٥) ابن كثير:

إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ.

* تفسير القرآن العظيم.

ثانياً: السنة المطهرة وشروحها وتخريج الأحاديث:

(١) الأزدي:

معمر بن راشد الأزدي المتوفى سنة ١٥١هـ.

* الجامع - رواية الإمام عبد الرزاق الصنعاني - طبعة المكتب الإسلامي
بيروت.

(٢) البخاري:

محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي المتوفى سنة ٢٥٦هـ.

* صحيح البخاري - طبعة دار ابن كثير بتحقيق د/مصطفى ديب البغا سنة ١٩٨٧.

(٣) البيهقي:

أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ.

* السنن الكبرى طبعة مكتبة دار الباز مكة المكرمة سنة ١٩٩٤.

(٤) الترمذي:

محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي المتوفى سنة ٢٧٩هـ.

* سنن الترمذي طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٥) ابن الجوزي:

عبد الرحمن بن علي بن الجوزي المتوفى سنة ٥٩٧هـ.

* العلل المتناهية - طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٤٠٣هـ.

(٦) الحاكم:

محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري المتوفى سنة ٤٠٥هـ.

* المستدرک علی الصحيحین - طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٠م.

(٧) ابن حبان:

محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي المتوفى سنة ٣٥٤هـ.

* صحيح ابن حبان - طبعة مؤسسة الرسالة بيروت سنة ١٩٩٣م.

(٨) ابن حجر:

أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي العسقلاني الشهير بابن

حجر المتوفى سنة ٨٥٢هـ.

* فتح الباري شرح صحيح البخاري طبعة دار المعرفة بيروت.

* التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير طبعة مؤسسة قرطبة

* الدراية في تخريج أحاديث الهداية طبعة دار المعرفة.

(٩) أبو داود:

سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي المتوفى سنة ٢٧٥هـ.

* سنن أبي داود - طبعة دار الفكر بتحقيق الشيخ/محمد محي الدين عبد الحميد.

(١٠) الدارمي:

عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي المتوفى سنة ٢٥٥هـ.

* سنن الدارمي - طبعة دار الكتاب العربي بيروت - بيروت سنة ١٤٠٧هـ.

(١١) الدارقطني:

علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي المتوفى سنة ٢٨٥هـ.

* طبعة دار المعرفة سنة ١٩٦٦م.

(١٢) الزيلعي:

الحافظ جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي المتوفى سنة ٧٠٢هـ.

* نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية - طبعة دار الحديث.

(١٣) السخاوي:

شمس الدين محمد بن عبد الرحمن بن محمد المتوفى سنة ٢٠٢هـ.

* المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة ط دار

الهجرة ١٩٨٦م.

(١٤) الشوكاني:

الإمام محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ.

* نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - طبعة دار التراث - وطبعة دار الحديث.

* الدراري المضيئة - طبعة دار الجيل سنة ١٩٨٧م.

(١٥) الكناني:

أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكنائي المتوفى سنة ٨٤٠هـ.

* مصباح الزجاجة طبعة دار العربية - بيروت.

(١٦) ابن أبي شيبة:

أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة المتوفى ٣٣٥هـ.

* مصنف ابن أبي شيبة - طبعة دار الفكر وطبعة مكتبة الرشيد بالرياض سنة ١٤٠٩هـ بتحقيق كمال يوسف الحوت.

(١٧) ابن الصلاح:

عثمان بن عبد الرحمن تقي الدين أبو عمرو المتوفى سنة ٦٤٣هـ.

* مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث - طبعة عالم الكتب.

(١٨) الطبراني:

سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني المتوفى سنة ٣٦٠هـ.

* المعجم الكبير طبعة مكتبة العلوم والحكم سنة ١٩٨٣م.

(١٩) أبو الطيب:

محمد شمس الحق العظيم آبادي.

* عون المعبود شرح سنن أبي داود - طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة

١٤١٥هـ.

(٢٠) ابن ماجه:

محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني المعروف بابن ماجه.

* سنن ابن ماجه - طبعة دار الفكر - بيروت.

(٢١) مسلم:

مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١هـ.
* صحيح مسلم - طبعة دار إحياء التراث العربي بتحقيق الدكتور/محمد فؤاد عبد الباقي.

(٢٢) ابن منصور:

الإمام سعيد بن منصور المتوفى سنة ٢٢٧هـ.
* سنن سعيد بن منصور - طبعة دار العصيمي بالرياض.

(٢٣) النسائي:

أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي المتوفى سنة ٣٠٣هـ.
* سنن النسائي - المجتبى - طبعة مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب سنة ١٩٨٦م بتحقيق الدكتور/عبد الفتاح أبو غدة.

(٢٤) النووي:

أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ.
* شرح النووي على صحيح مسلم - طبعة دار إحياء التراث العربي.
(٢٥) الهيتمي:

علي بن أبي بكر الهيتمي المتوفى سنة ٨٠٧هـ.
* مجمع الزوائد - طبعة دار الريان للتراث.

ثالثاً: اللغة العربية ولغة الفقه:

(١) الجرجاني:

علي بن محمد بن علي الجرجاني المتوفى ٨١٦هـ.
* التعريفات - طبعة الكتاب العربي بيروت بتحقيق إبراهيم الإبياري.

(٢) الرازي:

محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي المتوفى عام ٧٢١هـ.
* مختار الصحاح - طبعة مكتبة لبنان سنة ١٩٩٥م بتحقيق د/محمود خاطر.

(٣) الرصاع:

محمد بن قاسم الرصاع الأنصاري أبو عبد الله المتوفى سنة ٨٩٤هـ.
* شرح حدود ابن عرفة - طبعة المكتبة العلمية.

(٤) الفيومي:

أحمد بن محمد بن علي الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ.
* المصباح المنير في عريب الشرح الكبير طبعة المكتبة العلمية.

(٥) المجمع:

مجمع اللغة العربية.
* المعجم الوجيز - طبعة وزارة التربية والتعليم بجمهورية مصر العربية.

(٦) ابن منظور:

محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري المتوفى سنة ٧١١هـ.
* لسان العربي - طبعة دار صادر.

(٧) المناوي:

محمد عبد الرؤوف المناوي.
* التوقيف على مهمات التعاريف بتحقيق د/محمد رضوان الداية ط دار الفكر.

رابعاً : فقه المذاهب وقواعده:

(أ) فقه المذاهب :

أولاً : الفقه الحنفي :

(١) البابرّي :

محمد بن محمد بن محمود البابرّي المتوفى سنة ٧٨٦هـ.

* العناية شرح الهداية - طبعة دار الفكر - بيروت.

(٢) البغدادي :

أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي المتوفى سنة ١٠٣٠هـ.

* مجمع الضمانات - طبعة دار الكتاب الإسلامي.

(٣) حيدر :

علي حيدر المتوفى سنة ١٣٥٣هـ.

* درر الحكام شرح مجلة الأحكام - طبعة دار الفكر - بيروت.

(٤) الزيلعي :

عثمان بن علي بن محجن (فخر الدين الزيلعي) المتوفى سنة ٧٤٣هـ.

* تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق - طبعة دار الكتاب الإسلامي - بيروت.

(٥) السرخسي :

محمد بن أحمد بن سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣هـ.

* المبسوط - طبعة دار المعرفة - بيروت.

(٦) شيخي زاده :

عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان شيخي زاده المتوفى سنة ١٠٧٨هـ.

* مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - طبعة دار إحياء التراث العربي.

(٧) الطرابلسي :

علاء الدين بن خليل الطرابلسي المتوفى سنة ٨٤٤هـ.

* معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام - طبعة دار الفكر.

(٨) الكاساني :

أبو بكر مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ.

* بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - طبعة دار الكتب العربية.

(٩) المرغيناني :

علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ.

* الهداية شرح البداية - طبعة المكتبة الإسلامية - بيروت.

(٨) ابن عابدين :

محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم بن نجم الدين بن

محمد صلاح الدين المعروف بابن عابدين - المتوفى سنة ١٢٥٢هـ.

* رد المحتار على الدر المختار - طبعة دار الفكر - بيروت.

* العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية.

(٩) نظام الدين :

الشيخ نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند.

* الفتاوى الهندية - طبعة دار الفكر - بيروت.

(١٠) الموصلي :

عبد الله بن محمود.

* الاختيار لتعليل المختار طبعة مصطفى الحلبي.

(١١) منلا خسرو :

محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو المتوفى سنة ٨٨٥هـ.

* درر الحكام في شرح غرر الأحكام.

(١٢) ابن الهمام:

كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ.

* شرح فتح القدير - طبعة دار الفكر - بيروت.

(١٣) ابن نجيم:

زين الدين ابن إبراهيم ابن محمد ابن بكر المعروف بابن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٧٩٠هـ.

* البحر الرائق شرح كنز الدقائق - طبعة دار الكتاب الإسلامي بيروت.

ثانياً: الفقه المالكي:

(١) الباجي:

سليمان بن خلف الباجي.

* المننقى شرح الموطأ - طبعة دار الكتاب الإسلامي.

(٢) ابن جزي:

محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي.

* القوانين الفقهية (مجهولة).

(٣) الحطاب:

أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيصي المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ.

* مواهب الجليل شرح مختصر خليل - طبعة دار الفكر.

(٤) الخرشي:

محمد بن عبد الله الخرشي.

* شرح مختصر خليل - طبعة دار الفكر.

(٥) الدردير:

محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي المتوفى سنة ١٢٠١هـ:

* الشرح الكبير على مختصر خليل - طبعة دار الكتب العربية.

(٦) الدسوقي:

محمد بن عرفة الدسوقي الأزهرى المتوفى ١٢٣٠هـ.

* حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مطبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٧) ابن رشد:

أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة ٥٩٥هـ.

* بداية المجتهد ونهاية المقتصد - طبعة دار الفكر - بيروت.

(٨) الزرقاني:

محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المتوفى سنة ١١٢٢هـ.

* شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.

(٩) سحنون:

سحنون بن سعيد بن حبيب التتوخي.

* المدونة الكبرى - طبعة دار صادر بيروت.

(١٠) ابن الشَّاص:

أبو القاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الأنصاري المعروف بابن الشَّاص.

* إدرار الشروق على أنواء الفروق - طبعة عالم الكتب.

(١١) الصاوي:

أحمد بن محمد الخلوّتي الشهير (بالصاوي) نسبة إلى صاء الحجر المتوفى سنة ١٢٤١هـ.

* بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير - طبعة دار المعارف.

(١٢) ابن عبد البر:

أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري المتوفى سنة ٤٦٣هـ.

* التمهيد لما في الموطأ من أسانيد - طبعة وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية بالمغرب.

(١٣) عليش:

محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله المعروف بالشيخ عليش المتوفى سنة ١٢٩٩هـ.

* منح الجليل شرح مختصر خليل - طبعة دار الفكر.

(١٤) العدوي:

أحمد بن محمد بن مكرم الصعيدي العدوي المتوفى سنة ١١٨٩هـ.

* حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - طبعة دار الفكر.

(١٥) ابن فرجون:

برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن محمد بن القاسم بن محمد بن فرجون المتوفى سنة ٧٩٩هـ.

* تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

(١٦) المواق:

محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي المتوفى سنة ٨٩٧هـ.

* الناج والإكليل لمختصر خليل - طبعة دار الكتب العلمية.

(١٧) ميارة:

محمد بن أحمد بن محمد الفاسي الشهير بـ (ميارة) المتوفى سنة ١٠٧٢هـ.

* الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة - طبعة دار المعارف.

(١٨) النفراوي:

أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المتوفى سنة ١١٢٥هـ.

* الفواكه الدواني - طبعة دار الفكر بيروت.

ثالثاً : الفقه الشافعي :

(١) الأنصاري:

زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري المتوفى سنة ٩٢٦هـ.

* أسنى المطالب شرح روض الطالب - طبعة دار الكتاب الإسلامي.

(٢) البجيرمي:

سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المتوفى سنة ١١٣١هـ.

* تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بحاشية البجيرمي - طبعة دار

الفكر - بيروت.

(٣) الرملي :

شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي الشافعي المتوفى سنة ٩٥٧هـ.

* نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - طبعة دار الفكر بيروت.

(٤) السبكي:

علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي الأنصاري المتوفى سنة ٧٥٦هـ.

* فتاوى السبكي - طبعة دار المعارف.

(٥) الشافعي:

محمد بن إدريس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد المطلب

المتوفى سنة ٢٠٤هـ.

* الأم - طبعة دار المعرفة.

(٦) الشربيني:

محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ.

* مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - طبعة دار الكتب العلمية.

(٧) الشيرازي:

عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله الشيرازي العدوي الشيرازي المتوفى سنة

٥٨٩هـ.

* المذهب - طبعة دار الفكر - بيروت.

(٨) عميرة:

شهاب الدين أحمد البرلسي المصري الملقب بعميرة المتوفى سنة ٩٥٧هـ.

* حاشية عميرة على المنهاج وشرحه للجلال المحلي - طبعة دار إحياء الكتب

العربية.

(٩) القليوبي:

أحمد بن أحمد بن سلامة أبو العباس القليوبي المتوفى سنة ١٠٧٠هـ.
* حاشية القليوبي على المنهاج لجلال الدين المحلي - طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(١٠) النووي:

يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام
وكنيته أبو زكريا المتوفى سنة ٦٧٦هـ.
* المجموع شرح المهذب - طبعة مطبعة المنيرية.

(١١) الهيثمي:

أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي.
* تحفة المحتاج في شرح المنهاج - طبعة دار إحياء التراث العربي.

رابعاً: الفقه الحنبلي:

(١) البهوتي:

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ.
* كشف القناع عن متن الإقناع - ط دار الفكر ببيروت.
* شرح منتهى الإرادات - طبعة عالم الكتب.

(٢) ابن تيمية:

أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية أبو العباس الحراني
المتوفى سنة ٧٢٨هـ.

* الفتاوى الكبرى - طبعة دار الكتب العلمية.
* مجموعة كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية - طبعة مكتبة ابن تيمية.

(٣) الرحيباني:

مصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني المتوفى سنة ١٢٤٣هـ.

* مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى - طبعة المكتب الإسلامي.

(٤) ابن قدامة:

عبد الله بن قدامة المقدسي المتوفى سنة

* المغني - طبعة دار إحياء التراث العربي وطبعة دار الفكر - بيروت.

* الكافي في فقه ابن حنبل - طبعة المكتب الإسلامي - بيروت.

(٥) ابن مفلح:

شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي المتوفى سنة ٧٦٢هـ.

* الفروع - طبعة دار الكتب العلمية.

(٦) ابن مفلح:

إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي إيو إسحاق المتوفى سنة

٨٨٤هـ.

* المبدع - طبعة المكتب الإسلامي بيروت.

(٧) المرداوي:

علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرداوي المتوفى سنة ٨٨٥هـ.

* الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف - طبعة دار إحياء التراث العربي.

خامساً: الفقه الظاهري:

(١) ابن حزم:

أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم.

* المحلى بالآثار.

سادسًا : الفقه الزيدي:

(١) العنسي:

القاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني.

* التاج المذهب لأحكام المذهب - طبعة مكتبة اليمن الكبرى.

(٢) المرتضى:

أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ.

* البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار -- طبعة دار الكتاب الإسلامي.

ثامنًا : الفقه الأباضي :

(١) أطفيش:

محمد بن يوسف بن عيسى - المتوفى عام ١٣٣٢هـ.

* شرح النيل وشفاء العليل - طبعة مكتبة الإرشاد بجدة.

تاسعًا: الفقه الإمامي:

(١) العاملي:

زين الدين بن علي بن أحمد العاملي المتوفى سنة ٩٦٦هـ.

* الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية - طبعة دار العالم الإسلامي.

(٢) المحقق الحلي:

أبو القاسم جعفر بن الحسن بن يحيى الهذلي.

* شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام طبعة مؤسسة مطبوعاتي

إسماعيليان.

(ب) القواعد الفقهية:

(١) ابن رجب:

أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد المتوفى سنة ٧٩٥هـ.

* القواعد الفقهية لابن رجب - طبعة دار المعرفة.

(٢) الحموي:

أحمد بن محمد الحنفي الحموي.

* غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي - طبعة دار الكتب العلمية.

(٣) الزركشي:

بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي المتوفى سنة ٧٩٤هـ.

* المنشور في القواعد - طبعة وزارة الأوقاف الكويتية.

(٤) السيوطي:

جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ.

* الأشباه والنظائر - طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

(٥) عزام:

أستاذنا الدكتور/ عبد العزيز محمد عزام.

* القواعد الفقهية دراسة علمية تحليلية مقارنة - طبعة مكتب الرسالة الدولية

للطباعة والكمبيوتر بالقاهرة عام ٢٠٠١م.

(٦) ابن عبد السلام:

أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٦٠هـ.

* قواعد الأحكام في مصالح الأنام - طبعة دار الكتب العلمية.

(٧) القرافي:

شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المتوفى سنة ٦٨٤هـ.
* أنوار البروق في أنواع الفروق - طبعة عالم الكتب.

(٨) الكرابيسي:

أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري المتوفى سنة ٥٧٠هـ.
* الفروق - طبعة وزارة الأوقاف الكويتية.

خامساً : أصول الفقه :

(١) ابن أمير:

ابن أمير الحاج المتوفى سنة ٨٧٩هـ.
* التقرير والتحرير في شرح التحرير طبعة دار الكتب العلمية.

(٢) البخاري:

علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى سنة ٧٣٠هـ.
* كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي - طبعة دار الكتاب الإسلامي.

(٣) التفتازاني:

سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني المتوفى سنة ٧٩٣هـ.
* التلويح على التوضيح - طبعة مكتبة صبيح بالقاهرة.

(٤) الجصاص:

أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ.
* الفصول في الأصول طبعة وزارة الأوقاف الكويتية.

(٥) ابن حزم:

أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم.

* الإحكام في أصول الأحكام طبعة دار الحديث.

(٦) الزركشي:

بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المتوفى سنة ٧٤٥هـ.

* البحر المحيط طبعة - دار الكتب.

(٧) الشاطبي:

إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المعروف بالشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠هـ.

* الموافقات في أصول الشريعة - طبعة دار المعرفة.

(٨) العطار:

حسن بن محمد بن محمود العطار.

* حاشية العطار على شرح المحلى على جمع الجوامع - طبعة دار الكتب العلمية.

(٩) الغزالي:

حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ.

* المستصفى في علم الأصول - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.

سابعاً : التاريخ والسير:

(١) البغدادي:

أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي المتوفى سنة ٤٦٣هـ.

* تاريخ بغداد طبعة دار الكتب العلمية.

(٢) حاجي خليفة:

الأديب مصطفى بن عبد الله.

* كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون طبعة دار الكتب العلمية.

(٣) الحموي:

ياقوت بن عبد الله الحموي المتوفى سنة ٦٢٦هـ.

* معجم البلدان طبعة دار الفكر - بيروت.

(٤) ابن الجوزي:

عبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي بن الجوزي المتوفى سنة ٥٩٧هـ.

* المنتظم في تاريخ الملوك والأمم - طبعة دار صادر.

(٥) ابن خلدون:

عبد الرحمن محمد بن خلدون الحضرمي.

* مقدمة ابن خلدون طبعة دار القلم سنة ١٩٨٤م وطبعة لجنة البيان العربي.

(٦) الدمشقي:

عبد الحي بن أحمد العكبري الدمشقي المتوفى سنة ١٠٨٩.

* شذرات الذهب في أخبار من ذهب - طبعة دار الكتب العلمية.

(٧) الذهبي:

محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨هـ.

* سير أعلام النبلاء - طبعة مؤسسة الرسالة بيروت.

(٨) ابن كثير:

إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي.

* البداية والنهاية - طبعة مكتبة المعارف.

(٩) القنوجي:

صديق بن حسن القنوجي.

* أبجد العلوم طبعة دار الكتب العلمية.

(١٠) ابن ملكان:

أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن ملكان المتوفى سنة ٦٨١هـ.

* وفيات الأعيان وأنباء الزمان - طبعة دار الثقافة بيروت.

(١١) ابن النديم:

محمد بن إسحاق أبو الفرج النديم.

* الفهرست - طبعة دار المعرفة بيروت.

(١٢) أبو يعلى:

القاضي محمد بن أبي يعلى أبو الحسن المتوفى سنة ٥٢١هـ.

* طبقات الحنابلة - طبعة دار المعرفة بيروت.

سادساً: المراجع الفقهيّة الحديثة:

(١) البوطي:

محمد سعيد رمضان البوطي.

* الحقوق المعنوية (بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة لمناقشة موضوع الحقوق المعنوية في دورة مؤتمره الخامس ١٤٠٩هـ).

(٢) الجندي:

د/محمد الشحات الجندي.

* حماية حق المؤلف من منظور إسلامي (بحث مقدم ضمن أعمال ندوة حقوق المؤلف التي عقدت بمركز صالح كامل - جامعة الأزهر ١٩٩٦م).

(٣) حماد:

الأستاذ الدكتور/مصباح المتولي السيد حماد.

* حكم بيع الثمار على رؤوس أشجارها والزرع في أرضها مفردة بحث فقهي مقارن - طبعة المكتبة الأزهرية للتراث سنة ١٩٩٩م.

(٤) الدريني:

د/فتحي الدريني.

* حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن - طبعة مؤسسة الرسالة.

(٥) زيدان:

د/عبد الكريم زيدان.

* المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - طبعة مؤسسة الرسالة.

(٦) الزرقا:

د/مصطفى الزرقا.

* المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي طبعة دار الفكر

بيروت.

(٧) شلبي:

د/محمد مصطفى شلبي.

* المدخل في الفقه الإسلامي طبعة الدار الجامعية ١٩٨٥ م.

(٨) طهماز

د/عبد الحميد طهماز.

* حق التأليف والتوزيع والنشر والترجمة - طبعة مؤسسة الرسالة بحث مطبوع مع كتاب حق الابتكار السابق.

(٩) أبو زيد:

بكر بن عبد الله.

* فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة طبعة مؤسسة الرسالة.

(١٠) عيسوي:

د/عيسوي أحمد عيسوي.

* الفقه الإسلامي المدخل ونظرية العقد.

(١١) غاوجي:

وهبي سليمان الغاوجي.

* حق التأليف بحث مطبوع مع كتاب حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن.

(١٢) مطلوب:

عبد المجيد مطلوب.

* أحكام الوصية والوقف - طبعة دار النهضة سنة ١٩٩١ م.

(١٣) النشيمي:

د/عجيل جاسم.

* الحقوق المعنوية بيع الإسم التجاري مقدم لمجمع الفقه الإسلامي السابق.

(١٤) أبو الفتح:

الشيخ أحمد أبو الفتح.

* المعاملات في الشريعة الإسلامية - طبعة دار النهضة.

ثامناً: المعارف العامة:

(١) الجاحظ:

أبو عثمان عمرو بن بحر الجاحظ المتوفى سنة ٢٥٥هـ.

* الحيوان بتحقيق د/عبد السلام هارون ط الحلبي.

(٢) الجندي:

مجاهد توفيق الجندي.

* موسوعة الفنون الإسلامية الوراقّة والوراقون رقم "٢" أبو حيان التوحّيدي

الخطاط الباهر والوراق الماهر طبعة سنة ٢٠٠٠.

(٣) السمعاتي:

عبد الكريم بن محمد بن منصور أبو سعد التميمي السمعاتي - المتوفى سنة

٥٦٢هـ.

* أدب الإملاء والاستملاء - طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

(٤) السيوطي:

جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي المتوفى سنة

٩١١هـ.

* الفارق بين المصنف والسارق - بحث منشور في نهاية أعمال ندوة حقوق

المؤلف - مركز صالح كامل - جامعة الأزهر ١٩٩٦م تحت قسم توثيقات.

(٥) ابن قيم الجوزية:

أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي المتوفى سنة ٧٥١هـ.

- * إعلام الموقعين عن رب العالمين - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.
- * الطرق الحكيمة طبعة دار البيان.

تاسعاً: الدوريات:

(١) الموسوعات الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية مجلة المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي العدد الخامس - المجلد الثالث - ١٩٨٨.

(٢) مجلة كلية الشريعة والقانون العدد الثامن عشر.

(٣) مجلة هدى الإسلام (الأردن) المجلد ٢٥ العدد السابع والعدد الثامن ١٤٠١هـ.

القسم الثاني

مراجع الفقه القانوني ومصادره

المراجع القانونية:

(١) إبراهيم أحمد إبراهيم.

- * حماية حق المؤلف في تشريعات الدول العربية "بحث مقدم في ندوة حقوق المؤلف - مدخل إسلامي - التي عقدت بمركز صالح كامل في الفترة ما بين ١ - ٢ يونيو عام ١٩٩٦م".

(٢) حسام الدين الأهواني:

- * عقد الإيجار طبعة ١٩٩٨م.

* مقدمة القانون المدني (نظرية الحق)، طبعة ١٩٧٢م.

* النظرية العامة للالتزام - المجلد الأول المصادر الإدارية - طبعة سنة ٢٠٠٠م.

(٣) عبد المنعم البدر اوي :

* الوجيز في عقد البيع - طبعة سنة ١٩٩٨م.

* المدخل للعلوم القانونية - طبعة ١٩٦٢م.

(٤) سمير عبد السيد تناغو :

* مصادر الالتزام - طبعة سنة ٢٠٠٠م.

* النظرية العامة للقانون - طبعة منشأة المعارف بالاسكندرية - طبعة سنة ١٩٧٤م.

(٥) ثروت حبيب :

* قانون التجارة الدولية - طبعة سنة ١٩٧٥م.

(٦) عبد الحي حجازي :

* النظرية العامة للالتزام.

(٧) لطفي خاطر:

* الموسوعة الشاملة في قوانين حق المؤلف طبعة ١٩٩٤.

(٨) عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير :

* الحق المالي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المدني - طبعة سنة

١٩٨٨م. مكتبة وهبة.

* نظرات حول موقف الإسلام من الحق المالي للمؤلف "بحث ضمن أعمال

ندوة حقوق المؤلف التي عقدت بمركز صالح كامل ١٩٩٦م".

(٩) أنور محمد دبور :

* نظام استغلال الأراضي الزراعية، الجزء الأول عقد الإيجار طبعة سنة ١٩٨٧م.

(١٠) محمد السعيد رشدي :

* عقد النشر طبعة سنة ١٩٨٨م.

(١١) محمود جمال الدين زكي :

* عقد الإيجار في القانون المدني المصري - طبعة سنة ١٩٩٨م. مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر.

* دروس في مقدمة في الدراسات القانونية - طبعة سنة ١٩٦٩م.

(١٢) حسن الزنون :

* عقد البيع - طبعة سنة ١٩٥٤م.

(١٣) رمضان أبو السعود :

* الحقوق وغيرها من المراكز القانونية الأخرى .

* المدخل إلى القانون - طبعة دار الجامعة، سنة ١٩٨٦م.

(١٤) أنور سلطان :

* الموجز في النظرية العامة للالتزام - طبعة سنة ١٩٦٢م.

(١٥) عبد الرازق السنهوري :

* الوسيط في شرح القانون المدني الجزء

* الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع - طبعة سنة ١٩٦٤م.

* الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن - طبعة سنة ١٩٦٧م.

(١٦) عبد الرازق السنهوري :

* انتقال الحق المالي للمؤلف وبحث ضمن أعمال ندوة حق المؤلف التي عقدت
بمركز صالح كامل عام ١٩٩٦م.

(١٧) أحمد سلامة :

* المدخل لدراسة القانون - الكتاب الثاني مقدمة القانون المدني - طبعة سنة
١٩٧٤م.

(١٨) جميل شرقاوي :

* النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - طبعة دار
النهضة العربية.

(١٩) محمد نبيب شنب :

* شرح أحكام عقد الإيجار.

* دروس في نظرية الحق.

(٢٠) عبد المنعم فرج الصدة :

* حق الملكية - طبعة سنة ١٩٦٤م.

* مصادر الالتزام - طبعة دار النهضة العربية.

(٢١) عبد الفتاح عبد الباقي :

* عقد الإيجار طبعة

(٢٢) محمد كمال عبد العزيز :

* الوجيز في نظرية الحق - طبعة مكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة "مكتبة
الطالب".

(٢٣) حمدي عبد الرحمن :

* فكرة الحق - طبعة سنة ١٩٧٩م.

* أصول القانون - طبعة ١٩٩٦ م.

(٢٤) ثروت عبد الرحيم:

* شرح القانون التجاري المصري الجديد - طبعة دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠ م.

(٢٥) محمد حسين عبد العال:

* مبادئ القانون - طبعة النهضة العربية سنة ١٩٩٨ م.

(٢٦) جلال العدوي :

* الحقوق والمراكز القانونية الأخرى - طبعة سنة

(٢٧) محمد علي عرفه:

* شرح القانون المدني الجديد - حق الملكية - طبعة سنة ١٩٥٤ م.

(٢٨) محمد علي عمران:

* الوسيط في آثار الالتزام.

(٢٨) أحمد سويلم العمري:

* حقوق الإنتاج الذهني طبعة سنة ١٩٦٧.

(٢٩) علي جمال الدين عوض:

* القانون التجاري طبعة دار النهضة العربية.

(٣٠) إسماعيل غاتم:

* محاضرات في النظرية العامة للحق - طبعة سنة ١٩٦٦ م.

(٣١) حسن توفيق فرج:

* المدخل للعلوم القانونية - طبعة سنة ١٩٧٥ م.

(٣٢) مختار القاضي:

* حق المؤلف - طبعة سنة ١٩٦٨ م.

(٣٣) نواف كنعان:

(٣٤) حسن كيرة:

* أصول الحق - طبعة سنة ١٩٥٨ م.

(٣٥) محمد حسام محمود لطفي:

* حقوق المؤلف في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء دراسة للقانون المصري

رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ م. طبعة سنة ٢٠٠٠ م.

(٣٦) عبد الرشيد مأمون:

* الحق الأدبي للمؤلف - النظرية العامة وتطبيقاتها - طبعة سنة ١٩٧٨ م. دار

النهضة العربية.

(٣٧) أبو اليزيد علي المتيت:

* الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية - طبعة سنة ١٩٦٧ م.

(٣٨) محمد عبد الرحمن محمد:

* الوجيز في عقد الإيجار - طبعة دار النهضة العربية بدون تاريخ.

(٣٩) سليمان مرقص:

* عقد الإيجار.

* عقد البيع - طبعة سنة ١٩٨٠ م.

(٤٠) عبد الحميد المنشاوي:

* حماية الملكية الفردية طبعة ٢٠٠١.

(٤١) منصور مصطفى منصور:

* عقد الإيجار - طبعة مكتبة وهبة.

(٤٢) محمد نزيه الصادق المهدي:

* النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - طبعة سنة ٢٠٠١ م.

(٤٣) الدكتور/ عبد الله مبروك النجار :

* التعسف في استعمال حق النشر - دراسة فقهية مقارنة في الفقهين الإسلامي والوطني - طبعة دار النهضة العربية سنة ١٩٩٥م.

* نطاق الخطأ وتطبيقاته في مجال انتحال المؤلفات - طبعة دار النهضة العربية عام ١٩٩٥م.

* الحق الأدبي للمؤلف - طبعة دار المريح عام ٢٠٠٠م.

* تطور أساليب حماية حق المؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المقارن (بحث ضمن أعمال ندوة حقوق المؤلف التي عقدت بمركز صالح كامل ١٩٩٦م).

* الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون دراسة مقارنة - طبعة دار النهضة ١٩٩٠م.

(٤٤) شمس الدين الوكيل:

* مبادئ القانون.

(٤٥) رضا عبد الحميد وهدان:

* التوازن المفقود في استغلال الحق المالي للمؤلف "بحث ضمن أعمال ندوة صالح كامل عام ١٩٩٦م".

(٤٦) عبد الودود يحي:

* مبادئ القانون - طبعة سنة ١٩٧٠م.

القسم الثالث
الرسائل العلمية
المقابلة بين الشريعة والقانون

(١) الأتاسي:

زهير عبد الرحمن الأتاسي.

* الحماية الشرعية والقانونية لحق المؤلف - رسالة (ماجستير) بمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة تحت رقم ٢٩٩٨.

(٢) العناني:

أحمد عبد الحكيم العناني.

* عقد المقابلة في الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة عام ١٩٨٩م.

(٣) عبد الصادق:

محمد سامي عبد الصادق.

* حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة - رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام ٢٠٠٠.

الخاتمة

أهم نتائج البحث

من خلال هذه الدراسة نستطيع أن نستخلص النتائج الآتية:

- (١) أن عقد النشر يعتبر من أهم الصور العملية لاستغلال المؤلف لنتاجه الذهني، وأنه لا يرد إلا على الحقوق المالية التي يشتمل عليها هذا النتاج، دون الحقوق الأدبية التي لا نقبل بدورنا التصرف فيها، ولا التنازل عنها.
- (٢) أن عقد النشر باعتباره عقدًا من عقود الاستغلال فإنه يمثل صورة حديثة وتطبيقًا معاصرًا من تطبيقات عقد الإجارة في الفقه الإسلامي فيطبق عليه من أحكام عقد الإجارة ما يتوافق وطبيعة محله.
- (٣) أن انتقال الحق في الاستغلال إلى الناشر لا يعني إطلاق يده في العمل الفكري يتصرف فيه كيف شاء؛ فهو محكوم بحقوق أدبية، تجعله مقيدًا في جميع تصرفاته فهو لا يملك الامتناع عن نشر العمل، ولا تغيير نسبة المصنف لصاحبه، ولا تعديل شيء من المادة العلمية التي اشتمل عليها المصنف ولا أن يمنع المؤلف من استعمال حقه في السحب والتعديل بالضوابط الشرعية والقانونية التي ذكرناها.
- (٤) أن عملية النشر لا تمثل مجرد ميزة للناشر يستجلب الربح المادي عن طريقها، بل هي واجب مفروض عليه بما تتطوي عليه: من حق أدبي للمؤلف، بالإضافة إلى حق الله تعالى القاضي بوجوب نشر العلم وتحريم كتمانها.
- (٥) أن الاعتراف باستحقاق المؤلف للمقابل المالي مقابل جهده في التأليف، ومقابل بذل علمه لا يقدح في كون العمل التألوفي طاعة خالصة لله تعالى يستحق المؤلف عليها الثواب الكامل من الله تعالى، بل إن استحقاق

المؤلف لهذا المقابل من شأنه أن يساعد على ازدياد الثروة الثقافية للأمة، والارتقاء بقدر العلماء الذين جعلهم الله ورثة للأنبياء.

(٦) على الرغم من الأهمية العلمية والعلمية لهذا العقد إلا أنه لا يزال في التشريع المصري عقدًا غير مسمى لا يوجد له تنظيم خاص على غرار بعض الدول الأخرى، وعندما صدر القانون الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م لم يذكر من قريب أو بعيد شيئاً عن أحكام هذا العقد واقتصر على ذكر بعض العبارات العامة التي كان يذكرها القانون السابق ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن تقدير المقابل المالي وبشأن الالتزام بعدم التعرض، وهذان الحكمان يدخلان في تنظيم جميع العقود التي ترد على الحق المالي ولا تخص عقد النشر خاصة، والحسنة التي تذكر لهذا القانون أنه جوز تعديل المقابل المالي إذا ما تبين للمؤلف أن الاتفاق الحاصل بشأن المقابل المالي كان مجحفاً به أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد (مادة ١٥١).

وفي مجال الحقوق الأدبية فإن المادتين (١٤٤، ١٤٣) من التشريع الجديد تضمنتا النص على هذه الحقوق وهما تقابلان نص المادة الخامسة، والمادة السابعة من حيث التشريع السابق إلا أن نص المادة الخامسة من القانون السابق تفوق من الصياغة والمضمون نص المادة (١٤٣) حيث إن عبارة (وخلفه العام) الواردة في نص المادة ١٤٣ تطلق يد الورثة في استعمال حق تقرير النشر في حين أنه حق شخصي يقوم على الاعتبارات النفسية الخاصة بالمؤلف ولذا فإننا نرى في هذا المجال حذف عبارة (وخلفه العام) الواردة في النص المشار إليه واستبدالها بكلمة (وحده) الواردة في نص المادة الخامسة من التشريع السابق.

فَهْرِسُ الْمَوْضُوعَاتِ

٥	الإهداء.....
٧	كلمة الشكر والتقدير.....
٩	مقدمة الرسالة.....

الباب التمهيدي

١٥	تكوين عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني.....
١٧	بيان محتويات الباب الأول.....

الفصل الأول

١٩	عريف عقد النشر وخصائصه في الفقه الإسلامي والقانون المدني
٢١	المبحث الأول: تعريف عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني
٢١	أولاً: تعريف عقد النشر في اللغة:.....
٢٢	ثانياً: تعريف عقد النشر في الفقه الإسلامي.....
٢٦	ثالثاً: تعريف عقد النشر في القانون المدني.....
٣٣	المبحث الثاني: خصائص عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني .
٣٣	أولاً: أنه عقد معاوضة.....
٣٤	ثانياً: أنه عقد شكلي.....
٣٥	ثالثاً: أنه عقد مؤقت.....

رابعاً: أنه عقد مختلط ٣٧

الفصل الثاني

أركان عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني ٣٩

المبحث الأول: العاقدان في عقد النشر وشرطهما في الفقه الإسلامي والقانون

المدني ٤١

المطلب الأول: العاقدان في الفقه الإسلامي والقانون المدني ٤٣

الفرع الأول: المؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المدني ٤٣

أولاً: تعريف المؤلف في اللغة ٤٣

ثانياً: تعريف المؤلف في الفقه الإسلامي ٤٤

ثالثاً: تعريف المؤلف في القانون المدني ٥١

الفرع الثاني: الناشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني ٥٧

مفهوم الناشر في الفقه الإسلامي ٥٧

تعريف الناشر في القانون المدني ٥٩

المطلب الثاني: شرط العاقدين في عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون

المدني ٦١

أولاً: أهلية الناشر ٦١

ثانيًا: أهلية المؤلف	٦٣
المبحث الثاني: محل عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٦٧
المطلب الأول: المصنف في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٦٩
المطلب الثاني: شروط المصنف في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٧٣
المبحث الثالث: صيغة عقد النشر	٧٩
أولاً: الصيغة اللفظية	٧٩
ثانيًا: الصيغة غير اللفظية	٨٠
التعاقد بالكتابة	٨١
صيغة عقد النشر في القانون المدني	٨٣
التكييف القانوني لشرط الكتابة	٨٤

الفصل الثالث

طبيعة عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٨٧
المبحث الأول: الفرق بين عقد النشر وغيره من عقود المعاوضات المتشابهة معه	٨٩
المطلب الأول: عقد النشر وعقد البيع في الفقه والقانون	٩١
المطلب الثاني: عقد النشر وعقد الإجارة	٩٧

المطلب الثالث: عقد النشر وعقد الاستصناع	١٠٥
المطلب الرابع: عقد النشر وعقد التصرف في الحق المالي	١١٣
المطلب الخامس: عقد النشر وعقد التوزيع	١١٧
المبحث الثاني: صور عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني	١٢١
الاتجاه الأول: الإتجاه الموسع	١٢١
أولاً: التنازل عن حق الاستغلال	١٢١
ثانياً: الطبع على نفقة المؤلف	١٢٢
ثالثاً: الحساب المشترك	١٢٣
الاتجاه الثاني: الإتجاه المضيق	١٢٣
موقف الفقه الإسلامي من صور عقد النشر	١٢٤
رأينا الخاص في شأن تحديد صور عقد النشر	١٢٥
المبحث الثالث : آراء الفقهاء في تكيف عقد النشر في الفقهين الإسلامي والوضعي	١٢٧
رأينا الخاص في شأن تكيف عقد النشر	١٣٥
الباب الأول	
التزامات المؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المدني	١٣٧

الفصل الأول

- الالتزام بالتسليم في الفقه الإسلامي والقانون المدني ١٤١
- المبحث الأول: مضمون الالتزام بالتسليم في الفقه الإسلامي والقانون المدني ١٤٣
- المبحث الثاني: زمان الالتزام بالتسليم في الفقه الإسلامي والقانون المدني ١٤٩
- المطلب الأول: التنازع بين الحق في تقرير النشر والالتزام بالتسليم ١٥٣
- الفرع الأول: حكم التعاقد على نشر مصنف لم يؤلف بعد ١٥٩
- الفرع الثاني: التعاقد بشأن مصنف متتابع الأجزاء ١٦٩
- الفرع الثالث: التعاقد على العين الغائبة ١٧٣
- المطلب الثاني: الامتناع عن التسليم بسبب قوة قاهرة ١٧٩
- المطلب الثالث: الامتناع عن التسليم لحين استيفاء الأجر ١٨١
- المبحث الثالث: توابع الالتزام بالتسليم (الالتزام بتصحيح تجارب الطباعة) ١٨٩
- المبحث الرابع: الأثر المترتب على الامتناع عن التسليم ١٩٣

الفصل الثاني

- الالتزام بعدم التعرض في الفقه الإسلامي والقانون المدني ١٩٩
- المبحث الأول: تعريف ضمان التعرض ودليل مشروعيته في الفقه الإسلامي
- والقانون المدني ٢٠١

المطلب الأول: تعريف ضمان التعرض في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٢٠٣
المطلب الثاني: أدلة مشروعية ضمان التعرض	٢٠٧
المبحث الثالث: أنواع التعرض الموجب للضمان في عقد النشر	٢١١
المطلب الأول: التعرض الصادر من المؤلف في الفقه والقانون	٢١٣
الفرع الأول: التدخل بسحب المصنف وتعديله	٢١٣
الفصل الأول: حكم السحب والتعديل في الفقه والقانون	٢١٥
الفصل الثاني: أسباب السحب والتعديل في الفقه والقانون	٢١٩
أولاً: الخطأ في مستند الرأي	٢١٩
ثانياً: تغير الاجتهاد	٢٢٢
ثالثاً: تغيير المذهب	٢٢٣
رابعاً: استظهار حكم مجتهد آخر	٢٢٤
أسباب السحب والتعديل في القانون المدني	٢٢٥
مسلك المشرع المصري من أسباب السحب والتعديل وتقدير هذا المسلك	٢٢٦
الفصل الثالث: أثر السحب على القوة الملزمة لعقد النشر	٢٣٣
الفرع الثاني: تعدد عقود النشر	٢٣٧
أولاً: حالة عدم التعارض الزمني بين العقدين	٢٣٧

٢٣٩	ثانيًا: حالة التعارض الزمني بين العقدين
٢٤١	الفرع الثالث : التعرض عن طريق بيع المصنف
٢٥١	المطلب الثاني : التعرض الصادر من الغير
	المبحث الثالث : الآثار المترتبة على ثبوت التعرض في الفقه الإسلامي
٢٥٣	والقانون المدني
٢٥٣	أولاً: وجوب إزالة أسباب التعرض
٢٥٥	ثانيًا: فسخ العقد
٢٥٦	ثالثًا: التعويض

الباب الثاني

٢٥٩	التزامات الناشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الفصل الأول

٢٦٣	الالتزام بالطبع والنشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني

المبحث الأول : أساس الالتزام بالطبع والنشر في الفقه الإسلامي والقانون

٢٦٥	المدني

المبحث الثاني: التزامات الناشر في مرحلة الطبع والإخراج في الفقه الإسلامي

٢٧٣	والقانون المدني

المطلب الأول: الالتزام بحرفية النص في الفقه الإسلامي والقانون المدني.	٢٧٥
الفرع الأول : مضمون الالتزام بحرفية النص	٢٨٣
الفرع الثاني : جزاء الإخلال بحرفية النص في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٢٨٣
الغصن الأول : أحكام الجزاء المدني عن اعتداء الناشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٢٨٣
أولاً: شروط تطبيق الجزاء المدني.....	٢٨٤
ثانياً: صور الجزاء المدني	٢٨٦
الغصن الثاني: الجزاء الجنائي عن اعتداء الناشر في الفقه والقانون	٢٨٧
المطلب الثاني: الالتزام بالعدد المتفق عليه.....	٢٩٣
المبحث الثالث: التزامات مرحلة النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٢٩٩

الفصل الثاني

الوفاء بالمقابل المالي في الفقهاء الإسلامي والوضعي.....	٢٩٩
المبحث الأول: مشروعية العوض في عقد النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٣٠١

المطلب الأول: أدلة المانعين لجواز أخذ العوض عن استغلال المصنفات

ومناقشتها ٣٠٥

الفرع الأول: الاستدلال بما يدل على وجوب نشر العلم وتحريم كتمانها ... ٣٠٧

الفرع الثاني: الاستدلال بعدم جواز أخذ الأجر على الطاعات ٣١٣

الفرع الثالث: الاستدلال بعدم تحقق عناصر الصفة المالية في الانتاج الذهني ٣١٩

المطلب الثاني: أدلة المجيزين لأخذ العوض في عقد النشر ٣٢٩

أولاً: الدليل من الكتاب ٣٢٩

ثانياً: الدليل من السنة ٣٣٠

ثالثاً: الدليل من المعقول ٣٣١

رابعاً: نصوص الاتفاقيات وقرارات المجامع ٣٣٤

المطلب الثالث: بيان الرأي الراجح ٣٣٧

المبحث الثاني : أحكام الوفاء بالمقابل المالي في الفقه الإسلامي والقانون

المدني ٣٣٩

المطلب الأول: ما يصلح أن يكون أجراً في عقد النشر ٣٤١

حكم جعل المنفعة أجراً في عقد النشر ٣٤٢

كون العوض نسبة مما يدره المصنف من ربح ٣٤٤

كون العوض جزءًا من المعقود عليه	٣٤٥
المطلب الثاني: مكان الوفاء بالأجر في الفقه والقانون	٣٤٩
المطلب الثالث: كيفية تقدير المقابل المالي في الفقه والقانون	٣٥٥
الإذن بالنشر دون تسمية أجر	٣٥٥
عدم تحديد الأجر	٣٥٧
الأجر الجزافي	٣٥٨
تقدير الأجر في عقد النشر الفاسد	٣٦٢
كيفية تقدير أجر المثل	٣٦٣
الصورة الأولى: تقدير أهل الخبرة السالمين من الغرض	٣٦٤
الصورة الثانية: التقدير بإقرار المدعى عليه	٣٦٤
الصورة الثالثة: التقدير بالشهادة الشرعية	٣٦٥
الصورة الرابعة: التقدير باليمين	٣٦٥
المطلب الرابع: تعديل أحكام الأجر في الفقه الإسلامي والقانون المدني ...	٣٦٧
المطلب الخامس : جزاء عدم الوفاء بالعوض في عقد النشر في الشريعة	
والقانون	٣٧١

الفصل الثالث

الالتزام باحترام الحقوق الأدبية في الفقه الإسلامي ٣٧٣

والقانون، المدني

المبحث الأول: مضمون الحق الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون المدني . ٣٧٥

المطلب الأول: تعريف الحق الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون المدني .. ٣٧٦

المطلب الثاني: خصائص الحق الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون المدني ٣٧٩

أولاً: أنه حق شخصي..... ٣٧٩

ثانياً: أنه حق مشترك ٣٩٠

ثالثاً: أنه حق دائم ٣٩٣

المطلب الثالث: أساس التزام الناشر باحترام الحقوق الأدبية في الفقه الإسلامي

والقانون المدني ٣٩٩

أولاً: الحق الأدبي أحد معطيات الحق الشرعي ٤٠٠

ثانياً: الحق الأدبي أحد معطيات الملك ٤٠٢

المبحث الثاني: عناصر الحق الأدبي ومدى احترام الناشر لها ٤٠٧

المطلب الأول: حق تقرير النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني ٤٠٩

الفرع الأول: أساس حق تقرير النشر في الفقه الإسلامي والقانون المدني: ٤١٣

الفرع الثاني: مدى تمسك المؤلف بحق تقرير النشر في مواجهة الناشر ..	٤٢٣
المطلب الثاني: حق النسبة ومدى احترام الناشر لها.....	٤٢٧
الفرع الأول: أهمية حق النسبة في الفقه والقانون	٤٢٧
الفرع الثاني: أدلة ثبوت حق النسبة في الفقه الإسلامي	٤٣٣
الفرع الثالث: مدى احترام الناشر لحق النسبة في الفقه والقانون.....	٤٣٩
المطلب الثالث : احترام المصنفات العلمية في الفقه الإسلامي والقانون المدني	٤٤٥
مراجع الرسالة ومصادرها.....	٤٥٣
الخاتمة	٤٨٧
فهرس الموضوعات.....	٤٨٩



سنة النشر

٢٠١٠

رقم الإيداع

٨٦٣٥

الترقيم الدولي I.S.B.N

977 - 386 - 233 - X

