الجمهـــوريـــة الجـزائـريـة الديـــمقراطيـة الشـعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة الـتـعـلـيـم الـعـالـــي و الـبـحـث الـعـلـمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة وهران
Université d'Oran

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

حماية الفلكلور –دراسة مقارنة–

مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في الحقوق
تخصص قانون الأعمال المقارن

من إعداد

طواح وهيبة

تحت إشراف الأستاذة:

فرحة زراوي صالح

لجنة المناقشة

الأستاذ صالح محمد	أستاذ التعليم العالي. جامعة وهران	رئيسا
الأستاذة فرحة زراوي صالح	أستاذة التعليم العالي. جامعة وهران	مشرفة مقررة
الأستاذ برابح عبد المجيد	أستاذ محاضر(أ). جامعة وهران	عضوا مناقشا
الأستاذ داودي إبراهيم	أستاذ محاضر (أ). جامعة وهران	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2012- 2013

الإهـــــداء

بـــــسم الله الرحـــــــمن الرحـــــــــيم، والصلاة على حبـــيبنا محـــــمد.

أهدي هذا العمل إلى والدي العزيزين أطال الله في عمرهما، وإلى إخوتي جميعا وبالأخص عمر وعاشور نظرا للدعم الكبير الذي قدماه لي واهتمامهما بهذا العمل أدامهما الله تاجا على رأسي.

شكـــر وعرفـان

أتقدم بخالص شكري وعظيم إمتناني وتقديري إلى الأستاذة الفاضلة فرحة زراوي صالح التي تكرمت بالإشراف على هذه المذكرة والتي لم تبخل بمتابعتها وتوجيهاتها.

أدعو الله أن يحفظها ويجزيها خير جزاء.

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله سبحانه وتعالى

"... يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما تعملون خبير"

الآية رقم 11 من سورة المجادلة.

قائمة الإختصارات باللغة العربية

ج. ر. ..... : الجريدة الرسمية

ج. ر. ب ..... : الجريدة الرسمية لدولة البحرين

ص. .....: الصفحة

قائمة الإختصارات باللغة الفرنسية

ADPIC.....…… : Accord des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

Aff …… : affaire

Art …… : Article (s)

Bull. dr. auteur ……. : Bulletin du droit d'auteur

Cass……. :Cour de cassation

C. civ. Fr…… : Code civil français

C. fr. propr. intell…….. : Code français de la propriété intellectuelle

Civ…….……. : Chambre civile de la cour français de cassation

comm…… : commentaire

éd...……... : édition

Ibid…… :Idem (ibidem)

J. O .....……..…: Journal officiel

JORADP……. : journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire

Juriscl. Propr. litt. artis…….: Jurisclasseur propriété littéraire et artistique

n° (s)…..……..…… : numéro (s)

OAPI……. : Organisation africaine de

la propriété intellectuelle

OMC…….. : Organisation mondial du commerce

OMPI……..…: Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

op. cit. …….……..…: option citée

p. (pp)…….. : page (s)

Parag……: Paragraphe

Préc…….. : précité

Propr. intell…….. : Propriété intellectuelle

pub…… : publication

R.I.D.A…….…… : Revue Internationale du droit d'auteur

Rev. Québécoise dr. aut…..….... : revue Qébécoise du droit d'auteur

Rev. jur. Thémis……..…: Revue juridique Thémis

s……. : suite (s)

t. ……..…… : tome

th ……...…... : thĕse

Trib……...…. : tribunal

UNESCO…… :United Nations Educational Scientific and Cultural Organization

V. ……..……. :Voir

vol. ……..…… : volume

المقدمة

« Le folklore est un témoignage du passé
sans lequel le présent n'aurait pas d'avenir ».*

إن الرصيد الثقافي لبلد ما يتألف من عناصر عدة، تتداخل فيما بينها وتنسجم مع بعضها لأجل أن تكون لسانا معبرا عن الهوية الثقافية، وما من أحد ينكر أهمية الإبداعات الفكرية بمختلف ألوانها وأشكالها وإسهامها في التعريف بالدول وإثراء هويتها، ولعل الفلكلور هو واحد من هذه الإبداعات ذات الأهمية بإعتباره أداة لإثبات الذات الثقافية للشعوب والدول وهذا ما يثبته الإهتمام البليغ الذي توليه مختلف الجهات لموضوع حماية الفلكلور سواء على الصعيد الوطني، والإقليمي، والدولي.

وليس مفترضا أن تكون حماية الفلكلور قضية " جنوب– شمال" بما أنه لكل دولة تقاليدا قيمة ونفيسة ترتبط بالتعابير الثقافية، لكن ليس مستغربا كون أن الحاجة إلى الحماية القانونية للفلكلور تكون أكثر إلحاحا في الدول النامية أين يكون الفلكلور عنصرا أساسيا في التراث الثقافي لكل أمة، ويعتبر تقليدا حيا يتطور بإستمرار وليس مجرد تذكار من الماضي [1]. وإن إهتمام الدول النامية بهذا الموضوع يقوم على أسباب تتعلق بالسياسة الثقافية وأخرى ذات طابع إقتصادي. فقد رأت هذه الدول أن هويتها السياسية لا تتحقق إلا من خلال الهوية الثقافية ولذا تم الإعتماد على القيم المتجذرة في الثقافات التقليدية[2].

وبالنظر إلى الدور الذي يلعبه الفلكلور في الحفاظ على الهوية والتنوع الثقافي وكذا إنفتاح العالم على التبادل التجاري والثقافي أضحت مسألة حمايته ضرورة حتمية، فموازاة مع إتجاه العالم نحو مجتمع المعلوماتية الشامل، ولأن الفلكلور مثل أي إبداع فكري آخر يكون محلا للنشر إعتمادا على التقنيات والتكنولوجيات الحديثة، مع إمكانية أن تكون وسائل التبليغ هذه غير مناسبة، ظهرت الحاجة الملحة إلى البحث عن الآليات القانونية الهادفة إلى ضمان

* K. Puri, *Préservation et conservation des expressions du folklore*, Bull. dr. Auteur, n° 4, vol. 32, 1998, p. 9.

[1] V. document WIPO/CR/KRT/05/8, *The protection of traditional cultural expressions, folklore*, prepared by M. Fiscor, OMPI, Khartoum, 2005, p. 2.

[2] K. Nkiema, *La protection des expressions du folklore par la propriété intellectuelle*, th. Paris II, 1988 p. 289.

نوع من الأمان والثقة بالنسبة للمجتمعات والشعوب والدول ذات المصالح الثقافية والإقتصادية. وأكثر من أي إبداع آخر، فإن الفلكلور يتعرض للتشويه والتحريف تلبية للضرورات التجارية، وربما أن الطابع غير الشخصي للفلكلور، وحقيقة أن مؤلفه غالبا ما يكون مجهولا، هو ما يجعله أكثر عرضة للإختلاس والنهب الثقافي وصور أخرى من الإستغلال غير الملائم وغير المرغوب فيه من جانب المعنيين بمسألة حمايته وصونه.

فالإستغلال التعسفي للفلكلور موجود منذ أمد ليس بقريب، ومع ذلك فإن التطور المذهل لوسائل النشر والتبليغ مثل الإنتاجات السمعية البصرية وكذا التسجيلات الصوتية وغيرها ساهمت في تزايد مثل هذه الإستخدامات التعسفية، حيث يتم تسويق الإنتاجات الفكرية ومنها الفلكلور دون إحترام ثقافة ومصالح المجتمعات التي تنبثق منها هذه الإنتاجات. ولأجل تحسين التكيف مع إحتياجات السوق تشوه الإبداعات الفكرية وفي الوقت نفسه لا تستفيد المجتمعات التي طورت وحافظت على هذه الإنتاجات من عائدات الإستغلال التجاري[1].

ولابد من التأكيد على أن العلاقة بين التقاليد، الحداثة والسوق لا ينظر إليها دائما بشكل إيجابي، فما يمثل إبداعا في نظر البعض يمكن أن يقوض من الثقافة التقليدية من زاوية أخرى، فالتسويق التجاري للإنتاجات التقليدية يمكن أن يمس برفاهية المجتمع الذي تنبثق منه هذه الاعمال، وإن إبداع أو إستخدام الفلكلور خارج سياق المجتمع الثقافي يمكن أن يؤدي إلى إحداث أثر سلبي على هذا المجتمع وإن كان الأثر خفيا فإنه يمكن أن يكون مدمرا. فالعديد من الإنتاجات الثقافية المتأصلة في التراث الثقافي لبعض الدول النامية على وجه الخصوص عبرت الحدود الوطنية لهذه الدول، وأصبحت جزء من السوق الخارجي الذي تتحكم فيه الدول الصناعية، وهو ما يؤدي إلى الإفتقار التدريجي للتراث الثقافي لهذه الدول[2].

ولهذا توجد العديد من الدول التي ترجمت حاجتها إلى حماية فلكلورها من خلال اللجوء إلى بعض التشريعات الوطنية، لاسيما تلك المتعلقة بنظام الملكية الفكرية وبالأخص نظام حق المؤلف، كما إعتمدت الدول على التشريعات المتعلقة بالتراث الثقافي وذلك في إطار الحماية

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. II.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles*, annexe, p. 6.

المادية التي تهدف إلى حفظ الفلكلور وتعزيزه، غير أنه في ظل هذه الدراسة سيتم النظر في الحماية القانونية للفلكلور أي الحماية التي توفرها التشريعات المتعلقة بنظام حق المؤلف.

لقد إهتم التشريع الجزائري بمسألة الحماية القانونية لمصنفات التراث الثقافي التقليدي كغيره من التشريعات المقارنة، فقد كان أول نص قانوني أي الأمر رقم 73-14[1]، ينص على حماية الفلكلور، ولقد إحتفظ المشرع الجزائري بموقفه إزاء هذه المسألة أي حماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي في إطار الأمر رقم 97-10[2] وكذلك من خلال الأمر رقم 2003-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة [3]. وكذلك الأمر بالنسبة لبعض التشريعات المقارنة العربية والإفريقية.

ومثلما يجد الفلكلور مكانا له ضمن الأولويات الوطنية، فإنه يحظى بإهتمام دولي ملحوظ كونه يجعل الدول المهتمة والمعنية قادرة على الإستفادة والمشاركة الفعالة في الإقتصاد العالمي ويتجسد هذا الإهتمام في مساعي الدول والمنظمات ومختلف الأجهزة الدولية في خلق الوسائل الفعالة والكفيلة بالحفاظ على قيمة هذا التراث وقوفا عند الضرورة القصوى لحمايته، إذ تعمل هذه الأطراف على تعزيز وتوحيد جهودها لتحقيق هذه الضرورة ولتلبية تطلعات وتوقعات الشعوب والدول ذات المصالح.

ويثير موضوع حماية الفلكلور عدة تساؤلات يجب النظر فيها، تتعلق بدء بماهية موضوع الحماية وما يحيط بها من إشكاليات، لأنه لا يمكن البحث في هذه المسألة بدون التطرق إلى تعريف الفلكلور وبيان خصوصياته والأشكال التي يظهر فيها أو بعبارة أخرى التعابير التي يتجسد من خلالها. وكذلك النظر في الطبيعة القانونية للإبداع الفلكلوري، بما في ذلك إلقاء نظرة على الوسيلة القانونية الكفيلة بتحقيق الحماية المناسبة وهنا سيتم التركيز على مدى ملائمة نظام حق المؤلف كأداة قانونية معتمدة من جانب العديد من التشريعات. لتتم بعد ذلك الإحاطة بالإشكاليات التي يثيرها مضمون هذه الحماية، بالبحث في المبادئ المناسبة

---

[1] الأمر رقم 73-14 المؤرخ في 3 أفريل 1973 المتعلق بحق المؤلف، ج. ر. 10 أفريل 1973، عدد 29، ص. 434.

[2] الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر. 12 مارس 1997، عدد 13، ص. 3. إن هذا الأمر يلغي سابقه أي الأمر رقم 73-14 السالف ذكره.

[3] الأمر رقم 2003-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر. 23 يوليو 2003، عدد 44، ص. 3.

لتحقيق الحماية الكافية للفلكلور في إطار نظام حق المؤلف، والنظر كذلك في نطاق وحدود هذه الحماية، وهذا في إطار القواعد والأحكام التشريعية المكرسة على الصعيد الداخلي. ويلي ذلك البحث في الحماية القانونية الدولية. وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى بابين يتعلق الأول بتحديد ماهية الفلكلور ويتناول الآخر تحديد مضمون الحماية القانونية للفلكلور.

الباب الأول: تحديد ماهية موضوع الحماية

ينطوي موضوع حماية الفلكلور على مسألتين أساسيتن تكمن أولاهما في ضرورة الوقوف على ماهيته، بتعريفه وبيان خصوصياته وطبيعته القانونية، وكذا علاقته بمفاهيم أخرى مجاورة، وذلك بغرض تأطير الدراسة ، وتتمثل الثانية في الحاجة الملحة لتسخير وسائل فعالة لأجل توفير الحماية الكافية للموضوع. فتبقى مسألة تحديد الماهية بمثابة قاعدة مثالية يستند إليها موضوع الحماية، ففي جميع الأحوال وضمن نظام الملكية الفكرية يوجد رابط حيوي بين تعريف الموضوع والنطاق الفعلي للحماية[1]. فلا يمكن وضع أساليب حماية وآليات قانونية بشأن مفاهيم غامضة وإلا كانت هذه الآليات بدون فعالية، وطالما استحوذت إشكالية التعريف بالفلكلور على حصة الأسد ضمن مختلف الدراسات والوثائق والاجتماعات والمؤتمرات التي تشرف عليها العديد من الجهات المعنية بالموضوع، ذلك أن البحث في تعريف للفلكلور ليس بالأمر الهين بالنظر إلى الخصوصيات التي يلم بها هذا المفهوم[2].

ففي حين أن بعض المنظمات والمؤسسات ذات الطابع الدولي حاولت بالفعل تعريف الفلكلور من ضمن مصطلحات أخرى ذات صلة، مثل عبارة "التراث الثقافي غير المادي"، و"المعرفة التقليدية"، و"المعارف الأصلية"، و"التراث الشفهي"، والتي تمثل مصطلحات عملية بالنسبة للعديد من الجهات المهتمة، فإن هذه الأخيرة فشلت في صياغة تعاريف دقيقة [3]. ولأن الفلكلور يستند إلى أشكال مختلفة من الثقافات والتقاليد والقوانين في العالم أجمع، فإنه قد خلق في الواقع العديد من النظريات والتعاريف [4]، حيث يعني هذا المصطلح الكثير من الأشياء ويغطي العديد من الجوانب ويطرح بالتالي عدة إشكالات[5].

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/3/9, *Savoirs traditionnels: terminologies et définition*, n° 11, p. 4. Site www.wipo.int/meetings/fr/topic.jsp?group-id=110

[2] A. Amattes, *La protection du folklore par le droit d'auteur : une analyse comparée en France et au Brésil*, mémoire de master, Paris XI, 2009-2010, n° 6, p. 9.

[3] Table ronde internationale, *Patrimoine culturel international- définitions opérationnelles*, Piémont, Italie, 2001, p. 2.

[4] A. Amattes , *op. cit.*, n° 17, p. 15.

[5] C. Massouyé, *La protection des expressions du folklore*, R.I.D.A, 1998, p. 3 : « Ce mot signifie beaucoup de choses pour beaucoup de gens à travers le monde, il couvre de nombreux aspects, et il pose des problèmes de nature diverse », cité par K. Nkiema, *op. cit.*, p. 3.

إن إشكالية التعريف بالفلكلور طرحت منذ البداية وقد أشار الخبراء الحكوميون سنة 1982 إلى أنه من الصعب، بل قد يكون مستحيلا التوصل إلى إجماع حول مفهوم الفلكلور. وذهب بعض هؤلاء إلى حد القول بأنه لا يجب إعطاء تعريف لهذا المصطلح، إذ يظل التعريف مسألة ثانوية فمن باب أولى مناقشة كيفية صون الفلكلور، وأقر هؤلاء في الأخير بضرورة تحديد المعايير الممكن اعتمادها لأجل التوصل إلى توافق في الآراء بشأن هذه الإشكالية[1].

وبخصوص إشكالية التعريف تظهر مسألة أخرى تتعلق ب الاصطلاح، بحيث يطرح التساؤل دائما حول اختيار الإصطلاح المناسب والأكثر قبولا، فطالما كان هناك نقاش حيوي حول المصطلح الواجب استخدامه للدلالة على الإبداعات الثقافية للمجتمع، بحكم أن مصطلح " فلكلور" كان مهجورا لدلالته السلبية [2]، ولإثراء مسألة التعريف لابد كذلك من التطرق لخصوصيات الفلكلور، التي تميزه عن باقي الإبداعات الفكرية المحمية، والنظر أيضا في أشكاله وتعبيراته التي تتعدد وتتنوع باختلاف الثقافات.

ولا يتوقف تحديد الماهية على مسألة التعريف، بل يتسع ليشمل كذلك البحث في الطبيعة القانونية لموضوع الحماية بإعتباره إبداعا فكريا. لذا سيتم بيان حدود هذا الإبداع الفكري المتميز بالنظر إلى نظام حق المؤلف، بمعنى مدى توافره على مقومات المصنف الفكري. فإن كانت قوانين الملكية الفكرية تتأسس على المفهوم الغربي للإبداع والاختراع، وكذا المفاهيم الغربية للملكية، فإنه مهما كان أصل هذه القوانين فـهي حاليا تمثل الوسيلة المبدئية والرسمية لحماية الملكية الأدبية والفنية والعلمية [3]. وسيتم بيان هذه الحدود كذلك في ظل نظام الملكية الصناعية والتجارية.

ولأن الخيار الأكثر إستخداما لأجل حماية الإبداع الفلكلوري هو نظام حق المؤلف وكون هذا الأخير يفرض جملة من المتطلبات والشروط لأجل أن تحظى الإبداعات والأعمال

---

[1] V. document UNESCO/CPY/TPC/I/4, *Rapport du comité d'experts gouvernementaux sur la sauvegarde du folklore*, Unesco, Paris, 1982, n° 15, p. 3.

[2] A. Amegatcher, *La protection du folklore par le droit d'auteur, une contradiction dans les termes*, Bull. dr. auteur, vol. 36, n° 2, 2002, p. 37 : « Le terme folklore semble avoir acquis des connotations péjoratives qui l'ont rendu impopulaire dans de nombreux pays du tiers monde, notamment en Amérique latine ».

[3] R. Rana, *Indigenous culture and intellectual property rights*, Journal of intellectual property rights, vol. 11, 2006, p. 135.

الفكرية بالحماية، فإنه سيكون من الضروري النظر في ما مدى توافر هذه المتطلبات بشأن الإبداع الفلكلوري، ومن هذا المنطلق تقدير مدى ملائمة نظام الملكية الفكرية وبالأخص نظام حق المؤلف لحماية الفلكلور، وكذلك التطرق لمسألة البحث عن بعض الحلول بشأن الصراع القائم بين متطلبات نظام حق المؤلف من جهة وبين خصوصيات الفلكلور كإبداع تقليدي متميز من جهة أخرى وبالتالي عرض بعض الحلول الممكن اعتمادها والتي قد تتناسب مع طبيعة الفلكلور التي تميزه عن باقي الإبداعات المحمية بموجب قواعد الملكية الفكرية.

الفصل الأول: التعريف القانوني للفلكلور

تم إدراج كلمة "فلكلور" في اللغة الإنجليزية سنة 1846 من قبل عالم الأثريات الإنجليزي William Tomas John تحت الاسم المستعار Merton Ambose ، حيث اقترح كلمة "فلكلور" لتكون بديلا لعبارتي" antiquités populaires" والتي تعني الموروثات الشعبية وعبارة "littérature populaire" والتي تعني الأدب الشعبي. وتم تبني هذا المصطلح بعد ذلك من قبل الأنجلوسكسون والفرنسيين بعدها للدلالة على"دراسة آداب وأعراف الشعوب البدائية"[1]. واستعملت في البداية المطة للفصل بين شقين Folk و Lor بهذا الشكل "Folk-Lore " ثم أهمل هذا الفصل بعدها.

ومنذ إدراج هذا المصطلح في رحاب اللغة الإنجليزية وغيرها، حاول الفقهاء والباحثون في العديد من أرجاء العالم توحيد جهودهم لأجل منحه تعريفا منطقيا ومقبولا. والجدل الذي أثارته مسألة تعريفه كان قويا لدرجة أنه في القاموس الموحد للفلكلور الذي أعدته الباحثة Maria Leach يوجد 21 تعريفا قدمه عدة علماء[2].

يعرف الفلكلور من الناحية اللغوية وحسب أصل الكلمة بأنه "معرفة الشعب" وبذلك الفلكلور لفظيا هو معرفة الشعوب ومعتقداتها ومهاراتها [3]. أما من الناحية المعجمية، فهو يمثل "مجموعة من الفنون والتقاليد الشعبية في بلد، منطقة، مجموعة بشرية"، وكذلك "السلوك الذي يركز على دراسة الفنون والتقاليد الشعبية في بلد، منطقة، مجموعة بشرية" [4]. وعرف من جانب آخر بأنه "المعتقدات التقليدية، الخرافات، الحكايات، وممارسات الشعوب المتناقلة شفاهة" [5]. وبهذا الشأن صرح أحد الباحثين بأن السبب وراء تعدد التعاريف الخاصة بالفلكلور هو تواجد هذا الأخير في كل مكان، فيصعب حصره في تعريف جامد، فمثلما تتطور دراسة الفلكلور

---

[1] V. document FOLK/I/3, *Etude des différents aspects que comporte la protection du folklore*, Unesco, Tunis, 1977, n° 6 p. 2.

[2] P.-V. Valsala et G. Kutty, *National experience with the protection of expressions of folklore, traditional cultural expressions: India, Indonesia, and the Philippines*, 1999, p.7. site http://www.wipo.int/tk/en/stadies/cultural/expressions/study/kutty.pdf.

[3] A. Amattes, *op. cit.*, n° 23, p. 16.

[4] Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (www.cnrtl.fr)

[5] www.thefreedictionary.com.

تتطور معها تعريفاته [1]. ويرى تيار من الفقه أن فكرة الفلكلور تتمحور حول مفهومين متعارضين، فحسب المفهوم الغربي يمثل مظاهرا فنية لثقافة الشعب تتناقلها الأجيال التي تتولى حفظها، وهو في نظر المجتمعات المعنية بصفة مباشرة تراث حي وجزء لا يتجزأ من حياتها، ويتصف بكونه متطورا[2]. غير أن هذه الشروح لا تكفي لتبدد عدم الدقة والغموض الذي يكتنف هذا المصطلح، فهي لا تعدوا أن تكون مفاهيم ا واسعة لا تعكس الحقيقة المتميزة والفريدة للفلكلور.

لذا، فإن التعريف القانوني أفضل وسيلة متاحة للتعمق في مدلوله، ومن هذا الباب يتم النظر في موقف المشرع الجزائري بشأن تعريف الفلكلور وكذا النظر في التعريفات الواردة في بعض التشريعات المقارنة، ويلي ذلك البحث في حقيقة انعدام تعريف قانوني دولي للفلكلور.

المبحث الأول: التعريف القانوني الداخلي والدولي للفلكلور

لم تتوان مختلف التشريعات المتعلقة بنظام حق المؤلف والتي تنص على حماية الفلكلور ضمن جملة الأعمال الإبداعية الأخرى عن تقديم تعريف لهذا الأخير، تحت هذه التسمية أو تحت تسمية أخرى. وسواء كان التعريف ضيقا أو واسعا، فمن التشريعات التي ارتكزت على الأحكام النموذجية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو [3]، ومنها ما تماثل مع التعريف الوارد ضمن القانون النموذجي لتونس[4]. غير أنه على الصعيد الدولي لم يتم تعريف الفلكلور، وإن كان بالإمكان الحديث عن محاولة اللجنة الحكومية الدولية للملكية الفكرية المتعلقة بالموارد الوراثية، والمعارف التقليدية والفلكلور بهذا الشأن[5].

---

[1] A. Dundes: « Folklore happens everywhere, because everyone experiences and lives folklore differently, it is often difficult to confine the diversity of folklore into a set, rigid definitions as the study evolves, so to the definitions », site http://folklore/missouri.edu.

[2] A. Lucas Schloetter, *Protection juridique du folklore*, Juriscl. propr. litt. artis. 2009, n° 8, p.6.

[3] V. les dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et d'autres actions dommageables, adoptées par le comité d'experts gouvernementaux, convoqué par L'UNESCO et L'OMPI à Genève, 1982.

[4] Loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement, UNESCO-OMPI, 1976.

[5] الوثيقة WIPO/GRTKF/IC/7/3 تتضمن مشروعا أوليا للأهداف والمبادئ، بشأن حماية أشكال التعبير الفلكلوري أو أشكال التعبير الثقافي التقليدي، وقد تم إعداد الوثيقة إنطلاقا من مداولات اللجنة الحكومية الدولية

المطلب الأول: التعريف القانوني للفلكلور ضمن بعض التشريعات الوطنية لحق المؤلف

يتناول هذا المطلب موقف المشرع الجزائري بخصوص مسألة تعريف الفلكلور مع الإشارة إلى إشكالية البحث عن الإصطلاح المناسب كما ننظر في موقف التشريعات المقارنة التي انقسمت إلى اتجاهين. يأخذ أحدهما بالمعنى الضيق للفلكلور ويتبنى الآخر تعريفا واسعا نوعا ما.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من مسألة تعريف الفلكلور

إن أول نص قانوني عنى بحماية الإبداع الفكري في الجزائر كان الأمر رقم 73- 14 المتعلق بحق المؤلف [1]، وقد جاء في مادته الثانية الفقرة 11 "أن المؤلفات التي هي جزء من التراث الثقافي التقليدي الجزائري" محمية بموجب أحكام هذا القانون. وما يلاحظ أن المشرع الجزائري استخدم كلمة "فلكلور" ضمن نص المادة 14 في فقرتها الثالثة، وقد تضمنت المادة بالموازاة فكرة التأليف المستوحى. وعرف الفلكلور على أنه الإنتاج الذي تجهل هوية مؤلفه ويفترض أن هذا الأخير مواطن جزائري. وبخصوص هذا التعريف يمكن القول بأن المشرع قد استعان بإحدى خصوصيات الفلكلور لأجل تعريفه، هذه الخصوصية التي اتفقت عليها أغلب المصادر، وهي أن مؤلف الفلكلور يكون مجهولا في معظم الحالات[2].

إلى جانب ذلك عرف المشرع التأليف المستوحى من الفلكلور، على أنه التأليف الذي استوحى عناصره من التراث الثقافي التقليدي للبلاد. فهو إنتاج فكري يتألف من عناصر يستمدها من التراث الثقافي التقليدي، وإن كانت مستمدة من هذا التراث فهي تتضمن عناصر أصلية[3]، وتستحق الحماية بموجب نظام حق المؤلف، وسيأتي التفصيل فيها لاحقا.

للملكية الفكرية، بشأن الموارد الوراثية، المعارف التقليدية والفلكلور وانطلاقا من مختلف الوثائق التي أعدتها في مداولات سابقة.

[1] الأمر رقم 73-14 السابق ذكره.

[2] A. Dwivedi and M. Sorah, *Copyright laws as a means of extending protection to expressions of folklore*, Journal of Intellectual Property Rights, vol. 10, 2005, p. 310.

[3] N. Mezghani, *La protection du folklore, des créations populaires, et du savoir traditionnel*, une conférence disponible sur internet, p. 8.

ففي حين أن الأمر رقم 73-14 قد عرف المفهومين، فإن الأمر رقم 97-10 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة [1]، خلى من مثل هذه التعريفات كما لم تتم الإشارة إلى مصطلح "فلكلور" وإنما جاء في نص المادة الثامنة من هذا الأمر أنه "تستفيد مصنفات التراث الثقافي التقليدي والمصنفات التي تقع في عداد الملك العام من حماية خاصة". هذا وقد عدد المشرع جملة المصنفات التي تمثل التراث الثقافي التقليدي، ومن الفقه من "استحسن هذه الكتابة الجديدة بحكم أن المشرع أصاب في ترتيب الأحكام، حيث نص في البدء على حماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي ثم عدد هذه الأخيرة". ونفس الجانب الفقهي أشار إلى أن هذه الكتابة تظل ناقصة ذلك أن النص الجديد لم يعط تعريفا دقيقا لعبارة "التراث الثقافي التقليدي الوطني"[2]، وهناك من أشار إلى كون هذه العبارة هي الأنسب فهي تبرز عمق الثقافة الوطنية وتنوعها[3].

كما طرح الإشكال حول ما إذا كان مصطلح "فلكلور" مناسبا [4]، فقد اعتبر مهجورا كونه يرتبط بإبداعات الحضارات المتدنية والقديمة ويدل على المستوى الثقافي المتدني لذا أضحى موضوعا للإنتقادات في بعض الأوساط [5]، ويعتقد أحد الباحثين أن استخدام هذا المصطلح إجحاف في حق الإبداعات المشمولة بهذا النوع من الملكية الفكرية مقترحا استبداله بما أسماه "ملامح الثقافة" expressions of folklore، إذ تدل هذه التسمية على طرق التعبير عن الثقافة وأساليب المعيشة والممارسات التقليدية، بدل أن ينحصر مفهومه في الموروث التاريخي

---

[1] الأمر رقم 97-10 السابق ذكره.

[2] ف. زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، نشر وتوزيع ابن خلدون، وهران، 2006، رقم 393، ص.425.

– ف. زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الثاني الحقوق الفكرية: حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الأدبية والفنية، نشر وتوزيع ابن خلدون، وهران، 2001، رقم 393، ص.442.

[3] ندوة الويبو الوطنية لفائدة هيئة القضاء، بعنوان "تطور حق المؤلف والحقوق المجاورة في الجزائر ودور الديوان الوطني لحق المؤلف والحقوق المجاورة"، 2003، ص. 4. : " مقارنة مع القانون السابق الذي كان ينظم حماية حقوق المؤلف في الجزائر فقد تم استبدال كلمة فلكلور بعبارة أنسب هي التراث الثقافي التقليدي نظرا لتنوع هذه المؤلفات وأصالتها ونظرا لأن هذه العبارة تبرز عمق هذه المؤلفات في المجتمع والثقافة الوطنية وتنوعها."

[4] A. Lucas Schloetter, *op. cit*, n° 7, p. 5. : « Mais qu'est ce-que le folklore ? et d'abord, peut- on user de ce terme aujourd'hui. », et A. Amattes, *op. cit*, n° 18, p. 16 : « Que signifie le folklore ? L'utilisation de cette terminologie est-elle correcte et appropriée ? »

[5] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n°7, p. 6 : « A partir semble-t-il des années 1980, le terme "folklore " a fait l'objet de critiques dans certains milieux, on lui a reproché d'avoir une connotation péjorative en ce qu'il impliquerait un niveau culturel inferieur ».

وعلى كل ما هو قديم كما تدل عليه كلمة فلكلور [1]. كما انتقد المفهوم الغربي الذي يعتبر الفلكلور مادة ميتة وجب جمعها وحفظها، بدلا من اعتباره تقليدا حيا ومتطورا [2]، ويبقى النقاش مفتوحا حول مدى ملائمة هذه الكلمة وما هو المصطلح المناسب الذي يمكن أن يرضي مختلف الجهات المعنية بالموضوع.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري بخصوص التعريف القانوني للفلكلور، يلاحظ أنه احتفظ بنفس الأحكام ضمن الأمر رقم 2003-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، فنص على أن مصنفات التراث الثقافي التقليدي تستفيد من حماية خاصة [3] دون أن يقدم تعريفا لعبارة التراث الثقافي التقليدي. وهذا ما لاحظه بعض الفقه[4].

ويبقى السؤال مطروحا حول ما إذا كان يجب وضع تعريف رسمي وجامد لموضوع الحماية، فقد عبرت إحدى الدول عن رأيها بهذا الشأن وبخصوص مسألة صياغة تعريف رسمي لأشكال التعبير الفلكلوري ضمن صك دولي يخص الموضوع محل الدراسة . وذلك في إحدى دورات اللجنة الحكومية الدولية للملكية الفكرية، المتعلقة بالموارد الوراثية، المعارف التقليدية والفلكلور، حيث اعتبرت أن وضع تعريف جامد ورسمي للموضوع قد يخلق خطر تقييد الحقوق وعدم الأخذ بعين الإعتبار الطبيعة المتغيرة لأشكال التعبير الثقافي التقليدي [5]، إذ تعتبر هذه التعبيرات بمثابة تراث حي، فهي تتطور بإستمرار نظرا لأنها تنتقل عبر الأجيال [6]، فالفلكلور ظاهرة حية يتطور مع الوقت وهو عنصر أساسي يعكس النشاط الإنساني ونافذة للهوية الثقافية

---

[1] A summary report of the conference on how IPRS could work better for the developing countries and poor people, 2002, Sustainable Developments, vol. 70, n° 1, Thursday 28 February 2002, on line at http:// www.iisd.ca/linkages/sd/sdipr.

[2] V. document WIPO/IPTK/RT/99/3, *op. cit.*, p. 2.

[3] المادة الثامنة من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره.

[4] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 393، ص. 425.

[5] V. document WIPO/GRTKF/IC/12/4(B), *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Projet de récapitulatif d'extraits factuels*, p. 20.

[6] S. Von Lewinski, *Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle*, Propr. intell. janvier 2005, n° 14,

p. 25.

والإجتماعية[1]، لذا يتفادى المشرع في الكثير من الحالات إعطاء تعريف دقيق للموضوع حتى لا يكون صارما قد يقصي في وقت لاحق عناصر ذات صلة وذات أهمية.

وإن كان الأمر رقم 2003-05 المتعلق بحق المؤلف لم يعرف التراث الثقافي التقليدي، فإن القانون رقم 98-04 المتعلق بحماية التراث الثقافي اعتبر هذا الأخير مجموعة من الممتلكات الثقافية العقارية والمنقولة وكذا الممتلكات الثقافية غير المادية [2] ، ويصبو هذا القانون إلى حماية التراث الثقافي سواء كان ماديا أو غير مادي، وأشارت المادة 67 من الملحق السابع من اتفاق BANGUI[3] إلى الطابع المادي وغير المادي للإنتاجات التي يغطيها التراث الثقافي. ويطرح هذا المفهوم إشكالا يكمن في تضارب المصطلحات التي تغطي أحيانا ممتلكات مادية وأحيانا أخرى ممتلكات غير مادية [4]. وللإشارة، فإن مفهوم التراث الثقافي قد ورد ضمن اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نشوب نزاع مسلح وكذلك ضمن اتفاقية اليونسكو بشأن حظر الاستيراد والتصدير غير المشروع للممتلكات الثقافية[5].

كما عرفته اتفاقية اليونسكو المتعلقة بحماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي لسنة 1972، حيث يشمل جملة من النقوش والكهوف وغيرها وجملة من المجمعات وكذا المواقع ذات القيمة الاستثنائية من وجهة نظر الفن، والتاريخ، والعلم[6].

---

[1] A. Adewepo, *Protection and administration of folklore in Nigeria*, Script-ed, vol. 3, issue 1, 2006, p. 2.

[2] المادة الثانية من القانون رقم 98-04 المؤرخ في 15 جوان 1998 المتعلق بحماية التراث الثقافي، ج.ر. 17 جوان 1998، عدد 44، ص.3.

[3] Art. 67 de l'annexe 7 de l'Accord de 1999 portant révision de l'accord de BANGUI du 2 mars 1977, instituant une organisation africaine de la propriété intellectuelle : « Le patrimoine culturel est l'ensemble des productions humaines matérielles et immatérielles caractéristiques d'un peuple dans le temps et l'espace ».

[4] N. Mezghani, *op. cit.*, p. 1 : « Cette notion de patrimoine culturel pose problème. Cela est dû essentiellement à l'ambivalence des termes qui recouvrent à la fois des biens matériels et des biens immatériels ».

[5] Convention de la Haye pour *la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, conclue à la Haye, le 14 mai 1954 et la Convention *concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exploitation et le transfert de propriété des biens culturels*, conclue à Paris, le 14 novembre 1970.

[6] Art. 1 de la Convention sur *le patrimoine mondial de l'Unesco*, novembre 1972, disponible sur le site de l'Unesco : http://whc/unesco.org/fr/conventiontexte/>

بيد أن مفهوم التراث الثقافي غير المادي لم يكن شائعا قبل سنة 1990 إلا لدى بعض المختصين أو المثقفين. وعلى عكس، ذلك فإن تعبير "الثقافة الشفهية"، و"الثقافة التقليدية"، وعبارة "الثقافة الشعبية" كانت الأكثر شيوعا وعلى نطاق واسع [1]. وعرف هذا المفهوم ضمن اتفاقية صون التراث الثقافي غير المادي على أنه يشمل من بين أمور أخرى جملة من الممارسات والتعبيرات والمهارات والمعارف، التي تعترف المجتمعات والفئات والأفراد بأنها تمثل جزء من تراثها الثقافي، ويتناقل هذا التراث بين الأجيال، حيث تتم صياغته بشكل مستمر وذلك تماشيا مع ما تتطلبه بيئة هذه المجتمعات وبالنظر إلى تفاعلها مع الطبيعة ومع تاريخها[2].

هذا وقد اعتبر المشرع الجزائري الممتلكات الثقافية غير المادية والتي جاء ذكرها ضمن نص القانون رقم 98-04 جزء من التراث الثقافي [3]، وأشار إلى أنها وليدة مجموعة من التفاعلات الإجتماعية والإبداعات التي مرت عليها الأزمنة، سواء كانت من فعل الأفراد أو الجماعات. ثم عرفها ضمن نص المادة 67 من ذات القانون "بأنها مجموعة معارف، أو تصورات اجتماعية، أو معرفة، أو مهارة، أو كفاءات أو تقنيات قائمة على التقاليد في مختلف ميادين التراث الثقافي وتمثل الدلالات الحقيقية للإرتباط بالهوية الثقافية ويحوزها شخص أو مجموعة أشخاص".

ويتضح من قراءة نص المادة 67 أن الممتلكات الثقافية غير المادية هي جملة من الممتلكات غير الملموسة، بمعنى أنها لا تقوم على دعامات مادية، أساسها التقاليد وتخص ميادين مختلفة للتراث الثقافي. ولم يغفل المشرع عن تعداد هذه الميادين [4]، ومن ضمنها الأغاني الأغاني التقليدية والشعبية، وفن الرقص، والحكايات، والأساطير والأمثال... وإن كانت في مجملها تمثل تعابيرا غير ملموسة فإن مصنفات التراث الثقافي التقليدي مثلما بينها المشرع ضمن فحوى المادة الثامنة من الأمر رقم 03-05 تتضمن ما هو ملموس كمصنفات الفن الشعبي من خزف، ونحت ونقش، وكذا الحلي، والمصنوعات على مادة معدنية أو خشبية.

---

[1] V. document CL/RA/MA/2009/PI/H/3, *Le patrimoine culturel immatériel au Maghreb, législations et institutions nationales, instruments internationaux et modalités de sauvegarde*, Unesco, 2009, p. 8.

[2] Art. 2 de la Convention pour *La sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, Unesco, le 17 octobre 2003.

[3] المادة الثانية من القانون رقم 98-04 السابق الذكر.

[4] الفقرة الثانية من المادة 67 من القانون رقم 98-04 السالف الذكر.

ومنها ما هو غير ملموس كالنوادر، والأشعار والأغاني الشعبية، وهنا بالإمكان القول أن ما ورد ذكره ضمن المادة 67 من القانون رقم 98-04 كممتلكات ثقافية غير مادية وبما أنها تقوم على التقاليد فهي تمثل جزء من التراث الثقافي التقليدي.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للفلكلور ضمن بعض التشريعات المقارنة

من باب المقارنة، فإن المشرع الفرنسي لم يأت على ذكر مصنفات التراث الثقافي التقليدي عند تعداده للمصنفات المحمية في ظل نظام الملكية الأدبية والفنية [1]. غير أنه توجد العديد من التشريعات المقارنة الأخرى تعرف الفلكلور، وإن اختلف الإصطلاح الذي تتبناه بهذا الشأن. فالقانون التونسي المتعلق بالملكية الأدبية والفنية [2] يعرف الفنون الشعبية في الفصل السابع على أنها كل موروث فني تخلفه الأجيال السابقة يتصل هذا الموروث بالعادات والتقاليد ومختلف صور الإبداع الشعبي. اعتبرت هذه الصياغة عامة ومرنة، بحيث تترك مجالا كبيرا للتأويل[3]، ومن الفقه من رأى أن المفهوم الذي يأخذ به كل من المشرع الجزائري والتونسي ذا معنى واسع، إذ يشمل نطاق الحماية جميع جوانب وأشكال الإبداعات الشعبية[4] .

دائما وبخصوص الدول العربية يعرف قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لدولة البحرين تعابير الفلكلور على أنها كل إنتاج من المأثورات الشعبية بإختلاف أشكالها وتعبيراتها، سواء كانت شفهية، أو موسيقية، أو حركية أو ملموسة [5] وهو ذات الأمر بالنسبة للمشرع الإماراتي[6] وإن كان يؤخذ على النص البحريني أنه جد واسع بما أنه يغطي التراث الشعبي

---

[1] Art. L.112-2 C.fr. propr. intell, site www.legifrance.gouv.fr.

[2] القانون رقم 36-94 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 1 مارس 1994، عدد 17، ص. 361.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/4/INF/3, *Exposé sur l'expérience de différents pays et organisations en matière de systèmes législatifs spécialisés pour la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles*, annexe 2, p. 5.

[4] N. Mezghani, *op. cit.*, p. 7: « La notion du folklore à donc un sens large dans ces pays et l'on peut considérer que le domaine de protection s'étend à tous les aspects et à toutes les formes de créations populaires ».

[5] المادة الأولى من القانون البحريني رقم 22 المؤرخ في 25 جوان 2006 المتضمن حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر.ب. 28 جوان 2006، عدد 2745، الموقع: www.legalaffairs.gov.bh

[6] القانون الإتحادي لدولة الإمارات رقم 07 لسنة 2002 المؤرخ في أول جويلية 2002 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة.

التقليدي في جميع جوانبه، بينما المفهوم المتبنى من قبل نظيره الإماراتي حصر الأمر على الجانب الفني للتراث التقليدي.

وعن تشريعات الدول الإفريقية، فإن تعاريف الفلكلور الواردة في أغلبها ترسوا على التعريف الذي تضمنته الأحكام النموذجية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو [1]، فحسب نص المادة الثانية من هذه الأحكام تمثل تعابير الفلكلور مجموعة من الإنتاجات التي تتألف من عناصر مميزة من التراث الفني التقليدي الذي يطوره ويحافظ عليه المجتمع أو الأفراد نزولا عند التوقعات الفنية التقليدية لهذا المجتمع.

وما يمكن أن يقال عن هذا المفهوم أنه مقيد أو بعبارة أخرى لم يأت بالمعنى الواسع الذي يغطي كافة الإبداعات الشعبية، إذ يتعلق الأمر بجانب محدد من جوانب التراث التقليدي وهو الجانب الفني. ويطرح هذا الطابع الفني إشكالا بخصوص تعريف الفلكلور من الناحية القانونية، بحيث يتساءل الفقه حول ما إذا كان الفلكلور ومن منظور الحماية القانونية يعني الثقافة التقليدية في جميع جوانبها أم يتحدد بأشكاله الفنية والأدبية والموسيقية ؟ بمعنى هل يؤخذ بعين الإعتبار كل نشاط إبداعي أم يقتصر إطار الحماية على ما يتسم بالطابع الفني الذي أشير إليه ضمن الأحكام النموذجية[2]. فتقتصر الحماية عند الأخذ بالفرضية الثانية على التعابير التي ترتبط بالتراث الفني التقليدي وتترك على جنب باقي مظاهر التراث الثقافي، فالتراث الفني للمجتمع هو مجموعة من القيم التقليدية وهو أضيق في معناه من مفهوم التراث الفني التقليدي للأمة بأكملها [3]. ويطرح مصطلح "الفني" إشكالا آخرا يتمحور حول معرفة المفهوم الواجب

---

[1] F. Matip et K. Koutouki, *La protection juridique du folklore dans les états membres de l'organisation africaine de la propriété intellectuelle*, rev. Québécoise dr intern. 2008, p. 255.
-Art. 1 de la loi n° 005/PR/2003 du 2 mai 2003 portant *protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore* du Tchad, site www.droit-Afrique.com.
-Art. 156 de la loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 sur *le droit d'auteur et les droits voisins* au Sénégal, site www.droit-Afrique.com.
-Art 1 de la loi n° 08-024 du 23 juillet 2008 fixant le régime de *la propriété littéraire et artistique* de la république du Mali, site www.droit-Afrique.com.

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 3. Et A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n°9, p. 6: « Le problème est en effet de savoir si toute l'activité créatrice des sociétés traditionnelles mérite d'être prise en compte dans une théorie juridique pour la protection du folklore ».

[3] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, disponible à internet, n° 33, p. 44.

الرجوع إليه بخصوص الفن. فهل يكفي الأخذ بالطابع الجمالي للثقافة في مواجهة عدة إنتاجات منبثقة عن الثقافة ومختلفة تماما ؟

حقيقة أن التراث الفني فقط هو ما يؤخذ بعين الإعتبار يعني أنه يجب ومن بين أمور أخرى إقصاء بعض العناصر منها المعتقدات التقليدية والتقاليد العلمية والتقنية [1]، وعلى العموم تقصى التقاليد العلمية البحتة. وعليه، يجب أن يفهم التراث الفني بالمعنى الواسع للمصطلح، فيغطي كل تراث تقليدي يراد منه المعنى الجمالي، فالتعابير اللفظية، والتعابير الموسيقية، وكذا الحركية والملموسة يمكنها أن تتشكل من عناصر مميزة للتراث الفني التقليدي وتتسم بهذا الشكل بالميزات الضرورية لأجل أن تكون أهلا للحماية [2]. فيجب في جميع الأحوال النظر إلى الحس الجمالي الذي يلازم التعابير المعنية. وما يبرر وجهة الأحكام النموذجية بشأن تبني تعريف ضيق لتعابير الفلكلور وذلك بشكل نسبي وكذا بالنسبة لمشرعي بعض الدول ممن تبنوا نفس الإتجاه يكمن في أن إعتبار الفلكلور يمثل كافة مظاهر الثقافة التقليدية يؤدي إلى تعقيد التطبيق الملموس للحماية أكثر بكثير [3]. وفي الأصل قد تم تبني المعيار الفني لأجل تحديد نطاق التعابير المحمية للفلكلور في حجم يمكن التحكم فيه ويكون هذا المعيار فعالا من الناحية العملية حينما يتعلق الأمر بصياغة أحكام نموذجية للتشريع الوطني والتي تكون موازية لنظام حق المؤلف ومستقلة عنه، والتي تستند إلى فكرة "الأبوة" الجماعية بدلا عن فكرة "الأبوة " الفردية التي تستند إليها تشريعات حق المؤلف[4].

وحسب البعض، أيا كان الأساس المنطقي وراء حصر الحماية على المصنفات الفنية، فإن هذا الحصر بمثابة ثغرة بخصوص الأحكام النموذجية [5] على إعتبار أنها خصت بالحماية العناصر الفنية للتراث التقليدي في مقابل إبداعات التراث الثقافي التقليدي الأخرى. وهذا المفهوم الضيق للفلكلور يبقى عرضة للإنتقاد المتزايد، لسبب رئيسي يتمثل في أن

---

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 21: « L'application du critère artistique… permet d'exclure du champ d'une théorie juridique pour la protection du folklore, les croyances traditionnelles, les traditions scientifiques et techniques ou purement pratiques, ainsi que le contenu des légendes ».

[2] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 34, p. 44.

[3] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 9, p. 6.

[4] عن مفهوم " الحق في الأبوة " راجع ف. زراوي صالح، المرجع المشار إليه سابقا.

[5] P. -V. Valsala et G. Kutty, *op. cit.*, p. 12.

المجتمعات الأصلية نفسها لم تميز بين ما يخص الفن وما يخص العلم [1]. وهناك من اعتبر أن حصر الفلكلور على الطابع الفني انجراف وراء التوجه الأوروبي الذي ينظر إلى الفلكلور من زاوية الإبداع الفني والأدبي. بينما العديد من التشريعات لاسيما الإفريقية تضيف إلى نطاق الحماية المعارف العلمية ذات الطابع التقليدي وليس لهذا النقد ما يبرره بما أن هذه الأخيرة يمكن أن تندرج ضمن موضوع حماية المعارف التقليدية[2].

بالمقابل، فإنه من التشريعات من تبنت مفهوما واسعا للفلكلور، فإعتبرته مجموعة من المصنفات أو الإنتاجات الأدبية أو الفنية أو العلمية [3]، إذ لم تأخذ بالمعيار الفني بحكم أنها أشارت إلى المصنفات العلمية وجعلتها في مصاف الإبداعات المحمية وهو ذات النهج الذي جاء به القانون النموذجي لتونس[4].

لقد اعتبر هذا المفهوم واسعا للغاية، إذ يشمل جميع أشكال الإبداع التقليدي في جانبه الأدبي والفني من موسيقى، ورقص، وشعر، ورسم...، وجانبه العلمي مثل المعارف التقليدية [5]. ويخلق هذا التوجه تداخلا في المفاهيم ، وهو ما يستدعي التساؤل بشأن ما إذا كانت المعارف التقليدية جزء من الفلكلور أم العكس.

لقد ظهر مفهوم المعارف التقليدية حديثا بين المختصين في قضايا الملكية الفكرية، إذ يستعمل للدلالة على معنيين . ففي معناه الواسع يشمل الدراية والمعارف التقنية، والتعابير التقليدية، ومظاهر الثقافة من موسيقى وتاريخ، ولوحات، وصناعة حرفية، ولغات، أي أشكال

---

[1] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 9, p . 7.

[2] P.-A. Collot, *La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection sui generis*, rev. Droit et culture, p. 185. (53-2007 mise en ligne le 31 mars 2009 et consulté le 13 avril 2011.
url : http://droitcultures.revues.org/502)

[3] Art. 6 de la loi de R.D Congo n° 86-033 du 5 avril 1986 sur *la protection des droits d'auteur et droits voisins*, site www.droit-Afrique.com
-Art. 69 de la loi de Djibouti n° 54/Am /06 du 23 juillet 2006 relative à *la protection du droit d'auteur et droits voisins*, site www.droit-Afrique.com.

[4] Art. 18 de la loi type de Tunis : « "Folklore " s'entend de l'ensemble des œuvres littéraires, artistiques, et scientifiques créées sur le territoire national par des auteurs présumés ressortissants de ce pays ou des communautés ethniques, transmis de génération en génération et constituant l'un des éléments fondamentaux du patrimoine culturel traditionnel ».

[5] N. Mezghani, *op. cit.*, p. 6.

التعبير الثقافي. ويحظى بالمقابل بمعنى ضيق يشير إلى الدراية التقنية والمعارف المرتبطة بحفظ التنوع البيولوجي، والزراعة، والطب، والموارد الموروثة، ومجالات أخرى مماثلة وفي هذه الحالة طبيعة النقاش تحيد عما كان سائدا لعقود بشأن أشكال التعبير الثقافي لأن الأمر يتعلق بقوانين البراءات وسياق عام ومعين يرتبط خاصة بالبيئة والصحة والتنوع البيولوجي [1]. ومن ثم يشمل المفهوم الواسع أشكال التعبير الثقافي ويجعل منها فرعا للمعارف التقليدية بينما المفهوم الضيق يخص ميادين أخرى مستقلة.

ولا يوجد حتى الآن تعريف مقبول لمصطلح المعارف التقليدية على المستوى الدولي. غير أنه ضمن النقاش الدولي يؤخذ بالمعنى الضيق للدلالة على المعارف في حد ذاتها والتي توجد في سياقات متعددة[2]. والسبب في انعدام تعريف دقيق بخصوص هذا المفهوم هو الطبيعة المتنوعة والديناميكية للمعارف التقليدية [3]، بحيث لا تمثل تقاليدا قديمة وثابتة وإنما معارفا ديناميكية وحلولا عملية تتصل بالبيئة الإجتماعية المعاصرة للمجتمع [4] . وتقف هذه الميزة عائقا أمام صياغة تعريف حصري للموضوع ويمكن القول وبإيجاز أنها "عبارة عن تكوين حي من المعارف أو المهارات أو الممارسات التي تنتقل بين الأجيال في سياق تقليدي وتشكل جزء من نمط الحياة التقليدي لجماعات أصلية ومحلية تؤدي دور الراعي لها "[5].

وبخصوص العلاقة بين المعارف التقليدية والفلكلور، فإن العديد من المجتمعات التقليدية تعتبر أن النظم المتعلقة بالمفهومين تشكل كلا واحدا. فبالنسبة لبعض هذه المجتمعات

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., n° 59, p. 24.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle, aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles*, p. 48.

[3] V. document OMPI/GRTKF/IC/1/3, *Questions concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore : perspective générale*, p. 23.

[4] *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle, rapport de l'OMPI sur les missions d'enquêtes consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels* (1998-1999), OMPI, 2001, p. 26.

[5] الملكية الفكرية و الموارد الوراثية و المعارف التقليدية و أشكال التعبير الثقافي التقليدي، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، منشور رقم، (A) 933 ، 2012، ص. 9.

WWW.WIPO.INT/FREEPUBLICATIONS/FR/ARCHIVE.JSP?CAT=TK

يمثل الفلكلور مظهرا من مظاهر المعارف التقليدية، حيث لا يجب التمييز بين هذه العناصر [1]. لكن من منظور الحماية القانونية يظهر الإختلاف بين المفهومين، إذ تثار قضايا مختلفة ترتبط بفروع متباينة لنظام الملكية الفكرية وكذا بمجالات عملية عديدة وتطرح المنظمة العالمية للملكية الفكرية مجموعة من الإشكالات العامة وتقترح وسائلا قانونية مختلفة لحماية أشكال التعبير الثقافي من جهة والمعارف التقليدية من جهة أخرى.

فحماية أشكال التعبير الثقافي وفقا لنظام الملكية الفكرية تحكمها نظريات قانونية وخيارات تتماشى مع نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة، ويشمل إطار السياسة العامة قوانينا تتعلق بصون التراث الثقافي وتعزيزه مثلا. أما فيما يخص المعارف التقليدية بمعناها الضيق، فإنه تحكمها مبادئ نظام البراءات وتطرح بشأنها قضايا ترتبط أساسا بالتنوع البيولوجي وتدابير تتعلق بالصحة مثلا والزراعة وغيرها وتشكل هذه التدابير إطارا للسياسة العامة[2]. وبالتالي يتجسد الإختلاف القائم بين المعارف التقليدية والفلكلور أو مصنفات التراث الثقافي التقليدي من خلال النظام القانوني المطبق، لكن يبقى هذا التمييز غير واضح، حيث يلتقي المفهومان في نقطة مشتركة وهي أن كلا منهما ذو طابع تقليدي [3]، كما يقع الإختلاف كذلك في طبيعة الإبداع، فالطابع التقني يميز المعارف التقليدية[4] ويمكن القول أن كلا من الفلكلور والمعارف بهذا الشكل يمثل مفهوما مستقلا ويبقى التسليم بكونهما جزء من التراث الثقافي عموما وعنوانا لهوية المجتمعات. وفي كل الأحوال من السهل توسيع مفهوم الفلكلور ويظل من الصعب تقييد المفهوم وتحديده[5].

---

[1] Loi type de 2002 sur *la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie : principes dans la législation nationale*, secrétariat de la communauté du Pacifique, 2008, p. 17.

[2] Loi type de 2002 sur *la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie : principes dans la législation nationale*, *op. cit*., p. 18.

[3] N. Mezghani, *op. cit.*, p. 10.

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/12/4 (B), *op. cit.*, p. 26.

[5] V. document UNESCO/PRS/CLT/TPC/II/3, *Examen de l'étendue de la portée que pourrait avoir une réglementation générale concernant la protection du folklore*, UNESCO, 1985.

المطلب الثاني: محاولة صياغة تعريف دولي للفلكلور

يحظى موضوع حماية الفلكلور باهتمام كبير على المستوى الدولي أين تسعى الدول والحكومات المعنية إلى تصميم رؤية مشتركة بخصوص هذا الموضوع البالغ الأهمية سواء من ناحية التعريف به أو تحديد نطاق حمايته، لذا سننظر في مسألة تعريف الفلكلور على المستوى الدولي أو بالأحرى حقيقة غياب تعريف دولي متفق عليه بهذا الشأن.

الفرع الأول: غياب تعريف دولي للفلكلور

يقضي المبدأ العام بأن الوسائل الدولية للتوحيد والتنسيق والتعاون لا تصف موضوعات الحماية، وإنما تترك هذه المهمة للنظم القانونية الوطنية [1]، ولا يحظى الفلكلور بتعريف قانوني دولي متفقا عليه، لانه لا يوجود لنص دولي يخص هذا الموضوع بالذات. وحتى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية والتي إنضمنت إليها الجزائر [2] لا تنص على حماية الفلكلور إلا بصفة ضمنية وهو ما يستخلص من فحوى المادة 15 في فقرتها الرابعة، حيث جاء النص على حماية المصنفات غير المنشورة والتي يجهل مؤلفوها [3]. وحسب إحدى الحكومات فإنه ما من داع للقلق بشأن غياب تعريف دقيق لمفهوم الفلكلور، حيث أنه في مجال نظام حق المؤلف لم يتم تعريف مفهوم المؤلف بموجب الوسائل الدولية ولكن غياب هذا التعريف لم يمنع من العمل بهذه الوسائل الدولية، ومن الخطأ وضع مسألة التعريف بالفلكلور على عاتق اتفاقية برن، غير أنه من الضروري مراجعة العناصر المتاحة لحماية هذه التعابير من زاوية الإبداع

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/3/9, *op. cit.*, n° 30, p. 14.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 97-341 المؤرخ في 13 سبتمبر 1997 المتضمن إنضمام الجزائر، مع، تحفظ إلى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 9 سبتمبر 1886 المتممة والمعدلة، ج. ر. 14 سبتمبر 1997، عدد 61، ص. 8.

[3] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 33, p. 16.

-Art. 15. Al. 4 de la Convention de Berne pour *la protection des œuvres littéraires et artistiques* du 9 septembre 1986 révisée et complétée : « …a) pour les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue, mais pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que cet auteur est ressortissant d'un pays de l'union, il est réservé à la législation de ce pays la faculté de désigner l'autorité compétente représentant cet auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'union ;

b) les pays de l'union qui, en vertu de cette disposition, procéderont à une telle désignation, le notifieront au directeur général par une déclaration écrite ou seront indiqués tous renseignements relatifs à l'autorité ainsi désignée. Le directeur communiquera aussitôt cette déclaration à touts les autres pays de l'union. ».

الفني والأدبي[1]. كما لا تتضمن المادة الثانية من اتفاقية برن تعريفا حصريا لعبارة "مصنفات أدبية وفنية"، لكن من ناحية أخرى تسرد قائمة غير حصرية لمجالات التطبيق من أجل تحديد فئات الإبداعات المحمية بموجب هذه الإتفاقية [2]. ولا يسعنا سوى القول بأن مسألة تحديد موضوع الحماية وما يشمله متروكة أساسا للتشريع الوطني وهذا يطابق مبدأ المرونة والذي يوازي توقعات وتطلعات المجتمعات المعنية[3].

أما على المستوى الإقليمي، فإن الإتفاقية العربية على سبيل المثال والمتعلقة بحماية حقوق المؤلف تعرف الفلكلور بهذه التسمية ضمن نص المادة الخامسة [4] وهو نفس التعريف الذي تبناه القانون النموذجي لتونس وفي ذات السياق هناك كذلك اتفاق BANGUI بخصوص إنشاء المنظمة الإفريقية للملكية الفكرية بعد مراجعته سنة 1999 الذي يعرف أشكال التعبير الفلكلوري[5] ويعرف بالموازاة الفلكلور "بإعتباره مجموعة من التقاليد والإنتاجات ذات الطابع الأدبي، والفني، والعلمي، والديني و كذلك التكنولوجي بالإضافة إلى إنتاجات اخرى والتي تتناقل عبر الأجيال" [6]. في حين أن النص الجديد يتضمن تعريفا لأشكال التعبير الفلكلوري وآخر

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/12/4(B), *op. cit*., observation faite par le Burkina Faso, P. 21.

[2] Art. 2 de la Convention de Berne pour *la protection des œuvres littéraires et artistiques* : « 1- Les termes œuvres littéraires et artistiques "comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que : les livres, brochures et autres écrits ; les conférences ; sermons et autres œuvres de même nature ; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales …" ».

[3] V.document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : projet actualisé de synthèses des options de politique générale et des mécanismes juridiques*, annexe 1, n° 31, p. 17.

[4] المادة الخامسة من الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف : "يقصد بالفلكلور لأغراض تطبيق هذه الإتفاقية، المصنفات الأدبية والفنية أو العلمية، التي تبتكرها الفئات الشعبية في الدول الأعضاء، تعبيرا عن هويتها الثقافية، والتي تنتقل من جيل إلى جيل، وتشكل أحد العناصر الأساسية في تراثها".

[5] Arts. 2-19° de l'annexe 7, *Propriété littéraire et artistique* du l'Accord portant révision de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 instituant une organisation de la propriété intellectuelle : « Les *expressions du folklore* sont des productions d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté ou par des individus, reconnues comme répondant aux attentes de cette communauté et comprenant les contes populaires, la poésie populaire, les chansons et la musique instrumentale populaires, les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques des rituels et les productions d'art populaire ».

[6] Art. 68-1° de l'annexe 7, *Propriété littéraire et artistique* du l'Accord portant révision de l'Accord de Bangui du 02 mars 1977 instituant une organisation de la propriété intellectuelle : « On entend par folklore l'ensemble des traditions et productions littéraires, artistiques, religieuses, scientifiques, technologiques et autres des communautés transmises de génération en génération ».

للفلكلور، فإن النص الأصلي لسنة 1977 اقتصر فقط على تعريف الفلكلور وكذا الإشارة إلى مفهوم المصنف المستوحى من الفلكلور[1].

وإن كان الواقع يسجل غياب تعريف دولي للفلكلور لا بد من الإشارة في سياق هذه المسألة إلى محاولة اللجنة الحكومية الدولية للملكية الفكرية والتي جعلت من حماية الفلكلور موضوعا لأعمالها ودوراتها.

الفرع الثاني: محاولة اللجنة الحكومية الدولية لتحديد موضوع الحماية

تجدر الإشارة إلى مبادرة اللجنة الحكومية الدولية المتعلقة بالموارد الوراثية، والمعارف التقليدية والفلكلور بصياغة مشروع أولي للأحكام يتضمن جملة من الأهداف والمبادئ التوجيهية لحماية أشكال التعبير الثقافي التقليدي أو أشكال التعبير الفلكلوري. ونظرا لطبيعتها غير الملزمة، فإن هذه الأحكام لم يتم تبنيها من قبل الدول الأعضاء بصفة رسمية، فهي بمثابة مرجع للتشريعات الوطنية وحتى تلك التي تحمل طابعا إقليميا وتمثل نقطة انطلاق بخصوص الأفكار والتوجهات المتعلقة بصياغة اتفاقية دولية تخص الموضوع[2].

وأول ما يلاحظ أنه يستخدم ضمن مشروع الأحكام مصطلحي "أشكال التعبير الثقافي التقليدي" و"أشكال التعبير الفلكلوري" ، حيث أن المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو اختارتا عبارة "أشكال التعبير الثقافي التقليدي" بإعتبارها الأكثر قبولا [3] وتستعمل عبارة "أشكال التعبير الفلكلوري" كمرادف للعبارة الأولى. وقد تم تكريس هذه الصياغة في أعمال ووثائق اللجنة كمصطلح عمل، ذلك لأنه في بعض الدول والثقافات أو المجتمعات كلمة "فلكلور" ذات مدلول سلبي. ومع ذلك، فإن بعض المشاركين في إحدى دورات اللجنة أعربوا عن

[1] Art. 8-2° et 3° de l'annexe 7, Du *droit d'auteur et du patrimoine culturel* , de l'Accord de Bangui : acte du 2 mars 1977, relatif à la création d'une organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) : « 2) Sans préjudice des dispositions de l'article 46 ci-après, on entend par folklore, aux fins du présent titre J, l'ensemble des productions littéraires, artistiques ou scientifiques créées par les communautés nationales ethniques des Etats membres, qui sont transmises de génération en génération et constituent l'un des éléments fondamentaux du patrimoine culturel africain.
3) Œuvre inspirée du folklore s'entend de toute œuvre composée à l'aide d'éléments empruntés au patrimoine culturel traditionnel africain ».

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 83, p. 37.

[3] A. Amattes, *op. cit.*, n° 34, p. 20.

قلقهم بشأن هذه الصياغة وتفضيلهم لعبارة "أشكال التعبير الفلكلوري" [1]. ولقد عنى المشروع في إطار أحكامه الموضوعية بتحديد موضوع الحماية انطلاقا من التعريف الوارد في الأحكام النموذجية لسنة 1982 المشار إليها سابقا[2].

وبالتالي أشكال التعبير الثقافي التقليدي هي إنتاجات مكونة من عناصر مميزة من التراث الثقافي التقليدي المطور والمحتفظ به من قبل مجموعة أو أفراد تلبية للتوقعات الفنية التقليدية لهذه المجموعة [3]. وجاءت الإشارة إلى معايير الحماية، حيث يجب أن تكون التعابير المعنية إنتاجا فكريا متصلا بخصائص الهوية الثقافية المميزة للمجموعة وبتراثها التقليدي . وقد تمت مراجعة المشروع الأولي للأحكام بالنظر إلى تعليقات وملاحظات الحكومات المشاركة في دورات اللجنة[4]، وبالنظر إلى الصياغة الأولية للمشروع وكذا التعديلات التي تلتها بعد ذلك فإن التعبيرات المعنية بالحماية لابد أن تكون إنتاجات فكرية. وعليه، تمثل موضوعا من موضوعات الملكية الفكرية سواء كانت إنتاجات فردية أو جماعية، وتبعا لهذا يمكن النص على قدر من الإبداع الفكري الذي يمثل معيارا أساسيا لتقرير ما إذا كان التعبير يستحق الحماية أم لا. فالأشكال التي تكون أهلا للحماية هي تلك التي تمثل مظهرا من مظاهر الإبداع والإبتكار وواحد من الأهداف المرجوة من حمايتها هو تعزيز احترام القيمة الإبداعية والفكرية لهذه الإنتاجات[5].

وفي ذات السياق تشير الأحكام النموذجية لسنة 1982 والمعدة من جانب المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو التي تعتبر مصدرا للتعريف الوارد في مشروع الأحكام

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/6/3, *Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : options juridiques et de politique*, n° 15, p. 8.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/7/3, *Protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : synthèse des objectifs de politique générale et des principes fondamentaux*, n° 17, p. 10.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/7/3, *op. cit*., annexe 2, p. 17.

[4] V. les documents WIPO/GRTKF/IC/8/4 ;
WIPO/GRTKF/IC/16/4 prov ;
WIPO/GRTKF/IC/16/4 ;
WIPO/GRTKF/IC/17/4.

[5] V. document WIPO/GRTKF/IC/7/3, *op. cit*., annexe 2, n° 31, p. 18 : « Or les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont le produit de processus de création intellectuelle et l'un des objectifs de la protection est de promouvoir le respect de la valeur créatrice et intellectuelle de cette production ».

إلى أن التعابير التي تدخل في نطاق الحماية هي التي تكون من مظاهر الإبداع الفكري [1]، وبالإضافة إلى كونها إبداعا فكريا يتعين أن تحمل سمات التراث التقليدي للمجتمع المعني. ويطرح هذا المعيار الذي أخذ مباشرة من الأحكام النموذجية لسنة 1982 إشكالا بخصوص معرفة العناصر التي تمثل جزء من فلكلور المجتمع وكيف يتم إثبات وجود صلة حقيقية مع هذا المجتمع حتى تتحقق الحماية. فهل يشترط وجود إجماع للتصديق على أصالة التعابير الفلكلورية؟

حسب التعليق على الأحكام النموذجية، فإن الإجماع ينتج ضمنا عن القاعدة التي تفرض أن تتألف التعابير من عناصر مميزة بمعنى أنها تجسد التراث التقليدي، فهذه العناصر المعترف بأنها مميزة عادة ما تكون شاهدة على أصالة الفلكلور، إذ أنه معترف بها على هذا النحو بإجماع ضمني للمجتمع [2]. غير أن التعريف الوارد في الأحكام النموذجية ذاته لم ينص على إجماع المجتمع، لأن ربط تطبيق القانون في كل مرة بتدخل هذا الأخير والنظر إلى حكمه في الوضع يفرض خلق قواعد أخرى مثل النص على كيفية التحقق من هذا المجتمع وكذا معرفة الوقت الذي يجب أن يوجد فيه [3]. وعليه، فإن معظم النظم الحالية المتعلقة بحماية هذه التعابير تفرض شكلا من أشكال الربط بين هذه الأخيرة وبين المجتمع لأجل التمييز بين ما هو أصلي وما هو غير أصلي. وتستخلص هذه الصلة من المعيار الذي يفرض أن تكون الإنتاجات المعنية تحمل سمات الهوية والتراث الثقافي للمجتمع.

ويطرح التساؤل حول المعايير التي تؤخذ بعين الإعتبار لأجل تحديد ما إذا كانت التعابير تتسم بملامح الهوية الثقافية أو الإجتماعية لثقافة تقليدية معينة [4]، حيث لابد أن تعكس أشكال التعبير الثقافي التقليدي تاريخ المجتمع وتدل على هويته وقيمه. وقد عرفت الهوية الثقافية حسب مكنز اليونسكو بأنها "الصلة القائمة بين جماعة– وطنية، أو إثنية، أو لغوية، أو

[1] Parag. 4 du préambule des dispositions types adoptées par l'OMPI et l'Unesco, 1982 : « Considérant que les expressions du folklore en tant qu'elles constituent des manifestations de la créativité intellectuelle méritent de bénéficier d'une protection s'inspirant de celle qui est accordée aux productions intellectuelles ».

[2] V. les dispositions types, OMPI/UNESCO, III, comm, n°36, p. 44.

[3] V. les dispositions types, OMPI/UNESCO, III, comm, n°36, p. 44.

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/11/15, *"Rapport adopté*" , n° 95, p. 64.

غيرها وحياتها الثقافية، وحق كل جماعة في ثقافتها الخاصة" [1]. وقد نادت إحدى الحكومات المشاركة في التعليق على الأحكام الموضوعية للمشروع بحذف هذا المعيار، لأنه يفرض على المجتمعات عبء إثبات الصلة بين التعابير الفلكلورية وبين هويتها الثقافية والإجتماعية وهو عبء ثقيل مثلما جاء في التعليق [2]، لكن قد يكون من الحكمة الإحتفاظ بهذا المعيار واشتراط الصلة بالهوية الثقافية والإجتماعية . فحتى وإن كان أفراد المجتمع غير مهتمين بالفلكلور، فسيشعر هؤلاء على الأرجح بأنهم معنيون بحماية الإبداعات والإنتاجات الفلكلورية والمتعلقة بثقافتهم التقليدية والتي تشكل رمزا لهويتهم الثقافية والإجتماعية. ومن المرجح أيضا أن يهتم هؤلاء بالمعايير والقيم المعبر عنها والمتناقلة عن طريق الفلكلور على حساب الإنتاجات الفلكلورية. وعليه، يلعب الفلكلور دور الوسيط في نقل القيم وإيصالها عبر مختلف الأجيال.

وقد تضمنت الصياغة الأولية للمشروع وحتى الصياغات المعدلة لها وصفا للموضوع نفسه ووصفا للمعايير الموضوعية التي تحدد بمزيد من الدقة الأشكال والتعابير الفلكلورية القابلة للحماية، حيث لا يمكن أن يكود كل شكل منها موضوعا للحماية، لأنه يجب في إطار الملكية الفكرية التمييز بين وصف الموضوع عامة والتحديد الدقيق لمعالم التعابير المحمية. وبالرغم من هذا الوصف الشامل، إلا أنه تمت الإشارة إلى أن هذه المعايير تنقصها الدقة[3] وبالتالي يستحسن مراجعتها. وما يجب التأكيد عليه هو أن معايير الحماية يفترض أن تكون واضحة، بحيث لا تكون جد دقيقة فيؤدي تطبيقها إلى إقصاء العديد من التعابير مما يؤثر على فعالية الحماية كما لا تكون جد غامضة فيتم تطبيقها بشأن أي تعبير، ومن ثم يتم التقويض من مجال الملك العام مما قد يؤثر على الإبداع والإبتكار[4].

---

[1] UNESCO Thesaurus: « …Denotes the correspondence which exists between a community -national, ethnic, linguistic, etc- and its cultural life, as well as the right of each community to own culture ».

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/9/4, *Protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, objectifs et principes révisés*, p. 16.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/11/4 (A), *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : recueil des observations écrites formulées sur la liste de question*, annexe, p. 12.

[4] Loi type de 2002 sur *la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie, principes de transposition dans la législation nationale*, *op. cit.*, p. 20.

وبعد عدة تعديلات عرفها المشروع الأولي للأحكام [1] تمت صياغة مشروع مواد [2] عدل هو الآخر بناء على اقتراحات الدول الأعضاء سعيا لضمان أكبر قدر من الإيجاز والوضوح [3]، وآخر تعديل مس هذا المشروع إعتمدته اللجنة الحكومية الدولية للملكية الفكرية والمشار إليها سابقا، في إطار دورتها الثانية والعشرون[4] والذي من المؤكد سيكون محل نظر في دورات اللجنة المستقبلية على إعتبار أنه لم يتم حتى الآن التمكن من تصميم مفهوم وتصور مشترك فيما يخص الموضوع محل الدراسة سواء بالنسبة لمسألة تحديد موضوع الحماية أو بالنسبة لتحديد نطاق هذه الحماية.

المبحث الثاني: التفصيل في الخصوصيات المميزة للفلكلور وبيان طبيعة أشكاله

إن القول بأن الفلكلور جزء من التراث الثقافي أو أنه يشمل الإبداع الفني أو الأدبي وحتى العلمي وأنه يتألف من عناصر مميزة للتراث الثقافي التقليدي، بحيث يعكس الهوية الإجتماعية والثقافية لبلد أو مجتمع بعينه لا يكفي لتعريفه وتبديد الغموض الذي يحيط به. هذا لأن هذه الشروح تظل ناقصة، وبالنظر إلى التعريفات التي تمت صياغتها وبعض النظريات التي تم تبنيها بشأن أصل الفلكلور وكذا طبيعة أشكاله وتعبيراته، تظهر ميزات الفلكلور وخصوصياته التي تجعل منه إبداعا متميزا مقارنة مع باقي الإبداعات الفكرية التي تحظى بالحماية القانونية في ظل الملكية الفكرية وبالأخص الملكية الأدبية والفنية. لذا يخصص المطلب الأول من هذا المبحث لبيان خصوصيات الفلكلور، ثم يلي ذلك النظر في طبيعة أشكال الفلكلور.

---

[1] V. les documents WIPO/GRTKF/IC/8/4, WIPO/GRTKF/IC/16/4 prov, WIPO/GRTKF/IC/16/4, WIPO/GRTKF/IC/17/4.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/17/9, *Projet d'articles sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore,* etablis par L'IWG 1.

[3] V. les documents WIPO/GRTKF/18/4, WIPO/GRTKF/IC/18/4 REV.

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/22/4, *La protection des expressions culturelles traditionnelles : projets d'articles*.

المطلب الأول: بيان خصوصيات الفلكلور

لقد أصبح من المقبول وعلى نطاق واسع القول بأن السمة الأساسية للفلكلور هي اعتباره مظهرا فنيا للأمة أين تتمثل خصوصياته الأساسية في طابعه التقليدي، غير الشخصي والشفهي[1]. ويضيف الفقه خاصية أخرى يمكن إستخلاصها كذلك من التعريفات القانونية للفلكلور وهي كون مبدع الفلكلور مجهول الهوية[2]. وسيتم الإكتفاء في هذا المطلب ببيان الطابع التقليدي، وكذا البحث في حقيقة الطابع غير الشخصي للفلكلور.

الفرع الأول: الطابع التقليدي للفلكلور

تحظى مصنفات التراث الثقافي التقليدي بموجب الأمر رقم 2003-05 السالف ذكره بحماية خاصة[3]، فالمشرع لم يكتف بعبارة "التراث الثقافي" وإلا كان موضوع الحماية سيشمل جميع العناصر التي يغطيها التراث الثقافي، مما يؤدي إلى الخروج عن نطاق الفلكلور الذي يمثل جزء فقط من هذا التراث. فأضاف المشرع كلمة "التقليدي" ليحصر نطاق الحماية على المصنفات ذات الطابع التقليدي، أي مصنفات الفلكلور مثلما كان يشار إليه سابقا في إطار الأمر رقم 73-14. فهو لم يغفل عن التلميح إلى الطابع التقليدي الذي يمثل إحدى خصوصيات الفلكلور. وحسب الأحكام النموذجية التي أعدتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو في سنة 1982، فإن العناصر التي تتألف منها تعابير الفلكلور مستمدة من التراث الفني التقليدي. وبالنظر إلى التعريف الذي تضمنته توصية اليونسكو بشأن حفظ الثقافة التقليدية والشعبية، فإن الفلكلور هو جملة الإبداعات التي تعود لمجموعة ثقافية والمؤسسة على التقاليد...[4]. والمشرع المغربي مثلا يعتبر تعابير الفلكلور تلك الإنتاجات لعناصر مميزة من

---

[1] V. document FOLK/I/3, *op. cit.*, n° 12, p. 3.

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 8, p. 6 : « Malgré ces différences d'approche, l'accord semble se faire pour retenir deux critères principaux de définition : les caractères anonyme et traditionnel, auxquels on ajoute parfois le mode de transmission orale ».

[3] المادة الثامنة من الأمر رقم 2003-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المشار إليها سابقا.

[4] V. la recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, adoptée par la conférence générale, UNESCO, 1989 : « La culture traditionnelle et populaire est l'ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle fondées sur la tradition, exprimées par un groupe ou des individus et reconnues comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expression de l'identité culturelle et sociale de celle-ci, les normes et les valeurs se transmettent oralement, par imitation ou par d'autres manières, ses formes comprennent, entre autre, la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l'artisanat, l'architecture et d'autres arts ».

التراث الفني التقليدي ويراد بعبارة " المصنف المستمد من الفلكلور" ذلك المصنف الذي يتألف من عناصر مقتبسة من "التراث الثقافي التقليدي"[1] وهو ذات الوضع بالنسبة للتشريعات التي ترسوا على الأحكام النموذجية السالف ذكرها. فالكلمة التي يلاحظ تكرارها دائما هي " التقليدي، التقاليد، التقليدية".

ويطرح التساؤل بهذا الصدد حول ما إذا كان المقصود من كلمة "تقليدي" أن مصدر هذه التعابير أو المصنفات أو الإنتاجات هي التقاليد أم تعني أنها قديمة؟

في الحقيقة، إن الطابع التقليدي لا يعني بالضرورة أن هذه الإنتاجات قديمة وإنما هي تقليدية لأنها منبثقة عن التقاليد التي لطالما إعتبرت مصدرا للإبتكار والإبداع [2]، فالصناعة اليدوية مثلا شكل من أشكال التعبير الثقافي الملموسة، توضح المزايا التي تنجم عن تداخل التقاليد والإبداع، حيث تعتبر تقليدية ومعاصرة في نفس الوقت وفقا لفكرة أن التعابير الثقافية التقليدية تعكس ثقافة حية ومتطورة، رغم أنها تستند إلى أشكال ومهارات تقليدية. ويعكس هذا الوضع قدرة المجتمعات الوصية على التقاليد على دمج هذه الأخيرة مع عناصر ثقافية حديثة مما يسمح بالحفاظ على هويتها أو تحسين أوضاعها الإجتماعية والإقتصادية [3]. وعليه لا تكون الإنتاجات المعنية تقليدية لقدمها، إذ أن الكثير منها ليست أثرية أو خاملة، بل هي جزء حيوي وديناميكي من حياة الجماعات في الوقت الحالي. وتعني هذه السمة وجود صلة تقليدية بجماعة ما من حيث تطور هذه التعابير وتعاقبها، ويكون ذلك من خلال أنظمة عرفية معينة تتناقل هذه التعابير في سياقها[4].

---

[1] راجع ظهير شريف رقم 20-00 الصادر بتاريخ 15 فيفري 2000 بتنفيذ القانون رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر 18 ماي 2000، عدد 4796. أنظر نص المادة 1 من القانون رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., n° 8, p. 5.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., n° 6, p. 11.

[4] منشور المنظمة العالمية للملكية الفكرية رقم(A) 933، السابق ذكره، ص. 1.

-V. document WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) ADD, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : additif au recueil d'observations écrites sur la liste de questions*, p. 10 : « Le terme "traditionnel" n'implique pas nécessairement que le savoir ou les expressions culturelles sont anciens ou non scientifiques. Il peut s'agir des nouvelles créations ou d'innovations fondées sur la tradition culturelle qui apparaissent lorsque des individus et des communautés relèvent de nouveaux défis ou se heurtent à de nouvelles réalités liées à leur environnement social et physique ».

فالطابع التقليدي يحمل علامات التأثيرات الإبداعية الحية للمجتمع، إذ أن الكثير من تعابير الفلكلور تتناقل من جيل لآخر، وبالتالي هي في حركية دائمة. ويستخلص مما سبق بيانه أن الفلكلور تقليدي لأن تعابيره مستمدة من التقاليد التي عرفت ضمن مجموعة المصطلحات المعدة من قبل اللجنة الدولية الحكومية المهتمة بالقضايا المتعلقة بالفلكلور على أنها مجموعة من الممارسات والأفكار الثقافية التي تعتبر جزء من الماضي وتمنح مركزا معينا[1].

وإن كان الطابع التقليدي لا يعني قدم التعابير الفلكلورية وإنما يعني أنها مستمدة من التقاليد فإن هذا يؤدي إلى التساؤل إن كانت هذه الميزة تتعلق بطبيعة التعابير في حد ذاتها أم بطريقة إنشائها والحفاظ عليها وكذا نشرها.

يبدو أن الفلكلور تقليدي لكونه ينتقل وفقا لطرق وأنظمة نمطية، فيفسر هذا الطابع لأسباب من النظام الإجتماعي، في الواقع يضرب الفلكلور جذوره في أوساط إجتماعية متسقة أين يكون أفرادها في نفس المستوى الثقافي تقريبا، إذ يعبر الموسيقي، والراقص والمغني عما يعرفه الجميع وما هو للجميع [2]. فكلمة "تقليدي" تصف طريقة الإنشاء والممارسة ولا تتعلق بالتعابير ذاتها، لأنها تنشئ وفقا لقواعد ومواثيق وأعراف جماعية معينة. فتكون بالتالي مستمدة من التقاليد أو مستندة إليها وفي كل الأحوال يحافظ عليها ضمن سياق تقليدي. وعرف هذا المفهوم على أنه يشير إلى طريقة إستخدام المعارف التقليدية أو أشكال التعبير الثقافي التقليدي في إطارها الفني الملائم إستنادا إلى استخدام مستمر للجماعة ومن الأمثلة على ذلك استخدام رقصة خاصة بالطقوس في سياقها التقليدي بمعنى أداء الرقصة المذكورة في الإطار الفعلي للطقس الممارس[3]. وما يستخلص من الطرح السابق أن سمة "التقليدية" تلازم تلك العناصر والإنتاجات المستندة إلى التقاليد والتي تنشئ وتنتشر وتستمر انطلاقا من أنماط ومهارات تقليدية.

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, p. 15 : « Les traditions sont constituées d'une série de pratiques culturelles et d'idées, qui sont considérées comme appartenant au passé et qui se voient reconnaitre un certain statut ».

[2] V. document FOLK/II/3, *op. cit.*, n° 12, p. 4.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, p. 13.

الفرع الثاني: الطابع غير الشخصي للفلكلور

كانت مسألة أصل الفلكلور محل نقاش وأخذ ورد بين المختصين، ففي حين أن البعض فضل عدم البحث في خلفية هذا الإبداع انقسم أولئك الذين إهتموا بالمسألة إلى قسمين، فأيد البعض الفرضية التي تقضي بأن الفلكلور إنتاج جماعي ونادى البعض الآخر بالطابع الفردي للفلكلور.

وقد رفض أول تيار فكري بهذا الشأن الدور المفترض للشعب في خلق الإبداع الفلكلوري وحاول هؤلاء الأخذ بالتطورات المتعلقة بالفلكلور الموسيقي لأجل تبيان القضايا التي يثيرها الفلكلور في مجموعه. وحسب هذا التيار الفكري، فإن الأغنية الشعبية هي كذلك، لأنها مقبولة ومغناة من قبل الشعب، فلا يهم أن يولد اللحن وسط الشعب بل المهم هو أن يتم تبنيه من جانب هذا الأخير وبالتالي يظل المصدر والأصل من الملحقات فما إن يتم احتضان الأغنية الشعبية حتى تفقد طابعها الفردي لتصبح جماعية. وهناك من أيد هذا الرأي حينما قال أن الأغنية الشعبية لتكون على هذا النحو ليس من الضرورة أن يتم إنشاؤها أو تعديلها أو تجديدها من قبل الناس، فيكون شعبيا كل ما تم إنشاؤه لأجل الشعب من قبل الأفراد سواء كانوا متعلمين أو غير ذلك، ثم يتم تبنيه من قبل مجموعات من الحرفيين والقرويين والذي يتناقل شفاهة لفترة طويلة[1].

لكن هذه النظرية لا تثبت بأية طريقة أن الشعب لا يمكن أن يكون هو مبدع الموسيقى التي يغنيها، ويثور الإشكال التالي، هل الإبداع الفلكلوري جماعي، أي ذو طابع غير شخصي أم أنه إنتاج فردي يحمل علامة فردية وشخصية؟

حسب البعض من أنصار النظرية القائلة بالطابع غير الشخصي والجماعي للفلكلور، فإن هذا الأخير يجد مصدره في إبداعات جماعية، إذ يمكن إثبات ذلك من خلال مقارنة اللغة بالفلكلور. فمهما كانت طبيعة الظروف التي تتغير في ظلها اللغة لا يمكن الحديث عن نشأة أي شكل جديد على هذا النحو إلا من اللحظة التي يصبح فيها هذا الشكل موجودا كحقيقة اجتماعية بمعنى أنه يصبح مملوكا من قبل المجتمع، وبنفس الطريقة وجود عمل فلكلوري

[1] V. document FOLK/II/3, *op. cit.*, n° 14-15, p. 5.

يتوقف على قبوله من جانب المجتمع [1]. فالتملك من قبل هذا الأخير هو ما يبقي على العمل الذي ينشئه الفرد وقد يرفض المجتمع بعض الخصوصيات الشكلية للعمل ويتولى تنقيحه وفقا لأسلوبه ومن ثم تفقد العناصر المرفوضة وجودها الوظيفي وتندثر آثارها[2].

كما ركز أنصار هذا الإتجاه على دور المؤدي في الإبداع الفلكلوري ولذا دافعوا عن نظريتهم بالقول أن الأشخاص الذين يؤدون الفلكلور ملزمون بإتفاقات ومقاييس المجتمع المحيط بهم وكذا الوضع السائد فيه على خلاف مؤلفي المصنفات الأدبية والفنية بالمفهوم الغربي للمصطلح. وهناك من أشار إلى أن الأداءات الفلكلورية ذات طابع اجتماعي، بينما الكتابة التي تستند إليها هي ذات طابع فردي [3]. وقد أولى أصحاب هذه النظرية اهتمامهم لمصدر الفلكلور وأصوله وهو الخطأ الذي تم ارتكابه في سبيل الدفاع عن فكرة الطابع غير الشخصي للفلكلور لأنه بنظر علم الفلكلور لا النشأة ولا المصدر له أهمية، فالأهم هو الإستعارة، والإختيار والتعديل للمادة المستعارة [4]. وقد تم الدفاع عن هذه النظرية لمدة من الزمن، حيث احتفظت بصيتها إلى غاية منتصف السبعينات أين ظهرت ردة فعل الدول النامية، وطالبت الدول الإفريقية بل ألحت على إبدال الطابع غير الشخصي بالمفهوم الذي يقضي بأن مؤلف الفلكلور مجهول الهوية ذلك أنه في إفريقيا شخصية الفنان تسهم كثيرا في وجود الفلكلور وبذلك لا تقل كيفية الاستخدام أهمية عن المادة الفلكلورية، أي الأصل[5].

ويزعم مؤيدوا النظرية الفردية بأنه وإن كان المؤلف مجهولا، فهو موجود حقا وإبداعه يبقى ملكا له لأن عدم معرفة المؤلف ليست سوى مسألة عرضية. وقد انضم إلى هذا الإتجاه البعض من أبرز المختصين الفرنسيين الذين يرون بأن الشعب لا يبدع فنه الخاص، وإنما

---

[1] N. Jakobson, *"Le folklore, forme spécifique de création" in question de poétique*, Paris, éd. du Seuil, 1973, p. 6 : « Quelque soit la nature des conditions dans lesquelles se modifie la langue, nous ne pouvons parler de "naissance" d'une forme nouvelle en tant que telle qu'à partir du moment où elle existe comme fait social… de même façon, "l'existence" d'une œuvre folklorique ne commence qu'après son acceptation par une communauté… », cité par K. Nkiema, *op. cit*., p. 26.

[2] K. Nkiema, *op. cit*., p. 25.

[3] V. document UNESCO/PRS/TPC/II/3, *Examen de l'éntendue et de la portée que pourrait avoir une réglementation générale concernant la préservation du folklore*, UNESCO, 1985, n° 40, p. 11.

[4] K. Nkiema, *op. cit*., p. 24.

[5] V. document UNESCO/CLT/TPC/II/3, *op. cit*., n° 37, p. 10.

بعض الأفراد ذوي الموهبة هم من ينتج المؤلفات الفلكلورية التي يتم اعتمادها من قبل المجتمع الذي ينتمون إليه والذي يتولى ويكفل تناقلها ويضمن إستمراريتها[1].

وفي الواقع الجدل الذي أثير حول المعيار الشخصي أو الجماعي سلط الضوء على صعوبة تطبيق معيار للحماية، فبعض أشكال الفلكلور وتعابيره تدل على الدور البارز والواضح للفنان المؤدي[2]، حيث يكون قادرا على اختيار العناصر المناسبة للحالة محل الأداء وكذا المناسبة للجمهور المعني بالأداء وبالتالي قادرا على إنتاج كيان جديد انطلاقا من هذه العناصر التقليدية[3]، بمعنى أن الفنان المؤدي يلعب في مثل هذه الحالات دورا حاسما في الإنتاج والأداء. ولأن الأدب الشفهي جزء من الفلكلور، يرى الدارسون لهذا العنصر بالذات أنه فن جماعي في إبداعه وتناقله ولكنه قبل كل شيء ذو طابع حي وفردي في أداءه، ويشمل بعض الأنواع التي تسمح بالتناقل الإبداعي مثل القصص، حيث تكون محل تعديلات وإضافات وتغييرات، فيمكن للراوي إعادة نفس القصة دون الرجوع إلى نفس الكلمات أو نفس الوجوه والشخصيات بإستثناء بعض الصياغات المتكررة والمتماثلة في كل مرة والتي تكون معروفة من قبل المجموعة الإجتماعية التي تسري فيها القصة محل الأداء[4].

بينما توجد حالات أخرى لا تحمل علامة فردية، فهي موجودة في كل مكان مثل الأمثال الشعبية التي يتم تكرارها عدة مرات بنفس الكلمات تقريبا، فيظهر إبداع المؤدي للمثل الشعبي بصورة أخرى، إذ يكتفي بقدرته على اختيار القول المأثور المناسب واستخدامه بطريقة تكسبه معنى ملموسا. وبالتالي يمكن القول بان التباين والتغيير الممكن إحداثه في التعبير هو علامة النشاط الإبداعي، لكن غياب هذا التباين والإختلاف لا يعني بالضرورة انعدام الإبداع.

---

[1] V. document FOLK/I/3, *op. cit*., n° 16, p. 5.

[2] إن الفنان المؤدي هو الذي يقوم بأداء مؤلف معين مثل الموسيقي، والمغني، والراقص، والممثل...

[3] K. Nkiema, *op. cit*., p. 29.

[4] A. Boudjellal Meghari, *Analyse de la structure et des procédés de narration et de contage : approche comparative des contes de Perrault et des contes Chaouis*, th, 2008, t. 1, université de Provence, p. 31 : « …Certes la litterature orale est un art collectif, dans sa creation et dans sa transmission, mais c'est avant tout un art vivant, et il est individuel dans son interpretation. La transmission fidele concerne ce qu'on appelle "le texte ferme", qui englobe certains genres oraux comme les proverbes, les devinettes et les dictons qui ne se modifient pas ».

وعليه من الممكن الأخذ بالطابع الجماعي وغير الشخصي للفلكلور في الحالات التي يكون فيها التغيير طفيفا أو الحالات التي تغيب فيها البصمة الشخصية[1].

وليس فقط نوع أو شكل التعبير محل الأداء هو من يرسم حدودا للتباين والتغيير المحدث، فشخصية الفنان المؤدي بإمكانها التأثير على هذا التعبير. وقد أدت بعض الدراسات التي أجريت على عدد معتبر من مؤدي الأغاني الراقصة إلى القول بإمكانية وجود عدة شخصيات مختلفة تنعكس على التعبير الفلكلوري الذي تنتجه؛ فمثلا المؤدي الأول يعيد إنتاج الأغنية بإستعمال نفس الكلمات والثاني يكون قادرا على القيام بتطويرات دون التعديل في المصدر والأخير يعدل الأغنية ككل بالرجوع إلى عناصر مستمدة من أغاني أخرى [2] ومنه ينتج التباين في التعبير محل النظر من دور المؤدي وتلاعبه بعناصر التعبير الذي يؤديه.

وأخيرا يمكن القول بأن عنصر الفردية في الإبداع الفلكلوري حقيقة موجودة، فأحد أفراد المجتمع وفي مرحلة من الزمن يخلق إنتاجا معينا يصبح فيما بعد فلكلورا للشعب بتعاقبه بين الأجيال أين يكون محلا للتعديل والإضافة. فعلاقة التأثر والتأثير بين الفلكلور والمجتمع موجودة، حيث يحدث هذا الإبداع تغييرا في المجتمع الذي ينتشر فيه وفي المقابل تؤثر التغيرات الإجتماعية على الفلكلور وتعدل فيه ليكتسب طابعه الحي والمتغير، وإن كان البعض يرى أن تأثير المجتمع على الفلكلور أكبر بكثير من تأثير هذا الأخير على المجتمع المعني. فالفلكلور يستوعب التغيرات الإجتماعية ليكون في حركية دائمة [3]. وما يستخلص مما سبق أن الفرد يمكن أن ينتج الإبداع الفلكلوري الذي يضمن المجتمع بقاءه ويمنحه طابعه الحي لأنه يكفل تناقله، فالفرد يسهم في وجود الفلكلور كإبداع فكري والمجتمع يسهم في وجوده كظاهرة إجتماعية ويبقى هذا مجرد رأي بإعتبار أن العديد من المجتمعات المعنية تؤكد على أن الفلكلور ملك للجماعة وبعبارة أخرى هو إبداع ذو طابع جماعي، فيرى هؤلاء أنه حتى في الحالات التي يطور فيها الفرد إبداعا قائما على التقاليد في سياق عرفي، فإنه يعتبر من منظور المجتمع المحلي نتاج نشاط إبداعي إجتماعي ومحلي[4].

---

[1] V. document UNESCO/PRS/CLT/TPC/3, *op. cit*., n° 39, p. 11.

[2] V. document UNESCO/PRS/CLT/TPC/II/3, *op. cit*., n° 40, p. 11.

[3] P.-V. Valsala et G. Kutty, *op. cit*., p. 9.

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/8/4, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés*, p. 16.

المطلب الثاني: طبيعة أشكال الفلكلور و تعابيره

هناك من يرى أن السبب في النزاع القائم حول تعريف الفلكلور يرجع أساسا إلى الطابع الشفهي أو بعبارة أخرى التقليد الشفهي للفلكلور [1]. ومن هنا يمكن التساؤل حول ما إذا كان القول بأن ما ينتقل شفاهة هو فقط ما يعتبر فلكلورا أمر مقبول، بمعنى آخر هل يغطي الفلكلور التقاليد الشفهية فقط مثل الأغاني والقصص أم يتسع المفهوم ليشمل الثقافة المادية مثل النحت واللوحات والخزف وغيرها من الإنتاجات الملموسة.

الفرع الأول: الطابع الشفهي لتعابير الفلكلور

إعتبر الطريق الشفهي ولمدة من الزمن المسار الوحيد للفلكلور، حيث ولكي ينتشر لابد أن يستعين بالطابع الشفهي الذي يمنحه ختما أصليا لأن الفلكلور لا يعمم مثلما هو، وإنما يخضع خلال مساره للعديد من التعديلات. وعليه الشفهية أداة تمييز هامة، ففي الواقع أية ظاهرة شعبية تتحقق في شكل ما هي فن شعبي وليست فلكلورا بالمعنى الحرفي والحقيقي للكلمة. وعلى هذا الأساس فإن الألبسة، والرسوم، والزرابي، والأقنعة وبصفة عامة كل شكل فني يندرج ضمن فئة مجاورة ولكنها ليست مماثلة[2].

فحسب هذا الرأي لا يندرج ضمن الفلكلور سوى التعابير والأشكال المتناقلة شفاهة ويتأسس التقليد الشفهي بصفة عامة على الذاكرة والتناقل من جيل إلى جيل. ومن ثم يعتبر الكلام وسيلة تخزين تخدم الإنسان منذ قرون وستستمر في خدمته وبالتالي فالأنماط التي تتناقلها الأجيال شفاهة تكون في حركية مستمرة لا يمكن تجنبها [3]، لذا فإن هذه التعابير ليست أنواعا جامدة لأنها محل تحويلات مستمرة ما دام يتم تعاقبها شفاهة. فالحركية المستمرة نتيجة حتمية تسفر عنها الوسيلة المعتمدة في نشر الفلكلور وإيصاله للأجيال الحاضرة وكذا المستقبلية. هذا ويحظى الطابع الشفهي بأهمية كبيرة لاسيما في المجتمعات التي يكون أفرادها أميين، حيث تعتبر التقاليد الشفهية الوسيلة الوحيدة المتوفرة والتي تتفشى من الإستعانة بها

---

[1] P.-V. Valsala et G. Kutty, *op. cit.*, p. 7 : « …While going through the definitions one can attributes the reasons for the dispute mainly to the oral tradition of folklore ».

[2] V. document FOLK/I/3, *op. cit.*, n° 13, p. 4.

[3] A. Boudjellal Meghari, *op. cit.*, p. 31 : « La parole est un élément de conservation tout comme l'écriture. Elle a servi l'homme pendant des siècles et des siècles, et elle continuera certainement à le servir…Ce mode de transmission implique une mouvance obligatoire et incontournable ».

العناصر الضرورية للثقافة وتأخذ مكانها داخل المجتمع، بحيث في مثل هذه المجتمعات يستخدم الباحثون كلمة "فلكلور" للإشارة إلى لغة الشعب، وأساليب حياته مثل الصيد، والزراعة والزواج... والتي تتناقل جميعها شفاهة[1].

وميز الفقه بين مفهومين: بين الفن الشعبي والفلكلور. فالتعبير الأول ذو أصل ألماني ويعني السلوك الذي يدرس الشعب كمجموعة إجتماعية وثقافية بينما مصطلح "الفلكلور" الذي يجد جذوره في اللغة الإنجليزية يعني المعتقدات التقليدية، والأساطير، والأعراف، والخرافات، والأمثال، والشعائر، والقصص والممارسات. والفرق بين المفهومين حسب هذا الإتجاه الفقهي واضح، فالعبارة الألمانية تنظر إلى الشعب بإعتباره فئة عرقية وتشمل جميع جوانب الثقافة، بينما المصطلح الإنجليزي ينظر إلى الشعب كفئة إجتماعية ويهتم بالجوانب غير المادية للثقافة أي المظاهر ذات الطابع الشفهي والتي لا تستند إلى دعامات مادية. فإذن، مفهوم الفلكلور أضيق من مفهوم الفن الشعبي، وقد باءت محاولات المختصين الهادفة إلى التوسيع من معنى الفلكلور ليشمل كافة المظاهر الثقافية بالفشل، إذ لم تلق هذه المحاولات قبولا من لدن المجتمعات المتحدثة باللغة الإنجليزية وإستمر الفلكلور في الدلالة على الثقافة الشفهية[2].

وفي إطار البحث عن نظرية قانونية لحماية الفلكلور لابد من بيان ما إن كان التعريف القانوني يغطي الفلكلور غير المادي وكذا الفلكلور المادي أم يقتصر مضمونه على ما هو غير ملموس؟

إنطلاقا من التمييز بين الفن الشعبي والفلكلور وإستنادا إلى المعيارين: الطابع المادي وغير المادي خلص الفقه [3] إلى التمييز بين مفهومين "الفلكلور بالمعنى الواسع" و"الفلكلور بالمعنى الضيق". فسمح المعياران المشار إليهما آنفا للمختصين في مجال حقوق المؤلف بإعتبار أن كلمة "فلكلور" بمعناها الضيق تعني الإبداعات غير المادية في حين أن الفلكلور بالمعنى الواسع يشمل الإبداعات المجسدة في أشكال مادية ويشمل بالموازاة العناصر غير

[1] P.-V. Valsala et G. Kutty, *op. cit*., p. 7.

[2] K. Nkiema, *op. cit*., p. 14.

[3] K. Nkiema, *op. cit*., p. 17.

المادية[1]. لكن الوضع لم يبق على حاله، إذ تم التوسيع من معنى الفلكلور لأسباب منطقية ومقبولة.

الفرع الثاني: أشكال الفلكلور ذات طابع ملموس وغير ملموس

قد يصح القول بأن ثقافة بلد ما يعبر عنها في المقام الأول شفاهة، حيث تمثل الثقافة الشفهية جزء لا يتجزأ من الثقافة الوطنية وتكون هي الغالبة من الناحية الكمية وهذا ما يراه بعض الباحثين[2]. غير أنه في إطار الملكية الفكرية ينبغي تجاوز المفهوم الذي يقصر الفلكلور على الإبداعات غير المادية، ويرى أن الفلكلور يساوي الإبداع الشعبي الشفهي. فليس من الحكمة النظر إلى الفلكلور على أنه كل ما تم تناقله شفاهة بين الأجيال.

ويرى البعض أن الأكثر عقلانية هو الحد من معنى الفلكلور ليشمل الجوانب الإبداعية للمجتمع والمعرب عنها في أشكال مادية وغير مادية بدلا من الإشارة إلى محض شكل الإنتقال سواء كان شفاهة أو ذلك. فمعيار الشفاهة غير كاف لتمييز الفلكلور عن غيره من الإبداعات والقول أن الفلكلور هو فقط ما ينتقل شفاهة يؤدي إلى إقصاء عدة عناصر فلكلورية والتي تم تناقلها وتطويرها كتابة. ومثال ذلك أن الأدب الهندي يحوي حصة كبيرة من الأغاني الشعبية، والحكايات، والأشعار، والأحاجي والعديد من القصص التي تشكل جزء من ملاحم عظيمة مثل(رمایاتا، مهابهارتا) وكلها جزء من التراث الفلكلوري ولا تزال تأخذ الشكل المكتوب، وهو الشكل الذي تم فيه الإعراب عنها وكذا الشكل الذي تبلغ به إلى مختلف الأجيال المتعاقبة[3].

في كل الأحوال لا يجب تصور الفلكلور كعنصر شفهي فقط، وقد ناشد الخبراء في إجتماعهم بتونس سنة 1977 بتوسيع مفهوم الفلكلور ليشمل ما هو مادي من نقش وخزف ولوحات ورأوا أنه ينبغي توسيع قائمة الأشكال التي يشملها الفلكلور. فيوجد الفلكلور الذي يستند

[1] K. Nkieme, *op. cit*., p. 18 : « Le folklore, au sens large, comprend alors aussi bien les créations immatérielles que matérielles, tandis que le folklore au sens restreint désigne exclusivement les créations immatérielles ».

[2] A. Boudjellal Meghari, *op. cit*., p. 14 : «…La culture d'un pays s'exprime essentiellement par l'oral. C'est la raison pour laquelle la culture orale constitue une part indispensable de la culture nationale et peut-être quantitativement prépondérante ».

[3] P.-V. Valsala et G. Kutty, *op. cit*., p. 7.

إلى معارف معينة كالطب والفلسفة وعلم النباتات، وكذا الفلكلور الذي يتعلق بالجانب الفني مثل الرقص، والأغاني، والفنون بأشكالها المختلفة[1].

وتجد هذه الإتجاهات المنادية بتوسيع مفهوم الفلكلور أساسها في الرغبة في فهم الثقافة ككل واحد، إذ ترى بالمناسبة أن التوسيع يجب أن يكون حاضرا لاسيما في الدول التي يعتبر فيها الفلكلور عنصرا مهيمنا للثقافة وليس فقط بنية تحتية موروثة من الماضي. ونتيجة لهذا التوسيع أصبح الفلكلور يستعمل كمرادف "للثقافة التقليدية"، ومن الجهات من كانت مستعدة للذهاب إلى أبعد من ذلك، حيث أبدت رغبتها في التخلي عن كلمة "فلكلور" لصالح عبارة "الثقافة التقليدية" وقد كان لهذا التوسيع في مفهوم الفلكلور آثارا سلبية، بحكم أنه أحدث مفارقة مفادها أنه مع تعزيز فكرة أهمية حماية الفلكلور، فقد تم كبح التطبيق العملي لهذه الحماية، إذ أصبحت مسألة تسجيل الظواهر المعتبرة فلكلورا وتطبيق الآليات الهادفة إلى حمايتها مسألة معقدة[2].

حقيقة أن الفلكلور لا يقتصر من الناحية القانونية على الإبداعات ذات الطابع الشفهي فقط تستخلص من خلال بعض الأمثلة، فبالنظر إلى التشريع الوطني لحق المؤلف يتضح أن مصنفات التراث الثقافي التقليدي تشمل جملة من الأشكال غير الملموسة مثل النوادر، والرقصات والأشعار، وإلى جانب ما هو غير ملموس توجد في المقابل تعابير أخرى ذات طابع مادي بحكم أنها مجسدة في مواد وأشياء ملموسة مثل مصنفات الفنون الشعبية والمصنوعات على مادة معدنية وخشبية[3].

وبالإمكان تصنيف هذه الأشكال إلى مصنفات لفظية مثل النوادر والأشعار، ومصنفات حركية مثل الرقصات، وأخرى موسيقية كالأغاني الشعبية وأخيرا مصنفات ملموسة تشمل النقش، وأعمال الإبرة والزرابي على سبيل المثال. وبالنسبة للعروض الشعبية قد تتضمن

---

[1] V. document UNESCO/PRS/CLT/TPC/II/3, *op. cit*., p. 12.

[2] V. document UNESCO/PRS/CLT/TPC/II/3, *op. cit*., p. 12.

[3] حسب نص المادة 8 الفقرة الثانية من الأمر رقم 03-05 السابق الذكر، فإن مصنفات التراث الثقافي التقليدي تتكون من: "مصنفات الموسيقى الكلاسيكية التقليدية، المصنفات الموسيقية والأغاني الشعبية، الأشكال التعبيرية الشعبية المنتجة والمترعرعة والمرسخة في أوساط المجموعة الوطنية والتي لها ميزات الثقافة التقليدية للوطن، النوادر والأشعار والرقصات والعروض الشعبية، مصنفات الفنون الشعبية مثل: الرسم، والرسم الزيتي والنقش، والنحت والخزف والفسيفساء، المصنوعات على مادة معدنية وخشبية والحلي، والسلالة، وأشغال الإبرة، ومنسوج الزرابي والمنسوجات".

عناصرا ملموسة وأخرى غير ملموسة، فتكون ذات طابع مختلط يجمع بين الحركة وإكسسوارات التمثيل وتحديد المشهد.

وبالنظر كذلك إلى نص المادة 67 من الأمر رقم 98-04 المشار إليه سابقا، يلاحظ أن المشرع قد عدد جملة من الميادين التي تشملها الممتلكات الثقافية غير المادية والتي سبقت الإشارة إلى أنها جزء من الفلكلور بإعتبارها قائمة على التقاليد وبالتالي تمثل ممتلكات غير مادية تقليدية، وبإعتبارها كذلك تعكس الهوية الثقافية للبلد. فالقائمة التي تتضمنتها المادة والتي وردت على سبيل المثال كون المشرع استعمل عبارة "على الخصوص" تضيف أشكالا أخرى مثل فنون الطبخ والألعاب التقليدية، والإحتفالات الدينية[1].

هذا وبالنظر إلى التعريف الوارد في الأحكام النموذجية لسنة 1982 والتي أعدت بمبادرة من المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو يتبين أنها تشير إلى تعابير ملموسة وأخرى غير ملموسة[2]، حيث صنفت التعابير الواجب حمايتها ضمن أربعة فئات، وتنشئ الأشكال الملموسة على هذه الهيئة منذ البداية وهي تلك المتمثلة في مؤلفات الفن الشعبي والآلات الموسيقية بالإضافة إلى أعمال الفن المعماري. وقد عرفت التعابير الملموسة بأنها أشكال التعبير التي يمكن لمسها ورؤيتها، فهي مدركة باللمس ويجب أن تكون الأشكال

---

[1] الفقرة الثانية من المادة 67 من القانون رقم 98-04 السالف الذكر: " ويتعلق الأمر بالميادين التالية على الخصوص:
علم الموسيقى العريقة، والأغاني التقليدية والشعبية، والأناشيد والألحان، والمسرح، وفن الرقص والإيقاعات الحركية، والاحتفالات الدينية، وفنون الطبخ، والتعابير الأدبية والشفوية، والقصص التاريخية، والحكايات، والحكم، والأساطير، والألغاز، والأمثال، والأقوال المأثورة والمواعظ، والألعاب التقليدية ".

[2] Art. 2 des dispositions types de 1982, adoptées par l'OMPI et l'UNESCO « Aux fins de la présente loi, on entend par «"expressions du folklore " les productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté de (nom du pays) ou par des individus reconnus comme répondants aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté , en particulier :
i) les expressions verbales telles que les contes populaires et les énigmes ;
ii) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale populaire ;
iii) les expressions corporelles telles que les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques des rituels ;
iv) les expressions tangibles telles que :
a) les ouvrages d'art populaire, notamment les dessins, peintures, ciselures, sculptures, poteries, terres cuites, mosaïque, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d'aiguille, textiles, tapis, costumes ;
b) les instruments de musique ;
c) les ouvrages d'architecture. »

الملموسة مدمجة في مادة دائمة مثل الخشب، والحجارة، والذهب وغيرها من هذه المواد [1]. أما الفئات الثلاثة الأخرى التي أشير إليها ضمن الأحكام النموذجية للمنظمة العالمية ومنظمة اليونسكو، فهي تخص إنتاجات غير ملموسة منذ نشأتها لكن يمكن منحها شكلا ماديا مثل الحكايات التي يمكن كتابتها، والموسيقى التي يمكن تدوينها في شكل نوتات، والمصنفات الحركية مثل العروض الشعبية بالإمكان تسجيلها في شكل فيلم مصور، والرقصات يمكن تحويلها إلى تصاميم مكتوبة [2]. وقد عرفت الأشكال غير الملموسة على أنها تلك التعابير التي تفتقد إلى شكل مادي وبالتالي هي غير حسية وتتضارب في معناها مع الأشكال الملموسة[3].

ويستخلص مما سبق أن الفلكلور لا يعني بالضرورة الإبداعات ذات الطابع الشفهي وإنما يضم إلى جانب الإبداعات الشفهية أو غير الملموسة بتعبير آخر إبداعات مادية وملموسة نشأت بهذا الشكل وتم تداولها على هذا النحو.

بالرجوع إلى ما تم طرحه من خلال هذا الفصل من مسائل تتعلق بتعريف الفلكلور يظهر جليا أن المحاولات التي بذلت بهذا الصدد وسواء كانت محاولات قانونية أو فقهية إما كانت هادفة إلى التوسيع من مفهوم الفلكلور أو التضييق منه. وبالنسبة لإشكالية الإصطلاح يبدو أنها مسألة طبيعية، ذلك أن الثقافات العالمية فريدة وخاصة، وعليه كل واحدة منها ولها مصطلحاتها. والواقع أن الثقافة الرسمية لدولة ما تسمح لهذه الأخيرة بالتواصل مع باقي الدول والثقافات أين تجد نفسها بين الحين والآخر ملزمة بإعتماد مصطلحات متقاربة ومعترف بها في جميع أنحاء العالم، وتبقى هذه المسألة نسبية، بحيث يظل البحث عن المصطلح المناسب مطروحا طالما لا يوجد نص دولي لحماية الفلكلور يكون ملزما ويهدف إلى تصميم تصور مشترك لمختلف الجهات المعنية.

وبخصوص حدود التعريف، فإن مفهوم الفلكلور من السهل توسيعه ومن الصعب تحديده والتضييق منه على حد قول البعض [4]، ويمكن جمع مختلف العناصر السابق بيانها

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, p. 25.

[2] V. document UNESCO/PRS/CLT/TPC/II/3, *op. cit.*, n° 44, p. 13.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, p. 25.

[4] V. document UNESCO/PRS/CLT/TPC/II/3, *op. cit.*, n° 45, p. 14 : « La notion du folklore parait aisée à élargir et difficile à limiter ».

للقول بأن الفلكلور هو جملة الإنتاجات الثقافية التقليدية ذات الطابع الفني التي ينتجها الأفراد ويتبناها المجتمع، والتي تعبر عن الهوية الثقافية وتحمل مبادئ المجتمع المعني وتعكس قيمه، والتي يتم تعاقبها وتناقلها بين الأجيال شفاهة أو بأية طريقة أخرى، حيث تكون محل تعديل وتطوير مستمر مما يمنحها الطابع الحي والديناميكي وهو الطابع الذي يؤكد عليه الباحثون، فبالرغم من أن بعض التعريفات الفقهية تنظر إلى الفلكلور على أنه بقايا الشعوب القديمة وأنه مجرد تجميع للقصص والخرافات المخلفة إلا أن العديد من الدارسين والمهتمين لا يؤيدون هذه الأطروحة وإنما يأخذون بمفهوم الطابع الحي للفلكلور، وحسب هؤلاء فإن الفلكلور لن يكون عرضة للإندثار طالما توظفه الشعوب في أشكال تقليدية لأجل تحقيق التواصل فيما بينها[1].

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للفلكلور

يثير موضوع حماية الفلكلور الكثير من الإشكاليات، التي تتعلق مبدئيا بمسألة تحديد ماهيته. وقد تم النظر في جوهر هذه الإشكاليات ضمن الفصل الأول من هذا الباب، حيث كان لزاما البحث في التعريف القانوني للفلكلور على الصعيدين الداخلي والدولي، وكذا بيان خصوصياته التي تميزه عن باقي الإبداعات، وأشكاله ذات الطابع المتنوع نتيجة لتنوع وتعدد الثقافات. وبهذا قد تم رسم البعض من معالم ماهيته، مما يسمح بالخوض في مسألة جدية أخرى والتي تتعلق بضرورة تحديد الطبيعة القانونية للفلكلور.

إن البحث في الطبيعة القانونية للفلكلور مسألة جوهرية تسمح بالنظر إليه من زاوية الإبداع الفكري الذي تحكمه قواعد الملكية الفكرية بفرعيها، الملكية الأدبية والفنية وكذا الملكية الصناعية والتجارية[2]، حيث سيتم في أول مبحث تكييف الإنتاج الفلكلوري وذلك ببيان حدود الفلكلور كإبداع فكري في ظل البعض من قواعد الملكية الفكرية، فيتعين النظر في مدى اعتباره إبداعا فنيا وأدبيا في ظل نظام حق المؤلف أين تطرح المسائل التي تمس جوهر المفاهيم المتعلقة بطبيعة الإبداع التقليدي وكذا مفهوم الأصالة والإبتكار بشأن هذا الإبداع بالذات. كما سيتم بيان حدود الإبداع الفلكلوري بالنظر إلى ثاني فرع من الملكية الفكرية أي في مجال الملكية الصناعية والتجارية.

[1] K. Nkiema, *op. cit*., pp. 10-11.

[2] K. Nkiema, *op .cit*., p. 35.

أما المبحث الثاني من هذا الفصل، فسيخصص لمسألة أخرى لا تقل أهمية عن الأولى، حيث لابد من النظر في ما مدى ملائمة نظام حق المؤلف لحماية الفلكلور، ذلك أن هذا النظام يعتبر الخيار الأكثر تطبيقا. فالمشرع الجزائري مثلا يحمي مصنفات التراث الثقافي التقليدي بموجب نظام حق المؤلف وهو الأمر نفسه بشأن عدة دول وتشريعات. وبالرغم من أن نظام حق المؤلف هو الوسيلة الأكثر اعتمادا لأجل حماية الفلكلور بإعتباره إبداعا فكريا، فإنه قد تم الطعن في صلاحيتها وإعتبرت غير ملائمة لأسباب تتعلق بمتطلباتها. ومن هذا المنطلق سينظر في هذه الإشكالية بشكل وجيز من خلال إحداث مقاربة بين خصوصيات الفلكلور وبين متطلبات هذا الفرع من الملكية الفكرية، ومن ثم عرض بعض الحلول الأخرى التي أصبحت محل إعتبار والتي قد تتناسب وخصوصيات الإبداع الفلكلوري.

المبحث الأول: تكييف الفلكلور كإبداع فكري

لقد اعترف رجال القانون الذين اهتموا بدراسة موضوع حماية الفلكلور بأن هذا الأخير هو مظهر من مظاهر الإبداع الفكري [1]. وطالما طرح التساؤل حول المعيار المستمد من نظام الملكية الفكرية والممكن تطبيقه بشأن حماية الفلكلور ويكون بالتالي معيارا مناسبا. رأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بهذا الخصوص أن مفهوم "الإبداع الفكري" يعتبر مبدأ أساسيا يستفاد منه لأجل بيان التعابير التي يمكن أن تكون محلا للحماية، حيث أن الفلكلور هو ثمرة عمليات إبداعية وفكرية ويسمح معيار الإبداع الفكري بتعزيز القيمة الإبداعية للموضوع محل الحماية[2].

وليس خفيا أن مفهوم الإبداع الفكري يجد أساسه ضمن نظام الملكية الفكرية بفرعيه، لذا سيتم النظر إلى الإبداع الفلكلوري في إطار نظام حق المؤلف ثم في إطار الملكية الصناعية والتجارية.

[1] K. Nkiema, *op. cit*., p. 55 : « Les juristes qui se sont penchés sur la protection jurique du folklore reconnaissent unanimement que ce patrimoine constitue une manifestation de la créativité intellectuelle ».

[2] Loi type de 2002 sur *la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie, principes de transposition dans la législation nationale*, *op. cit*., p. 21.

المطلب الأول: الفلكلور إبداع فكري في إطار نظام حق المؤلف

إن النظر في هذه المسألة بالذات يتطلب الإجابة عن إشكاليتين أساسيتين، إذ يستلزم هذا التحليل بيان ما إذا كان الفلكلور بالفعل مصنفا أدبيا أو فنيا، ولأن أهم عنصر يستدعيه الإبداع الفني أو الأدبي هو طابع الإبتكار، فسيكون التطرق إليه نتيجة حتمية، مما يستوجب تقسيم هذا التحليل إلى فرعين يتناول الأول حقيقة الفلكلور كمصنف فني أو أدبي ويخصص الثاني لمدى توافر عنصر الإبتكار في الإبداع الفلكلوري.

الفرع الأول: الفلكلور مصنف أدبي أو فني

إن كان رجال القانون الذين اهتموا بموضوع الحماية القانونية للفلكلور قد أجمعوا على أنه مظهر من مظاهر الإبداع الفكري، فإن الأغلبية حصرته في مظاهره الفنية والأدبية، وبالتالي ليس مستغربا البحث في تكييف الفلكلور كإبداع فكري في ظل نظام الملكية الأدبية والفنية، حيث اعتبرت مسألة حمايته في أول اجتماع إفريقي حول حقوق المؤلف قضية من قضايا هذا الفرع من الملكية الفكرية [1]. ولقد أثيرت هذه المسألة بالفعل عند مراجعة اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية سنة 1967، إذ تم إدراج أحكام تخص حماية المصنفات غير المنشورة والتي يكون مؤلفوها مجهولين وهذا ما تعكسه فحوى المادة 15 في فقرتها الرابعة والمشار إليها فيما سبق [2]. ولهذه الأسباب يمكن القول بأن إعتبار الفلكلور إبداعا فكريا ومن ثم موضوعا من موضوعات الملكية الفكرية وبالأخص موضوعا للملكية الأدبية والفنية ليست بالرؤية الحديثة.

إن التساؤل حول طبيعة الفلكلور كإبداع فكري في ظل الملكية الأدبية والفنية أو بالأحرى في ظل نظام حق المؤلف يستدعي المفاهيم المتعلقة "بإبداع المصنف" ومفهوم "الأصالة أو الإبتكار"، مما يسمح بالوقوف على المدى الذي تطبق فيه هذه المفاهيم بشأن هذا الإبداع بالذات [3]. فيمكن التساؤل إن كان الفلكلور حقيقة مصنفا أدبيا أو فنيا؟ وانطلاقا من الرغبة في تعزيز الجهد الإبداعي في جميع جوانب الحقل الثقافي، فإن الحماية بموجب نظام

---

[1] K. Nkiema, *op. cit*, p. 55.

[2] T. Wong and C. Fernandini, *Traditional cultural expressions: preservation and innovation, Chapter 5 of the book Intellectual property and human development: currents and future scenarios*, PIIPA, p. 11, site WWW.PIIPA.ORG.

[3] V. document FOLK/II/3, *op. cit*., n° 23, p. 6.

حق المؤلف تمنح بشأن الأعمال والمصنفات الأدبية والفنية الأصلية بمعنى الأعمال التي تعد إبداعا أصليا، وتمتد هذه الحماية لتشمل الأعمال المنتجة انطلاقا من مصنفات سابقة الوجود، وذلك بغض النظر عن نوعها، وطريقة التعبير فيها، وجهتها أو درجة استحقاقها[1].

وهذا يلاحظ من خلال التشريع المتعلق بحق المؤلف في الجزائر، حيث جاء في الفقرة الأولى من نص المادة الثالثة من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ما يلي "يمنح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر." مما يعني أن الأمر يتطلب وجود إبداع فكري يتجسد في شكل مصنف أدبي أو فني وما يستخلص من الفقرة الثانية من نفس المادة أنه لا يوجد أي استثناء بخصوص طريقة التعبير في هذه المصنفات [2]. وهو الأمر ذاته بالنسبة لإتفاقية برن التي تشير إلى أن الحماية تمتد إلى الإنتاجات ذات الطابع الأدبي والفني والعلمي ولا يستشف من خلال هذه الإتفاقية هي الأخرى أي استثناء يتعلق بطريقة التعبير في المصنفات المشمولة بالحماية [3]. فجميع هذه المصادر القانونية تشير إلى ضرورة وجود إبداع فكري، وليكون الفلكلور إبداعا فكريا يجب قبل كل شيء أن يكون هناك نشاط وعمل، وعرف الإبداع على أنه " فعل قانوني ناتج عن نشاط بشري ومن الضروري أن يكون مدركا ويعدل من الحقيقة "[4].

والسؤال الذي يطرح نفسه يصاغ بالشكل التالي، هل الإبداع الفلكلوري له ذات طبيعة الإبداع أو المصنف الفني والأدبي؟

---

[1] V. document UNESCO/CPY/CTC/V/6, *Le droit d'auteur dans les pays en voie de développement*, UNESCO, 1984, p. 9.

[2] الفقرة الثانية من المادة 3 من الأمر رقم 03-05 السابق ذكره: " تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته وبمجرد إبداع المصنف سواء كان مثبتا أم لا بدعامة مادية تسمح بإبلاغه إلى الجمهور." وتراجع في ذات السياق المادة 3 من الأمر رقم 97-10 وكذا المادة الأولى من الأمر رقم 73-14.

[3] Art. 2-1° de la Convention de Berne pour *la protection des œuvres littéraires et artistiques* : « Les termes œuvres littéraires et artistiques "comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression… ».

[4] A. Amattes, *op. cit.*, n° 68, p. 31 : «Ainsi pour qu'une création du folklore soit considérée comme création de l'esprit, il suffit, avant tout, d'une création….la création est un fait juridique résultant d'une activité humaine consciente qui entraine une modification de la réalité. Les exigences sont donc d'envisager une intervention humaine, qui est consciente et qui modifie la réalité ».

حسب البعض، تتطلب الإجابة عن هذا التساؤل الأخذ في الحسبان الظروف التي تخص هذين النوعين من الإبداع الفكري، فهذه الظروف كافية لإظهار البعد الفاصل بين المصنف الأدبي والفني وبين الإبداع الفلكلوري، ويرى هؤلاء أن المظهر الفلكلوري ينتشر في أوساط اجتماعية متكاملة ومنسجمة إلى حد كبير. فالمؤدي لا يعبر فقط عن إحساسه وإنما يجسد بأدائه أحاسيس المجموعة التي ينتمي إليها في الوقت نفسه، حيث أن صوت الفرد يعبر عن صوت الجماعة [1]، بينما الإبداع في المصنف الفني أو الأدبي يتصل بشخصية المؤلف. والشخصية هي ما يميز مؤلفا عن الآخر وبالتالي يكتسب عمله قيمة تجعله فريدا من نوعه [2]. إن التسليم بهذين الرأيين قد يفضي إلى القول بأن الفلكلور ليس له نفس طابع المصنف الأدبي والفني ذلك أنه يعبر عن أحاسيس مشتركة وجماعية ولا يتعلق بشخصية متفردة أو يعكس انطباع مؤلف بعينه. وقد لا يصدق هذا القول على إعتبار أن الفلكلور قد يكون في الأصل من إنتاج مبدع بعينه ثم يتم تداوله ويكون محلا للعديد من التعديلات والتكييفات أثناء مساره الزماني والمكاني أين ينتشر ويصبح ظاهرة اجتماعية.

ويؤكد البعض على أن صفة المصنف الفكري تلازم بصفة عامة كل جهد فكري مقدم في شكل فني وفقا لشخصية مؤلفه وينتج عن ذلك أن مجرد الأعمال الناتجة عن جهد فكري والتي ليس لها أي طابع فني ليست مصنفات بمفهوم حق المؤلف [3]، وقد سبق القول أن رجال القانون الذين أولوا اهتمامهم لمسألة حماية الفلكلور قد اعترفوا بكونه إبداعا فكريا وبالتالي هو ناتج عن جهد فكري. وبخصوص الشكل الفني، فإن معظم التعابير الثقافية التقليدية التي ترغب الشعوب في حمايتها أو التي تشملها قوانين وتشريعات حقوق المؤلف هي ذات طابع فني، فمبدئيا هي موضوع مصنفات أدبية وفنية ويتعلق الأمر بالعديد من التعابير منها على سبيل المثال الموسيقى، والأغاني والرقصات، والرسوم، وأعمال النحت والفخار والسلال، والمنسوجات، والنقش، والأعمال على مادة خشبية أو معدنية وغيرها من الإنتاجات التي تتصف بالطابع الجمالي.

---

[1] V. document FOLK/I/3, *op. cit.*, n° 26, p. 7 : « En effet, la manifestation folklorique a pour domaine d'expansion privilégié des milieux sociaux fortement intégrés. Il en résulte que l'interprète exprime non seulement sa sensibilité, mais aussi celle du groupe… ».

[2] V. document FOLK/I/3, *op. cit.*, n° 24, p. 7.

[3] V. document UNESCO/CPY/CTC/V/6, *op. cit.*, p. 9 : « Au sens du droit d'auteur, la qualité d'œuvre de l'esprit, est généralement reconnue à tout effort intellectuel ou manuel fait et présenté avec art selon l'approche personnelle de son auteur ».

وإن كان بعض الفقه قد صنف التعابير الفلكلورية ضمن الإنتاج الموسيقي [1]، فإن جانب آخر من الباحثين جعله في مصاف المصنفات الفنية [2]. ويعرف المصنف الفني بأنه "إبتكار فكري الغرض منه إستهواء الحس الجمالي للشخص الذي يحس به". وبذلك فالمصنفات الفنية يتجه تأثيرها على الحس والشعور" [3] ولا تخاطب هذه المصنفات الفنية العقل والتفكير كما هو الحال بالنسبة للمصنفات الأدبية والعلمية[4].

ولابد من الإشارة كذلك إلى أن الأفكار مستبعدة من مجال الحماية بموجب نظام حق المؤلف، فهي حسب الفقه " مبدئيا غير قابلة للتملك، وهذا بغض النظر عن قيمتها مبتذلة كانت أو مبتدعة."[5] فقانون حق المؤلف لا يمنع الغير من إستعمال الأفكار والأنظمة والتصورات وكذا المعلومات المتضمنة في عمل المؤلف. فالحماية تتعلق بالشكل الأدبي أو الفني أو الموسيقي مثلا الذي يعبر فيه عن هذه الأفكار والتصورات ولذلك لا يمكن المساس بحرية إنتاج تعابير وأعمال إنطلاقا من نفس الأفكار ما دام أنه لا يتم نسخ العمل الأصلي. وفي سياق التعابير الثقافية التقليدية غالبا ما يكون الفصل بين الفكرة والتعبير مسألة غير مؤكدة، حيث يأمل الفنانون الأصليون بمعنى الفنانين الذين ينتمون إلى المجتمعات الأصلية والمحلية في حماية مختلف العناصر الثقافية غير المادية التي يعبر عنها ضمن تصاميمهم وأعمالهم[6].

وإشكالية التمييز بين الفكرة والتعبير تتكرر في سياق التعابير الثقافية التقليدية ويثور هذا التوتر نتيجة لحقيقة إنعدام وصف وتحديد دقيق لهذه التعابير الثقافية بحكم أنها تجسد العلاقات المعقدة بين العناصر المادية وغير المادية. وقد تكون هناك حالات أين يتم إستعمال

---

[1] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 393، ص. 425. أنظر في النشر الأول لسنة 2001، السابق ذكره، رقم 393، ص. 441.

[2] أ.عبد الفتاح أحمد حسان، مدى الحماية القانونية لحق المؤلف " دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2007-2008، ص. 145.

[3] ع. مشهور حديثة الجازي، المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف، ورقة عمل مقدمة في ندوة " حق المؤلف في الأردن: بين النظرية والتطبيق"، 2004، ص. 4.

[4] أ. عبد الفتاح أحمد حسان، الأ طروحة السابقة، ص. 135.: "يعد المصنف الفني من المصنفات الفكرية التي تتعلق بالجانب الجمالي للفكر الإنساني، وهي تخاطب الإحساس والمشاعر وليس العقل والتفكير كما هو الحال في المصنفات الأدبية والفنية.".

[5] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 387، ص. 413. أنظر في النشر الأول لسنة 2001، رقم 387، ص. 430.

[6] M. Tossen et J. Anderson, *Propriété intellectuelle et préservation des cultures traditionnelles*, OMPI, Pub.1023, 2010, révisé 2012, p. 32.

أسلوب أو نمط يتضمنه الإنتاج أو العمل الأصلي التقليدي من قبل البعض خارج السياق الثقافي، وفي مثل هذه الحالة يتم نسخ الفكرة، أو الأسلوب أو نمط الإبداع ولا تتوفر على نسخ العمل الأصلي أو التقليدي نفسه بمعنى لا يتضمن نسخا لشكل التعبير عن الفكرة وبالتالي لا يوجد أي مساس بالإبداع الأصلي[1].

ولا تنص قوانين حق المؤلف والإتفاقيات الدولية الخاصة بهذا الفرع من الملكية الفكرية على تعريف للمصنف، ولا تضع معيارا لتحديد معناه، لكن بتفحص أحكام هذه المصادر القانونية يستخلص أن المصنف وحتى يتمتع بالحماية ينبغي أن يكون مبتكرا [2]. ولهذا ينبغي النظر في مدى توافر طابع الإبتكار بشأن الإبداع الفلكلور.

الفرع الثاني: عنصر الإبتكار في الإبداع الفلكلوري

حتى يحظى المصنف بالحماية بموجب نظام حق المؤلف، ينبغي أن يتصف بطابع الإبتكار، وإن كانت قوانين حق المؤلف تحرص على التركيز على عنصر الأصالة والإبتكار كمطلب من متطلبات الحماية. إلا أنها لم تعط تعريفا صريحا وواضحا لهذا المفهوم، تاركة هذه المسألة للفقه والقضاء. وفي مقابل ذلك، فإن العديد من التشريعات العربية لنظام حق المؤلف إستهلت هذا الأخير بتعريف المصطلحات المستعملة في مضمون النص القانوني على إعتبار أن قانون حق المؤلف ذو طابع تقني وبالتالي هو بحاجة إلى بيان معاني المصطلحات الأساسية. وهو الشيء الذي يفتقد في ظل التشريع الجزائري المتعلق بحقوق المؤلف [3]. ويلاحظ مثلا أن المشرع الإماراتي يعرف الإبتكار ضمن قائمة التعاريف التي تتضمنها المادة الأولى على أنه "الطابع الإبداعي الذي يسبغ على المصنف الأصالة والتميز" [4]، وهو الأمر ذاته بالنسبة لقانون حق المؤلف لسلطنة عمان[5]. وإن كان الفقه الإنجليزي يرى أن المصنف المبتكر هو "ما ليس منقولا عن غيره "، فإن النظام اللاتيني يرى أنه "البصمة الشخصية للمؤلف"[6]، فإذن

---

[1] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, p. 32.

[2] ع. مشهور حديثة الجازي، المداخلة السابقة (ورقة عمل)، ص. 2-3.

[3] أ. عبد الفتاح أحمد حسان، الأطروحة السابقة، ص. 122.

[4] المادة 1 من القانون الإماراتي رقم 07 لسنة 2002 والسابق ذكره.

[5] حسب المادة 1 من القانون رقم 65-2008 المؤرخ في 4 ماي 2008 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر سلطنة عمان، عدد 863، الإبتكار هو " الطابع الإبداعي الذي يضفي الأصالة والتميز على المصنف".

[6] L'expression " l'empriente de la personnalité de l'auteur " a été utilisée, pour la premiére fois, dans l'affaire Cavour (CA Paris, 10 avril 1982, D. 1863, I, p. 53). Pour des décisions

فإذن النظام الأنجلوسكسوني لا يعير أي إهتمام للصلة الروحية بين شخص المؤلف ونتاجه الذهني بينما النظام اللاتيني يعتبر المصنف مبتكرا ما دام المؤلف قد خلع شيئا من شخصيته أو بعبارة أخرى الإبتكار هو إظهار الطابع الشخصي للمؤلف وإضفاء صبغته عليه. ومن هذا المنطلق يطرح التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق مفهوم الإبتكار على الإبداع الفلكلوري، بعبارة بسيطة هل الفلكلور ذو طابع مبتكر أم لا ؟

إن الأخذ بمفهوم "البصمة الشخصية للمؤلف" قد يؤدي إلى التسليم بأن الفلكلور لا يحمل طابعا مبتكرا. حيث يثير هذا المعيار العديد من الإشكالات بشأن الإبداع الفلكلوري الذي يكون محل تعديل وتطوير مستمر بسبب تناقله بين الأجيال لاسيما شفاهة أين يصعب تحديد أصالته من عدمها ويصعب تطبيق معيار الإبتكار بالمفهوم الذي يتبناه الفقه في النظام اللاتيني وهو المفهوم الذي تم بيانه أعلاه، وإن القضاء هو الآخر قد كرس عبارة "البصمة الشخصية" فيما يخص تحديد طابع الأصالة والإبتكار بشأن المصنفات الفنية والأدبية[1].

ومن الممكن التمييز بين مفهومين، مفهوم " الفلكلور السابق الوجود" والذي يتسم بكونه الأكثر قدما من حيث زمن نشأته ووجوده والمرجح أن أصله غير معروف لتناقله عبر عدة أجيال وبين "الإنتاج الأدبي والفني المعاصر" الذي تنتجه الأجيال الحالية لمجتمع معين، والمستوحى من الفلكلور السابق الوجود ويمكن أن تشكل هذه الإنتاجات المعاصرة عملا مبتكرا أين يكون المبدع حيا ومحددا [2]، ويمكن القول بأن هذا التمييز يتأتى عن حقيقة أن أشكال التعبير الثقافي التقليدي غالبا ما تكون نتيجة عمليات إبداعية تتعاقبها الأجيال، ونتيجة ظواهر إجتماعية وجماعية ديناميكية تعكس وتحدد في آن واحد تاريخ المجتمع، وهويته الثقافية والإجتماعية وكذا قيمه ومبادئه. ولأن التراث ذو طابع حي، حيث يصاغ بإستمرار من قبل الفنانين والممارسين التقليديين الذين يحققون أعمالهم في آفاق جديدة، فالتقليد لا يعني فقط

---

plus récentes, v. CA Paris, 20 séptembre 1993, PIBD 1993, p. 556 et CA Paris, 20 novembre 1996, R.I.D.A 1997, n° 173, p. 321, note Kéréver. Sur cette notion, v. A. Maffré-Baugé, L'œuvre de l'ésprit, empriente de la personnalité de l'auteur ?, thése Mantpellier, 1997.

–أنظر ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 390 وما بعدها، ص. 418.

[1] CA Paris, 10 avril 1862, (Aff. Cavour), préc.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/4/3, *Analyse systématique préliminaire de l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection des expressions du folklore*, n° 32, p. 10.

الإستنساخ وإعادة الإنتاج وإنما يتميز الإبداع التقليدي بالتفاعل بين الإبداع الجماعي والإبداع الفردي. وفي نظر الملكية الفكرية، في هذا السياق غالبا ما يكون من الصعب معرفة ما يشكل إبداعا مستقلا. ومع ذلك في إطار التشريعات الخاصة بحق المؤلف يعتبر التكييف والتعديل المعاصر لعناصر تقليدية سابقة الوجود أصليا بما فيه الكفاية ليكون ضمن قائمة الأعمال المحمية[1].

وإن كان عنصر البصمة الشخصية غير معترف به بشأن الفلكلور السابق الوجود، مما يؤدي في الكثير من الأحيان إلى إقصاءه من نطاق الحماية وإعتباره ملكا جماعيا. فإن البعض يرى أن الحماية ينبغي أن تشمل التعابير المعاصرة لأشكال التعبير الثقافي التقليدي حينما يتحدد بخصوصها معيار الأصالة ولا يرجح هؤلاء إمكانية تطبيق الحماية بشأن التعابير الفلكلورية القائمة والسابقة الوجود[2]. وينص المشرع اللبناني في هذا السياق على أنه " لا تشمل الحماية كافة الأعمال الفلكلورية التراثية بينما الأعمال التي تستلهم من الفلكلور فهي مشمولة بالحماية"[3].

والأصالة لا تعني الجدة مثلما تنص عليها تشريعات براءات الإختراع، فنظام حق المؤلف لا يتطلب الجدة المطلقة ولا يحتاج العمل الإبداعي إلى جلب شيء جديد تماما ليكون أهلا للحماية ذلك أن نظام حق المؤلف وجد لتحفيز الإبداع [4]. وسواء تعلق الأمر بالنظام اللاتيني أو النظام الأنجلوسكسوني، فإن المصنف يتطلب قدرا من الجهد الفكري ولا يكون مجرد نسخة عن عمل الغير وبالتالي لا يوجد ما يمنع من القيام بالإستلهام من الفلكلور السابق الوجود بغرض خلق تعبير جديد ومعاصر يكون مؤسسا على التقاليد ومستمدا منها. ولقد إعتبر أن كلا من الفقه والقضاء يعترف بعنصر الأصالة بشأن هذه المؤلفات المعاصرة، أي المؤسسة على الفلكلور طالما أن المبدع يقوم بعمل مبتكر بأسلوبه الشخصي[5]. والإستلهام من الفلكلور لا يمنع

---

[1] La propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, OMPI, brochure n° 1, Pub n° 913, p. 5.
site WWW.WIPO.INT/FREEPUBLICATIONS/FR/TK/WIPO-PUB-913.PDF.

[2] T. Wong and C. Fernandini, *op. cit.*, p. 10.

[3] المادة 4 من القانون رقم 75 المؤرخ في 3 أفريل 1999 المتضمن حماية الملكية الأدبية والفنية، ج.ر دولة لبنان 13 أفريل 1999، عدد 99/8.

[4] A. Amattes, *op. cit.*, n° 113, p. 45.

[5] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 393، ص. 424 : " ... من المتفق عليه فقها وقضاء أن المؤلفات المؤسسة على الفلكلور تكون إنتاجا أصليا طالما قام المؤلف بعمل مبتدع بأسلوبه الشخصي".

من إعتبار المؤلف مبدعا مادام العمل المقدم من قبله يتسم أو يعكس ملامح شخصيته ومجرد الإستعارة من الفلكلور لا يجرد التعابير المستوحاة من طابع الأصالة[1].

وإن كان الفقه والقضاء يعترف بطابع الأصالة والإبتكار بشأن الأعمال المستوحاة من الفلكلور، فإن العديد من التشريعات والقوانين المتعلقة بحق المؤلف تنص على حماية الفلكلور وكذا التعابير والمصنفات المستمدة من هذا الأخير مثل المشرع المغربي الذي ينص على حماية تعابير الفلكلور وكذا المصنفات المستمدة من الفلكلور ويعرف هذه الأخيرة على أنها " كل مصنف مؤلف من عناصر مقتبسة من التراث الثقافي التقليدي المغربي" [2]. كما ينص المشرع التونسي هو الآخر على حماية المصنفات المستوحاة من الفنون الشعبية [3]، والأمر ذاته بالنسبة لبعض قوانين الدول الإفريقية[4]. وقد كان المشرع الجزائري، كما لاحظه عمليا حتى بعض الفقه[5]، الفقه[5]، يعرف التأليف المستوحى من الفلكلور بموجب الأمر رقم 73-14[6]، بينما لم يشر إلى مثل هذا التعريف في ظل الأمر رقم 03-05.

ويستخلص مما سبق أن التعابير الفلكلورية هي صورة من صور الإبداع الفكري في ظل نظام الملكية الأدبية والفنية تتجسد في شكل مصنفات فنية وأدبية وإن كان الإشكال يظل

---

[1] V. Cass.civ., 23 octobre 1962, R.I.D.A. 1963, p. 127. et trib. Cotonou, 8 avril 1998, cité par L.-Y. Ngombé, *Trente ans de droit d'auteur dans l'espace OAPI*, Rev. jur. Thémis, n° 41-3, 2007, p. 773 : «…En effet, relève à juste titre le tribunal, bien qu'elles puisaient leurs paroles dans le folklore béninois, ces œuvres avaient été composées par la partie demanderesse et ne perdaient pas du seul fait de cet emprunt leur caractère original. Il s'agit en fait, dans ce cas, d'une adaptation du folklore et non d'une simple interprétation du folklore ».

[2] الفقرة 11 من المادة 1 من القانون المغربي رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة والسابق ذكره.

[3] المادة الأولى من القانون رقم 36 -94 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية والمشار إليه فيما سبق.

[4]Art. 69-2° de la loi de Djibouti n° 54/Am/06 relative a la protection du droit d'auteur et droits voisins, préc : « Œuvre inspirée du folklore s'entend de toute œuvre composée exclusivement d'éléments empruntés au patrimoine culturel traditionnel djiboutien ».
-Art. 1-9° de la loi du Cameroun n° 2000-011du 19 décembre 2000 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, préc : « "Œuvre inspirée du folklore", celle composée à partir d'éléments empruntés au patrimoine culturel traditionnel national ».

[5] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 393، ص. 425. أنظر النشر الأول لسنة 2001، السابق ذكره، رقم 393، ص. 442.

[6] الفقرة الثالثة من المادة 14 من الأمر رقم 73-14 السالف ذكره "... يقصد بالتأليف المستوحى من الفلكلور كل تأليف وضع بعناصر مستعارة من التراث الثقافي التقليدي الجزائري.".

مطروحا بشأن مدى أصالة التعابير السابقة الوجود و التي تنال حماية معتبرة في بعض الدول بموجب نظام حق المؤلف فإن التعابير المستوحاة معترف لها بالطابع المبتكر قانونا وفقها وقضاء.

وبعد البحث في مدى أحقية الفلكلور في إعتباره إبداعا أدبيا وفنيا مبتكرا يمكن النظر في حدود هذا الإبداع في ظل نظام الملكية الصناعية والتجارية.

المطلب الثاني: حدود الإبداع الفلكلوري في ظل نظام الملكية الصناعية والتجارية

مثلما سبقت الإشارة، فإن مفهوم الإبداع الفكري يجد أساسه في إطار الملكية الفكرية وإن كان الإبداع الفلكلوري يجد له مكانا كمصنف أدبي وفني في ظل نظام حق المؤلف كفرع للملكية الفكرية، فإنه يمكن التساؤل عن مدى إعتباره إبداعا فكريا في ظل نظام الملكية الصناعية والتجارية. وتتفرع الملكية الصناعية والتجارية إلى فرعين هما: الحقوق المتعلقة بالمنشآت الجديدة والحقوق المتعلقة بالبيانات المميزة[1]، والتساؤل الذي يمكن طرحه في إطار هذا التحليل يتمحور حول حدود الإبداع الفلكلوري في ظل هذه الفروع من الملكية الفكرية.

الفرع الأول: الفلكلور كإبداع فكري في ظل الحقوق المتعلقة بالمنشآت الجديدة

يشمل الفرع الأول من الملكية الصناعية والتجارية، براءات الاختراع ونظام الرسوم والنماذج الصناعية. فهل يجد الإبداع الفلكلوري مكانا له بالنظر إلى هذه الأنظمة القانونية ؟

لقد تمت الإشارة في ختام الفصل الأول من هذا الباب إلى أن الفلكلور هو جملة من الإبداعات الفنية التقليدية وهو المفهوم الضيق الذي اعتمدته الأحكام النموذجية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو المشار إليها سابقا، وكذا المفهوم الذي تبنته بعض التشريعات العربية والإفريقية على وجه الخصوص. وبالنظر إلى هذا المفهوم الضيق للفلكلور يرى جانب من الفقه أن هذا الأخير كإبداع فكري ذو طابع فني لا يستدعي نظام براءات الإختراع، ما دام الأمر يتعلق بإبداعات فنية [2] في حين أن الإختراعات تكون نتيجة لنشاط

[1] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 3، ص. 5. أنظر النشر الأول لسنة 2001، المرجع المذكور سابقا، رقم 3، ص. 5.

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 52, p. 25 : «.. Le droit des brevets en revanche ne semble pas pouvoir être invoqué en matière de protection du folklore, eu égard à la définition relativement restrictive que nous avons retenu de cette notion ».

إختراعي وقابلة للتطبيق الصناعي [1]، وحسب نفس الجانب الفقهي الأمر لا يتعلق ببراءات الإختراع حتى في حالة الأخذ بالمفهوم الواسع للفلكلور والذي يشمل إلى جانب التعابير الفنية، الطرق والمعارف التقليدية ذلك أن نظام براءات الإختراع يقوم على معيار أساسي وإلزامي هو شرط الجدة الذي لا نلمسه بشأن الفلكلور[2].

غير أن جانب فقهي آخر [3] يرى أن الإبداع الفلكلوري في مجال الصناعة الحرفية، يتطلب عنصرين: يتمثل الأول في التقنيات التقليدية المستعملة ويكمن الثاني في الرسوم والنماذج التقليدية المحصل عليها. وتلعب التقنيات الحرفية محل الإستعمال في المجتمعات التقليدية دورا لا يقل أهمية عن الدور الذي تشغله الإختراعات في المجتمعات الحديثة، وقياسا يمكن تقريب مفهوم حمايتها القانونية من تقنيات براءات الإختراع أين ينفذ الفرد وصفا علميا لعملية تقليدية أو يحصل على نتيجة ذات نفع، فتمنح له براءة الإختراع بخصوص تقنيات الصناعة الحرفية[4]. وبالتالي يقتصر الإبداع الفلكلوري في مجال البراءات على أشكال الصناعة الحرفية وهي مسألة غير محسومة بإعتبار أن هذه الأشكال نفسها تتسم بالطابع الفني ومن ثم يكون هناك تداخل بين هذا الطابع الغالب عليها وبين طبيعة التقنيات المعتمد عليها. وإن كان الأمر كذلك بالنسبة لحدود الإبداع الفلكلوري في مجال البراءات، فإنه يطرح التساؤل حول هذه الحدود بشأن نظام الرسوم والنماذج الصناعية.

لقد قيل أنه " يغلب على الرسوم والنماذج الطابع الفني على خلاف الإختراعات، إذ تعتبر الرسوم والنماذج منشآت شكلية ذات طابع تزييني" [5]. وإستنادا إلى هذا الطابع الفني يمكن القول بأن البعض من تعابير الفلكلور قد تمثل إبداعا فكريا يتجسد في شكل رسم أو نموذج صناعي، حيث لا يتعلق الأمر بجميع تعابير الفلكلور، إذ يستحيل أن تظهر البعض منها في

---

[1] ف. زراوي صالح، المرجع السالف ذكره، رقم 44، ص. 56. أنظر النشر الأول لسنة 2001، المرجع السابق ذكره، رقم 44، ص. 45.

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n° 52, p. 25 : « Même en incluant les méthodes et savoirs faire traditionnels dans la définition du folklore, la protection par les brevets est exclue étant donné l'absence de nouveauté ».

[3] K. Nkiema, *op. cit*., p. 42.

[4] Ibid.

[5] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 288، ص. 295. أنظر النشر الأول لسنة 2001، المرجع السابق الذكر، رقم 288، ص. 289: " ...يستخلص من هذه الأحكام أن الإختراعات تتميز قبل كل شيء بطابعها الصناعي أما الرسوم والنماذج فيغلب عليها الطابع الفني أي الشكل الخارجي".

شكل تصميم ذي أبعاد. وبذلك، فإن " التعابير المعنية هي التي تمثل مظاهرا ملموسة للتقاليد الثقافية لشعب ما، مثل المنسوجات بما فيها السجاد والأزياء والنسيج، وكذلك يتعلق الأمر بأعمال النقش، والفخار، والأعمال المجسدة على الخشب، والحلي، والسلال وغيرها من أشكال الصناعة الحرفية التقليدية "[1].

ويشهد الواقع أن حماية الرسوم والنماذج تجد تداخلا لعدة تقنيات قانونية بشأن حمايتها ولذلك يصعب بيان حدود هذه الحماية وليس لزاما النظر في هذه المسألة لأن الهدف من هذا التحليل هو فقط بيان حدود الإبداع الفلكلوري في ظل هذا الفرع من الملكية الصناعية وليس البحث في النظام القانوني للحماية. لذا يكفي القول بأن الإبداع الفلكلوري قد يتجلى في شكل تصميم فني ملموس يسمح بإعتباره رسما أو نموذجا صناعيا وهو الإبداع الذي يجد مكانه في مجال الصناعات الحرفية التقليدية.

الفرع الثاني: الفلكلور كإبداع فكري في ظل الحقوق المتعلقة بالسمات المميزة

يتمثل الفرع الثاني للملكية الصناعية والتجارية في الحقوق المتعلقة بالبيانات المميزة مثلما سبقت الإشارة والتي تخص العلامات والبيانات الجغرافية مثلا، فكيف يتجسد الإبداع الفلكلوري في إطار هذه الأنظمة؟ حسب بعض الفقه، فإن مفهوم الإبداع الفكري جد واسع بالنظر إلى المعيار الفني. وبالرغم من ذلك يمكن تضييق هذا المفهوم في حدود[2]، حيث تستثنى العلامات الفلكلورية المميزة [3] وبالتالي نتساءل إن كانت هذه الأخيرة بالفعل لا تتضمن إبداعا فكريا.

---

[1] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 53, p. 25 : « …Rien n'exclut a priori les expressions du folklore d'une telle protection, mais toutes ne sont évidement pas concernées. Seules "les manifestations tangibles, graphiques ou figuratives de la tradition culturelle d'un peuple sont susceptibles d'être protégées, c'est-à-dire les textiles…, les sculptures, la poterie, le travail sur bois, la ferronnerie, la bijouterie, le tressage de panier et autres formes d'artisanat ».

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 34 : « Cette exclusion des signes distinctifs de la théorie juridique pour la protection du folklore ne signifie pas qu'une création littéraire ou artistique folklorique ne peut pas se retrouver dans une marque ou être a la base d'une appellation d'origine; dans ce cas, l'élément folklorique sort de son contexte et la marque ou l'appellation d'origine ne peut être qualifiée de folklorique ».

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 35 : « La notion de création intellectuelle qui renvoie à celle de droits intellectuels, se révèle encore restrictive par rapport à l'objet de la propriété artistique et littéraire et de la propriété industrielle. Il en est ainsi, puisqu'on exclut les signes

يرى بعض الفقه أن حقوق الملكية الفكرية تقوم على الإبداع الفكري ويتعلق هذا الأخير ببراءات الإختراع، والرسوم والنماذج، وحقوق المؤلف، حيث يكون هناك إبداع وعمل فكري لا نلمسه بشأن العلامات وتسميات المنشأ، " فالتاجر حينما يستخدم علامة ما فإنه يختار تعبيرا أو صورة فحسب لأجل تمييز منتجه عن باقي المنتجات المنافسة. وبالتالي الإختيار هنا لا يعني الإبداع والإبتكار. وما يقال عن العلامات يطبق بشأن تسميات المنشأ "[1]. لكن هذا لا يعني أن الإبداع الفني أو الأدبي الفلكلوري لا يمكن أن يكون موجودا كعلامة مميزة أو أن يكون مرتبطا بتسمية منشأ. فأشكال التعبير الفلكلوري أو البعض منها على الأقل يمكن أن تمثل علامة تجارية. وإن كان الأمر يقتصر على المظاهر الملموسة بخصوص الرسوم والنماذج الصناعية، فإن العلامات لا تشمل مجرد التعابير الملموسة، حيث قد تتسع لتضم الكلمات مثل تلك التي تتعلق بالحكايات والقصص الشعبية، وقد تضم كلمات الأغاني الشعبية وغيرها من التعابير الأخرى. ولا تشترط الجدة بشأن إمكانية الحماية وإنما يكفي أن تمثل العلامة طابعا مميزا [2]. وبعيدا عن مفهوم الإبداع الفكري يمكن للمجتمعات المعنية أن تعول على هذه العلامات التي تحمل تعبيرا فلكلوريا معينا لأجل أن تعكس الممارسات التقليدية والمفاهيم المتعلقة "بالأصالة"، أي أصالة تعابيرها الفلكلورية وعناصر أخرى من تراثها الثقافي[3].

ومن العلامات المميزة ما يسمى بعلامات المطابقة، وهي تلك العلامات التي توضع على منتج معين للإشهاد على أنه مطابق لمواصفات بعينها [4]، فيمكن أن توضع مثل هذه العلامات على البعض من الإنتاجات الفلكلورية للدلالة على أنها مصنعة وفقا للممارسات والمعتقدات التقليدية[5]. وتستخدم هذه العلامات في بعض الدول الصناعية التي تضم عددا كبيرا

---

distinctifs de la notion de droits intellectuels, alors qu'il s'agit d'une partie de la propriété industrielle ».

[1] A. Françon, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris, les cours de droit, 1985-1986, p. 9 : « Le commerçant qui utilise une marque s'est contenté de choisir une expression ou une image pour distinguer ses produits de ceux d'un concurrent : choisir, n'est pas créer, inventer…ce que l'on vient de dire des marques vaut pour les appellations d'origine ».

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 55, p. 26.

[3] T. Wong and C. Fernandini, *op. cit.*, p. 11.

[4] ف. زراوي صالح، المرجع السابق الذكر، رقم 216 مكرر، ص. 205. أنظر النشر الأول لسنة 2001، المرجع السابق الذكر، رقم 215، ص. 210.

[5] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 57, p. 27 : « Plus encore peut-être que la marque collective, la marque de certification est ici précieuse, elle sert à indiquer et garantir que le produit ou le service marqué présente des caractéristiques particulières. elle pourrait être

من الشعوب الأصلية لتحديد مجموعة واسعة من الإنتاجات منها الفنون، والملابس، والصناعات الحرفية التقليدية[1]. كما يتم تصميم بعض العلامات المطابقة للفت الإنتباه إلى خصائص محددة لأشكال الفلكلور مثل الإشارة إلى العناصر التقليدية، واليدوية والحرفية التي دخلت في إنتاج الأشكال المتعلقة بالصناعات التقليدية[2].

أما بخصوص البيانات الجغرافية وعلاقتها بتعابير الفلكلور، فإنه يمكن إستخدامها على مستويين، فمن جهة يمكن للتعابير الفلكلورية التي تتجسد في شكل ملموس مثل المصنوعات الحرفية المنتجة إنطلاقا من موارد طبيعية أن تحمل تسمية منشأ للدلالة على مصدر نشأتها، ومن جهة أخرى بعض الأسماء والعلامات الأصلية التي يحوزها السكان الأصليون يمكن أن تمثل بحد ذاتها بيانات جغرافية [3] بطبيعة الحال إذا كانت تتعلق بحيز جغرافي كالذي تشغله المجتمعات الأصلية والمحلية.

وقد أقصى بعض الفقه العلامات المميزة من إطار النظرية القانونية لحماية الفلكلور، غير أن ذلك لا يعني أن الإبداع الفلكلوري الفني أو الأدبي لا يمكن أن يكون موجودا ضمن علامة مميزة أو مرتبطا بتسمية منشأ، ولكنه في هذه الحالة يخرج العنصر الفلكلوري عن سياقه والعلامة أو التسمية لا يمكن وصفها بأنها فلكلورية[4].

ما يستخلص من هذا العرض هو أن الفلكلور كإبداع فكري في مجال الملكية الصناعية والتجارية يتجسد بشكل ملحوظ في نظام الرسوم والنماذج بحكم أن هذه الأخيرة تتسم بطابعها الفني والتزييني وكذا الملموس، مما يسمح لبعض الإنتاجات الفلكلورية وهي تلك التي تظهر في شكل مادي له أبعاد بأن تكون عبارة عن رسم أو نموذج صناعي. بينما لا يجد الإبداع الفلكلوري له مكانا في إطار نظام البراءات على إعتبار أن الإختراع هو ما ينتج عن نشاط إختراعي ويكون قابلا للتطبيق الصناعي وهو ما يتنافى مع طبيعة الإبداعات الفلكلورية التي يغلب عليها الطابع الفني حتى وإن تعلق الأمر بأشكال وتعابير الصناعة الحرفية التقليدية.

---

apposée aux produits folkloriques pour indiquer par exemple que les biens ont été fabriqués conformément aux pratiques et croyances traditionnelles ».

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., p. 58.

[2] T. Wong and C. Fernandini, *op. cit.,* p. 13.

[3] A. Lucas Schlotter, *op. cit.,* n° 60, p. 28.

[4] K. Nkiema, *op. cit.,* p. 34.

وكذلك لا يتجسد الإبداع الفلكلوري في شكل علامات مميزة كونها حسب الفقه لا تعدوا أن تكون إختيارا لعلامة أو تسمية والإختيار لا يرقى إلى درجة الإبداع والإبتكار، حيث يتطلب هذا الأخير جهدا فكريا معتبرا.

وفي الختام يمكن القول بأن الإبداع الفلكلوري يجد مكانه الحقيقي ضمن نظام الملكية الأدبية والفنية أين يكون بمثابة مصنف فني مبتكر وما يعزز هذا القول أن العديد من الدول توفر الحماية القانونية للفلكلور بموجب نظام حق المؤلف. فالمشرع الجزائري مثلا يحمي مصنفات التراث الثقافي التقليدي بموجب هذا النظام والأمر كذلك بالنسبة للعديد من التشريعات المقارنة الأخرى لاسيما الإفريقية منها. ومع ذلك يطعن في صلاحية هذه الوسيلة لحماية هذا الإبداع الفكري المتميز، وبطبيعة الحال لا يتعلق الأمر بشكل الفلكلور أو بقيمته كإبداع فكري أو بالمستوى الجمالي الذي تحظى به تعابيره، فعكس ذلك تماما، فإن أشكال التعبير الفلكلوري لا تختلف عن باقي الأشكال الفنية والأدبية المحمية بموجب نظام حق المؤلف وفي الكثير من الأحيان تكون تعابير الفلكلور أكثر جمالا بالمقارنة مع العديد من الإبداعات التي يعرف مؤلفوها. لكن الأمر يتعلق بأصول الفلكلور وكذا بالعملية الإبداعية الناتج عنها [1]. لذا سيتم التطرق لهذه المسألة من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني: مدى ملائمة نظام حق المؤلف لحماية الإبداع الفلكلوري

قد يبدو الإجماع واضحا من خلال العديد من الدراسات الفقهية ومختلف المصادر المتعلقة بموضوع الدراسة حول الصراع القائم بين خصوصيات الإبداع الفلكلوري من جهة، وبين خصوصيات نظام حق المؤلف من جهة أخرى [2]. فمن الفقه من يرى أن "هذا النظام هو الأكثر ملائمة لحماية الفلكلور، لكن قالب نظام حق المؤلف ليس قادرا على تقديم الحماية الكافية "[3] وهناك من يرى أنه بالفعل غير ملائم ولكن هذا لا يعني أن عدم التوافق الحاصل بين

[1] V. document WIPO/GR/KRT/05/8, *op. cit.*, n° 5, p. 2.

[2] V document WIPO/GRTKF/IC/3/11, *Expressions du folklore*, annexe, p. 3.

[3] N. Mezghani, *op. cit*., p. 15 : « Selon une certaine doctrine, parmi les différentes branches de la propriété intellectuelle, c'est l'institution du droit d'auteur qui paraît la mieux adaptée à la protection des expressions du folklore mais le moule du droit d'auteur n'est pas entièrement apte à offrir une protection satisfaisante ».

الإثنين لا يمكن التعامل معه [1]. ومن هذا المنطلق سيتم النظر في حقيقة الصراع القائم بين خصوصيات الفلكلور وبين نظام حق المؤلف ليتم بعدها عرض الحلول المقترحة بهذا الشأن.

المطلب الأول: حقيقة الصراع القائم بين خصوصيات الفلكلور وبين نظام حق المؤلف

لقد تم التمييز بين مفهوم الفلكلور السابق الوجود وبين الأعمال المستوحاة منه أو بعبارة أخرى بين الثقافة التقليدية السابقة الوجود وبين الإنتاجات الأدبية والفنية الحديثة، والمحدثة من قبل الأجيال الحالية للمجتمع والمؤسسة على الثقافة أو الفلكلور التقليدي [2]. وقد سبقت الإشارة إلى أن هذا التمييز يظهر كذلك ضمن بعض التشريعات الوطنية مثل التشريع التونسي والتشريع المغربي بشأن حقوق المؤلف أين يقضي هذين التشريعين بحماية الفلكلور وبالموازاة حماية التعابير المستوحاة، بينما المشرع اللبناني فقد أقصى الفلكلور من الحماية ونص على حماية الأعمال المستوحاة من الأعمال الفنية الفلكلورية التراثية. ويبدو أن إشكالية الصراع القائم بين خصوصيات الفلكلور من جهة وبين خصوصيات نظام حق المؤلف من جهة أخرى لا تتعلق بالتعابير الفلكلورية المعاصرة، بإعتبار أن هذه الأخيرة لا تثير أية إشكالات بخصوص مسألة الأصالة، حيث يمكن تطبيق معيار "البصمة الشخصية" أين يعتبر الإنتاج الأدبي والفني المعاصر والمتضمن عنصرا جديدا أو تعبيرا جديدا بمثابة "مؤلف جديد"، إذ يمكن لهذا الإنتاج المعاصر أن يتضمن الجدة في الترتيب، والتعديل، والتكييف أو جمع عناصر التراث وتعابير الثقافة التقليدية والتي تؤول إلى الملك العام[3]. وكون هذه الإبداعات المعاصرة من إنتاج مبدعين معروفين وعلى قيد الحياة، فإنه لا تثور كذلك إشكالية تحديد المؤلف.

وهكذا، فإن الصراع المشار إليه سابقا يقع بين خصوصيات الفلكلور السابق الوجود وبين متطلبات نظام حق المؤلف التي يبدوا أنها لا تتماشى وهذه الميزات الخاصة بهذا النوع من الإبداع. وتتمثل متطلبات نظام حق المؤلف التي تكون في صراع دائم مع خصوصيات الفلكلور وميزاته والمشار إليها فيما سبق سواء بصورة صريحة أو تلك التي تستخلص بشكل ضمني في مطلب الأصالة، ومطلب المؤلف المحدد، ومسألة التثبيت وأخيرا مدة الحماية المحدودة.

---

[1] L.-Y Ngombé, *op. cit.*, p. 765.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit.*, n° 54, p. 23.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit.*, n° 13, p. 14.

بينما خصوصيات الفلكلور، فهي تتمثل أساسا في كونه إعتبر غير شخصي، بحيث يؤول إلى المجتمع بكامله، ولا تزال العديد من الجهات المهتمة لاسيما المجتمعات المعنية بمثل هذا الإبداع التقليدي تأخذ بهذا المفهوم. ويشير الفقه [1] هو الآخر لمثل هذه الميزة عند تعرضه لموضوع البحث في مدى توافق نظام حق المؤلف مع خصوصيات الإبداع الفلكلوري خصوصا عند الحديث عن إشكالية تحديد المؤلف أو بعبارة أخرى صاحب الإبداع الفلكلوري. وليس الطابع غير الشخصي للفلكلور الميزة الوحيدة التي تخلق مثل هذا الصراع، فبالإضافة إلى ذلك يتسم الفلكلور بكونه ذا طابع حي ذلك أنه يتم تعاقبه بين عدة أجيال، وبالتالي يصعب إسناده لمبدع بذاته ويصعب تطبيق معيار الأصالة الذي يتطلب وجود صلة روحية بين الإبداع وبين شخصية المبدع. ومن التعابير الفلكلورية ما يتم تناقله شفاهة بين الأجيال المتعاقبة وهذا لا يعني إنكار الطابع المادي لبعض التعابير، ولكن القول بأن الطابع الشفهي هو ما يغلب على أشكال الفلكلور حقيقة ثابتة، وهو ما يتعارض وشرط التثبيت وإن كان هذا المطلب لا يثير إشكالا كبيرا على إعتبار أن العديد من الدول لا تأخذ بمثل هذا المطلب. ولأن الفلكلور يمتد من حيث وجوده إلى زمن سحيق، فإنه يصعب تطبيق مطلب مدة الحماية المحدودة.

يرى بعض الفقه [2] أن الأخذ بمطلب الأصالة كشرط لتمتع المصنف والعمل الفكري بالحماية يبدو في الوهلة الأولى أنه يثير صعوبات بخصوص الفلكلور، فعلى الرغم من الإختلافات القائمة بين مختلف التشريعات الوطنية بشأن تفسير مفهوم الأصالة، فإن الإتفاق يقر بأن العمل يجب أن يمثل إبداعا فكريا خاصا بمؤلفه. بينما الفلكلور هو نتيجة لعملية إبداعية مستمرة وغير شخصية وبطيئة، تباشر عن طريق المحاكاة المتتابعة داخل المجتمع المعني، ويفترض مفهوم الفلكلور في حد ذاته التناقل من جيل لآخر، وبالتالي ضمان التطور المستمر والدائم[3]. ويعتبر الفن في العديد من المجتمعات وسيلة لتناقل التاريخ والمعتقدات الدينية للقبيلة أو المجتمع، فالفنان مرتبط بإحترام التقاليد ولا يمكنه إطلاق العنان لإلهامه وتطلعاته. ومن ثم وأخذا بهذه الحقائق، فإنه يتم الحد من الإبتكار ففي مجال الموسيقى مثلا إحساس

[1] N. Mezghani, *op. cit.*, p. 17.

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 16, p. 8 : « La condition que l'œuvre soit originale pour jouir de la protection du droit d'auteur semble à première vue soulever des difficultés en matière de folklore. Nonobstant les divergences entre les diverses législations nationales quant à l'interprétation de la notion d'originalité, l'accord se fait pour admettre que l'œuvre doit constituer une création intellectuelle propre à son auteur ».

[3] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 16, p. 8.

المغني والعازف تعكس أحاسيس المجموعة ككل. وحسب بعض الفقه، فإن الهدف ليس الإبتكار في مجال الفلكلور وإنما الحفاظ على التراث المتناقل عبر الأجيال وهذا الإخلاص الملازم للتقاليد المتأصلة في الفلكلور يظهر متناقضا مع الأصالة بإعتبارها تعبيرا عن شخصية المؤلف[1].

ومن الفقه[2] من يرى بأن تحديد عنصر الأصالة بشأن الفلكلور السابق الوجود مسألة صعبة والصعوبة لا تكمن بهذا الصدد فقط بل يزداد الأمر تعقيدا حينما يتعلق بالعمل الفلكلوري الذي ينشأ إنطلاقا من عناصر سابقة الوجود. فإن كان المطلوب بخصوص عنصر الأصالة هو الحد الأدنى، فإنه يمثل عقبة حقيقية على إعتبار أن العديد من أشكال التعبير الثقافي التقليدي وبسبب التماثل القائم بينها وبين التعابير الموجودة سابقا ليست قادرة على تلبية هذا المطلب وإن كان الرأي الغالب يعترف لمثل هذه التعابير بالطابع المبتكر ويرى أنها تستحق الحماية من اللحظة التي تستوفي فيها شرط الأصالة.

وبالتالي يمكن القول بأنه يوجد فعلا صراع قائم بين خصوصية الفلكلور كإبداع غير شخصي يعبر عن تطلعات وإنطباعات مشتركة وبين خاصية نظام حق المؤلف والذي يتطلب من وجهة النظر التقليدية أن تحمل المصنفات المشمولة بالحماية سمة قاطعة من سمات الأصالة الفردية. وعلاوة على هذا، يظهر الصراع كذلك من خلال مقاربة أخرى تخص المفهوم المتعلق "بالمؤلف".

فالتشريع المتعلق بحق المؤلف يأخذ بالمفاهيم المتعلقة "بالمؤلف" أو "صفة المؤلف". وتختلف هذه المفاهيم في معناها عن تلك التي تأخذ بها الشعوب الأصلية أو المجتمعات التقليدية، وقد ظهرت هذه المفاهيم في أوروبا في القرنين السابع عشر والثامن عشر ولا تعبر هذه المفاهيم بالضرورة عن فكرة أن المجتمعات السابق ذكرها قد تقوم بممارسات وإنتاجات ثقافية. ولا تنظر هذه المجتمعات إلى التصور المتعلق بحق المؤلف بنفس النظرة التي يوليها نظام حق المؤلف، فعلى سبيل المثال عند قيام أحد الأشخاص بتصوير حفل تقليدي من المفروض أن المؤلف هو الشخص الذي قام بعملية التصوير وإنتاج الفيلم ولكن هذا التصور

[1] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 16, p. 8.

[2] A. Amattes, *op. cit.*, n° 108, p. 43.

يتعارض مع ما تأخذ به المجتمعات الأصلية والتي قد يكون المؤلف حسبها فردا من المجتمع والذي كان مسؤولا عن إعطاء المعلومات حول الحفل التقليدي أو يمكن أن يكون المؤلف هو العشيرة التي لها مسؤولية إحياء الحفل التقليدي، فهي صاحبة العمل الذي أنجزه الشخص المعني[1].

ومن الدول من ترى أنه من الصعب بل قد يكون مستحيلا تحديد مبدعي الفلكلور، لأنه ينتج ويتم تملكه بشكل مشترك ولأن مبدعيه وبكل بساطة مجهولون [2]. وهو ما يراه بعض الفقه، فبإفتراض أن الفلكلور ذو طابع مبتكر وأصلي، تبقى مسألة تحديد مؤلفه مهمة مستحيلة على الأقل بالنسبة لتعابير الفلكلور التي يعود وجودها إلى زمن غابر، فالعملية المتطورة للإبداع والملازمة للفلكلور تمنع في أغلب الفرضيات من إسناد ونسبة النتيجة الإبداعية إلى شخص أو مجموعة أشخاص محددين[3].

وقد صرحت المجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها في الدورة الثالثة التي عقدتها اللجنة الدولية الحكومية المتعلقة بالملكية الفكرية وضمن وثيقة أعدتها تحت عنوان "تعابير الفلكلور" بنفس الموقف، حيث إعتبرت أن" نظام حق المؤلف يتأسس على تحديد مؤلف المصنف ويصعب ذلك بشأن الفلكلور كون مبدعه مجهولا أو أن التقاليد هي سمة جماعية ترجع للمجتمع"[4]. وطالما إعتبرت العديد من الدول أن الفلكلور ينتمي إلى فئة الأشياء المشتركة مثلما هو الحال حسب بعض الفقه بالنسبة إلى فرنسا والبرازيل وبالتالي لا تنص على حمايته بموجب نظام حق المؤلف[5]. وقد طرحت أمام قضاء إندونيسيا حالة مهمة أين تعلق الأمر بقناع

---

[1] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, p. 38.

[2] V. document WIOPO/GRTKF/IC/4/3, *op. cit.*, p. 19 : « Le droit d'auteur nécessite l'identification d'un ou de plusieurs créateurs connus. Il est difficile, voire impossible, d'identifier les créateurs des expressions culturelles traditionnelles parce qu'elles sont créées et détenues en commun et parce que leurs créateurs sont tout simplement inconnus ».

[3] A. Lucas Schlotter, *op. cit.*, n° 17, p. 9.

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/3/11, *op.cit.*, annexe, p. 3 : « Le droit d'auteur se fond sur l'identification de l'auteur de l'œuvre alors que le folklore se distingue par l'anonymat du créateur de la tradition ou par le fait que la tradition appartient à une communauté ».

[5] A. Amattes *op. cit.*, n° 70, pp. 31-32 : « En droit d'auteur français et brésilien, une œuvre du folklore n'est pas protégée car elle appartient à la catégorie des choses communes. Ainsi, d'après l'article 714, alinéa 1 du Code civil français ces choses n'appartiennent à personne et leur usage est commun à tous. Au Brésil, le folklore est aussi considéré comme une œuvre du domaine public ».

خشبي مزين يرتديه الراقصون والذي يمثل شكلا من أشكال الفلكلور، وقد تم صنع القناع وطرحه في السوق الخارجي لأغراض تجارية وكان هناك مجموعتين تجاريتين تشتركان في تسويق مثل هذه الأشكال الفنية ودفعت المنافسة الشديدة بإحدى المجموعتين إلى المطالبة بحق المؤلف بشأن القناع الخشبي ولكن الطرف المعني إعترض على هذه المطالبة ولم يمنح القضاء حق المؤلف بدافع أن القناع إنتاج فلكلوري وإبداع فني يخص الشعب الأندونيسي بمعنى أنه ملك جماعي ومشترك[1].

هذا ويظهر عدم التوافق كذلك بين خاصية أخرى من خصوصيات الفلكلور وهي خاصية الشفهية التي قد تطغى على تعابير الفلكلور كونه يتناقل شفاهة في معظمه وبين مطلب التثبيت. ويرى الفقه أن هذا الإلتزام يثير صعوبات بشأن الفلكلور [2]، فقد تشترط بعض تشريعات حق المؤلف أن يكون العمل مثبتا على دعامة ملموسة يمكن رؤيتها، أو لمسها، أو سماعها وهذا ما يسمى بمعيار التثبيت، فيكون العمل مثبتا عندما يظهر التعبير عنه في شكل ما ليس بالضرورة أن يكون بيانيا، في الواقع غالبا ما يكون مثبتا برموز أو كلمات أو صور أو بأية دعامات أخرى فالعمل يمكن أن يكون مكتوبا، مسجلا، أو حتى ممثلا في شكل بيانات أو مؤشرات رقمية مثلا[3]. ومع ذلك يرى الفقه أن أهمية مطلب التثبيت ومن ثم الصراع القائم بينه وبين الفلكلور يجب أن يكون مسألة نسبية بقدر ما يتعلق هذا الإلتزام فقط بالأنظمة التي تأخذ بفكرة "الحق على النسخة" وهي أنظمة الأنظمة الأنجلوسكسونية ولا يتعلق الأمر بالأنظمة التي لم تأخذ بمثل هذا الخيار والذي أتاحته إتفاقية برن، بحيث قضت بأن الدول يمكنها أن تنص ضمن قوانينها على أنه لا تتم حماية المصنفات الأدبية والفنية، إذا لم تكن مثبتة على دعامة مادية[4].

- V. art. 714-1° C. civ. Fr, Dalloz, éd. 103, 2004 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personnes et dont l'usage est commun à tous ».

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/4/3, *op. cit*., p.22.

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n° 15, p. 8.

[3] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit*., p. 34 : « Une œuvre est fixée lorsqu'elle est suffisamment permanente pour être perçue, reproduite ou communiquée, c'est-a-dire lorsqu'elle a une forme d'expression. Cette forme n'est pas nécessairement graphique. En fait, il est le plus souvent indifférent que l'œuvre soit fixée par des mots, des chiffres, des images ou tout autre support…L'œuvre peut donc être écrite, enregistrée, représentée sous forme de données ou signaux numériques ou réduite à une autre forme matérielle ».

[4] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n° 15, p. 8.

وغالبا ما لا يتم استيفاء شرط التثبيت بشأن الفلكلور وبالتالي هذا الإلتزام الذي تنص عليه دول النظام الأنجلوسكسوني يقلص من إمكانية تطبيق نظام حق المؤلف بالنسبة للإبداع الفلكلوري، فالعديد من التعابير الفلكلورية مثل الرقصات والأغاني وغيرها يتم أداؤها دون أن تكون محلا للتثبيت، فهي تتناقل شفاهة أو بالمحاكاة المتتابعة بين الأجيال. ويتساءل الفقه حول بعض التعابير والتي قد تعتبر مجسدة في شكل ملموس ولو بصفة مؤقتة مثل بعض أشكال الفن المؤقت كالرسم على الجسم إن كانت بهذا النحو مستوفية لشرط التثبيت. وحسب نفس الجانب الفقهي، فإن هذه الأشكال تعتبر مستوفية لمطلب التثبيت إذا تم الإقرار بأن مجرد تحميل برنامج في ذاكرة الحاسوب يلبي مطلب الشكل المادي [1]. وبالتالي فإن مسألة التثبيت تبقى نسبية بالنظر إلى كونها ليست محل إتفاق بين جميع التشريعات، فالمشرع الجزائري مثلا ينص على أن الحماية تمنح للمصنف سواء كان مثبتا أم غير مثبت بدعامة مادية[2].

آخر عنصر من متطلبات نظام حق المؤلف يتمثل في مدة الحماية والتي تكون محدودة. ومعظم التشريعات تنص على مدة 50 سنة وبالنظر إلى تناقل التعابير الثقافية التقليدية بين الأجيال ولأنها تمتد إلى أمد بعيد، فإن مدة الحماية من المفروض أن تكون إنقضت منذ فترة طويلة. وكثيرا ما تحتج الجهات المعنية بحماية الفلكلور على المدة المحددة التي يكرسها نظام حق المؤلف كونها لا تتناسب مع طبيعة أشكال التعبير الثقافي التقليدي، فهي بادئ ذي بدء لا تلبي الإحتياج إلى حماية الفلكلور بإستمرار أو على الأقل طوال المدة التي يكون فيها المجتمع المحلي قائما، كما تستلزم المدة المحددة للحماية أيضا التأكد من تاريخ

-Art. 2-2° de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques: « …Est toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques, ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles, ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel ».

[1] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 15, p. 8 : « On a pu également se demander si certaines formes d'art éphémères, telles que les body paintings par exemple, satisfaisaient la condition de fixation. Il semble cependant que ces formes d'expressions folkloriques peuvent être considérées comme remplissant la condition de fixation, dans la mesure où il est admis que le simple chargement d'un programme dans la mémoire de l'ordinateur répond à l'exigence de forme matérielle ».

[2] الفقرة الثانية من المادة 3 من الأمر رقم 03-05 السابق الذكر : "تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته بمجرد إبداع المصنف وسواء كان المصنف مثبتا أم لا بدعامة تسمح بإبلاغه إلى الجمهور". وراجع المادة 3 من الأمر رقم 97-10.

إبتداع المصنف أو إصداره لأول مرة وهو الأمر الذي كثيرا ما يكون مجهولا في حالة أشكال التعبير الفلكلوري[1].

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من المجتمعات الأصلية والتقليدية تسعى إلى فرض حماية أبدية وغير محددة الزمن على الأقل بشأن البعض من تعابير ثقافتها التقليدية وترتبط المطالبة بالحماية الأبدية بالمطالبة بالحماية بأثر رجعي. وضمن مداولات المنظمة العالمية للملكية الفكرية تم التأكيد على ضرورة وضع وسيلة تضمن الحماية الدائمة لأشكال التعبير الثقافي التقليدي، حيث تستمر هذه الاخيرة في البقاء كجزء لا يتجزأ من الحفاظ على ثقافة وهوية الشعوب الأصلية المعنية. وحتى الآن لم ينته النقاش بعد بشأن هذه المسألة، إذ يلح البعض على أن الحماية الأبدية هي الحل الوحيد الذي يضمن بقاء هذه الأشكال التقليدية، وبالنسبة للبعض الآخر، فإن التعابير الثقافية التقليدية تجد مكانها الحقيقي ضمن الملك العام[2].

وأخيرا يرى بعض الفقه [3] أن حالات الخروج هذه عن المبادئ الأساسية لنظام حق المؤلف المتعلقة على التوالي بشرط الأصالة والتثبيت، لاسيما في الدول التي تأخذ بنظام "الحق على النسخة"، وتحديد صاحب الإبداع ومدة الحماية تظهر عدم التوافق الحاصل بين هذه المبادئ وبين الفلكلور السابق الوجود. وعدم التوافق في حقيقة الأمر ليس فقط ذو طبيعة تقنية ولكنه يتعلق كذلك بالمفهوم في حد ذاته، فالسبب في وجود نظام حق المؤلف هو السماح بإستغلال الأعمال الفكرية في أحسن الظروف. غير أن التعابير الثقافية التقليدية لم يتم إنتاجها لتكون محل إستغلال، فمن المؤكد أن لها طابعا أدبيا وفنيا ولكن لم تنتج بغرض أن تصل إلى أوسع جمهور ممكن الوصول إليه، فهي موجهة في الأصل إلى المجموعة التي تنبثق منها فقط والتي تعبر عن تقاليدها ومعتقداتها[4].

وطالما كانت هناك رغبة في تعزيز التوازن بين ضرورة حماية الفلكلور من جهة وبين حرية تطوير ونشر تعابيره من جهة أخرى والحرص على عدم التضييق على الفلكلور بإعتباره

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/13/4(B) REV, *Projet d'analyse des lacunes en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles*, annexe, p. 10.

[2] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, p. 42.

[3] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 20, p. 11.

[4] Ibid.

عنصرا حيا للثقافة الإنسانية بموجب حماية صارمة، ولأن الحماية يجب أن تكون سهلة وفعالة في ذات الوقت بدلا من وضع متطلبات معقدة يستحيل تنفيذها وتحقيق الإنسجام بينها وبين الفلكلور. فقد تم البحث عن حلول أخرى تحقق هذه الرغبات وتكون متطلباتها أكثر توافقا مع خصوصيات الفلكلور وهي المسألة التي سيتم النظر فيها من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني: البحث عن حلول بشأن الصراع القائم بين خصوصيات الفلكلور وبين متطلبات نظام حق المؤلف

مثلما سبقت الإشارة فإنه من الفقه من يرى بأن حقوق الملكية الفكرية القائمة حاليا ولاسيما تلك المتعلقة بنظام حق المؤلف لا تستوعب مسألة حماية الفلكلور، بإعتباره إبداعا فكريا متميزا حيث أن نظام حق المؤلف غير ملائم أو غير كاف لحماية الفلكلور بالنظر إلى الإعتبارات التي سبق بيانها، والتي تتعلق أساسا بتعدد متطلبات هذا النظام وعدم انسجامها مع خصوصيات الفلكلور وعلى وجه الخصوص الفلكلور السابق الوجود. ولهذه الأسباب، فإن العديد من أصحاب المصلحة يدعون إلى ضرورة تبني أنظمة حماية خاصة بمعنى أساليب حماية فريدة من نوعها أو مستقلة، تطبق تحديدا بشأن القضايا ذات الصلة بتعابير الفلكلور[1].

لقد أصبح واضحا خلال السنوات الأخيرة أن تعزيز الفلكلور والنهوض به كمصدر للتعابير الإبداعية يتطلب خلق حلول قانونية خاصة، على الصعيدين الوطني والدولي لأجل ضمان الحماية المطلوبة. وينبغي تكريس هذه الحماية ضد الإستغلال غير الطبيعي لتعابير الفلكلور ولاسيما في مواجهة الممارسات الهادفة إلى الحصول على فوائد وأرباح من جراء الإستغلال التجاري الذي يتم خارج المجتمعات الأصلية وذلك دون مكافأة هذه الأخيرة[2].

[1] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, p. 17.

[2] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 4, p. 32 : « Il est cependant évident que pour promouvoir le folklore comme source d'expressions créatrices, il fallait trouver des solutions juridiques particulières…cette protection devrait prémunir contre l'exploitation anormale des expressions du folklore et notamment contre la pratique générale consistant à tirer un bénéfice de leur exploitation commerciale en dehors de leurs communautés d'origine sans rémunérer ses dernières ».

ويمكن اللجوء إلى الأنظمة والأساليب الخاصة بغرض تكملة الأنظمة الكلاسيكية للملكية الفكرية، حيث يرى البعض [1] أن الحقوق الحصرية للملكية بشأن الفلكلور، وعلى العموم الآليات المتعلقة بالملكية الفكرية، يجب أن تستكمل بتدابير أخرى ذات طابع غير حصري ولا تتعلق بالملكية الفكرية، وتكون منسجمة معها بكل عناية لخلق نوع من التوازن، مما يعكس خصوصيات الأشكال والعمليات التقليدية للإبداع وكذا يعكس مصالح الأطراف المعنية والممارسات والإستخدامات العرفية المتصلة بهذه الأشكال والعمليات وكذلك الأنظمة الإجتماعية التي تعرفها المجتمعات المعنية. أو أن يتم التخلي عن الأنظمة الكلاسيكية للملكية الفكرية لصالح القوانين الخاصة التي تحل محل الأولى بشأن حماية تعابير الفلكلور [2]، ولابد من الإشارة إلى أن هذه الأنظمة الفريدة من نوعها تخص التعابير السابقة الوجود ولا تخص التعابير المستوحاة والمعاصرة والتي يمكن أن تحظى بالحماية بموجب نظام حق المؤلف[3].

وبخصوص المصطلح اللاتينيsui generis، [4] فإنه يعني "الشيء من ذاته أو نوعه أو الفريد أو الخاص ويستخدم في مجال قانون الملكية الفكرية لوصف نظام صمم لحماية حقوق خارج القواعد التقليدية لبراءات الإختراع والعلامات التجارية وحق المؤلف والأسرار التجارية" [5]. وبذلك، فإن أحكام النظام الخاص قد توفر حقوقا تتلاءم وطبيعة الفلكلور وذلك خارج القواعد التقليدية التي يتضمنها نظام حق المؤلف، وربما ما يسمح بالقول بأن تبني مثل هذه القوانين الخاصة قد يتلاءم وخصوصيات الفلكلور هو أن هذه الأحكام والأنظمة يمكن أن تركز على مفاهيم غير تلك التي يتبناها نظام حق المؤلف، مثل الأخذ بمفهوم الحقوق الجماعية في مقابل الحقوق الفردية التي يوليها نظام حق المؤلف كل الاهتمام. وهذا بالإضافة إلى إمكانية النص

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : projet actualisé des synthèses de politique générale et des mécanismes juridiques*, n° 17, pp. 9-10.

[2] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, p. 18.

[3] Loi type de 2002 sur *la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie, principes de transposition dans la législation nationale*, *op. cit.*, p. 21.

[4] H. Rolaud, *Lexique juridique, Expressions latines*, 1999, p. 187 : « Signifie " de son propre genre ».

[5] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, p. 50 : «…Le Black's Law Dictionary définit le terme "*sui generis*" de la manière suivante : "*[du latin 'de son espèce']* de son espèce ou classe; unique ou particulier. Ce terme est utilisé en droit de propriété intellectuelle pour décrire un régime conçu pour protéger des droits qui ne relèvent pas de la doctrine relative aux brevets et aux marques, au droit d'auteur et aux secrets des affaires».

على الحماية الأبدية بدلا من تحديد مدة الحماية بشأن تعابير الفلكلور ومعاملتها مثل باقي المصنفات والإبداعات الأدبية والفنية كما قد لا يتم النص ضمن هذه الأحكام على شرط التثبيت الذي يقف عائقا في بعض الدول أمام حماية الفلكلور وبالأخص التعابير غير الملموسة وغير المثبتة على دعامة مادية[1].

وبالنسبة لأولى المبادرات في إطار النص على قوانين خاصة، فقد تمثلت في صياغة الأحكام النموذجية للتشريع الوطني لحماية تعابير الفلكلور ضد الإستغلال غير المشروع وأفعال ضارة أخرى [2]، والتي توفر حماية خاصة تتصل بحقوق الملكية الفكرية. وقد اعتمدت هذه الأحكام سنة 1982 من قبل لجنة الخبراء الحكوميين بشأن جوانب الملكية الفكرية لحماية تعابير الفلكلور والتي انعقدت بمبادرة من المدير العام للمنظمة العالمية للملكية الفكرية والمدير العام لمنظمة اليونسكو [3]. ومثلما سبق القول فإن صياغة الأحكام النموذجية لسنة 1982 من قبل المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو كانت محاولة مبكرة فيما يخص اعتماد حلول فريدة بخصوص حماية الفلكلور، وقد تبنت العديد من الدول والمنظمات الإقليمية قوانينا وتدابيرا خاصة وطنية وإقليمية، وقد جعلت بعض الدول من هذه التدابير تكملة للتشريع المتعلق بحق المؤلف وذلك بالإستناد إلى الأحكام النموذجية السالفة الذكر. ومنها من اختارت نهجا آخر حيث وضعت أنظمة مستقلة دمجتها ضمن نظام الملكية الفكرية المعمول به [4] وهي حالة الفلبين وباناما، والبيرو ونيوزيلندا وكذا المنظمة الإفريقية للملكية الفكرية [5]. ومن هذه القوانين الخاصة يمكن ذكر القانون النموذجي لمنطقة المحيط الهادئ لسنة 2002 بخصوص حماية المعارف التقليدية والتعابير الثقافية [6] وكذلك القانون النموذجي لتونس المذكور سابقا والذي تم

[1] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, pp. 17-18.

[2] Les dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (OMPI-UNESCO), 1982.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *Rapport préliminaire sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore*, n° 17, p. 5.

[4] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, pp. 17-18

[5] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, pp. 17-18

[6] Loi type du Pacifique sur *la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles* (2002), cité par A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, p. 36.

اعتماده سنة 1976 بتونس، إذ أن الفلكلور في ظل هذا القانون هو موضوع حماية خاصة بينما تحظى الأعمال المستوحاة من الفلكلور بالحماية بموجب قواعد وأحكام نظام حق المؤلف[1].

إن الفلكلور السابق الوجود يعتبر بمثابة ملكية جماعية في الكثير من المجتمعات المعنية بهذا الإبداع التقليدي، حيث أن تعابير الفلكلور تكون ملكا للمجتمع ككل وليس لفرد بعينه وهو ما يتنافى وصفة المؤلف وفقا لمبادئ نظام حق المؤلف. لذا، فإن مثل هذه الأنظمة الخاصة تستند إلى فكرة الأبوة الجماعية بدلا من فكرة الأبوة الفردية التي تتأسس عليها تشريعات نظام حق المؤلف، مما يخدم مصلحة المجتمعات المعنية وعلى وجه الخصوص المجتمعات الأصلية والمحلية ذلك أن هذه المجتمعات تعتبر الفلكلور ملكا جماعيا ومشتركا[2].

وعن القوانين الخاصة والأنظمة الفريدة التي قد يتم تكريسها بخصوص حماية الفلكلور، فإنه يمكن التساؤل حول ما يميز هذه القوانين لاسيما من حيث الصياغة والمصطلحات التي تتضمنها. فعند صياغة أحكام نموذجية للتشريع الوطني والتي تكون موازية لنظام حق المؤلف، فإنه يتم في الغالب تفادي استخدام كلمة "مصنف" والذي يتم التخلي عنها لصالح عبارة "تعابير الفلكلور" أو كلمة "إنتاجات" مما يعني وجود أحكام ذات طابع خاص لا تتعلق بحقوق المؤلف، لأن المصنفات يحكمها نظام حق المؤلف. لكن تبقى هذه التعابير أو الإنتاجات بمثابة مصنفات أو بعبارة أخرى يمكن أن يكون لها ذات الطابع الفني الذي يغطي باقي المصنفات [3]. ويمكن القول بأن مصطلح "تعابير الفلكلور" هو الأكثر حيادا والذي جاء استخدامه ضمن الأحكام النموذجية التي أعدتها كل من المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو سنة 1982. كما تستخدم كلمة "الفنية" لتواكب مفهوم الطابع الأصلي أو مفهوم الأصالة الذي تقوم عليه حماية المصنفات الفنية والأدبية وتحل كلمة "المجتمع" محل عبارة "مؤلف المصنف"[4].

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, *Synthèse comparative des législations sui generis pour la protection des expressions culturelles traditionnelles, annexe, p. 3.*

[2] V. document UNESCO/PRS/CLT/TPC/II/3, *op. cit*., n° 45, p. 14.

[3] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 32, p. 43: « L'utilisation des mots "expressions " et " productions", au lieu du mot "œuvres" , est destinée à souligner qu'il s'agit de dispositions spécifiques ne relevant pas du droit d'auteur, puisque les "œuvres " sont régies par le droit d'auteur. Mais naturellement, ces "expressions " peuvent avoir-et ont la plupart du temps- la même forme artistique que les "œuvres " ».

[4]V. document UNESCO/PRS/CLT/TPC/II/3, *op. cit*., n° 45, p. 14.

ولأن هذه الأحكام الخاصة تقوم على الملكية الجماعية للفلكلور، وكذا لا تشترط عنصر الأصالة، وقد تذهب إلى أبعد من ذلك، فتنص على الحماية الأبدية والدائمة، فإن العديد من الجهات تنادي بالأخذ بهذا النهج . وربما هذا ما يفسر إقدام بعض الدول على الأخذ بهذا الحل الذي جسدته الأحكام النموذجية لسنة 1982 على الرغم من أن عدة جهات معنية طالبت في وقت لاحق من اعتمادها بمراجعتها وتنقيحها، أخذا بعين الإعتبار التغييرات والأشكال الجديدة للإستغلال التجاري المحققة منذ هذا التاريخ. وهناك من رأى أنه وبمجرد تحديثها ستكون بمثابة قاعدة وأساس للحماية الفعالة لتعابير الفلكلور على الصعيد الوطني، والإقليمي والدولي[1].

وبالرغم من أن بعض الجهات والأطراف المهتمة بحماية الإبداع الفلكلوري تطالب بضرورة النص على حماية خاصة بتعابير الفلكلور وقد تتبنى بالفعل مثل هذا الحل، إلا أن جهات أخرى ترى أن الفلكلور يحظى بالحماية الكافية بموجب الأنظمة الكلاسيكية للملكية الفكرية مثل التشريع المتعلق بحق المؤلف، والعلامات، والرسوم والنماذج الصناعية. ومن الدول من توفر هذه الحماية بموجب تشريع أو نص قانوني في مجالات أخرى غير الملكية الفكرية مثل التشريع المتعلق بالتراث الثقافي، وقد صرحت إحدى الدول بأن السبب الكامن وراء عدم تبني نظام حماية خاصة هو أن فناني الدولة لم يطالبوا بمثل هذه الحماية الخاصة بشأن تعابير الفلكلور، لكون هؤلاء يعتبرون أن أشكال الحماية القائمة بموجب الملكية الفكرية وخاصة في مجال حقوق المؤلف تعتبر كافية[2].

وختاما يمكن القول بأن موقف الدول والحكومات بشأن مدى ملائمة نظام حق المؤلف وكذلك بشأن الحاجة إلى أنظمة خاصة يتباين من دولة إلى أخرى، فهناك من يرى بأن نظام حق المؤلف وسيلة كافية ومناسبة لحماية الفلكلور بينما تتجه بعض الدول إلى صياغة وخلق أساليب وقوانين فريدة من نوعها توفر من وجهة نظرها القدر الكافي من الحماية الفعالة لكونها تقوم على مبادئ سهلة التطبيق، وتأخذ بمفاهيم تتماشى وخصوصيات الفلكلور وذلك بشكل منسجم يخفف من حدّة الصراع الناتج عن اتسام الفلكلور بخصوصيات تميزه عن غيره من الإبداعات الفكرية.

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit*., n° 2, p. 2.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit*., p. 23.

إن الحديث عن ماهية الفلكلور وما تنطوي عليه هذه المسألة من إشكاليات ليس سوى جزء من موضوع حماية الفلكلور، بحيث أن الهدف من وراء التطرق لمسألة ماهية الفلكلور هو التمكن من النظر في التطبيق الفعلي للحماية وما يدور حوله من إشكاليات والذي سيكون موضوعا للباب الثاني من هذه المذكرة.

الباب الثاني: تحديد مضمون ونطاق الحماية القانونية للفلكلور على الصعيدين الداخلي والدولي

لا تكتمل مسألة دراسة الفلكلور بمجرد تحديد ماهية موضوع الحماية، إذ ينبغي بالموازاة مع ذلك النظر في مضمون هذه الحماية، أين سيتم تسليط الضوء على أساليب حماية الفلكلور على الصعيدين الداخلي والدولي، وكذلك الإشارة إلى إمكانية توفير الحماية الإقليمية من جانب الدول المتواجدة بنفس المنطقة والتي لها نفس الطموحات والإنشغالات فيما يتعلق بحماية الفلكلور. ولا يخفى أن الهدف من وراء تكريس الباب الأول لإشكالية تحديد ماهية الفلكلور بتعريفه وتحليل طبيعته القانونية كان التوصل إلى وضع إطار واضح المعالم يسمح بالبحث في مسألة الحماية الفعلية للفلكلور وما تنطوي عليه من إشكاليات.

ومن باب أولى أن يتم بيان مفهوم مصطلح "الحماية" من خلال هذا التمهيد، وذلك لأن تحديد أساليب الحماية، مضمونها ونطاقها يتوقف على المفهوم الذي يؤخذ بعين الإعتبار، إذ ترى الجهات المهتمة بحماية الفلكلور وتحديده لاسيما على الصعيد الدولي أنه من الضروري التمييز بين مفهومين، مفهوم "الحماية المادية" أي مسألة حفظ الفلكلور ومفهوم "الحماية القانونية" الممنوحة للفلكلور بغرض تنظيم استغلاله. فالحماية المادية لا تتعلق بالقانون ولكنها تخص الفلكلور كعلم وما يدور حوله من علوم أخرى مثل علم الإجتماع، وعلم الأثنولوجيا أو

الأجناس وكذلك علم المتاحف [1]. وبذلك، فهي تتعلق على وجه الخصوص بحفظ الفلكلور وصونه، ويقصد بكلمة الصون " التدابير الرامية إلى ضمان إستدامة التراث الثقافي غير الملموس بما في ذلك تحديد هذا التراث وتوثيقه وإجراء البحوث بشأنه والمحافظة عليه وحمايته وتعزيزه، وإبرازه، ونقله، ولاسيما عن طريق التعليم النظامي وغير النظامي وإحياء مختلف جوانب هذا التراث"[2]. ويشير كذلك هذا المصطلح إلى إعتماد تدابير تحفظية لحفظ بعض الممارسات الثقافية والأفكار التي تعد ذات قيمة[3].

بينما الحماية القانونية، فهي التي يحظى بها الفلكلور في ظل نظام الملكية الفكرية [4]، فحق المؤلف مثلا " وجد لحماية الإبداعات في شكل أعمال فنية وأدبية تتسم بطابع الأصالة في مواجهة بعض الإستخدامات التي قد يكون العمل الإبداعي محلا لها مثل التكييف، والأداء، والتسجيل السمعي البصري وغيرها من صور الإستغلال الأخرى التي تفيد في تبليغ الفلكلور إلى الجمهور كما يهدف إلى توفير الحماية ضد كل استخدام مسيء أو مهين وهو الإهتمام الأكثر شيوعا بشأن الأعمال الثقافية التقليدية " [5]، حيث تسعى مختلف المجتمعات الأصلية والمحلية وغيرها من الكيانات إلى حماية تعابيرها الفلكلورية في مواجهة كل استغلال أو استخدام مسيء يمس بقيمة وجوهر هذه التعابير التي تمثل عنوانا للهوية الثقافية والإجتماعية لأصحابها. وعلى عكس ذلك، فإن الحفظ والصون في سياق التراث الثقافي يقوم على أساس تحديد وتثبيت، وتعزيز التراث الثقافي الملموس وغير الملموس وذلك بغرض ضمان استدامته[6].

وبالتالي، يمكن استنتاج أن أهداف الحماية القانونية تختلف عن تلك التي تتوخاها الحماية المادية، فالحماية القانونية التي يوفرها نظام حق المؤلف تقوم على تحفيز الإبداع من جهة والسماح لصاحب الحق بمراقبة الإستغلال التجاري بشأن إبداعاته الفكرية من جهة أخرى. بينما الحماية المادية التي قد يوفرها التشريع المتعلق بحفظ التراث الثقافي، فإنها تضمن

[1] V. document FOLK/I/3, *op. cit.*, n° 3, p. 2.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, p. 48.

[3] Ibid.

[4] K. Nkiema, *op. cit*., p. 4.

[5] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., annexe, n° 16, p. 8.

[6] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., annexe, n° 17, p. 8 : « La préservation et la sauvegarde dans le contexte du patrimoine culturel visent généralement l'identification, la fixation, la transmission, la revitalisation et la promotion du patrimoine culturel (tangible ou intangible) afin de veiller à sa sauvegarde ou à sa viabilité ».

استمرارية هذا التراث عن طريق جمعه وتوثيقه وكذا تصنيفه وذلك بالقيام بعمليات الجرد والإحصاء.

ومن خلال هذا الباب سيتم تسليط الضوء على مضمون ونطاق الحماية القانونية للفلكلور من خلال التشريعات المتعلقة بحق المؤلف والحقوق المجاورة مع التطرق في بعض الأحيان إلى ما تتضمنه القوانين الخاصة والفريدة من نوعها من أحكام بإعتبار أن العديد من الدول لاسيما الدول الإفريقية بالإضافة إلى دول المغرب العربي تنص على حماية الفلكلور ضمن قوانين وتشريعات حق المؤلف أو من خلال أنظمة خاصة متضمنة في نظام الملكية الفكرية. ولذا سيتم تقسيم الدراسة إلى فرعين حيث يتم النظر في مضمون الحماية الداخلية للفلكلور أين يطرح الإشكال بشأن النظام القانوني الواجب تطبيقه بالنظر إلى نظام حق المؤلف والحقوق المجارة وكذلك التطرق إلى مسألة استغلال الفلكلور وما يتعلق بها من إشكاليات لاسيما من حيث تحديد ضوابط الإستغلال المشروع وبيان حالات التعدي وكذلك الحدود والإستثناءات. ولأن موضوع حماية الفلكلور ليس بمسألة داخلية فحسب، إنما هو موضوع له صدى إقليميا ودوليا، فإنه سيتم النظر بالموازاة في مضمون الحماية القانونية للفلكلور على الصعيدين الإقليمي والدولي خاصة، نظرا لتدخل المنظمات والمؤسسات الدولية المختصة والمهتمة في هذا المجال. وبالتالي، سيتم عرض بعض المبادرات الإقليمية والدولية التي تم الإشراف عليها في إطار حماية الفلكلور وكذلك النظر في جدية هذه المبادرات ومدى فعاليتها[1].

[1] ينبغي التطرق إلى أهم المبادرات الدولية بشأن حماية الفلكلور وعلى وجه الخصوص تلك التي تمت تحت إشراف كل من المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو.

الفصل الأول: االحماية القانونية للفلكلور على الصعيد الداخلي

إن مسألة حماية الفلكلور على الصعيد الداخلي تتطلب النظر في العديد من الجوانب المتعلقة بالنظام القانوني الممكن تطبيقه بشأن الإبداع الفلكلوري والذي يمكن أن يوفر للفلكلور قدرا من الحماية المباشرة أو غير المباشرة، وكذلك النظر في نطاق الحماية القانونية، إذ ينبغي في إطار هذا التحليل التطرق لجملة القواعد والأحكام التي تكرسها مختلف التشريعات الخاصة بحقوق المؤلف.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات لا تنص على حماية الفلكلور وإنما تعتبره جزء من الملك العام أين يتم استغلاله واستخدامه بكل حرية لكونه لا يستوفي شروط ومتطلبات نظام حق المؤلف [1]، لذا يطرح التساؤل حول ما إذا كان يجب معاملته كباقي المصنفات الواقعة في الملك العام نتيجة انقضاء مدة الحماية أم ينبغي أن يعامل الفلكلور في هذه الحالة بإمتياز؟ وهو التساؤل الذي سيتم الرد عليه عند التطرق إلى نظرية الملك العام وحدود تطبيقه فيما يخص الفلكلور. ودائما وفي إطار البحث عن مضمون الحماية القانونية الداخلية، فإنه تثور عدة إشكاليات بخصوص تحديد الحقوق وبيان المستفيد منها وكيفية إدارتها وكذلك البحث في ضوابط الإستغلال وآثاره.

[1] يعتبر الفلكلور ملكا عاما في بعض التشريعات العربية مثل التشريع اللبناني والأردني مثلا كما سيتم بيانه عند التطرق لنظرية الملك العام وتطبيقها بشأن التعابير الفلكلورية.

وبناء على ذلك سيتم تخصيص المبحث الأول من هذا الفصل للبحث عن إمكانية تطبيق النظم القانونية التي يحتوي عليها نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة والتي قد توفر للفلكلور مثلما سبق القول قدرا من الحماية المباشرة أو غير المباشرة، ثم يلي ذلك التطرق إلى نظرية الملك العام وآثارها، ليتم بعدها النظر في نطاق الحماية القانونية وذلك من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول: الحماية المباشرة أو غير المباشرة للفلكلور في ظل نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة

إن البحث عن النظام القانوني الممكن تطبيقه سيكون بالنظر إلى ما يحتوي عليه نظام الملكية الأدبية والفنية انطلاقا من القول بأن الفلكلور مصنف أدبي وفني. وبالنظر إلى الصراع القائم بين خصوصيات الفلكلور وبين خصوصيات نظام حق المؤلف، فإن رجال القانون حاولوا الإحاطة بالعراقيل التي يسلط عليها الضوء عند البحث في مسألة مواجهة حماية الفلكلور لمتطلبات نظام حق المؤلف وذلك بالرجوع إلى نظام المصنف المشتق وكذلك نظام المصنف مجهول الهوية والمصنف المتوفى صاحبه [1]. ومن الممكن حماية الفلكلور بموجب القواعد والأحكام الخاصة بفناني الأداء وبصفة عامة في إطار قواعد نظام الحقوق المجاورة وهو ما تجسده بعض التشريعات، بينما تعتبر تشريعات أخرى أن هذه الإبداعات التقليدية جزء من الملك العام أو ملك عام للدولة.

المطلب الأول: مكانة الفلكلور في ظل نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة

سيتم بيان مكانة الفلكلور في ظل نظام الملكية الأدبية والفنية دون التطرق من جديد إلى متطلبات نظام حق المؤلف التي سبق النظر فيها في إطار الحديث عن الصراع القائم بين الفلكلور وهذه المتطلبات. وسيتم من خلال هذا المطلب البحث في إمكانية أن يحظى الفلكلور

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 56 : « …Les juristes ont essayé de contourner ces obstacles en ayant recours au régime de l'œuvre dérivée, et à ceux de l'œuvre anonyme et l' œuvre posthume ».

بحماية مباشرة أو غير مباشرة وفقا لما تتبناه التشريعات التي قد تمنح للفلكلور قدرا من الحماية القانونية. وعليه، سيتم التطرق إلى حقيقة هذه الحماية في ظل حقوق المؤلف ثم في ظل الحقوق المجاورة لحق المؤلف.

الفرع الأول: مكانة الفلكلور في ظل نظام حق المؤلف

كان المشرع الجزائري في السابق ينص على حماية الفلكلور ويشير إلى المؤلفات الفلكلورية ضمن قائمة المصنفات المحمية دون إشارة منه إلى أن هذه المؤلفات تحظى بحماية خاصة وهذا ما يستفاد من نص المادة الثانية من الأمر رقم 73-14 المتعلق بحق المؤلف [1]، وما يلاحظ من خلال الأحكام الواردة ضمن الأمر رقم 2003-05 والمتعلقة بالفلكلور هو أن المشرع نص صراحة على أن الفلكلور يتمتع بحماية خاصة إلى جانب المصنفات الواقعة في الملك العام[2]. وتتجسد هذه الحماية الخاصة من خلال الأحكام التي جاءت في الفصل الثاني من الباب الخامس. وإن كان المشرع قد نص على حماية المؤلفات الفلكلورية في إطار الأمر رقم 73-14 الملغى ضمن ذات القائمة التي عدد فيها بقية المصنفات الأدبية والفنية، فإنه وفي ظل الأمر رقم 2003-05 خصص لها المادة الثامنة. وفي كل الأحوال، فإن المشرع الجزائري يحمي الفلكلور السابق الوجود بموجب قانون حق المؤلف ويستخدم عبارة "مصنفات" مما يعني أنه يعتبر الفلكلور بمثابة مصنف فني وأدبي يتسم بطابع الأصالة ويستحق الحماية القانونية، وبالتالي يمكن القول بأن المشرع يحمي مصنفات التراث الثقافي التقليدي الأصلية.

وإلى جانب المصنفات الأصلية التي تمثل إبداعا أصليا لمصنف أدبي أو فني فإن المشرع ينص كذلك على حماية المصنفات المشتقة وذلك دون المساس بحقوق صاحب الإنتاج الأصلي[3] ومن بين هذه الأخيرة توجد مصنفات التراث الثقافي التقليدي المشتقة، ويقصد بالمصنفات المشتقة "التغييرات المبتكرة التي قد تقع على المصنفات الأدبية أو الفنية"[4].

---

[1] المادة 2-11° من الأمر رقم 73-14 السابق الذكر: " إن المؤلفات التي تشملها حماية حق المؤلف هي ما يلي:...المؤلفات الفلكلورية وبصفة عامة المؤلفات التي هي جزء من التراث الثقافي التقليدي."

[2] أنظر المادة الثامنة من الأمر رقم 2003-05 السابق الذكر وكذلك المادة الثامنة من الأمر رقم 97-10 السابق الذكر.

[3] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 387، ص. 414.

[4] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 396، ص. 437. أنظر النشر الأول لسنة 2001، المرجع السابق الذكر، رقم 396، ص. 457.

وبشأن مصنفات التراث الثقافي التقليدي المشتقة من الأصل فإن المشرع الجزائري ينص على حماية مجموعات مصنفات التراث الثقافي التقليدي وذلك ضمن نص المادة الخامسة من الأمر رقم 2003-05[1]، ولا بد من الإشارة إلى أن إنتاج مجموعات مصنفات التراث الثقافي التقليدي يتطلب وجود مصنفات وتعابير سابقة، بحيث يكون العمل المنجز أصليا بشكل نسبي لأنه مشتق من التراث الفلكلوري السابق[2].

وليس المشرع الجزائري الوحيد الذي يوفر الحماية للأعمال والمصنفات المشتقة من الفلكلور، بحيث يوجد عدد معتبر من الدول والتشريعات المتعلقة بنظام حق المؤلف التي تنص على حماية مجموعات التعابير الفلكلورية. وعلى سبيل المثال، فإن المشرع المغربي يكفل حماية المصنفات المشتقة المتعلقة بتعابير الفلكلور مثل الإقتباسات والترجمات والتعديلات التي تمس تعبيرات الفلكلور إلى جانب مجموعات التعابير الفلكلورية [3]. وينص المشرع البحريني هو الآخر على حماية مجموعات تعابير الفلكلور وذلك دون المساس بالحماية المقررة للمصنفات الأصلية التي تشتق منها هذه المجموعات[4].

وتنص بعض الدول الإفريقية كذلك ضمن تشريعاتها المتعلقة بحق المؤلف على حماية مثل هذه المصنفات [5]، ذلك أنها تعتبر إبداعا فكريا أصيلا يستند إلى أعمال موجودة سابقا أو

---

[1] المادة 5 من الأمر رقم 2003- 05 السابق الذكر : "تعتبر أيضا مصنفات محمية الأعمال التالية:
-أعمال الترجمة والاقتباس، والتوزيعات الموسيقية، والمراجعات التحريرية، وباقي التحويرات الأصلية للمصنفات الأدبية أوالفنية،
- المجموعات والمختارات من المصنفات، مجموعات من مصنفات التراث الثقافي التقليدي وقواعد البيانات سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للإستغلال بواسطة آلة أو بأي شكل من الأشكال الأخرى، والتي تتأتى أصالتها من انتقاء موادها أو ترتيبها...".وأنظر المادة 5 من الأمر رقم 97- 10 السابق الذكر.

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 227.

[3] المادة 5 من القانون المغربي رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة السابق الذكر: " تدخل المصنفات التالية في حكم المصنفات المحمية وتتمتع بنفس الحماية: أ- الترجمات والإقتباسات والتعديلات الموسيقية وكذا تحويلات المصنفات والتعبيرات الفلكلورية.
ب-مجموعات المصنفات أو التعابير الفلكلورية، أو مجرد مجموعات أعمال أو بيانات".

[4] أنظر المادة 3 من القانون البحريني رقم 22 لسنة 2006 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة السابق الذكر.

[5] Art. 6. de la loi n° 005/PR/2003 *portant protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore* du Tchad, préc : « Les traductions, adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit et d'expressions du folklore jouissent de la protection instituée par la présente loi sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou recueils d'œuvres diverses qui, par le choix et la disposition des matières constituent des créations intellectuelles ».
- Art. 4. de la loi n° 08-024 *fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* en république du Mali, préc : « Sont protégés également en tant qu'œuvres :

أعمال واقعة في الملك العام وتشمل هذه التحويرات جميع الأشكال أين يمكن للمصنف أن يكون محل تكييف أو تحويل ويكون محميا طالما كان أصيلا بما فيه الكفاية[1]، حيث يكون هناك عمل ذهني مبتكر حتى وإن كانت هذه المصنفات المشتقة " تأخذ من الإنتاج الأصلي بعض العناصر الشكلية المميزة "[2]، ففي النهاية سينتج مصنف جديد تدمج فيه عناصر العمل السابق والعناصر الجديدة المضافة كنتيجة للتغيير [3]. وفي كل الأحوال، فإن حماية هذه الأعمال المشتقة يكون دون المساس بالمصنفات الأصلية التي تشتق منها.

وتتمثل المصنفات المشتقة المتعلقة بالفلكلور، والتي قد تحظى بالحماية القانونية، في أعمال الترجمة والإقتباس وكذلك التكييفات والتعديلات، بالإضافة إلى المجموعات والمختارات. فالتعبير الفلكلوري يمكن أن يكون محلا للتكييف بأن يتم مثلا نقل قصة شعبية إلى عمل مسرحي، وقد يكون التعبير الفلكلوري عرضة لبعض التغييرات والتعديلات ذات الطابع المبتكر مما يسمح بالقول أن العمل المنجز يستحق الحماية القانونية بموجب نظام حق المؤلف، أو يتم إنتاج مجموعات أو مختارات، بحيث يلعب مؤلف هذه المختارات دورا بارزا في نشر الفلكلور. وهذا خاصة في المجال الموسيقي، أين يتولى عملية إختيار الألحان الشعبية والقصص، والأمثال وغيرها من التعابير الفلكلورية ليقوم بعد ذلك بتسجيلها، أو تدوينها أو تصويرها. وما يميز عمل هذا الأخير هو أنه ينفذ إنتاجه الفكري في شكل مادي بعد أن كانت التعابير

---

a)les traductions, les adaptations, les arrangements et autres transformations d'œuvres et d'expressions du folklore ; et,

b) les recueils d'œuvres, d'expositions du folklore ou de simples faits ou données, telles que les encyclopédies, les anthologies et les bases de données, qu'elles soient reproduites sur support exploitable, par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix, la coordination ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.
La protection des œuvres mentionnées à l'alinéa 1 du présent article est sans préjudice de la protection des œuvres préexistantes utilisées pour la confection de ces œuvres ».
- Art. 4 de la loi de Djibouti n° 54/Am /06 *relative à la protection du droit d'auteur et droits voisins*, préc.

[1] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit*., p. 35 : « Les adaptations sont des œuvres basées sur une ou plusieurs œuvres préexistantes ou sur des contenus tombés dans le domaine public. Elles englobent toutes les formes sous lesquelles une œuvre peut être reprise, transformée ou adaptée. Ces adaptations sont parfois appelées "œuvres dérivées", car elles "dérivent" d'œuvres préexistantes ou non protégées. L'œuvre dérivée peut elle aussi être protégeable par le droit d'auteur si elle est suffisamment originale ».

[2] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 396، ص. 438.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit*., p. 3.

الأصلية تتناقل عن طريق التقليد الشفهي وحسب [1]. وتحظى هذه المجموعات بالحماية شريطة أن تكتسب أصالتها من إنتقاء موادها أو ترتيبها[2]. وعليه، تكون مجموعات مصنفات التراث الثقافي التقليدي محمية بمجرد أن يقوم مؤلفها بإختيار موادها أو ترتيبها، إذ لم يشترط المشرع الجزائري الجمع بين هذين العنصرين، فيكفي أن يقوم بالإختيار ليكون عمله مبتدعا. وقد تم الأخذ بهذا الموقف من جانب التشريعات المقارنة المذكورة آنفا والتي نصت على حماية الفلكلور من خلال الأحكام المتعلقة بالمصنفات المشتقة، ويرى بعض الفقه أن الإختيار وحده ليس كافيا للقول بتوافر عنصر الإبتكار، إذ ينبغي الأخذ بجميع العناصر، حيث يتم الإختيار أولا ثم الترتيب والتنسيق مما يسمح بظهور" الطابع الذهني المبتدع للعمل "[3].

ومن الفقه من يتساءل بشأن ما إذا كان مجرد أخذ موسيقى فلكلورية عن طريق الوسائل الحديثة يعتبر تعديلا وبالتالي عملا مشتقا تتوجب حمايته[4]، حيث أن التعديل الموسيقي تقنية شائعة الإستخدام من قبل الفنانين الذين يستلهمون من التراث الفلكلوري. ويرى القضاء الفرنسي في هذا الشأن أن مجرد إعادة الإنتاج المبتذل للحن فلكلوري لا يكون بأي حال من الأحوال عملا مشتقا محميا في ظل نظام حق المؤلف. فليس من الضروري أن يكون العمل جديدا في مجمله لأجل أن يتمتع بالحماية، إذ يكفي أن يكون أصليا بشكل نسبي وما يمنحه هذا الطابع هو التأليف والتنسيق الموسيقي[5].

وبحكم أن العديد من التشريعات تنص على حماية الفلكلور في إطار النظام المتعلق بالمصنفات المشتقة، فإنه يتم التساؤل إن كان هذا النظام بمثابة حل فعلي لإشكالية حماية الفلكلور.

---

[1] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 28, p. 14.

[2] أنظر المادة 5 من الأمر رقم 03-05 السابق الذكر وراجع المادة 5 من الأمر رقم 97-10.

[3] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 397-3، ص. 441.

[4] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 74 : « Dans le cas spécifique du folklore, l'arrangement musical est une technique fréquemment utilisée par les artistes, qui font du patrimoine folklorique une source d'inspiration. Leur activité soulève cependant quelques difficultés d'ordre pratique: le fait par exemple de reprendre de la musique folklorique par des instruments modernes est-il de l'arrangement ? ».

[5] Trib. Paris, 19 janvier 1972, cité par K. Nkiema, *op. cit.*, p. 74.

والحقيقة أن مسألة تطبيق نظام المصنف المشتق هي موضوع لوجهات نظر متباينة، فهناك من يرى[1] بأن من يقوم بتعديل موسيقى فلكلورية ليس مؤلفا لأن عمله لا يمس المصنف في جوهره وبالتالي هو غير كاف لمنحه حقا بصفته صاحب تعديل أو تكييف. وقد أبدى جانب فقهي آخر تحفظه فيما يخص مدى ملائمة نظام المصنف المشتق لحماية الأعمال الناتجة عن تحوير التعابير الفلكلورية. ويرى هؤلاء، وأمام غياب مؤلف معروف للمصنف الأصلي، أنه يبقى التساؤل مطروحا بشأن نسبة حقوق المؤلف وبالتالي لا يوجد تماثل بين تحويرات الفلكلور وبين الأعمال المشتقة الكلاسيكية[2]. فجميع التشريعات التي تنص على حماية الأعمال المشتقة تؤكد على ضرورة عدم المساس بحقوق مؤلف المصنف الأصلي [3]. ومن ثم، فإن حماية الأعمال المشتقة من الفلكلور تستوجب مراعاة حقوق مؤلف التعبير الفلكلوري الأصلي، وهنا يعيد الإشكال المتعلق بتحديد مؤلف الفلكلور طرح نفسه من جديد وهو ما جعل بعض الفقه يقول بعدم وجود تماثل بين التغييرات والتعديلات التي تطرأ على الفلكلور وبين المصنفات المشتقة الأخرى التي يعرف مؤلفوها.

ولكن ليس هناك ما يمنع من العمل بنظام المصنف المشتق الذي قد يوفر للفلكلور قدرا معتبرا من الحماية القانونية، وإن كان ذلك بصورة غير مباشرة إذ أن الحماية تخص التحويلات والتكييفات ولا تشمل الفلكلور في حد ذاته مما لا يسمح بتفادي الإنتهاكات المتعددة التي تمس بأصالة الفلكلور وتجد هذه النتيجة صدى لها في ظل التشريعات التي لا تنص على حماية الفلكلور وتكتفي بالنص على حماية الأعمال المشتقة من هذا الإبداع التقليدي.

---

[1] A. Gobin, Folklore musical et droit d'auteur, th, Paris II, 1975, pp. 90 et s, cité par K. Nkiema, op. cit., p. 77.

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, pp. 77-78.

[3] أنظر المادة 5 من الأمر رقم 03-05 السابق الذكر والمادة 5 من الأمر رقم 97-10 المذكور سابقا.
-أنظر المادة 5 من القانون المغربي رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة السابق الذكر، والمادة 3 من القانون البحريني رقم 22 لسنة 2006 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة السابق الذكر.
- Art. 4. de la loi de la loi n° 08-024 *fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* en république du Mali, préc. Et art. 4 de la loi de Djibouti n° 54/Am /06 *relative à la protection du droit d'auteur et droits voisins*, préc.

وبالنظر إلى أن بعض الفقه [1] يؤكد على قصور نظام المصنف المشتق وعدم ملائمته، على اعتبار أنه يوفر للفلكلور حماية غير مباشرة بالإضافة إلى أنه قد يؤدي إلى القول بأن التراث الفلكلوري يؤول إلى الملك العام، فإنه يمكن طرح الإشكال بشأن إمكانية تطبيق نظام قانوني آخر يوفر حماية مباشرة، وكافية لمثل هذه الإبداعات، حيث يرى تيار فقهي [2] أنه بالإمكان تطبيق نظام المصنف المجهول انطلاقا من حقيقة أن مؤلف الفلكلور مجهول ولا يمكن تحديده بصورة دقيقة ومؤكدة وهو النظام الذي تعرفه وتأخذ به العديد من التشريعات الوطنية، وقد لجأ إلى هذا الحل أنصار النظرية القائلة بأن الفلكلور إنتاج فردي[3].

فإعلان المؤلف عن أبوته عن طريق إظهار اسمه هو مجرد اختيار، إذ يحق للمؤلف وبموجب أحكام نظام حق المؤلف أن يترك مصنفه مجهولا أو أن يكشف عنه تحت اسم مستعار[4]. وعليه، فإن المصنف مجهول الهوية هو الذي يبلغ إلى الجمهور دون الكشف عن اسم المؤلف، وإن نشر المصنف وتبليغه إلى الجمهور دون ذكر اسم صاحبه لا يعني أن هذا الأخير قد تخلى عن حقوقه، إذ يخضع مثل هذا المصنف لنظام خاص مهيأ بموجب نظام حق المؤلف.

وفي حقيقة الأمر تختلف مصنفات وإبداعات الفلكلور عن المصنفات مجهولة الهوية، فالأولى تتميز بكون مؤلفيها غير معروفين بينما المصنفات مجهولة الهوية هي التي يختار أصحابها السكوت عن ذكر وإظهار أسمائهم، حيث تبقى خفية عن الجمهور ولكن يمكن مع ذلك تحديدهم والتعرف على هويتهم[5]. ومن ثم فإن الإختلاف بين المفهومين واضح، بحيث أن هوية مؤلف الفلكلور مجهولة ومن الصعب تحديدها بدقة وبشكل يدفع الشكوك حول أحقية شخص ما أو مجتمع ما في مثل هذه الإبداعات التقليدية، وقد تم بيان الأسباب القائمة وراء هذه الصعوبة في تحديد المؤلف أو المبدع الحقيقي فيما سبق. ويكفي القول أن تواتر الفلكلور

---

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 80: « Le régime de l'oeuvre dérivée se révèle inapproprié pour assurer une protection directe du folklore; il aboutit en effet à la conclusion que ce patrimoine appartient au domaine public ».

[2] A. Lucas Schloetter, *op.cit*., n° 17, p. 9.

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 8.

[4] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 403، ص. 446. أنظر النشر الأول لسنة 2001، المرجع السابق، رقم 469، ص. 468.

[5] A. Lucas Schloetter, *op.cit*., n° 17, p. 9.

وتناقله عبر عدة أجيال وامتداده من حيث النشأة إلى زمن سحيق هو ما يؤدي إلى صعوبة التعرف على مبدعيه ومؤلفيه.

بينما الدوافع التي قد تكمن وراء رغبة المؤلف في عدم الكشف عن اسمه قد تتعدد، إذ يمكن أن تتعلق بشخصية المؤلف أو بعوامل أخرى تتصل بالمجتمع الذي ينتمي إليه هذا الأخير. فقد يعمد المؤلف إلى التستر على هويته لقلة خبرته ومعرفته التي قد يكون لها انعكاس على إنتاجه الفكري. وبالتالي يبقى متخفيا ويترقب من بعيد ردة فعل الجمهور عند تلقيه لعمله الإبداعي، ثم يأخذ قراره الحاسم فإما أن يكشف عن هويته وإما يميل إلى البقاء بعيدا عن الأنظار. وتعتبر الأزمات السياسية والدينية من العوامل الموضوعية التي يمكن أن تؤدي بالمؤلف إلى إخفاء اسمه، فقد تظهر بعض الإنتاجات الفكرية المناهضة لإيديولوجيات معينة مما يدفع بصاحب هذه الإبداعات إلى نشر مؤلفه دون ذكر اسمه أو تحت اسم مستعار بحكم أنه يعبر عن الظروف الإجتماعية أو السياسية[1].

وما يستخلص من توضيح الدوافع التي قد تقوم وراء عدم الكشف عن هوية بعض المصنفات أن هذه الدوافع هي نتيجة لعوامل شخصية أو موضوعية تكون حاضرة في ذهن المؤلف عند اتخاذه لقرار التخفي وهي تختلف تماما عن الأسباب التي تحول دون التمكن من تحديد هوية مبدعي الفلكلور. وبالتالي، فإن تطبيق نظام المصنف مجهول الهوية بشأن الفلكلور تحفه بعض الصعوبات.

ولأن إخضاع حماية الفلكلور لنظام المصنف مجهول الهوية هو حل فقهي، فهو عرضة للإنتقاد وإن كان بالإمكان توفير قدر من الحماية المباشرة بموجب هذا الحل المتأصل ضمن نظام حق المؤلف، يستند بعض الفقه [2] إلى ما تنص عليه المادة 15 من اتفاقية برن للوقوف على قصور هذا الحل وعدم ملائمته، حيث أن هذه المادة تعين في فقرتها الثالثة الناشر كممثل لمؤلف المصنف مجهول الهوية[3]. ولأن الفلكلور يعتبر في الغالب إبداعا تجهل

---

[1] س. محمود دلالعة، الحقائق الموضوعية حول المصنف الأدبي مجهول الهوية بين سلبية الإمتناع وإيجابية الكشف عن هوية المؤلف في قانون حق المؤلف الأردني، دراسة مقارنة، المنارة، المجلد 13، العدد 9، 2007، ص. 248.

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 83.

[3] Art. 15-3° de la Convention de Berne *pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* : « … Pour les œuvres anonymes et pour les œuvres pseudonymes autres que celles dont il est fait mention à l'alinéa 1 ci–dessus, l'éditeur dont le nom est indiqué sur

هوية صاحبه، فإن الأخذ بنظام المصنف مجهول الهوية يمنح للناشر سلطة تقديرية بشأن العمل الفلكلوري وهو ما يتعارض مع المبدأ الأساسي لمفهوم حق المؤلف الذي يقضي بأن ملكية حقوق المؤلف تنتج عن فعل الإبداع بينما الناشر ليس مبدعا للفلكلور [1]. وقد يبدو أن هذا النظام غير مناسب لحماية الفلكلور، إذ لا يتلاءم مع خصوصية هذا الإبداع التقليدي لاسيما فيما يتعلق بكونه إبداعا تناقلته عدة أجيال فيما بينها، ما يثير إشكالية تحديد المؤلف الفردي أو أول مؤلف للإبداع الفلكلوري.

وفي الختام يمكن القول بأن حماية الفلكلور في ظل نظام حق المؤلف يمكن أن تتحقق من خلال حماية الأعمال المشتقة والمتعلقة بالفلكلور من تكييفات وتعديلات ومختارات وغيرها من الصور التي تتحقق فيها المصنفات المشتقة من الأصل. ومن ثم يمكن للفلكلور أن يحظى بالحماية غير المباشرة، بينما يصعب الأخذ بنظام المصنف مجهول الهوية للأسباب السابق بيانها وإن كانت صعوبة تطبيق كل من نظام المصنف المشتق ونظام المصنف مجهول الهوية تتمحور أساسا حول إشكالية تحديد المؤلف الفعلي والحقيقي للفلكلور. وبعد النظر في مكانة الفلكلور في ظل نظام حق المؤلف يتوجب البحث عن إمكانية حماية الفلكلور بموجب نظام الحقوق المجاورة ومدى فعاليتها.

الفرع الثاني: مكانة الفلكلور في ظل نظام الحقوق المجاورة

بالإضافة إلى حقوق المؤلف توجد حقوق مرتبطة بحق المؤلف تسمى الحقوق المجاورة والتي تهدف إلى منح الحماية القانونية للأشخاص الذين يساهمون في إبلاغ الأعمال والمصنفات الأدبية والفنية إلى الجمهور، وإن هذه الحقوق الرئيسية المجاورة لحق المؤلف هي ثلاثة: حقوق فناني الأداء، وحقوق منتجي التسجيلات السمعية أو السمعية البصرية، وحقوق هيئات البث السمعي أو السمعي البصري[2].

---

l'œuvre est, sans autre preuve, réputé représenter l'auteur; en cette qualité, il est fondé à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui–ci. La disposition du présent alinéa cesse d'être applicable quand l'auteur a révélé son identité et justifié de sa qualité ».

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 83 : « Dans le cas du folklore, le publicateur se comportera en réalité comme le véritable créateur, le folklore étant généralement considéré comme n'ayant pas d'auteur connu… le résultat auquel on aboutit est en contradiction avec le principe fondamental de la conception du droit d'auteur selon laquelle la titularité des droits d'auteur découle de l'acte de création ».

[2] عن هذه المفاهيم، راجع ف. زراوي صالح، المرجع السابق.

فقد لا تحظى تعابير الفلكلور السابقة الوجود بالحماية الكافية بموجب نظام حق المؤلف. وعلى خلاف ذلك، فإنه يمكن حماية مؤدي الفلكلور بناء على نظام الحقوق المجاورة[1]، إذ ظهرت بشأن مسألة تنظيم الحماية القانونية الملائمة للمصنفات الفلكلورية عدة إتجاهات فقهية، ومن بينها الإتجاه الذي يرى أن " المصنفات الفلكلورية يمكن حمايتها ضمن القواعد الخاصة بحماية فناني أداء المصنفات الأدبية والفنية... وهكذا يكون أداء أشكال التعبير الفلكلوري... كأداء المصنفات الأدبية أو الفنية" [2]. وبالنظر إلى العديد من التشريعات المتعلقة بحق المؤلف والحقوق المجاورة سواء العربية منها أو الإفريقية، فإنها تأخذ بمثل هذا الحل[3].

وبقراءة أحكام الأمر رقم 2003-05 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة يظهر وبوضوح أن المشرع الجزائري هو الآخر لم يغفل عن النص على حماية حقوق فنان الأداء الذي يقوم بأداء أو عزف مصنف من مصنفات التراث الثقافي التقليدي، أين يستفيد هذا الأخير من حقوق تسمى " الحقوق المجاورة " [4]. ويتمتع فنانوا الأداء بحقوق حصرية على إنتاجاتهم الإبداعية وذلك بحسب أحكام المواد من 107 إلى 123 من الأمر رقم 2003-05 والتي سيأتي بيانها عند التطرق لمسألة نطاق الحماية بموجب نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة. ويعرف المشرع الفنان المؤدي أو العازف ضمن نص المادة 108 من هذا الأمر[5]، فيعد فنانا مؤديا من

---

[1] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n° 26, p. 13: « Si le folklore en tant que tel ne peut que difficilement jouir de la protection du droit d'auteur, celle-ci étant le plus souvent réservée aux seules expressions contemporaines et autres œuvres inspirées du folklore, une protection des interprétes du folklore sur le fondement des droits voisins apparaît en revanche envisageable ».

[2] ن. كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة، الأردن، 2009.

[3] أنظر المادة 1 من القانون المغربي رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة السابق الذكر، وفي ذات السياق المادة 1 من القانون البحريني رقم 22 لسنة 2006 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة السابق الذكر.
-Art. 92 de la loi n° 2008-09 sur *le droit d'auteur et les droits voisins au Sénégal*, préc.
-Art. 93-1° de la loi n° 005/PR/2003 *portant protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore* du Tchad, préc.
-Art. 61-1° de la loi de Djibouti n° 54/Am /*06 relative à la protection du droit d'auteur et droits voisins*, préc.

[4] المادة 107 من الأمر رقم 2003-05 السابق الذكر : " كل فنان يؤدي أو يعزف مصنفا من المصنفات الفكرية أو مصنفا من التراث الثقافي التقليدي، وكل منتج ينتج تسجيلات سمعية أو تسجيلات سمعية بصرية تتعلق بهذه المصنفات، وكل هيئة للبث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري تنتج برامج إبلاغ هذه المصنفات إلى الجمهور، يستفيد عن أداءاته حقوقا مجاورة لحقوق المؤلف تسمى " الحقوق المجاورة ". وأنظر المادة 108 من الأمر رقم 97-10 السابق الذكر.

[5] المادة 108 من الأمر رقم 2003-05 السابق الذكر : " يعتبر بمفهوم المادة 107 أعلاه، فنانا مؤديا لأعمال فنية أو عازفا ، الممثل، والمغني، والموسيقي، والراقص، وأي شخص آخر يمارس التمثيل أو الغناء أو الإنشاد أو العزف أو التلاوة أو يقوم بأي شكل من الأشكال بأدوار مصنفات فكرية أو مصنفات من التراث الثقافي التقليدي". أنظر في نفس السياق المادة 109 من الأمر رقم 97-10 السابق الذكر.

يقوم بالتمثيل، والغناء، والعزف، والرقص مثلا، فيمكن أن يقوم بعض الأشخاص بأداء أغنية شعبية من التراث الفلكلوري أو عزف موسيقى شعبية أو أداء رقصات فلكلورية وبالتالي يحظى هؤلاء بحقوق حصرية على هذه الأداءات.

ويطرح التساؤل بشأن ما إذا كانت حماية الأداءات المتعلقة بالتعابير الفلكلورية تمتد لتشمل الفلكلور بحد ذاته، حيث اقترح أن حمايتها يمكن وبشكل غير مباشر أن تمتد لتشمل الفلكلور ذاته، وإن هذا الطموح واحد من الرغبات والتطلعات الطبيعية للمجتمعات المعنية بحماية التعابير الفلكلورية، أين يكون الفنان المؤدي منتميا إلى ذات المجتمع الثقافي الذي ينتمي إليه صاحب الفلكلور. وفي خلاف ذلك، أي حينما يكون المؤدي شخصا لا ينتمي إلى نفس المجتمع، فإن التعبير الذي يكون محلا للأداء يحظى بالحماية ولو بشكل غير مباشر لكن الفوائد الناتجة عن الأداء لا تكون من نصيب المجتمع المعني بالتعبير الفلكلوري الأصلي[1].

وعلى الرغم من أن حماية تعبيرات الفلكلور بناء على الحقوق المجاورة لفناني الأداء ممكنة، فإنها تعرف حدودا لا تسمح بالتعميم، فهي لا تتعلق إلا ببعض التعابير دون غيرها، أي أنها تخص تلك التعابير التي يمكن تلاوتها مثلا أو غناؤها أو أداؤها بأي شكل آخر يسمح بإبلاغها إلى الجمهور بمعنى أن الحماية وبشكل رئيسي تكون مقصورة على الأغاني، والقصص، والرقصات التقليدية... أما بالنسبة للتعابير الأخرى وعلى وجه الخصوص التعابير الملموسة والمثبتة على دعامة مادية مثل أعمال النسيج والنحت والنقش وما إلى ذلك من الإنتاجات المادية، فإن الحقوق المجاورة لفنان الأداء ليس لها أي دور بشأنها[2].

وإلى جانب حماية الأداءات المتعلقة بالفلكلور، فإن التشريعات المعنية تنص على حماية حقوق منتجي التسجيلات السمعية والسمعية البصرية وكذلك حماية حقوق هيئات البث السمعي أو السمعي البصري. هذا ما يستخلص مثلا من نص المادة 107 من الأمر رقم

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/4/3, *op. cit.*, n° 112, p. 38 : « Il s'agit probablement là d'une aspiration normale, à condition que l'artiste interprète ou exécutant appartienne à la même communauté culturelle que le "titulaire" des expressions du folklore. Dans le cas contraire, l'expression concernée peut quand même être protégée indirectement, mais les avantages en découlant ne reviennent pas à la communauté concernée ».

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 27, p. 14.

05-2003[1]، حيث لم ينص المشرع على حماية حقوق مؤدي التعابير الفلكلورية فحسب، وإنما يحمي كذلك حقوقا مجاورة أخرى تحظى بها الجهات المذكورة أعلاه.

يقصد بالتسجيلات السمعية المسماة "الفنوغرام" [2] وحسب نص المادة 113 من هذا الأمر أن يتولى شخص طبيعي أو معنوي عملية " التثبيت الأولي للأصوات المنبعثة من تنفيذ أداء مصنف أدبي أو فني أو مصنف من التراث الثقافي التقليدي ". وبالتالي، فإن الفلكلور قد يكون محلا للتثبيت في شكل تسجيل سمعي يمكّن صاحبه من التمتع بجملة من الحقوق المخولة له قانونا، كما يمكن أن يكون محلا للتسجيل السمعي البصري المسمى "الفيديوغرام" [3]، أين تكون هناك صورة وأصوات وقد عرفت المادة 115 من الأمر المذكور أعلاه التسجيل السمعي البصري بكونه "التثبيت الأولي لصورة مركبة مصحوبة بأصوات أو غير مصحوبة بها تعطي رؤيتها انطباعا بالحياة أو الحركة ". ويتولى هذا التسجيل حسب نفس المادة سواء شخص طبيعي أو معنوي. وعلى العموم، فإن التثبيت يعني تجسيد الأصوات أو الصور أو الأصوات والصور معا في شكل يسمح بإدراكها واستنساخها. وبشأن هذه التسجيلات، فإن صاحب المجموعات التي تعتبر مصنفات مشتقة يمكن أن يعتبر بمثابة منتج لفنوغرام أو فيديوغرام حسب الحالة عندما يقوم بتسجيل ولأول مرة مجموعة من الأغاني أو الرقصات أو الطقوس أو الإحتفالات التقليدية، وبالتالي يتمتع بالحماية اللازمة بشأن عمله المبتكر، فالحقوق المجاورة للمنتجين يمكن أن تطبق بخصوص عمليات تثبيت الفلكلور التي يتولاها جامعوا التعابير الفلكلورية[4].

وعن مدى فعالية الحقوق المجاورة في حماية الفلكلور ولاسيما ما يتعلق بحماية حقوق فناني الأداء، فإن هذه الحماية وإن كانت مقبولة بدون صعوبات، فإنها تعرف حدودا، إذ لا يمكن أن تكون بعض التعابير نظرا لطبيعتها المادية محلا للأداء. وهناك من يرى بأن الحماية بموجب نظام الحقوق المجاورة وإن كانت ذات فائدة في تلافي صعوبات تطبيق نظام حق المؤلف على الإبداعات الفلكلورية، إلا أنها تبقى غير كافية بالنظر إلى أن الأعمال التقليدية غير المثبتة والمتناقلة في شكل شفهي لا تكون محلا للأداءات ولا تدخل في نطاق الحماية

[1] أنظر كذلك نص المادة 108 من الأمر رقم 97-10 السابق الذكر.

[2] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 461، ص. 508.

[3] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 461، ص. 508.

[4] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 30, p. 15.

بموجب الحقوق المجاورة[1]. لكن الحقيقة عكس ذلك، بحيث يمكن أن تكون الإنتاجات الفلكلورية الشفهية محلا للأداء، فالقصص والأمثال والأساطير والأغاني الشعبية وغيرها من التعابير الفلكلورية الأخرى يمكن أداؤها وهو ما يسمح بالحصول على الحقوق المتعلقة بأداء المصنفات الفلكلورية.

ومثلما سبق القول، فإن الفلكلور قد يعتبر ملكا عاما ولا يكون بالتالي محلا للحماية التي تحظى بها باقي المصنفات الأدبية والفنية ومن هذا المنطلق ينبغي التطرق إلى نظرية الملك العام وحدود تطبيقه بشأن الفلكلور وهذا من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الفلكلور ونظرية الملك العام

إن كانت العديد من التشريعات لاسيما في الدول النامية تنص على حماية الفلكلور بإعتباره مصنفا أدبيا أو فنيا أصيلا، فإنه تقابلها تشريعات مقارنة أخرى تعتبر الفلكلور ملكا عاما وكذلك هو الأمر بالنسبة لبعض الفقه الذي يرى بأن البعض من تعابير الفلكلور تمثل نوعا من مصنفات الملك العام بما أنها لا يمكن أن تحظى في معنى حق المؤلف بوصف "المصنف"[2]. وبناء عليه لابد من البحث في الأسباب القائمة وراء الأخذ بهذا المفهوم وكذلك النظر في حقيقة إنتماء الفلكلور إلى الملك العام من عدمه.

الفرع الأول: موقف بعض الدول من نظرية الملك العام والأسباب القائمة وراء تبني هذا المفهوم

إن المصنفات الفلكلورية لا تلقى في الدول الصناعية على وجه الخصوص نفس الإهتمام الذي تحظى به في باقي الدول، أين يكون الفلكلور جزء من تراث الأمة وعنوانا للهوية الثقافية والإجتماعية، وبالتالي محلا للحماية القانونية. فالدول الصناعية تعتبر هذا التراث جزء من الملك العام ولا تنص على حمايته ضمن قوانينها المتعلقة بحق المؤلف[3].

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/4/3,*op. cit.*, p. 20.

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 100.

[3] ن. كنعان، المرجع السابق، ص. 237. :" ...معظم قوانين حق المؤلف في الدول النامية تضمنت نصوصا خاصة بتنظيم حماية المصنفات الفلكلورية باعتبارها جزء من التراث الثقافي للأمة. في حين لم تلق هذه المصنفات نفس الاهتمام لدى واضعي قوانين حق المؤلف في الدول الصناعية المتقدمة، إذ لم تنص معظم قوانينها على حماية مصنفات الفلكلور ضمن قوانين حق المؤلف، لأنها تعتبرها من المصنفات التي تدخل في الملك العام".

إن الفلكلور وبعيدا عن الحالات التي يخضع فيها للقانون العرفي الذي يوفر أشكالا أخرى من الحقوق وصورا أخرى للملكية هو في صراع مستمر لأجل النفاذ إلى حقوق الملكية الفكرية التي يجسدها التصور الغربي والملازمة لصفة المؤلف. فالبعض يرى أن الفلكلور ليس بمادة جديدة وأصلية، وإنما خلافا لذلك فإنه مجرد مادة قديمة وأكثر من ذلك فهو يستند إلى مجموعة من المعارف المتصلة بالتقاليد وعليه من غير المرجح حمايته مما يجعله في العادة جزء من الملك العام يسهل إستغلاله وتملكه [1]، وإن هذا النهج يفسر موقف الدول الصناعية بخصوص حماية الفلكلور إذ لا ترى هذه الأخيرة أن هناك ضرورة في تأسيس الحماية القانونية لمختلف المصالح الوطنية أو غيرها من مصالح المجتمعات والمتصلة بإستخدام الفلكلور[2].

وحسب إحدى الدول [3] فإن أشكال التعبير الثقافي التقليدي لا تحتاج لأن تكون محمية قانونا ولأن الفلكلور يقع في الملك العام حسبها، فسيكون من غير المناسب منع استخدامه، إذ يجب أن تكون عناصر المعارف التقليدية وعناصر الثقافة جزء لا يتجزأ من الحياة اليومية [4].

وحسب دول المجموعة الأوروبية، فإنه لا ينبغي الرجوع إلى نظام الملكية الفكرية إلا عندما تكون هذه الحماية مسألة ضرورية وحتمية لا يمكن تفاديها وتؤكد هذه الدول الصناعية على أن الحماية الشاملة للفلكلور تحول دون تطوره بحكم أنه يفقد حيويته وديناميكيته التي يتصف بها [5]. فالإفراط في الحماية قد يسفر عن تقليص نطاق الملك العام، وبالتالي التقليل من عدد الأعمال الممكن إستلهامها ويلي ذلك تعرض الفنانين الأصليين الذين يرغبون في تطوير تقاليدهم الفنية إلى خطر تعطيل هذه الرغبات بالنظر إلى مثل هذه الحماية[6].

---

[1] S. Dusollier, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, 2010, p. 13.

[2] V. les dispositions types, OMPI/UNESCO, I, observations liminaires, n°3, p. 32.

[3] La réponse de la Fédération de Russie au questionnaire relatif à l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du, document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit*., p. 24.

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit*., p. 24.

[5] V. document WIPO/GRTKF/IC/3/11, *op. cit*., annexe, pp. 1-2 : « La protection totale des expressions du folklore reviendrait, pour ainsi dire, à couler le folklore dans du béton, l'empêchant donc d'évoluer jusqu'à compromettre son existence même puisqu'il perdrait le dynamisme qui le caractérise ».

[6] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., annexe, n° 28, p. 11.

ودائما وفي نفس السياق ترى حكومات الدول الصناعية أن استغلال تعابير الفلكلور في المجال التجاري حتى ولو تم من قبل أشخاص خارج المنطقة التي ينشئ فيها لا يبدو أنه يشكل أثارا سلبية. فهو بدلا من ذلك يشجع التبادل الثقافي ويسهم في التأكيد على الهويات الإقليمية للدول المعنية، ويترتب عن هذا الاستغلال منح التعابير الفلكلورية الأصلية سمعة وقيمة اقتصادية [1]. وترى الدول الصناعية كذلك أنه حينما يؤول التراث الثقافي التقليدي إلى الملك العام فهذا يسمح بتحقيق عدة أهداف ترتبط في الحقيقة بحفظ وصون هذا التراث، فيكون بمثابة مصدر للإبداع والإبتكار، حيث أن حفظ التراث التقليدي وتناقله بين الأجيال وكذا تواتره من قبل الأجيال المستقبلية هو نتيجة للتكييف والتعديل المعاصر الذي يطرأ على هذا الإبداع[2]. فحينما يكون الفلكلور ملكا عاما، فإنه يحق لأي كان الإغتراف منه والإستلهام من تعابيره وكذا الاستناد إليها لأجل خلق إنتاجات معاصرة تسهم في إحيائه وتعزيزه. وهذا ما صرحت به المجموعة الأوروبية، فإعترفت "بحقيقة أن الفلكلور يرجع في غالبيته إلى الملك العام لا يعيق تطوره، عكس ذلك، فإن هذا يسمح للفنانين المعاصرين بإنشاء أعمال جديدة مستمدة ومستوحاة منه"[3].

وإلى جانب الدول الغربية التي تعتبر الفلكلور ملكا عاما، فهناك بعض التشريعات الخاصة بالدول العربية والتي تتبنى نفس الموقف، مثل التشريع اللبناني الذي لم ينص على حماية الفلكلور الذي يمثل جزء من الملك العام للدولة بإعتبارها صاحبة الحق في حمايته وهذا ما أشار إليه بعض الفقه [4]. وكذلك التشريع البحريني الذي يعتبر تعابير الفلكلور ملكا عاما للدولة، تستغل بشكل مناسب ولا يجوز التعرض لها بالتشويه[5]، والمشرع الأردني هو الآخر يأخذ

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/3/11, *op. cit*., annexe, p. 1.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., annexe, n° 27, p. 11 : « L'appartenance du patrimoine culturel au domaine public est aussi liée à son rôle en tant que source de créativité et d'innovation et il est avancé que c'est grâce au partage et aux adaptations et arrangements contemporains que le patrimoine culturel est préservé et transmis aux générations futures ».

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., annexe, n° 27, p. 11.

[4] م. خليل يوسف أبو بكر، حق المؤلف في القانون دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص. 151.

[5] المادة 69 من القانون البحريني رقم البحريني رقم 22 لسنة 2006 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق والحقوق المجاورة السابق الذكر. : " تكون تعابير الفلكلور التي تعكس التراث الشعبي التقليدي الذي نشأ أو تم تطويره والحفاظ عليه في المملكة ملكا عاما للدولة ولا يجوز استغلالها إلا بطريقة مناسبة وفي أوجه الاستعمالات الحسنة، وذلك بشرط ألا ينطوي الاستعمال على تشويه لتلك التعابير وأن يتم ذكر مصدرها. وللجهة الإدارية المختصة الحق في استصدار أمر قضائي بمنع أي استعمال لتلك التعابير بالمخالفة لهذه الأوامر".

يأخذ بذات النهج، فحسب هذه التشريعات فإنه يحق لأي شخص أن يقوم بإستخدام الفلكلور وذلك دون المساس بسلامة هذا التراث ودون الإضرار بالمصالح الإقتصادية[1].

ومن منطلق الإستغلال الحر للفلكلور، فإنه لابد من الوقوف على مفهوم الملك العام والتساؤل حول ما إذا كان الفلكلور فعلا جزء من الملك العام أم لا، حيث يرى الفقه أن وقوع مصنف ما في الملك العام بعد إنقضاء مدة الحماية لا يثير أي إشكال، فما يثير الإهتمام هو معرفة ما إذا كان نطاق الملك العام لا يتضمن سوى هذه المصنفات، حيث أن هذه الإشكالية تستحق الطرح والتحليل لأن العديد من التشريعات لم تعطها إجابة واضحة، ولأن العديد من المختصين في نظام حق المؤلف يرون أنه من الضروري طرح هذا الإشكال وتوضيحه [2]. وعليه، ينبغي أولا بيان المعنى الحقيقي للملك العام ثم التطرق إلى مسألة مكانة الفلكلور بالنظر إلى هذا المفهوم والبحث فيما إذا كان هذا الإبداع التقليدي بالفعل جزء من الملك العام.

الفرع الثاني: تحديد معنى الملك العام ومكانة الفلكلور في ظل هذا المفهوم

يقول بعض الفقه[3] بحقيقة أن ظهور الملك العام كان سابقا لظهور مفهوم حق المؤلف، حيث أن قيام الشاعر أو الفنان مثلا بإنتاج عمل ما لم يكن سوى ذريعة للشهرة والبحث عن المجد من قبل الفنانين أو الشعراء مثلا. ففي المراحل الأولى لم يفكر هؤلاء في إمكانية أن يكون العمل الذي يقومون بإبداعه مصدرا للربح المتكرر. ومع ذلك فقد كانت تمنح الإمتيازات بشأن إستغلال هذه الإبداعات التي تعتبر ملكا عاما، إذ كانت هذه الإمتيازات تمثل استثناء على الحق المشترك في الإستغلال وجني الأرباح، ولم يجد هذا النظام أي عائق في تطبيقه إلا عندما ظهرت رغبة البعض في جعل إمتيازاتهم دائمة، ومنه إخراج مؤلفاتهم من الملك العام الذي كانت واقعة فيه. وقد تطورت هذه الوقائع وتبلور بالتالي نظام حق المؤلف.

---

[1] م. خليل يوسف أبو بكر، المرجع السابق، ص. 182. :" العمل الفلكلوري هو من الأعمال الفنية، وقد استثنى المشرع اللبناني، والمشرع الأردني الفلكلور من الحماية بإعتباره ملكا عاما. يحق لأي شخص استخدامه، لكن دون المساس بهذا الفلكلور بأي اعتداء عليه من تشويه، أو تحوير، أو إضرار بالمصالح الإقتصادية ".

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 102: « Cette question mérite d'être posée puisque la plupart des législations ne lui fournissent pas une réponse claire et que des spécialistes du droit d'auteur ….estiment nécessaire de la poser ».

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 103.

هذا عن أصل مفهوم الملك العام أما عن تعريفه، فإنه وبوجه عام يمثل مجموعة العناصر الفكرية غير المحمية بموجب نظام حق المؤلف وتلك التي إنقضت بشأنها مدة الحماية القانونية وهو التعريف الكلاسيكي لهذا المفهوم [1]. وحسب مجموعة المصطلحات التي أعدتها اللجنة الحكومية الدولية المعنية بحماية الفلكلور والمشار إليها فيما سبق فإن المصنف يعتبر جزء من الملك العام إذا لم يكن هناك تقييد قانوني لإستخدامه من قبل الجمهور، بينما يمثل في مجال حق المؤلف والحقوق المجاورة " نطاق الأعمال والمواد المحمية بالحقوق المجاورة التي يمكن لأي شخص الإنتفاع بها أو استغلالها دون تصريح ودون الإلتزام بسداد أجر لأصحاب حق المؤلف والحقوق المجاورة المعنيين– وكقاعدة، يعزى ذلك إلى إنقضاء فترة الحماية بموجب تلك الحقوق أو غياب معاهدة دولية تكفل الحماية لتلك الأعمال والمواد في البلد المعين"[2].

بالنظر إلى التعاريف المذكورة أعلاه يمكن القول بأن ما يميز مفهوم الملك العام هو أن العمل أو المصنف الذي يكون واقعا في نطاقه يكون محلا للإستغلال والإستخدام بكل حرية وعن طريق أي شكل من أشكال التعبير المعروفة وذلك بدون أن يكون هناك إلتزام بدفع أية فوائد أو إحترام أية شكليات. وإلى جانب فكرة الحرية والمجانية في الإستخدام فإنه يكفل كذلك إمكانية الإستغلال من قبل أي شخص[3].

ولابد من التمييز بين مفهومين قد يقع بينها نوع من الإلتباس، إذ يجب ألا يفهم الملك العام بمعنى الإتاحة للجمهور. فعبارة الملك العام تضم العناصر التي لا تلبي شروط الملكية الخاصة أين يمكن إستخدام مضمونها من قبل الجميع وبكل حرية ومعناها يختلف عن عبارة "الإتاحة للجمهور". فعلى سبيل المثال هناك من الأعمال والمصنفات التي يتم تداولها على شبكة الأنترنت، فبالتالي تكون متاحة للجمهور دون أن تكون واقعة في الملك العام، ذلك أن إمكانية الوصول إليها بكل حرية لا يعني أنها غير محمية بموجب نظام حق المؤلف [4]. وإن

---

[1] S. Dusollier, *op. cit.*, p. 6 : « Le domaine public est généralement défini comme l'ensemble des éléments intellectuels qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur ou dont la durée ou la protection est devenue est arrivée à terme ».

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, annexe, p. 19.

[3] A. Amattes, *op. cit.*, n° 72, p. 32 : « Ainsi l'expression recouvre non seulement l'idée de liberté et de gratuité d'utilisation, mais aussi une possibilité pour chacun de l'exploiter ».

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit.*, annexe, n° 23, p. 10. Et M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, p. 36 : « Contrairement à une idée répandue, une œuvre ne fait pas partie du domaine public simplement parce qu'elle est accessible, sur l'internet, par exemple. L'internet permet d'"afficher" gratuitement et facilement des œuvres

التعرض لمفهوم الملك العام يسمح بالنظر في مسألة مكانة الفلكلور في ظل هذا المفهوم وكذلك التساؤل حول ما إذا كان هذا النظام يخدم مصالح المجتمعات المعنية بحماية الفلكلور.

يرى بعض الفقه أن الرجوع إلى أصل الملك العام مثلما تم بيانه من خلال النظر في مسألة ظهوره كفيل بمعالجة إشكالية نظام الفلكلور ووضعيته القانونية، إذ يجد الفلكلور نفسه ضمن الملك العام سواء لأنه كان موجودا فيه حتى قبل ظهور نظام حق المؤلف أو لأنه لا يمكن أن يكون محلا لأي تملك، أو لأنه سيكون جزء من الملك العام لإنقضاء مدة الحماية القانونية[1]. فقد تكون الفرضية الأولى نتيجة لأن الملك العام سبق نظام حق المؤلف من حيث الظهور وبالتالي فإن التعابير الفلكلورية كانت جزء من الملك العام قبل أن تظهر حاجة المجتمعات المعنية إلى المطالبة بحمايتها والإستفادة نتيجة لذلك من حقوق حصرية تسمح بمنع الغير من الوصول إليها وإستغلالها بكل حرية ودون دفع مقابل عن هذا الإستغلال. أما ثاني فرضية، فقد تكون نتيجة لكون أنه من الصعب تحديد المبدع الحقيقي والفعلي للفلكلور وذلك نظرا لتناقله بشكل مستمر مع تعرضه للتعديل والتغيير غير المنقطع. ولذا يوجد إحتمال للقول بأن الفلكلور لا يمكن أن يكون محلا للتملك. أما آخر فرضية، فهي تتأسس على حقيقة أن الفلكلور يمتد من حيث نشأته إلى زمن سحيق وعليه يفترض أن مدة الحماية القانونية قد إنتهت مما يجعله واقعا في الملك العام.

في الواقع يتوجب إحداث مقاربة بين الملك العام وبين مسألة حماية الفلكلور أو بالأحرى الوقوف على الآثار المترتبة عن الأخذ بهذا المفهوم لاسيما تلك التي تنعكس على تطلعات ورغبات المجتمعات الأصلية والمحلية. ولا يخفى أن النتيجة الأساسية التي تترتب على غياب حقوق المؤلف أو انقضاءها بشأن ما هو واقع في الملك العام من أعمال وإنتاجات هي غياب كل حق حصري يتعلق بإستخدام هذه الأخيرة. فلا يحق لأي شخص مراقبة أو منع

---

protégées…Cela a peut-être renforcé une conviction déjà établie, mais incorrecte selon laquelle, si une chose est en libre accès, elle doit faire partie du domaine public ».

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 104 : « La référence à l'origine du domaine public semble alors résoudre la question du statut du folklore: il serait dans le domaine public, soit parce qu'il y était avant-même la naissance du droit d'auteur, soit parce qu'il n'aurait fait l'objet d'aucune appropriation, soit enfin parce qu'en ayant fait l'objet, il serait retourné après la période légale de protection dans le domaine public ».

استنساخها أو إعادة إنتاجها أو أي استخدام آخر يتصل عادة بإمتيازات وصلاحيات حق المؤلف[1].

وبما أن مصطلح الملك العام يشير في الغالب إلى العناصر الفكرية التي لا يمكن المطالبة أو الإحتفاظ بحقوق حصرية اتجاهها، فهو يثير حفيظة العديد من المجتمعات التقليدية والتي تحتفظ بحقوق ومسؤوليات ومصالح جماعية غير معترف بها بالضرورة ضمن الأطر القانونية التي تنظم وتحدد ملكية الحقوق ومنها إطار الملكية الفكرية [2]. فالقلق الذي يثيره مفهوم الملك العام لدى المجتمعات التقليدية ناتج عن كون هذا الأخير لا يأخذ بعين الإعتبار مختلف القواعد الموضوعة بموجب القوانين العرفية ولا يولي أي اهتمام لدور ووظيفة التعابير الثقافية التقليدية داخل المجتمعات الأصلية[3]. كما تنبغي الإشارة إلى أن الدول النامية مترددة ومنذ مدة طويلة في قبول فكرة ومفهوم الملك العام الذي يحول دون التمكن من حماية فلكلورها وتعابيرها الإبداعية ذات الطابع التقليدي[4].

إن الملك العام عندما يكون غير منظم، ويقوم على الحرية التامة، فإنه من غير الممكن في هذه الحالة تلبية جميع تطلعات وإحتياجات المجتمعات الأصلية والمحلية، لاسيما وأن هذه الأخيرة تحرص بشدة على منع الإستخدامات غير الملائمة لأشكال التعبير الثقافي التقليدي[5]. فيرى البعض أن مصنف الملك العام لا يتمتع بالحماية بموجب حق المؤلف، ولكن وضعيته هذه تضمن له قدرا من الحماية، حيث أن إعادة الإنتاج المبتذلة لمصنف من الملك

[1] S. Dusollier, *op. cit* ., p. 7: « Le principal résultat de l'absence de droits d'auteur ou de leur expiration dans un élément du domaine public est l'absence de toute exclusivité liée à l'utilisation de cet élément. L'utilisation des oeuvres du domaine public est réputée être gratuite pour tous. en d'autres termes, personne ne peut contrôler ou empêcher leur reproduction, communication publique ou toute autre utilisation qui relèverait des prérogatives du droit d'auteur ».

[2] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit*., p. 37 .

[3] Ibid : « La notion de domaine public ne prend pas en considération les différentes règles établies par les lois coutumières ni la fonction que remplissent les expressions culturelles traditionnelles au sein des communautés autochtones et traditionnelles. Certaines communautés se sont déclarées préoccupées par la notion de domaine public relativement à leurs expressions culturelles traditionnelles ».

[4] S. Dusollier, *op. cit.* , p. 13.

[5] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., annexe, n° 45, p. 20 : « Un domaine public complètement libre et non réglementé ne répond pas à tous les besoins des communautés autochtones et locales, en particulier en ce qui concerne les utilisations inappropriées de leurs expressions culturelles traditionnelles ».

العام لا يمكن أن تحظى بالحماية. وعليه، فإن تطبيق هذا النظام يمكّن من تفادي الإختلاس والتملك غير المشروع للفلكلور، ولكن مادام أن إعادة الإنتاج تبقى ممكنة، ومجانية وتتم بكل حرية، فإن هذا الشكل من الملك العام المطبق بشأن الفلكلور لا يمثل الضمان الأمثل لأصالته ولا يكفي لحمايته[1].

وبالنظر إلى ما يثيره الملك العام الذي يقوم على حرية ومجانية الإستغلال، فقد ظهر مفهوم آخر هو "الملك العام بمقابل" le domaine public payant أو "الملك العام بعوض". وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الملك العام بمقابل غير وارد في إطار القانون الجزائري ولا حتى القانون الفرنسي[2]، وقد أخذت بعض الدول بهذا النظام الذي يقتضي دفع عوض مقابل استغلال المصنفات الموجودة في الملك العام لصندوق ثقافي وطني أو هيئة مشابهة. ويوفر هذا النهج مكافأة مقابل الإنتفاع بأشكال التعبير الثقافي التقليدي بقدر ما تعتبر ملكا عاما، ولكن لا يمنع الغير من الإنتفاع بهذه التعابير لذا تم وصفه بنظام "الإنتفاع الآن والدفع لاحقا" [3]. ومن الفقه من يرى بأن الملك العام بعوض يمكّن من تخطي العيوب التي يكتنفها تطبيق نظام الملك العام، حيث صمم المفهوم ليكون بمثابة تمديد لحق المؤلف على مصنفات الفلكلور ويقوم على الحفاظ على حرية استغلال هذا التراث شريطة دفع إتاوة محددة[4].

ويرى البعض أن الجدل القائم حول الحماية المناسبة للفلكلور وتحديد النظام القانوني المناسب ينتهي في آخر المطاف عند تحديد كيفية وضع الحد الفاصل بين الملك العام ونطاق الملكية الفكرية، فيتساءل هؤلاء إن كانت الحماية الموفرة بشأن الإبداع والأداءات المعاصرة المستوحاة من التقاليد كافية لوحدها؟ وهل تمنح مثل هذه الحماية أحسن الفرص للإبداع والتنمية الإقتصادية؟ وإن كانت المواقف تتعدد بهذا الصدد، فالبعض يؤكد على أن أيلولة الفلكلور إلى

---

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 149.

[2] F. Zéraoui Salah, *Les traductions, le régime de protection par le droit d'auteur, étude comparative droit algérien-droit français*, propr. Intell, n° 46, janvier 2013, p. 36 : « A notre connaissance, ni le droit algérien, ni le droit français, ne connaissent la notion de domaine public payant, qui permeterait la libre circulation des œuvres dont la protection est arrivée à échéance sous réserve du versement d'une redevance ».

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/13/4(B) REV, *op. cit.*, annexe, n° 92, p. 33.

[4] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 149.

الملك العام لا تعيق تطوره بل عكس ذلك، فهذا يشجع أعضاء المجتمع على الحفاظ على التراث السابق الوجود[1].

إن كانت مواقف الدول والتشريعات اتجاه النظام القانوني المطبق بشأن حماية الفلكلور تتباين تارة وتتماثل أحيانا، فإنه وبعيدا عن مسألة تحديد النظام الأكثر ملائمة وسواء تعلق الأمر وعلى وجه الخصوص بحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة، فإنه ينبغي التطرق إلى نطاق الحماية القانونية التي قد تحظى بها التعابير الفلكلورية وما تشتمل عليه هذه النقطة بالذات من عناصر جد مهمة، تسمح بالنظر في جملة من الجوانب الأساسية للحماية الفعلية المقررة للعناصر والتعابير الفلكلورية. وهذا هو موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: تحديد نطاق الحماية القانونية للفلكلور

بعد البحث في النظام القانوني الممكن تطبيقه بشأن الفلكلور بالنظر إلى ما يأخذ به المشرع الجزائري وكذا البعض من التشريعات المقارنة المتعلقة بحق المؤلف، يبقى ضروريا التطرق إلى جوانب أخرى بخصوص نطاق ومضمون الحماية الفعلية. إن هذه الجوانب المراد معالجتها تجسدها الأحكام القانونية المتعلقة بحماية الفلكلور، فيتوجب طرح جملة من الإشكاليات ذات الأهمية والتي تسهم في تحديد واقع الحماية القانونية في ظل نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة. فيتوجب تحديد الحقوق المستفاد منها، وكذا بيان المستفيد الحقيقي من هذه الحقوق طبقا لما تمليه النصوص القانونية وكذا الأحكام الخاصة والفريدة من نوعها والتي تم النظر فيها سابقا كحل للصراع الذي تفرضه خصوصيات الفلكلور والتي تجعل في بعض الأحيان نظام حق المؤلف غير كاف لضمان الحماية الفعالة.

وليس هناك من شك في أن مصنفات وتعابير الفلكلور بمختلف أشكالها هي عرضة لمختلف صور الإستغلال، حيث أن وسائل الإتصال الحديثة تسمح بدخول الفلكلور في عالم التجارة وكذلك تسمح بإستغلال هذا الإبداع في المجال السياحي، وفي هذا السياق، فإن التراث الفلكلوري يجد نفسه في مواجهة نفس الإنتهاكات التي تتعرض لها باقي الأعمال والمصنفات

[1] *La propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore*, OMPI, brochure n° 1, Pub n° 913, p. 13.

الفكرية[1] مما يستلزم بيان شكل هذا الإستغلال وكذا بيان موقف مختلف التشريعات من هذه المسألة بالذات.

المطلب الأول: تحديد المستفيد من الحقوق وبيان محتواها والحدود التي تقيدها

قبل النظر في أوجه الإستغلال التي قد يتعرض إليها الفلكلور كمصنف أدبي أو فني وكذا قبل التطرق إلى ضوابط هذا الإستغلال وما يترتب عن مخالفتها ينبغي أولا تحديد المستفيد من حقوق المؤلف والحقوق المجاورة بشأن التعابير الفلكلورية وكذا بيان هذه الحقوق، وهذا من خلال ما تنص عليه مختلف التشريعات سواء المتعلقة منها بحق المؤلف أو التي هي في شكل قوانين خاصة وفريدة.

الفرع الأول: تحديد المستفيد من الحقوق

لابد من التساؤل في إطار هذه المسألة بالذات حول المستفيد الفعلي من الحقوق المترتبة عن الحماية القانونية للفلكلور في مجال نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة، فمما لا شك فيه أن إعتبار الفلكلور مصنفا أدبيا أو فنيا لمؤلف مجهول أمر مفروغ منه ومتفق عليه مثلما سبق بيانه عند التعرض إلى مسألة الصراع القائم بين خصوصيات الفلكلور وبين نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة، ومادام أن الفلكلور محل حماية بموجب هذا النظام فهذا يعني وجود مستفيد من الحقوق المترتبة عن الحماية القانونية.

بالنظر إلى مختلف التشريعات الخاصة بنظام حق المؤلف يتضح بأنها تتفق في أغلبها على أن الفلكلور يمثل جزء من التراث الوطني للأمة أو الدولة. فقد كان المشرع الجزائري ينص على هذه الحقيقة، وذلك من خلال الأمر رقم 73-14[2] الملغى بموجب الأمر رقم 97-10، وإن المشرع التونسي يأخذ بهذه الحقيقة كذلك وهذا ما يتجلى من خلال نص المادة السابعة في فقرتها الأولى من القانون رقم 94-36 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية [3]،

---

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 160: « Les modes de communication modernes ont permis l'introduction du folklore dans le monde commercial et l'ont livré à l'exploitation touristique. dans ce contexte le patrimoine folklorique se trouve confronté aux même atteintes que toute œuvre de l'esprit ».

[2] أنظر الفقرة 1 من المادة 14 من الأمر رقم 73-14 السابق ذكره.

[3] الفقرة 1 من المادة 7 من القانون التونسي رقم 36-941 السابق الذكر : " تتدرج الفنون الشعبية ضمن التراث الوطني وكل تدوين بغاية الإستغلال المادي للفنون الشعبية يستوجب ترخيصا من الوزارة المكلفة بالثقافة ...".

وكذلك الأمر بالنسبة لبعض التشريعات الخاصة بالدول الإفريقية [1]. ويعرف التراث الوطني على أنه " نتاج عملية تاريخية عميقة تضافرت في إنجازه جملة من العلاقات والظروف عبر مختلف الفترات ... التراث الوطني يشمل كل الميراث التاريخي والفكري الذي تحتويه عناصر التراث (المعماري والمتاحف ومجموع القطع الأثرية وكذلك الفنون والآداب والتقاليد الشعبية)" [2]. ولأن الفلكلور هو لبنة من لبنات التراث الوطني للدولة أو الأمة فإنه من غير المقبول أن يبقى دون حراسة ومراقبة، ولذلك فإنه يمكن القول بأن الدولة هي بمثابة حارسة لمثل هذا التراث الذي يكتسي أهمية جد خاصة وكبيرة في التعبير عن الهوية وتكوين الشخصية الوطنية.

ومن هذا المنطلق يطرح التساؤل حول ما إذا كانت الدولة هي المستفيد الفعلي من الحقوق بشأن الفلكلور وهنا يقصد الفلكلور السابق الوجود الذي يجهل مؤلفه . حسب ما جاء به المشرع الجزائري في الأمر رقم 2003-05 فإن مالك الحقوق بشأن مصنف أدبي أو فني هو الشخص الذي " يصرح بالمصنف بإسمه أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور، أو يقدم تصريحا بإسمه لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة..." وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات ما يخالفها حسب ذات النص القانوني [3]. لكن الأمر يختلف بالنسبة لمصنفات التراث الثقافي التقليدي والتي تحظى بحماية خاصة تتولاها الدولة ممثلة في الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة[4]، حيث يتولى هذا الأخير جملة من المهام ومن بينها

---

[1] -Art. 82 de la loi n° 005/PR/2003 *portant protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore* du Tchad, préc : « Les "expressions du folklore" appartiennent à titre originaire au patrimoine national ».
-Art. 70-1° de la loi de Djibouti n° 54/Am /06 *relative à la protection du droit d'auteur et droits voisins,* préc : « Les expressions du folklore appartiennent à titre originaire au patrimoine national ».
-Art. 108. de la loi n° 08-024 *fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* en République du Mali, préc « Les expressions du folklore dont les auteurs individuels sont inconnus, mais pour lesquels il y a tout lieu de penser qu'ils sont ressortissants de la République du Mali, appartiennent au patrimoine national ».

[2] رأي حول ملف التراث الوطني، المجلس الوطني الإقتصادي والإجتماعي، ج. ر 9 جوان 1998، عدد 40، ص. 6.

[3] الفقرة 1 من المادة 13 من الأمر رقم 2003-05 السابق الذكر.

[4] تم إنشاء الديوان الوطني لحق المؤلف بموجب الأمر رقم 73-46 المؤرخ في 25 جويلية 1973 المتضمن إحداث المكتب الوطني لحق المؤلف، ج. ر. 1 سبتمبر 1973، عدد 73، ص. 1088 والذي ألغي بناء على المرسوم التنفيذي رقم 98-366 المؤرخ في 21 نوفمبر 1998 المتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر. 22 نوفمبر 1998، عدد 87، ص. 5. وقد ألغي هذا المرسوم بدوره بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-356 المؤرخ في 21 سبتمبر 2005 المتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وتسييره، ج. ر. 21 سبتمبر 2005، عدد 65، ص. 23. والذي تم تعديله وتتميمه بالمرسوم التنفيذي رقم 11-356 المؤرخ في 17 أكتوبر 2011

حماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي [1]. وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى الإستطلاع الذي أعدته اللجنة الحكومية الدولية المهتمة بقضايا الملكية الفكرية والتي تهتم بمسألة حماية الفلكلور حول التجربة الوطنية المكتسبة من قبل الدول بخصوص حماية الفلكلور بصفة عامة وتطبيق الأحكام النموذجية التي أعدتها كل من المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو سنة 1982 بصفة خاصة[2]، وقد تضمن هذا الإستطلاع مجموعة من الإشكالات من بينها الإشكال المتعلق بتحديد الوزارة أو القسم أو المكتب الذي يهتم ويتكفل بالقضايا والمسائل المتعلقة بالحماية القانونية للفلكلور [3] وكذا الإشكال المتعلق بتحديد مالك الحقوق، فطرح التساؤل التالي، هل يعتبر الفلكلور ملكا للدولة في مجموعها كونه جزء من التراث الثقافي الوطني؟ أم يعتبر ملكية للمجتمعات الأصلية أو المحلية الموجودة على إقليم الدولة؟ أم هو ملك لمختلف الفنانين وهذا بشأن الأعمال المؤسسة على التقاليد الفلكلورية[4].

فبخصوص الإشكال الأول فإنه يستخلص من خلال الردود التي أعربت عنها مختلف الدول وجود أكثر من وزارة أو قسم أو مكتب يباشر المهام المتعلقة بالبحث في القضايا الخاصة بتعابير الفلكلور، وفي معظم الحالات فإن هذه المهام يتولاها المكتب الوطني الذي له المسؤولية على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، إلى جانب مكاتب وهيئات أخرى تعمل في مجالات واسعة غير الملكية الفكرية مثل التعليم، والثقافة، والسياحة، والفنون والإعلام وكذا المتاحف والبيئة وغيرها[5].

المتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وتسييره، ج.ر. 19 أكتوبر 2011، عدد 57، ص. 4.

[1] الفقرة 1 من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 05-356 المذكور أعلاه: " يتولى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة مهمة السهر على حماية المصالح المعنوية والمادية للمؤلفين أو ذوي حقوقهم وأصحاب الحقوق المجاورة والدفاع عنها، وكذا حماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي والمصنفات الوطنية الواقعة ضمن الملك العام في حدود الهدف الاجتماعي وعلى نحو ما يحدده هذا القانون الأساسي"، وأنظر في ذات السياق المواد 130 و 139 من الأمر رقم 03-05 السابق الذكر. أنظر الفقرة 1 من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 98-366 السابق ذكره.

[2] V. document WIPO/ GRTKF/IC/2/7, *Questionnaire relatif à l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore* : ce questionnaire s'adresse aux États membres de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et aux États membres du comité intergouvernemental.

[3] V. document WIPO/ GRTKF/IC/2/7, *op. cit.*, p. 1.

[4] V. document WIPO/ GRTKF/IC/2/7, *op. cit.*, p. 22.

[5] V. document WIPO/ GRTKF/IC/2/8, *op. cit.*, p. 16: « Dans de nombreux pays, plus d'un ministère, département, organisme ou office s'occupe des questions concernant les expressions du folklore. Dans la plupart des cas, l'office national de la propriété

أما عن الإشكال الثاني والمتعلق بملكية التراث الثقافي التقليدي أو تعابير الفلكلور مثلما ورد في الإستطلاع المشار إليه فيما سبق فإن أغلبية الدول وضحت في ردودها بأن الفلكلور ملك للدولة بإعتباره جزء من التراث الثقافي الوطني [1]. وحسب بعض الفقه فإن أغلب التشريعات تأخذ بنظام حماية يقترب نوعا ما من نظام حق المؤلف ولكنه يختلف عن هذا الأخير، فيتعلق الأمر في بعض الحالات بحق حصري لصالح الدولة بإعتبارها مالكة للفلكلور. ففي الغالب لا يتعلق الأمر بالحماية القانونية على أساس الحقوق الحصرية الحقيقية التي يكرسها المشرع، ولكن الأمر يتعلق بمجرد تنظيم الإستغلال بشأن الفلكلور، فالدولة حسب هذا الجانب الفقهي تعتبر بمثابة الحامل أو المالك الإداري للحقوق والتي تؤول في الحقيقة إلى المجتمع الوطني[2].

وبالنظر إلى الدور الذي يلعبه التراث الفلكلوري في تحقيق الإبداع والإبتكار والنهوض بهما وكذا تكريس الأسس الحضارية للمجتمع، وانطلاقا من ضرورة تحقيق التوازن بين حفظ التراث وتحديده وبين إثراءه وإستغلاله فإن الدول المهتمة عمدت إلى خلق أطر قانونية لأجل حماية هذا التراث وأنشأت بالموازاة مجموعة من الهياكل العامة والخاصة لتتكفل بتحقيق هذه الأهداف، ففي تونس مثلا توجد مجموعة من الهيئات والمصالح التي تتولى مثل هذه المهام مثل المعهد الوطني للتراث، المكتبة الوطنية، والمكتب الوطني للصناعة الحرفية وكذا وكالة

---

intellectuelle, qui est généralement l'office responsable du droit d'auteur, est un des services intéressés. Les autres ministères, départements, organismes et offices sont ceux qui travaillent dans une large gamme de domaines d'action, tel que l'éducation, l'industrie, l'environnement, le commerce, la technologie, la culture, les ressources naturelles, le tourisme, les arts, les peuples autochtones, les affaires étrangères, la radiodiffusion, l'information, la justice et les musées ».

[1] V. document WIPO/ GRTKF/IC/2/8, *op. cit.*, p. 44.

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 51, p. 24: «…Le plus souvent cependant, ce n'est pas une protection juridique sur le fondement de véritables droits exclusifs que consacre le législateur, mais plutôt une simple réglementation de son exploitation. L'État est alors seulement considéré comme le titulaire administratif des droits qui appartiennent à la communauté nationale ».

تنمية التراث التابعة لوزارة الثقافة[1] وتتولى المؤسسة التونسية لحماية حقوق المؤلفين مهمة السهر على حماية الفلكلور[2]، والتي جاء النص عليها ضمن قانون الملكية الأدبية والفنية[3].

غير أنه وبالنسبة لبعض الدول والتي تضم مجموعة من المجتمعات الأصلية والمحلية، فإنها تخول لهذه الأخيرة ملكية الحقوق بشأن تعابيرها الثقافية والفلكلورية، وبالتالي تكون هذه المجتمعات مستفيدا فعليا من الحماية القانونية للفلكلور. وقد تمت الإشارة ضمن مجموعة المصطلحات التي أعدتها اللجنة الحكومية الدولية للملكية الفكرية إلى أنه لا يوجد تعريف مقبول دوليا لمصطلح " المستفيد"[4]، ولكن من خلال المناقشات ذات الصلة بهذه المسألة اتضح بأن هذا المصطلح يمكن أن يشمل الشعوب الأصلية والجماعات المحلية والثقافية وكذا الأفراد والمجموعات والأقليات[5]. وإن العديد من أصحاب المصلحة ذهبوا إلى القول بأن أشكال التعبير الثقافي التقليدي تعتبر عموما جماعية من حيث منشئها وملكيتها، وعليه ينبغي أن تعود أية حقوق أو فوائد متصلة بهذه التعابير إلى الجماعات المعنية [6]، وإن بعض القوانين الوطنية لبعض الدول تمنح الحقوق الخاصة بأشكال التعبير الثقافي التقليدي للشعوب والجماعات المعنية بشكل مباشر[7].

ولابد من الإشارة إلى أنه لا وجود لتعريف عام وموحد لعبارة "مجتمع محلي أو أصلي،" إذ لازال هناك نقاش ودراسة معمقة بشأن هذا المفهوم الذي يتردد بشكل واضح عند التطرق لمسألة حماية الفلكلور ويمكن الأخذ بالتعريف التالي " الجماعة المحلية ، جماعة بشرية في منطقة إيكولوجية معينة تعتمد بشكل مباشر على تنوعها الإيكولوجي وبضائع وخدمات

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/4/INF/3, *op. cit.*, annexe 2, p. 1.

[2] La réponse de la Tunisie au questionnaire relatif à l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore, p. 1, disponible sur internet.

[3] المادة 48 من القانون التونسي رقم 94-36 السابق ذكره.

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, annexe, p. 4.

[5] Ibid.

[6] V. document WIPO/ GRTKF/IC/6/3, *op. cit.*, n° 128, p. 36.

[7] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, annexe, p. 4.

نظامها الإيكولوجي في كل أوجه معيشتها أو بعضها، طورت أو اكتسبت معارفا تقليدية كنتيجة لهذه الصلة الإعتيادية، وتشمل المزارعين والصيادين والرعاة وسكان الغابات وغيرهم"[1].

إن النص القانوني الجزائري لحق المؤلف والحقوق المجاورة لا يشير إلى مفهوم "المجتمع الأصلي أو المحلي" وذلك لعدم وجود مثل هذه الجماعات على الإقليم الوطني، فهو مثلما سبق يعهد مهمة السهر على حماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي إلى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والذي يتولى كذلك التسيير الجماعي بالنسبة الحقوق الخاصة المعترف بها وذلك لفائدة ذويها [2] كما يتولى حماية المصنفات الواقعة ضمن الملك العام، وهو الوضع بالنسبة لعدة تشريعات مقارنة، ولكن بعض النصوص القانونية الخاصة بأشكال التعبير الثقافي التقليدي والمعارف التقليدية لبعض الدول تأخذ بمفهوم الحقوق الجماعية والتي تحظى بها المجتمعات الأصلية والمحلية الموجودة على ترابها الوطني، ومثال ذلك قانون باناما المتعلق بالملكية الفكرية ذات الصلة بالحقوق الجماعية للمجتمعات الأصلية [3]. ويعتبر هذا النص القانوني الأول من نوعه فيما يخص تكريس الحقوق الجماعية الأصلية والتي إعتبرتها المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 12 لسنة 2001 والمتضمن تنظيم القانون رقم 20 المذكور أعلاه مجموعة من " حقوق الملكية الفكرية والثقافية المتعلقة بالفن، والموسيقى، والأدب، والمعارف البيولوجية، والطبية أو الإيكولوجية أو جوانب أخرى من التعابير التي ليس لها مؤلف ولا مالك معروف والتي تشكل تراثا للشعب الأصلي" [4]. وبشأن هذه الحقوق الجماعية فإن العديد من المجتمعات يمكن أن تسجل جماعيا كصاحبة للحقوق [5]. إن الحقوق الجماعية المخولة لهذه

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit.*, pp, 8-9.

[2] المادة 130 من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره.

[3] La loi du Panama n° 20 du 26 juin 2000 *sur le régime de propriété intellectuelle appliqué aux droits collectifs des peuples autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels*, J.o. du Panama n°24 083 du 27 juin 2000.

[4] Art.2- 5° du décret exécutif n° 12 du 20 mars 2001 portant réglementation de la loi du Panama n° 20 du 26 juin 2000 *sur le régime spécial de propriété intellectuelle appliqué aux droits collectifs des peuples autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels* : « Droits collectifs autochtones : droits de propriété culturelle et intellectuelle autochtone portant sur un art, de la musique, de la littérature, des savoirs biologiques, médicaux ou écologiques ou sur d'autres aspects et expressions n'ayant ni auteur ni propriétaire connu, dont l'origine ne peut être datée et qui constituent le patrimoine de tout un peuple autochtone ».

[5] Art. 5 du décret exécutif n° 12 du 20 mars 2001 portant réglementation de la loi du Panama n° 20 du 26 juin 2000, préc.

الجهات تتطلب عملية التسجيل بسعي من المجالس العامة أو السلطات التقليدية للمجتمعات الأصلية والتي تودع طلبات التسجيل لدى المديرية العامة لتسجيل الملكية الفكرية التابعة لوزارة التجارة والصناعة أو لدى المديرية الوطنية لحق المؤلف التابعة لوزارة التعليم وذلك بحسب الأحوال لأجل الحصول على الموافقة وتسجيل الحقوق[1].

وإلى جانب قانون باناما يوجد كذلك القانون النموذجي لدول منطقة المحيط الهادئ المتعلق بحماية المعارف التقليدية والتعابير الثقافية والذي يمنح الحقوق للمالكين التقليديين لهذه المعارف والتعابير بمعنى أن الحقوق تكون من نصيب المجموعة، العشيرة أو المجتمع، أو الفرد المعترف له من قبل هذه الجهات المعنية بحراسة أو حماية التعابير الثقافية وفقا للقوانين والممارسات العرفية للمجموعة، أو العشيرة أو المجتمع [2]. ولابد من الإشارة إلى أن هذه الأحكام التي جاءت ضمن هذا القانون النموذجي تخضع لتقدير الدول المعنية، حيث أنه قد تمت صياغة هذا القانون النموذجي ليكون بمثابة نموذج تستعين به الدول التي تقع في منطقة المحيط الهادئ وذلك عند التشريع في مجال المعارف التقليدية والتعابير الثقافية[3].

وبالتالي فإن المجتمعات المستفيدة من الحماية قد تختلف وتتعدد بالنظر إلى الخيارات التي تتبناها الدول المعنية عند صياغة قوانينها، فالتعابير الثقافية قد تكون مملوكة من جانب عدة مجتمعات لاسيما الشعوب الأصلية والقبلية وكذا المجتمعات المحلية وغيرها من المجتمعات التقليدية والثقافية، فمن المرجح أن يكون هناك عدة مجتمعات حارسة وحائزة على التعابير الثقافية في الدولة، وهنا يطرح التساؤل بشأن تحديد المجموعات أو المجتمعات التي

---

[1] Art. 4-2° de la loi du Panama n° 20 du 26 juin 2000, préc : « La demande d'enregistrement de ces droits collectifs doit être déposée par les congrès généraux ou les autorités traditionnelles autochtones auprès de la Direction générale de l'enregistrement de la propriété industrielle (ci-après dénommée "DIGERPI") du Ministère du commerce et de l'industrie ou auprès de la Direction nationale du droit d'auteur du Ministère de l'éducation, selon le cas, aux fins de son approbation et de son enregistrement ».

[2] Art. 4 de la loi type du Pacifique *sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles* de 2002, citée par A. Schloetter Lucas, *op. cit*., p. 36.

[3] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 79, p. 36.

يجب أن تستفيد من الحماية، وكذا التساؤل إن كان يجب توسيع الحماية لتشمل جميع هذه الجهات أم يجب أن يقتصر الأمر على البعض منها فقط[1].

وبهذا الصدد وعلى الصعيد الدولي، فإنه قد جاء في إحدى وثائق اللجنة الحكومية الدولية أو بالأحرى في إطار مشروع الأحكام الذي أعدته اللجنة الحكومية الدولية للملكية الفكرية والذي أشير إليه في الباب الأول من هذه المذكرة[2]، بأن التدابير المتعلقة بحماية التعابير الفلكلورية يجب أن تخدم مصالح الشعوب الأصلية وكذا مجتمعات تقليدية وثقافية أخرى والتي بإمكانها الإستفادة من حقوق إتجاه معارفها التقليدية وتعابيرها الثقافية [3]، ويرى البعض [4] أنه ولأجل معرفة وتحديد الجهات المستفيدة من الحقوق الجماعية ولاسيما معرفة ما إذا كان يجب تحديد عدد المستفيدين فإنه على الدولة المعنية أن تاخذ بعين الإعتبار الأهداف التي تصبوا إليها الحماية كما يمكن لبعض الإعتبارات أن تبرر حقيقة أن بعض المجتمعات هي أولى بهذه الحقوق من غيرها. وإن كانت الدولة ترغب حقيقة في تحديد عدد المجتمعات المستفيدة فإنه بإمكانها وضع شروط ضمن قوانينها الخاصة والنص على معايير خاصة مثل إشتراط أن يكون المجتمع أصليا أو محليا.

هذا بشأن التعابير الفلكلورية السابقة الوجود أما بخصوص التعابير المعاصرة والتي يكون مؤلفها معروفا ومحددا بصفة دقيقة فإن تحديد المستفيد من الحقوق يتوقف هو الآخر على ما تأخذ به مختلف التشريعات، إذ يختلف الأمر في ظل النصوص القانونية المتعلقة بنظام حق المؤلف عنه في التشريعات والنظم الفريدة والخاصة.

إن العديد من التشريعات المتعلقة بحق المؤلف تعترف بحقيقة أن الأفراد يسهمون في إنتاج وتطوير مختلف التعابير الفلكلورية وعليه يجب الإعتراف لهم بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة التي تنشئ عن هذه الإبداعات الفردية. وتؤكد العديد من الدول على أن الإعتراف

---

[1] Loi type de 2002 *sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie : principes dans la législation nationale*, *op. cit.*, p. 23.

[2] أنظر الصفحة 23 من هذه المذكرة.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/8/4, *op. cit.*, annexe, p. 16.

[4] Loi type de 2002 *sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie : principes dans la législation nationale*, *op. cit.*, pp. 23-24.

بمثل هذه الحقوق يلعب دورا معتبرا في تطوير وتعزيز الإبداع الذي يقوم على التقاليد [1]. هذه الإبداعات الفردية تتمثل على وجه الخصوص في المصنفات المشتقة وكذا الأداءات التي يكون الفلكلور محلا لها إلى جانب التسجيلات السمعية أو السمعية البصرية وكذا البث السمعي أو السمعي البصري، فالحقوق المتعلقة بالمصنفات المشتقة هي حقوق المؤلف أما المتعلقة بباقي الأعمال والإنتاجات فهي الحقوق المجاورة. فقد يستفيد من حق المؤلف من يقوم بجمع التعابير الفلكلورية في شكل مختارات أو مجموعات ويستفيد الفنان المؤدي الذي يقوم بأداء تعبير فلكلوري معين من حقوق مجاورة لحق المؤلف و كذلك الأمر بالنسبة لمنتج تسجيل سمعي أو سمعي بصري وإن هيئات البث السمعي أو السمعي البصري هي الأخرى تستفيد من حقوق مجاورة حيث وبالرجوع إلى بعض التشريعات المتعلقة بحق المؤلف يلاحظ بأن هذه الأخيرة تعترف لهذه الجهات بجملة من الحقوق والتي سيتم التطرق إلها من خلال الفرع الثاني.

وتجب الملاحظة في ختام هذا التحليل بأن هناك من يرى [2] أن الإبداع المؤسس على التقاليد الذي ينتجه أحد الأفراد داخل مجتمع أصلي معين لا يكون مملوكا من قبل هذا الأخير وإنما يعتبر نتيجة للإبداع الجماعي، طالما أنه يقع وفقا للسياق التقليدي، وذلك نظرا إلى الخصوصيات التي تتسم بها الإبداعات التقليدية والتي تشتمل على رموز وأنماط أو عناصر أخرى تميز التقاليد وتميز في ذات الوقت المجتمع الذي يستعمل هذه العناصر ويحافظ عليها. فالإبداع في هذه الحالة لا يكون مملوكا من جانب الفرد وإنما يكون تحت سلطة المجتمع طبقا للأنظمة القانونية والممارسات العرفية.

رأت إحدى الدول بأن نظام حق المؤلف لا يعترف بالملكية الجماعية بهذا المعنى، ومع ذلك، فإنه حينما تطرح قضية ما بهذا الشأن أمام الجهات القضائية المختصة فإن هذه الأخيرة تأخذ بعين الإعتبار حقيقة أن الفنان المعني ينتمي إلى المجتمع وهو أحد السكان الأصليين حيث تقع على عاتقه مجموعة من الواجبات والإلتزامات الائتمانية اتجاه مجتمعه،

[1] V. document WIPO/ GRTKF/IC/6/3, *op. cit.*, n° 132, pp. 37- 38: « Les États ont aussi noté que des individus mettent au point et créent des expressions du folklore et des expressions culturelles traditionnelles et que les droits qu'ils détiennent au titre du droit d'auteur et d'autres droits de propriété intellectuelle doivent être reconnus. Certains font valoir que reconnaître ces droits est essentiel pour encourager et promouvoir la créativité fondée sur les traditions ».

[2] Loi type de 2002 sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie : principes dans la législation nationale, *op. cit.*, p. 26.

فوجود مثل هذا الإلتزام الائتماني يعتبر إمتدادا لشكل ما من أشكال الملكية الجماعية، بما أن صاحب الإبداع يطالب بإحترام حقوقه لأجل حماية مجتمعه من الأضرار الثقافية[1].

وهذا ما أدى إلى القول بوجود تصورات مختلفة لعبارة "ملكية الحقوق"، والتي تظهر من خلال الصلة القائمة بين الفنان أو المؤلف كحامل لحق المؤلف والفنان كعضو في المجتمع الأصلي، بحيث أن هذه العبارة تأخذ معنى خاصا حينما يدعي الفنان الذي ينتمي إلى إحدى المجتمعات الأصلية أنه صاحب حق المؤلف، ذلك أن هذا الأخير يكون خاضعا للقانون والنظام العرفي المطبق داخل مجتمعه الأصلي. فإن كانت حقوق الملكية الفكرية تمنح حقوقا فردية للملكية فإن المعنى العرفي لعبارة "حامل الحقوق" لا تتوافق بالضرورة مع مفهوم " ملكية الحقوق" بالمعنى الغربي والذي يأخذ به خارج السياق الأصلي، ففي هذا السياق لا تعني هذه العبارة الحق في إقصاء الغير من بعض الإستخدامات المتعلقة بالفلكلور وإنما تعبر عن الشعور بالمسؤولية إتجاه التعابير الثقافية التقليدية[2].

الفرع الثاني: بيان الحقوق المستفاد منها

يكون بيان الحقوق المستفاد منها بالنظر إلى المستفيد من هذه الحقوق، فقد تكون الدولة بمثابة مؤلف ومستفيد من حقوق المؤلف وذلك بشأن التعابير السابقة الوجود، وقد تكون المجتمعات الأصلية والمحلية هي صاحبة الحقوق، كما يحظى أصحاب المصنفات والأعمال المعاصرة للفلكلور وكذا أصحاب الأداءات بجملة من الحقوق على أعمالهم الإبداعية.

إن الدولة بصفتها مستفيدا تتولى تسيير الإستغلال وتنظيمه وكذا التأكد من مدى ملائمته، وذلك من خلال السلطة المختصة التي تكون مكلفة بالمهام المتعلقة بتنظيم استغلال الفلكلور واستخدامه، إنه وبالرجوع إلى القانون النموذجي لتونس لسنة 1976، فإن الحقوق المتعلقة بالفلكلور والتي تباشرها السلطة المختصة [3] المعينة بموجب التشريع الخاص بالدولة

[1] V. document WIPO/ GRTKF/IC/2/8, *op. cit.*, p. 40.

[2] V. document WIPO/ GRTKF/IC/4/3, *op. cit.*, n° 63, p. 25-24.

[3] Art. 6- 1° de la loi type de Tunis du 1976 : « En ce qui concerne les œuvres du folklore national, les droits visés aux articles 4 et 5, alinéa1), sont exercés par l'autorité compétente définie à l'article 18 ». et art. 18- 9° « "Autorité compétente" s'entend d'un ou de plusieurs organes, dont chacun se compose d'une ou de plusieurs personnes désignées par le gouvernement pour exercer les pouvoirs qui lui sont attribués par les dispositions de la présente loi chaque fois qu'une question quelconque doit être réglée par une telle autorité ».

المعنية، تباشر ذات الحقوق المعنوية والمالية التي يتمتع بها بقية المؤلفين. فما يستخلص من هذا النص هو المماثلة الواضحة بين الأعمال الفلكلورية وتلك المحمية بموجب حق المؤلف وقد أشار بعض الفقه [1] إلى أن هذا الحل لم يعر لطبيعة الإبداع الفلكلوري القدر الكافي من الإهتمام.

وما هو متعارف عليه في إطار نظام حق المؤلف أن المستفيد من الحماية يحظى بجملة من المزايا التي يتضمنها الحق المعنوي وكذا جملة من الصلاحيات الأخرى والتي يكفلها الحق المالي. وبذلك، فإن هذه السلطة المختصة لها حق معنوي نصت على مضمونه المادة الخامسة في فقرتها الأولى، حيث يكون للمؤلف الحق في الأبوة على المصنف أو العمل الفكري الذي يبدعه والذي يمكنه من ذكر إسمه عند تنفيذ جملة الأفعال المشار إليها في نص المادة الرابعة من هذا القانون النموذجي، كما يحق لصاحب الحقوق أن يعترض على أي تشويه أو بتر أو أي تعديل آخر أو أي مساس بمصنفه حينما يكون من شأن هذه الأفعال المساس بسمعته أو شرفه[2].

وبتمديد مفهوم الحق في الأبوة الذي يعترف به نظام حق المؤلف، يمكن الحديث بشأن الفلكلور عن مفهوم آخر وهو وجود صلة بالمجتمع الثقافي الذي يتأتى عنه التعبير الفلكلوري المعني[3]. وكمثال عن ضمان الحق في الأبوة هو إشتراط بعض النصوص القانونية ذكر مصدر التعبير الفلكلوري محل الإستلهام أو محل الأداء مما يسمح بنسبته إلى المجتمع الذي يملكه حقيقة، فالمشرع المغربي ينص على ضرورة الإشارة إلى مصدر التعابير الفلكلورية مع كل تبليغ إلى الجمهور وذلك بذكر الجماعة أو المنطقة الجغرافية المستوحى منها التعبير الفلكلوري [4]، وكذلك الأمر بالنسبة لبعض تشريعات الدول الإفريقية والتي تنص هي الأخرى على الإلتزام

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p-p. 224-225.

[2] Art. 5- 1° de la loi type du Tunis du 1976.

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 320: « Par extension de la notion de paternité propre au droit d'auteur, on pourrait dans le cas du folklore, parler d' "obligation de localisation de l'œuvre" ou de "rattachement" à la communauté culturelle qui l'a engendrée ».

[4] الفقرة 3 من المادة 7 من القانون المغربي رقم 00-2 السابق ذكره: " يجب الإشارة في كل النشرات المطبوعة وموازاة مع كل تبليغ للجمهور إلى مصدر تعابير الفلكلور بطريقة مناسبة ومطابقة للإستعمالات الحسنة وذلك بذكر الجماعة أو المنطقة الجغرافية المستوحى منها تعبير الفلكلور".

بذكر مصدر التعابير الفلكلورية بخصوص كل نشر وتبليغ للجمهور[1]. فإذن بيان المصدر يكفل الحق في الأبوة على التعبير الفلكلوري[2].

أما بخصوص الحقوق المالية فإن السلطة المختصة لها الحق في تنفيذ أو الترخيص بتنفيذ الأفعال المنصوص عليها ضمن المادة الرابعة [3]، بحيث لها الحق في نقل الإنتاج وكذا القيام بالترجمة أو التكييف أو التعديل أو أي تحويل آخر، وكذلك الحق في تبليغ المصنف إلى الجمهور عن طريق التمثيل والتنفيذ وكذا البث الإذاعي. وقد تم تحديد هذه الأفعال التي تخضع للترخيص أو المنع من حيث تعدادها، كما لم يذكر فعل التوزيع بحيث أنه إعتبر متضمنا في فعل النقل، لأن صاحب الحقوق له الحق في تحديد الطرق التي يتم من خلالها توزيع النسخ وكذا عدد هذه النسخ والحدود الجغرافية التي تتم فيها عملية التوزيع وذلك عند إبرامه لعقد نقل الإنتاج[4].

---

[1] - Art. 89 de la loi n° 005/PR/*2003 portant protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore* du Tchad, préc : « Toute publication et communication au public d'une expression identifiable du folklore doit être accompagnée de l'indication de sa source de façon appropriée, par la mention de la communauté et/ou du lieu géographique dont elle est issue ».

- Art. 83 de la loi n° 2005-30 du 05 avril 2006 *relative a la protection du droit d'auteur et des droits voisins* en République du Bénin : « Dans toutes les publications imprimées, et en relation avec toute communication au public d'une expression du folklore identifiable, la source de cette expression du folklore doit être indiquée de façon appropriée et conformément aux bons usages, par la mention de la communauté et du lieu géographique dont l'expression du folklore utilisée est issue ».

- Art. 108. de la loi n° 08-024 *fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* en République du Mali, préc : «Toute publication et communication au public d'une expression du folklore doit être accompagnée de l'indication de sa source de façon appropriée, soit par la mention du nom de l'auteur, soit par la mention de la communauté et/ou du lieu géographique dont elle est issue ».

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 206.

[3] Art. 4 de la loi type de Tunis du 1976 : « Sous réserve des dispositions des articles 6 à 10, l'auteur d'une œuvre protégée a le droit exclusif d'accomplir ou d'autoriser que soit accomplit l'un quelconque des actes suivants (portant sur la totalité de l'œuvre ou sur une partie substantielle de celle-ci) :
i)reproduire l'œuvre ;
ii) faire une traduction, une adaptation, un arrangement, ou toute autre transformation de l'œuvre ;
iii) communiquer l'œuvre au public par représentation, exécution ou radiodiffusion ».

[4] La loi type de Tunis du 1976, comm, p. 7.

وحسب جانب من الفقه [1] فإن القانون النموذجي لتونس لم يأخذ في الإعتبار طبيعة الإبداع الفلكلوري والأهداف المرجوة من حمايته، إذ أن واضعي هذا النص النموذجي أخضعوا إستغلال الفلكلور لنفس المتطلبات التي تنشئ عن حقوق المؤلف الفردي على مصنفه، فالمادة السادسة منه تحيل وبوضوح إلى المادتين الرابعة والخامسة في فقرتها الأولى بشأن مباشرة الحقوق المالية والمعنوية المتعلقة بالفلكلور، حيث يرى هذا الجانب الفقهي بأنه وبخصوص الحقوق المعنوية فإن الفقرة الأولى من المادة الخامسة لا تتضمن أية عبارة أو صياغة خاصة تأخذ في الحسبان خصوصية الفلكلور، فالمزايا والصلاحيات المعنوية للمؤلف تهدف إلى حماية الشخصية الفردية، وليس من المناسب النص عليها بشأن الفلكلور. ففي هذه الحالة لابد أن تكرس هذه المزايا المعنوية لحفظ مصالح المجتمع وليس الأفراد.

أما بخصوص التشريع التونسي المتعلق بالملكية الأدبية والفنية فإن الحقوق المحمية من قبل الدولة بخصوص التعابير الفلكلورية هي نفس الحقوق المعنوية والمالية المعترف بها للمؤلفين مع نفس الإستثناءات والقيود[2]، وبالرجوع إلى هذا النص القانوني، فإن المؤلف له جملة من المزايا التي يضمنها الحق المعنوي والتي تتمثل في الحق في الأبوة وكذا حفظ المصنف من كل تغيير أو تشويه أو تحوير، بالإضافة إلى الحق في النشر الذي يسمح بتقديم المصنف إلى العموم والحق في سحب المصنف من التداول [3]، وتنبغي الإشارة إلى أن ما يميز الحق المعنوي هو أنه ينطوي على صلاحيات تضمن الحماية لشخصية المؤلف بالنظر إلى الصلة الوثيقة بين هذا الأخير وبين إبداعه الفكري وهذا ما أشار إليه بعض الفقه[4].

وهناك من يرى بأنه في سياق التعابير الثقافية التقليدية فإن الحقوق المعنوية بإمكانها تلبية الإهتمامات المتعلقة بالإساءة الثقافية والإستخدام المسيء والتشويهات التي قد تتعرض لها هذه التعابير التقليدية، بحيث يشكل هذا المفهوم وسيلة لضمان الإحترام وحماية أصالة وسلامة التعابير الفلكلورية، وقد تم النظر في مسألة الحقوق المعنوية بشأن قضية تتعلق بالتعابير الثقافية التقليدية في إطار الألعاب الأولمبية لسيدني عام 2002، حيث أن المتحف الأولمبي في Lausanne أعلن على موقعه الإلكتروني عن ثلاثة أعمال فكرية لفنانين أصليين أستراليين،

---

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p-p. 319-320.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/4/INF/3, *op. cit.*, annexe 2, p. 6.

[3] المادة 9 من القانون التونسي رقم 36-941 السابق ذكره.

[4] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم. 422، ص. 464.

وأقدم على تحميل هذه الإبداعات كخلفية للموقع دون السعي إلى الحصول على ترخيص من الفنانين المعنيين. مما أثار إستياء هؤلاء بالنظر إلى أن هذه الإبداعات ذات أهمية ثقافية كبيرة مما دفع بهم إلى رفع شكوى أسفرت عن سحب المتحف الأولمبي لهذه الأعمال الفنية من موقعه وكذا تلقي أصحاب الشأن مبلغا ماليا تعويضا عن الإنتهاك الذي طال الحقوق المعنوية لهؤلاء[1]. والحقيقة هي أن الدولة ممثلة في السلطة المختصة بتسيير الإستغلال بشأن الفلكلور لا تتمتع بحقوق معنوية وأخرى مالية وإنما تتمتع بالصلاحيات التي تسمح لها بتنظيم إستغلال وإستخدام الفلكلور وهو ما سيتم النظر فيه عند البحث في ضوابط الإستغلال الذي يكون هذا الإبداع التقليدي محلا له.

إلى جانب الفلكلور السابق الوجود فإنه توجد التعابير الفلكلورية المعاصرة والتي تكون من إنتاج الأفراد على وجه الخصوص وعليه يكون مؤلفوها معروفين ومحددين، وبالتالي يكون لهؤلاء حقوق وصلاحيات تكفلها القوانين والتشريعات المهتمة، والتي تنص على حماية الأعمال المستوحاة والمشتقة من الفلكلور مثل التكييفات والتعديلات وكذا مجموعات مصنفات التراث الثقافي التقليدي أو تعابير الفلكلور حسب بعض التشريعات، ولأن هذه الأعمال بمثابة مصنفات فنية أو أدبية أصلية ولو بشكل نسبي كونها تتأتى عن أعمال وتعابير فلكلورية سابقة، فإن صاحبها يحظى بذات الحقوق المعنوية والمالية التي يستفيد منها أي مؤلف آخر.

بالرجوع مثلا إلى الأمر رقم 2003-05 يتبين أن للمؤلف حقوقا معنوية "غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا يمكن التخلي عنها" [2]، والتي تتمثل في الحق في الكشف عن المصنف والحق في التوبة أو السحب وكذلك الحق في الإحترام [3]. فيكون لمؤلف مجموعات مصنفات التراث الثقافي التقليدي على سبيل المثال الحق في إتخاذ قرار الكشف والإفصاح عن عمله ليطّلع عليه الجمهور وله أن يعدل عن قراره هذا بأن يمارس حقه في التوبة أو كما يسمى كذلك بالحق في الندم، بحيث يتم " فسخ العقد قبل أن يتم نشر التأليف" [4] بأن يوقف صنع

[1] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, p. 44.

[2] الفقرة الثانية من المادة 21 من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره.

[3] أنظر محتوى المواد 22 و24 و25 من الأمر رقم 2003-05 السابق الذكر.

[4] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم. 427، ص. 470.

دعامة إبلاغ المصنف إلى الجمهور [1]، وله أن يباشر حقه في السحب إذا ما تمت عملية النشر[2].

أما عن الحق في الإحترام فإن المؤلف يتمتع بحق في إحترام إسمه وصفته وهو ما يسمى بالحق في الأبوة [3] وكذا الحق في إحترام إنتاجه وذلك بعدم المساس بسلامة مصنفه فيكون له الحق في أن يعترض على أي تعديل أو تشويه أو إفساد من شأنه المساس بسمعته أو شرفه أو مصالحه المشروعة [4]. ويعرف الحق في السلامة بأنه "الحق في منع إدخال تعديلات أو تغييرات بدون ترخيص على المصنفات"[5]. فإذن لمؤلف مجموعات مصنفات التراث الثقافي التقليدي ذات الحقوق المعنوية التي يعترف بها التشريع الخاص بحق المؤلف بخصوص باقي المصنفات الأدبية والفنية، أما عن الحق المالي فإنه يحق لصاحب التأليف إستغلال مصنفه بأي شكل من أشكال الإستغلال والحصول على مكسب مالي موازاة مع هذا الإستغلال [6]. وتتمثل هذه الحقوق المالية في الحق في نقل الإنتاج والحق في عرضه على الجمهور.

وفي ذات السياق يعترف التشريع الجزائري وكذا تشريعات أخرى مقارنة بحقوق فناني الأداء المعنوية والمالية وهي حقوق مجاورة لحق المؤلف، فبالرجوع إلى الأمر رقم 2003-05 يتضح بأن الفنان المؤدي وبالنتيجة الفنان الذي يقوم بأداء مصنف من مصنفات التراث الثقافي التقليدي يتمتع بحقوق معنوية تتمثل في حقه في ذكر إسمه على المصنف أو ذكر إسم مستعار وكذا الحق في ذكر صفته متى كانت طريقة إستعمال مصنفه تسمح بذلك، وإلى جانب حقه هذا فإن الفنان المؤدي له الحق في الإحترام الذي يمكنه من إشتراط سلامة مصنفه والإعتراض على

---

[1] المادة 24 من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره: " يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعاته أن يوقف صنع دعامة إبلاغ المصنف إلى الجمهور بممارسة حقه في التوبة أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب".

[2] المادة 24 من الأمر 2003-05 المذكور أعلاه.

[3] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم. 428، ص. 471.

[4] المادة 25 من الأمر رقم 2003-05 المذكور أعلاه.

[5] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, op. cit., annexe, p. 29: « Le droit à l'intégrité est le droit de s'opposer à des modifications et des changements non autorisés des œuvres ».

[6] الفقرة 1 من المادة 27 من الأمر رقم 2003-05 السابق الذكر.

أي تعديل أو تشويه أو إفساد [1]، وحسب بعض الفقه فإنه يمكن ضمان إحترام الفلكلور بصفة غير مباشرة ولكن فعالة عن طريق إحترام الأداءات[2]. أما عن الحقوق المالية فإن الفنان المؤدي بصفة عامة ومؤدي مصنفات التراث الثقافي التقليدي على وجه الخصوص له الحق في أن يرخص بتثبيت عمله وكذا الترخيص بإستنساخ هذا التثبيت والبث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري لأدائه أو عزفه وإبلاغه إلى الجمهور وهذا ما تضمنته المادة 109 من الأمر رقم 05-2003[3].

أما عن المجتمعات المحلية والأصلية أو مثلما تسمى كذلك بالمجتمعات التقليدية أو الثقافية فإنها هي الأخرى لها حقوقها بشأن التعابير الفلكلورية التي تتملكها أو تحوزها، فقانون باناما رقم 20 السابق ذكره، ينظم كيفية الإستفادة من الحقوق الجماعية بشأن مختلف التعابير والإنتاجات الفلكلورية المتمثلة على وجه الخصوص في الأزياء التقليدية، والآلات الموسيقية والرقصات والتعابير الشفهية والمكتوبة التي تجسدها التقاليد، والتي تكون مرتبطة بتاريخ الشعوب الأصلية وثقافتها، إلى جانب الإنتاجات الفنية التقليدية بما في ذلك التقنيات المستخدمة لتحقيقها إنطلاقا من مواد أولية وطنية أو عناصر من الطبيعة، وكذا الطرق المحدثة بها وغيرها من التعابير والإنتاجات الأخرى التي ورد ذكرها ضمن هذا النص القانوني الخاص [4]. ولابد من القيام بتسجيل الحقوق الجماعية بشأن الإنتاجات المعنية، بحيث يتم إنشاء قسم خاص بالحقوق الجماعية والتعابير الفلكلورية على مستوى المديرية العامة لتسجيل الملكية الصناعية التابعة لوزارة التجارة والصناعة، ويكلف هذا القسم بجملة من المهام منها على وجه الخصوص تسجيل الحقوق الجماعية للشعوب الأصلية. ولا يكون هذا التسجيل محددا من حيث المدة مما يعني أن هذه الحقوق الجماعية تكون دائمة وغير منتهية، وقد حددت المادة السابعة من قانون باناما

---

[1] الفقرتين 1 و2 من المادة 112 من الأمر رقم 03-2003 السابق ذكره: " يتمتع الفنان المؤدي أو العازف عن أدائه بحقوق معنوية له، الحق في ذكر إسمه العائلي أو المستعار وكذلك صفته إلا إذا كانت طريقة إستعمال أدائه لا تسمح بذلك.

وله الحق في أن يشترط إحترام سلامة أدائه والإعتراض على أي تعديل أو تشويه أو إفساد من شأنه أن يسيء إلى سمعته كفنان أو إلى شرفه...".

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 207: « L'obligation de respecter l'intégrité et l'authenticité des "œuvre du folklore" devrait permettre de lutter contre les amputations et les dénaturations. Le respect du folklore pourrait être obtenu indirectement mais efficacement à travers le respect de l'interprétation ».

[3] أنظر فحوى المادة 109 من الأمر رقم 03-2003 السابق ذكره.

[4] V. arts. 3 et 4 et 5 de la loi du Panama n° 20.

الخاص طبيعة التسجيل المتعلق بالحقوق الجماعية [1]. وفيما يخص مضمون هذه الحقوق فإن المستفيد من الحماية له حق حصري جماعي يسمح له بمنع الغير من القيام بأي نقل أو إستنساخ للتعابير الثقافية التقليدية المعنية [2]. وتخضع حقوق إستخدام وتسويق الإنتاجات الفنية والحرفية والتعابير الثقافية الأخرى المؤسسة على التقاليد إلى القانون العرفي للمجتمع المعني[3].

وبقراءة أحكام القانون النموذجي الخاص لدول منطقة المحيط الهادئ يستخلص أنه يوفر نوعين من الحقوق والتي تتمثل في " الحقوق الثقافية التقليدية " وكذا الحقوق المعنوية، وقد أقدم هذا التشريع النموذجي على بيان" الحقوق الثقافية التقليدية" المستفاد منها من جانب المالكين التقليديين[4]، وتتحدد هذه الأخيرة في الحقوق المتعلقة بالترخيص أو حظر جملة من الإستخدامات سواء كانت ذات طبيعة تجارية أم غير ذلك، وتتمثل هذه الإستخدامات في نقل التعابير الثقافية، ونشرها، وعرضها أمام الجمهور وكذلك القيام بالترجمة أو التكييف أو التعديل أو أي تحويل آخر، بالإضافة إلى عمليات التثبيت وإنتاج الأعمال المشتقة. فجميع هذه العمليات والإستخدامات تتطلب الموافقة المسبقة للمالكين التقليديين بحكم أنهم يتمتعون بصفة المستفيد من الحقوق. غير أنه ترد إستثناءات على ما سبق بيانه بحيث لا تكون هناك من حاجة في الحصول على الموافقة المسبقة متى كان الإستخدام يتعلق بالحالات التي وردت ضمن نص المادة السابعة في فقرتها الرابعة، أي كلما تعلق الأمر بالإستخدام العرضي والنقد

---

[1] Art. 7 de la loi du Panama n° 20, préc : « Il est créé au sein de la DIGERPI le département des droits collectifs et des expressions folkloriques, chargé notamment de l'enregistrement des droits collectifs des peuples autochtones.
Cet enregistrement doit être demandé par les congrès généraux ou les autorités traditionnelles autochtones en vue de protéger leurs vêtements, leurs arts, leur musique et tout autre droit traditionnel pouvant faire l'objet d'une protection.
L'enregistrement des droits collectifs des peuples autochtones n'expire pas et n'est pas limité dans le temps; la procédure auprès de la DIGERPI n'exige pas les services d'un avocat et n'est subordonnée à aucun paiement. Tout recours contre un enregistrement doit être notifié personnellement aux représentants des congrès généraux ou des autorités traditionnelles autochtones ».

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 78, p. 36.

[3] V. art. 15 de la loi du Panama n° 20, préc et art. 16 du décret exécutif n° 12 du 20 mars 2001 portant réglementation de la loi du Panama n° 20, préc : « Aux fins de l'article 15 de la loi, le règlement d'usage de chaque peuple autochtone est présenté aux offices chargés de l'enregistrement désignés en même temps que la demande d'enregistrement de droit collectif pour chaque objet ou savoir traditionnel pouvant être protégé ».

[4] Art. 7- 2° de la loi type du Pacifique sur *la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles* du 2002, préc.

والمراجعة وكذا الإجراءات القضائية والدروس الخاصة وأخيرا المعلومات حول المواضيع أو الأحداث الجارية[1].

ولم يغفل هذا النص القانوني النموذجي عن بيان الحقوق المعنوية التي يحظى بها المستفيد من الحماية، فيكون لهذا الأخير حق ملكية على التعابير الثقافية محل الحماية كما له الحق في الطعن في الإسناد الخاطئ لحق الملكية، وذلك حينما يسند إليه حق ملكية تعبير ثقافي معين بينما هذا التعبير يكون في الحقيقة من نصيب مالك تقليدي آخر، ومثلما هو الحال بالنسبة لباقي التشريعات المتعلقة بحق المؤلف والتي تنص على الحق في سلامة المصنف فإن مالك التعبير الثقافي له الحق في الحماية ضد كل فعل يشكل مساسا بالحقوق[2].

هذا فيما يخص تحديد المستفيد من الحماية والحقوق المستفاد منها ويبقى ضروريا النظر في مسألة الإستغلال، وذلك من خلال الإجابة عن جملة من التساؤلات بشأن تنظيم هذا الإستغلال وتحديد ضوابطه وكذالك بيان آثاره وحدوده التي تضمن عدم الإساءة للفلكلور ومواجهة الإنتهاكات الواقعة بشأن هذا الإبداع التقليدي الذي يكتسي طابعا جد مهم في مختلف الجوانب وسيتم الحديث عن هذه القضايا من خلال المبحث الثاني.

المطلب الثاني: ضوابط إستغلال الفلكلور وحالات التعدي والإنتهاك

إن الفلكلور ومثل باقي المصنفات الأدبية والفنية يكون محلا للإستخدام والإستغلال من جانب عدة جهات، فقد يكون هذا الإستغلال قانونيا بأن يقع ضمن الحدود المسطرة بموجب النصوص القانونية التي تتولى تنظيمه وتحديد ضوابطه وحدوده التي تضمن حقوق المستفيدين من الحماية من جهة، وتكفل سلامة المصنفات والتعابير الفلكلورية من جهة أخرى مما يتماشى ورغبة المعنيين بهذا الإبداع. كما يمكن أن يحيد هذا الإستغلال عن الحدود التي ترسمها

[1] Art. 7- 4° de la loi type du Pacifique sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles du 2002, préc : « Le paragraphe 2 du présent article ne s'applique pas a l'utilisation des savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture aux fins suivantes :
a) cours particuliers ;
b) critiques ou évaluation ;
c) informations sur des sujets d'actualité ou des manifestations actuelles ;
d) usage occasionnel ».

[2] Art. 13 de la loi type du Pacifique sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles de 2002, préc.

النصوص القانونية مما يجعله غير مشروع ويسمح بوصفه بالتعدي والإنتهاك ويفتح مجالا لمواجهته ووضع حد له، وهو ما يضمن كذلك الحقوق المحمية ويكفل بالموازاة مع ذلك سلامة وأصالة الفلكلور. وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول منهما تحديد ضوابط الإستغلال وكيفية مباشرته، بينما يخصص الثاني لمسألة المساس بتعابير الفلكلور أي بيان الأفعال التي تعتبر بمثابة إنتهاك والآثار المترتبة عن هذه الأفعال المحظورة.

الفرع الأول: ضوابط الإستغلال وحدوده

بالنظر إلى الأهمية التي تحيط بمسألة تنظيم إستغلال الفلكلور فإن العديد من التشريعات المعنية تولي لها عناية معتبرة، وهذا ما سيتم بيانه من خلال هذا الفرع، بحيث يكون لزاما التطرق في إطار هذا التحليل إلى أهم القواعد التي تحكم عملية الإستغلال وتضبطها. وما يتضح من خلال قراءة الأحكام التي جاءت بها مختلف التشريعات هو النص على ضرورة طلب الترخيص من الجهات المعنية بغرض استغلال الفلكلور، مما يستوجب النظر في طبيعة هذا الترخيص وكذا تحديد الظروف التي تتطلب مثل هذا الإجراء وذلك دون التغاضي عن الحالات التي لا يكون فيها طلب الترخيص واجبا، وهو ما يدفع إلى تقسيم هذا الفرع إلى قسمين، يتناول القسم الأول طبيعة الترخيص بإستغلال الفلكلور وتكون الاستثناءات الواقعة على هذا الإجراء موضوعا للقسم الثاني.

أولا: طبيعة الترخيص باستخدام الفلكلور

إن الأهداف المتوخاة من جانب المجتمعات المالكة للفلكلور أو الوصية على هذا التراث التقليدي تتلخص أساسا في الحصول على الإعتراف القانوني بالحق في إمتلاك تعابير الفلكلور، وإستخدامها وكذا الكشف عنها والتحكم في الوصول إليها وفقا لجملة من الإتفاقات والقوانين العرفية، وإن هذا الهدف هو نتيجة طبيعية للحق الضمني المتمثل في إخضاع الإستخدام المتعلق بكل تعبير فلكلوري إلى الموافقة المسبقة أو الرضا المسبق[1].

وينبغي التنويه بأن فكرة إخضاع بعض الإستخدامات وأشكال إستغلال الفلكلور إلى الترخيص المسبق ليست بجديدة بالنسبة للمجتمعات المبدعة في العديد من الدول. وهذا ما ورد ضمن التعليق على الأحكام النموذجية لسنة 1982 المعدة من جانب المنظمة العالمية للملكية

[1] V. document WIPO/ GRTKF/IC/4/3, *op. cit.*, n° 39, p. 15.

الفكرية ومنظمة اليونسكو، فعلى سبيل المثال فإن البعض من القبائل الأصلية في أستراليا لم تتقبل حقيقة أن مجموعة من الصور التي تحتوي على عناصر ذات طابع سري وأخرى مقدسة قد أدرجت ضمن دراسات أنثروبولوجية دون أن يكون هناك ترخيص صحيح ونافذ يسمح بنشرها، كما تمت الإشارة وفي ذات الصدد إلى وجود بعض التعابير الفلكلورية في إفريقيا والتي تتطلب التصريح بالإستخدام من قبل القائمين عليها أو التي يكون إستخدامها محل قيود مثل بعض الرسوم والمخططات[1]. وإن مسألة الترخيص المسبق لا تزال ذات صدى لدى العديد من التشريعات الوطنية للدول الإفريقية، والتساؤل الذي يطرح نفسه بهذا الصدد يتمحور حول الظروف والحالات التي تستدعي مثل هذا الإجراء.

فبالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه كان ينص من خلال الأمر رقم 73-14 الملغى بموجب الأمر رقم 97-10 والسابق ذكره، على أنه " يستلزم تثبيت الفلكلور بصفة مباشرة أو غير مباشرة بغية استغلاله استغلالا ماليا، إذنا مسبقا..." [2]، فإذن المشرع كان يستخدم عبارة "الإذن المسبق" ويربط هذا الإذن بالإستغلال المالي أي الإستغلال الذي تتأتى عنه أرباح وفوائد، وبالرجوع إلى النص الحالي، أي بقراءة أحكام الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره يتبين بأن المشرع يخضع إستغلال مصنفات التراث الثقافي التقليدي لترخيص يمنحه الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة[3] وذلك دون الإشارة منه إلى طبيعة أو وصف هذا الإستغلال الذي يتطلب الترخيص إن كان ماليا أو غير ذلك، حيث إكتفى المشرع الجزائري بالقول بوجوب الترخيص لأجل التمكن من إستغلال مصنفات التراث الثقافي التقليدي.

وليس المشرع الجزائري وحده من يأخذ بهذه القاعدة، بحيث أن المشرع التونسي هو الآخر يفرض وبموجب المادة السابعة من القانون المتعلق بالملكية الأدبية والفنية طلب الترخيص من الوزارة المكلفة بالثقافة بشأن كل تدوين للفنون الشعبية لأجل الإستغلال المالي [4]، كما يتطلب إنتاج المصنفات المستوحاة من الفنون الشعبية ترخيصا من وزارة الثقافة حسب نفس

---

[1] V. les dispositions types, ompi-unesco, III, comm, n° 40, p. 46.

[2] الفقرة 1 من المادة 14 من الأمر رقم 73-14 السابق ذكره والملغى بموجب الأمر رقم 97-10 السابق ذكره.

[3] أنظر المادة 140 من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره.

[4] الفقرة 1 من المادة 7 من القانون التونسي رقم 36-941 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية السابق ذكره: " تندرج الفنون الشعبية ضمن التراث الوطني وكل تدوين بغاية الإستغلال المادي للفنون الشعبية يستوجب ترخيصا من الوزارة المكلفة بالثقافة ويقتضي الحصول على ذلك الترخيص تسديد معلوم تضبطه المؤسسة التونسية لحماية حقوق المؤلفين المحدثة طبقا لهذا القانون".

المادة. وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات الإفريقية المعنية بحماية الفلكلور والتي ربطت طلب الترخيص بطبيعة الإستغلال وحدوده، فحسب بعض التشريعات المقارنة يكون الترخيص لازما حينما يكون الإستغلال مربحا وحينما يتم خارج السياق التقليدي أو العرفي [1]. وقد تمت الإشارة إلى هذه المبادئ من خلال الردود المتعلقة بالإستطلاع الذي تمت صياغته بغرض الوقوف على التجربة الوطنية للدول بخصوص حماية الفلكلور من جهة ومدى إعمال الأحكام النموذجية لسنة 1982 من جهة أخرى والمشار إليه فيما سبق [2]. وفي هذا الشأن يرى تيار فقهي [3] أن الإستغلال التجاري للفلكلور هو ما يخلق مجموعة الإنتهاكات التي قد يتعرض لها هذا الإبداع ولاسيما الإستغلال الذي يتم من جانب منتجي الفنوغرام والفيديوغرام، ومنتجي الأفلام وكذا هيئات البث الإذاعي والتلفزيون، وناشري الكتب، وعليه ينبغي تنظيمه وذلك دون التغاضي عن مبدعي الإنتاجات المشتقة من الفلكلور.

فالطابع التجاري هو المسألة الأكثر حساسية لأنها تتضمن أهم الآثار المالية، ويطرح البعض التساؤل حول الكيفية التي تسمح بالنشر التجاري أو التداول التجاري الذي لا يسبب

---

[1] -Art. 70-2° de la loi de Djibouti n° 54/Am /06 *relative à la protection du droit d'auteur et droits voisins,* préc : « La représentation ou l'exécution publique, la fixation directe ou indirecte d'expressions du folklore en vue d'une exploitation lucrative sont subordonnées à l'autorisation préalable du Bureau de droit d'auteur et droit voisin prévu à l'article 40 de la présente loi, moyennant le paiement d'une redevance dont le montant sera égal à 50 % des redevances perçues pour l'utilisation des œuvres analogues protégées ».

-Art. 111 de la loi n° 08-024 *fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* en République du Mali, préc : « La représentation ou l'exécution publique, la reproduction par quelque procédé que ce soit d'expressions du folklore, en vue d'une exploitation lucrative et en dehors du contexte traditionnel ou coutumier, sont subordonnées à l'autorisation préalable de l'organisme professionnel de gestion collective, moyennant le paiement d'une redevance dont le montant sera fixé selon les conditions en usage dans chacune des catégories de création considérées. Les produits de cette redevance seront gérés par l'organisme professionnel de gestion collective et consacrés à des fins culturelles et sociales au profit des auteurs maliens ».

- Art. 85 de la loi n° 005/PR/2003 *portant protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore* du Tchad, préc : « Les utilisations suivantes d'» expressions du folklore » sont soumises à l'autorisation du Bureau tchadien du droit d'auteur lorsqu'elles sont faites à la fois dans une intention de lucre et en dehors de leur contexte traditionnel ou coutumier :

1° toute publication, reproduction et toute distribution d'exemplaires d' " expressions du folklore " ;

2° toute récitation, représentation ou exécution publique ; toute transmission par fil ou sans fil et toute autre forme de communication au public d'expressions du folklore ».

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit.,* p. 35.

[3] K. Nkiema, *op. cit.,* p. 172.

مساسا بطبيعة وشكل التراث الفلكلوري [1] فإذن إستغلال الفلكلور لمقاصد وأهداف تجارية وربحية هو ما يتطلب التنظيم والعناية التشريعية، فقد تعمد بعض الجهات إلى المساس بتعابير الفلكلور تماشيا مع متطلبات السوق وذلك دون مراعاة الحق في السلامة الذي تنص عليه التشريعات المعنية، ولأن الفلكلور هو مصدر إبداع وإبتكار ومنهل لكم معتبر من التعابير المعاصرة فإنه ينبغي تنظيم هذا الإستلهام حتى يكون مشروعا، وحتى يتم دون المساس بصحة وسلامة الإبداع الأصلي ولعل هذا يتحقق بطلب الترخيص من الجهة المختصة بغرض الإستلهام أو التصريح لدى هذه الجهة بهذا الفعل.

وعن الإستغلال المربح فهو بطبيعة الحال الإستغلال التجاري، والذي تم تعريفه على أنه "إستخدام يرتبط بنشاط مستمر مدر للربح أو يعززه" [2]، وحسب البعض فإنه يتوجب تحديد وبدقة المجالات أو الإبداعات التي يمكنها أن تفتح أبوابها أمام الإستغلال التجاري، ويؤكد هؤلاء على أن التعابير الفنية على وجه الخصوص أو بعبارة أخرى مجال الإبداعات الفنية هو الأقرب لأن يكون محلا للإستغلال التجاري. وإلى جانب ذلك فإن الرقصات الشعبية، والموسيقى وكذا الشعر والرواية تكون محلا لهذا النوع من الإستغلال والذي يمكن أن يتم بسهولة تامة، ولا يقتصر الأمر على هذه الإبداعات فقط بل يمتد من جهة أخرى ليشمل كذلك الطقوس الدينية التي يمكن أن تكون محلا للتمثيل أمام الجمهور أو أن يتم تحويلها لمؤلفات سينمائية [3]، وحسب ذات الإتجاه فإنه من الممكن التمييز في مجال تحديد الإنتاجات التي تحتمل الإستغلال التجاري بين إنتاجات الفلكلور التي لا تكون مثبتة على دعامة مادية أي التعابير الفلكلورية غير الملموسة وبين المظاهر المثبتة أين يمكن للتثبيت أن يسمح بفتح المجال أمام إعادة الإنتاج القابل للتداول والتسويق. وكمثال عن هذا الوضع فإن التعابير الموسيقية تكون عرضة للإستغلال الفوري بينما المعتقدات مثلا لا يمكن تثبيتها وإنما تتم ممارستها ولا يمكن إقحامها في المجال التجاري إلا نادرا[4].

[1] V. document FOLK/I/3, *op. cit*., n°80, p. 17.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, *op. cit*., annexe, p. 51: « "Toute" utilisation qui est liée à une activité lucrative en cours ou qui sert celle-ci ».

[3] V. document FOLK/I/3, *op. cit*., n° 76, p. 16.

[4] V. document FOLK/I/3, *op. cit*., n° 76, p. 16.

إنه وبالرجوع إلى أحكام التشريعات المقارنة يتضح بأنها تجعل من طبيعة الإستغلال وكذا الإطار الذي يتم فيه معاييرا لإجراء الترخيص، فمثلما سبق القول فإن الترخيص يكون ضروريا متى كان الإستغلال تجاريا وتم خارج السياق التقليدي أو العرفي، وإن كان الإستغلال التجاري هو ما ينطوي على الربح والمكاسب المالية ، فإنه يقصد من السياق التقليدي" طريقة إستخدام أشكال التعبير الثقافي التقليدي في إطارها الفني الملائم إستنادا إلى إستخدام مستمر للجماعة"[1]. أما عن السياق العرفي فهو أن تستعمل أشكال التعبير الفلكلوري وفقا لممارسات الحياة اليومية للجماعة مثل الأساليب المعتادة التي ينتهجها الحرفيون المحليون في بيع نسخ من أشكال التعبير الفلكلوري الملموسة[2]. وبقراءة أحكام تشريع دولة مالي وكذلك دولة تشاد مثلا يتضح أنه قد تم الجمع بين وصفين وهما أن يكون الإستغلال مربحا وأن يتم خارج السياق التقليدي أو العرفي[3].

غير أنه بالرجوع إلى التشريع المغربي يستخلص بأن المكتب المغربي لحقوق المؤلفين يمنح الترخيص بشأن الإستعمالات التجارية أو بشأن الإستعمالات التي تتم خارج الإطار التقليدي أو العرفي للتعابير المعنية [4]. والأمر كذلك بخصوص الأحكام النموذجية لسنة 1982 والمشار إليها سابقا [5]. فحسب هذه الأحكام فإن كل نشر، أو إعادة إنتاج، أو توزيع لنسخ من التعابير الفلكلورية، وكذلك كل إقتباس أو تمثيل أو عرض علني وكل نقل بواسطة كابل أو بدونه، وكل شكل آخر من أشكال التبليغ إلى الجمهور يتطلب ترخيصا مادام أنه يتم بنية الربح أو خارج السياق التقليدي أو العرفي. وقد جاء في التعليق على المادة الثالثة من الأحكام النموذجية أن الإستغلال حينما يكون في الإطار التقليدي أو العرفي فإنه لا يخضع للترخيص المسبق حتى وإن كان يهدف إلى الربح، وعلى خلاف ذلك فإن كل إستخدام يكون خارج هذا الإطار وبهدف الربح فإنه يستوجب الترخيص حتى وإن كان هذا الإستغلال من جانب عضو

---

[1] أنظر في الصفحات 28-29 من هذه المذكرة.

[2] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 42, p. 46: « Le " contexte coutumier, …se réfère plutôt à l'utilisation d'expressions du folklore selon les pratiques de la vie quotidienne de la communauté, par exemple à la façon dont les artisans locaux vendent habituellement des exemplaires d'expressions tangibles du folklore ».

[3] جاء في فحوى النصين القانونيين أن الإستغلال الذي يكون بنية الربح ويكون خارج السياق التقليدي والعرفي هو ما يستلزم الترخيص المسبق، ففي كلا النصين إستعمل " الواو" كحرف عطف.

[4] أنظر المادة 7 من القانون المغربي رقم 00-2 السابق ذكره.

[5] Art. 3 des dispositions types de 1982, adoptées par l'OMPI et l'UNESCO.

من أعضاء المجتمع الذي ينبثق منه التعبير الفلكلوري في الأصل [1]، ويرى بعض الفقه أن مفهوم الإستخدام التجاري يثير عدة صعوبات لدى تطبيقه، والأمر متروك بيد المحاكم المختصة في كل بلد لأجل تقديم العناصر اللازمة لتقدير هذا المفهوم[2].

وقد ذكرت المادة الثالثة من الأحكام النموذجية الإستخدامات التي تتطلب الترخيص في حالة إجتماع الظروف المشار إليها سابقا، وقد تمت الإشارة إلى فعل النشر الذي يتضمن في مفهومه الواسع كل شكل أو سبيل يسمح بتداول التعبير الفلكلوري لدى الجمهور أو بعبارة أخرى يسمح بوصول الجمهور إلى أصل التعبير الفلكلوري المعني أو عدة نسخ من هذا التعبير المثبت على دعامة مادية، ويتضمن مفهوم النشر كل من فعل البيع أو العرض أو التأجير لعدة نسخ من التعابير الفلكلورية الملموسة، أما بخصوص التوزيع وإعادة الإنتاج فإنها تعتبر بمثابة أفعال تتطلب ترخيصا هي الأخرى وليست بمثابة عناصر من فعل النشر. فمثلا إعادة إنتاج أو نقل تعبير فلكلوري بنية الربح وخارج الإطار التقليدي أو العرفي يتطلب ترخيصا إذا ما تم في شكل نسخة واحدة أو لأجل متعامل محدد أو لأجل أن يبلغ إلى الجمهور في شكل غير ملموس، وإن مفهوم النقل يتضمن تسجيل الأصوات، الصور أو الأصوات والصور معا. وقد ذكر التوزيع منفصلا عن الأفعال الأخرى للأخذ في الإعتبار إمكانية التوزيع بنية الربح لنسخ موجودة بشأن تعابير فلكلورية معينة والتي لم تكن موجهة للتوزيع بصفة عامة أو أن الشخص الذي قام بتحقيقها لم يكن يرغب في توزيعها وطرحها في التداول[3].

ولم يغفل المشرع المغربي هو الآخر عن بيان الأفعال التي تتطلب الترخيص بالإستغلال بحيث يتعلق الأمر" بالإستنساخ، التبليغ إلى الجمهور عن طريق العرض أو الأداء

[1] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 41, p. 46: «… Il a été convenu que les utilisations faites dans un but de lucre, en dehors du contexte traditionnel ou coutumier doivent être soumises à autorisation. Cela signifie notamment qu'une utilisation dans le cadre traditionnel ou coutumier n'est pas soumise à autorisation même lorsqu'elle est faite dans un but lucratif. En revanche, toute utilisation faite en dehors de ce cadre et dans un but lucratif doit être autorisée, même si elle est le fait de membres de la communauté d'origine de l'expression ».

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 185: « La notion d'usage commercial engendre certes des difficultés supplémentaires dans son application; il appartiendra aux tribunaux de chaque pays, par rapport aux traditions juridiques de ce dernier, de fournir les éléments d'appréciation de cette notion ».

[3] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 44, p. 47.

أو البث الإذاعي أو التوزيع عن طريق الكابل أو بأي وسيلة أخرى، الإقتباس والترجمة أو أي تعديل آخر، تثبيت تعابير الفلكلور"[1] .

هذا وبالرجوع إلى الأحكام والنصوص القانونية المشار إليها آنفا يتبين أن الترخيص بإستخدام تعابير الفلكلور يكون من إختصاص السلطة المختصة التي يعينها التشريع المعني، ففي الجزائر يدخل هذا الإختصاص ضمن المهام الموكلة للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة والذي يقوم كذلك بمهام أخرى في سبيل إثراء مصنفات التراث الثقافي التقليدي بحيث يسهر على إحصاء المواطن الثقافية التي تتضمن مثل هذه المصنفات وكذا جمعها ونشرها بواسطة دعائم مختلفة ووضعها في متناول الجمهور والباحثين وكل الجمعيات المستغلة لهذا النوع من المصنفات [2]، وفي إطار التشريع المغربي هو من اختصاص المكتب المغربي لحقوق المؤلف، وكذلك بالنسبة لبعض التشريعات الإفريقية التي توكل مهمة الترخيص لمكتب حق المؤلف والحقوق المجاورة أو الهيئة المختصة بالتسيير الجماعي.

أما في إطار الأحكام النموذجية، فان كل طلب للترخيص الفردي الذي يتعلق بكل حالة على حدا أو الترخيص الشامل الذي يمنح للمستخدمين المنتظمين مثل المؤسسات الثقافية والمسارح ومؤسسات البث الإذاعي مثلا يجب أن يقدم أمام السلطة المختصة أو المجتمع المعني[3]، وتتولى السلطة المختصة تلقي طلبات الترخيص المتعلقة بالإستخدامات التي تفترض هذا الإجراء، كما تتولى البت فيها، وفي حالة القضاء بالترخيص فإنها تفرض عند الإقتضاء مقابلا تقوم بتحصيله في شكل أتاوة محددة، بينما قد تختار بعض التشريعات منح مهمة الترخيص للمجتمع المعني ففي هذه الحالة ووفقا للتعليق على الأحكام النموذجية لسنة 1982 فإن هذا المجتمع يكون أهلا للسماح أو منع إستخدامات تعابيره الفلكلورية التي تتطلب الترخيص، فالمجتمع في هذه الحالة يمكن أن يتصرف بصفته مالكا للتعبيرات محل النظر وله

[1] أنظر الفقرة 1 من المادة 7 من القانون المغربي رقم 00-2 السابق ذكره.

[2] المادة 2 من دفتر أعباء الخدمة العمومية للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ملحق المرسوم التنفيذي رقم 98-366 المؤرخ في 21 نوفمبر 1998 المتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر. 22 نوفمبر 1998، عدد 87، ص. 5.

[3] Art. 10-1° des dispositions types de 1982, adoptées par l'OMPI et l'UNESCO : « Toute demande d'autorisation individuelle ou globale concernant toute utilisation d'expression du folklore soumise à autorisation en vertu de la présente loi doit être présentée (par écrit) à l'autorité compétente (la communauté concernée) ».

كامل الحرية في إتخاذ القرار المناسب ولا يتم إخضاع قراراته لأية هيئة أخرى تراقب الطريقة التي يمارس فيها المجتمع حقوقه وصلاحياته[1].

ولابد من الإشارة إلى أنه لم يتم بيان الكيفية أو الشكل الذي يصدر فيه الترخيص سواء ضمن الأمر رقم 2003-05 أين إكتفى المشرع الجزائري بالنص على ضرورة الترخيص وعلى تحديد الجهة المختصة دون القول ما إذا كان يصدر كتابة أو شفاهة ونفس الأمر بالنسبة لباقي التشريعات المقارنة مما يثير عدة تساؤلات تتعلق على وجه الخصوص بتحديد الصورة التي يتخذها، وكذلك البيانات أو المعلومات التي ينبغي أن يتضمنها. وقبل ذلك التساؤل عن كيفية تقديم الطلب وكذا الأجل الذي يجب أن يتم إحترامه لأجل البت فيه وما إذا كان من الممكن الطعن في قرار السلطة المختصة في حالة رفضها لطلب الترخيص وما إذا كانت ملزمة بتبرير موقفها السلبي، وقد يطرح التساؤل كذلك بخصوص مدة صلاحية الترخيص والإلتزامات التي تقع على المرخص له. فإذن هذه من بين الإشكالات التي تثور بهذا الصدد والتي لم يتم التفصيل فيها من جانب النصوص القانونية المعنية.

وبالرجوع إلى نص الأحكام النموذجية السالف ذكرها، يلاحظ بأنه قد تمت الإشارة إلى شكل الطلب الذي يكون بغرض الحصول على ترخيص بالإستغلال، فهذا الطلب قد يكون كتابة كما يلاحظ من خلال النظر في فحوى المادة العاشرة في فقرتها الأولى بأن هناك مجال لأن تنص الدول على إمكانية قبول الطلبات التي تكون في شكل شفهي، غير أنه لم تتم الإشارة إلى المعلومات التي يتوجب توضيحها ضمن طلب الترخيص، بحيث أن التنظيم الملائم لطرق وأشكال تقديم الطلبات أمام السلطة المختصة أو المجتمع المعني يبقى من إختصاص كل دولة وفقا للشروط والظروف القائمة، إذ يمكن التركيز على المعلومات الشخصية لصاحب الطلب مثل الإسم والصفة والمهنة، مع تحديد بعض المعلومات الخاصة بالتعبير محل طلب الترخيص والتي تسمح بتحديده بشكل مناسب لاسيما ذكر مصدره، بالإضافة إلى المعلومات التي تتعلق بالإستخدام الذي سيكون التعبير الفلكلوري محلا له[2].

[1] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 77, p. 54.

[2] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 81, pp. 54-55.

من قراءة نص المادة 141 من الأمر رقم 2003-05 يتضح بأن الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة له الحق في أن يرفض أو يعلق كل إستخدام مضر بمصنفات التراث الثقافي التقليدي[1]، فقد ترى الجهة المختصة بأن الإستغلال الذي ينوي طالب الترخيص القيام به سيكون ذا إنعكاسات سلبية على صحة وسلامة المصنفات المعنية ومن ثم يتخذ قرار الرفض وبطبيعة الحال فإن هذا الرفض يعتبر سبيلا من سبل الحفاظ على مصنفات التراث الثقافي وحمايتها من الإستغلالات التي تلحق بها ضررا. كما قد يعمد الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة إلى تعليق الإستغلال متى كان هناك ترخيص ومتى ثبت وجود ضرر بالمصنف المرخص بإستغلاله. وبالنسبة للإلتزامات التي تقع على عاتق المرخص له بإستغلال الفلكلور فإن المشرع الجزائري ينص على ضرورة أن يحافظ مستعمل المصنفات الفلكلورية على إحترام سلامتها والسهر على إبلاغها للجمهور مع مراعاة أصالتها وقد أشير إلى هذه المسألة عند التعرض للحقوق المعنوية بشأن التعابير الفلكلورية.

لقد جاء في نص المادة 140 من الأمر رقم 2003-05 أن الإستغلال المربح لمصنفات التراث الثقافي التقليدي يسفر عن تحصيل الديوان الوطني لأتاوى تخصص لتمويل إحصاء المصنفات والحفاظ عليها [2]، فالمشرع أشار وبشكل صريح إلى طبيعة الإستغلال الذي يستحق الترخيص به دفع الأتاوى. وحسب بعض الفقه فإن نظام الإستغلال ولأجل ضمان الفعالية والوضوح لابد له أن يحدد وبدقة أشكال الإستغلال التي تتطلب دفع مقابل عن الترخيص بها، فلا يكون هناك مجال للتعميم وما يسمح بالحد منه هو تحديد هدف الإستغلال وكذلك موضوع هذا الإستغلال [3]. وبالرجوع إلى أحكام الأمر رقم 2003-05 فإن المشرع قد حدد الهدف من الإستغلال الذي يستوجب دفع الأتاوى وذلك بأن يكون تجاريا وما يؤكد هذا هو الإشارة إلى عنصر الربح[4]، بينما لم يحدد موضوع الإستغلال بصفة دقيقة، بحيث لم يتم النص

---

[1] المادة 141 من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره: " يعمل الديوان على مراقبة مدى الاستغلال الملائم للمصنفات المنصوص عليها في المادة 139 من هذا الأمر، وله أن يرفض أو يعلق كل استغلال مضر بها".

[2] المادة 140 من الأمر رقم 2003-05 السابق الذكر.

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 184: « Par souci de clarté et d'efficacité, la règlementation doit determinér avec précision les modes d'utilisation du folklore soumis au paiement de la redevance. Nous avons déjà pris position contre la généralité de la règlementation de l'exploitation du folklore; cette généralité doit être atténuée selon deux critères: le but de l'utilisation et le sujet de l'utilisation ».

[4] الفقرة 2 من المادة 140 من الأمر 2003-05 السابق ذكره.

على الأفعال المعنية في شكل قائمة أو بشكل واضح وإنما كل إستغلال يكون مكسبا يفضي إلى الإلتزام بدفع مقابل عن الترخيص.

وقد كان المشرع ينص من خلال الأمر الملغى رقم 73-14 على إمكانية دفع الأتاوة مقابل الترخيص المتعلق بإستغلال الفلكلور، فحسب الفقرة الثانية من المادة 14 فإن وزير الإعلام والثقافة يمكن له أن يطالب مقابل التثبيت المباشر أو غير المباشر بدفع أتاوة [1]. غير أن الأتاوى المذكورة في فحوى المادة 140 واجبة الدفع على مستخدم مصنفات التراث الثقافي التقليدي. إنه وبالرجوع إلى نص الأحكام النموذجية لسنة 1982، يتضح بأنه توجد إمكانية لتحصيل الأتاوى مقابل الترخيص بإستغلال الفلكلور وفقا للأفعال المنصوص عليها من خلال المادة الثالثة، غير أن هذه الأتاوى غير إلزامية، إذ أن الأحكام النموذجية تسمح بتلقيها ولكنها لا تفرض ذلك على وجه الوجوب وهو ما يفهم من الفقرة الثانية للمادة العاشرة [2]. ومع إفتراض تعيين رسوم مقابل الترخيص فإن هذا الأخير لا يكون فعليا إلا في حالة ما إذا تم دفع الرسوم المحددة، ويمكن كذلك إعفاء إجراء الترخيص من هذه الرسوم لكن يبقى وجود الترخيص مبررا كونه يمنع الإستخدامات التي تشوّه تعابير الفلكلور أو التي قد تمس بشكل أو آخر بسمعة هذه التعابير وسلامتها.

وفيما يخص تحديد مبالغ الرسوم والأتاوى فإنه من إختصاص الجهة المانحة للترخيص إذ ينص المشرع الجزائري على أنه يتم تحديد مبلغ الأتاوى بالتناسب مع الإيرادات المحصل عليها من جراء الإستغلال أو يتم تحديده بشكل جزافي وفقا للشروط التي يقضي بها النظام التحصيلي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة [3]. وهناك من التشريعات التي حددت نسبة الرسوم بما يعادل 50% من الرسوم المحصلة بشأن إستخدام المصنفات المماثلة

[1] الفقرة 2 من المادة 14 من الأمر رقم 73-14 السابق ذكره.

[2] Art. 10-2° des dispositions types de 1982, adoptées par l'OMPI et l'UNESCO : « Lorsque l'autorité compétente -la communauté concernée- accorde une autorisation, elle peut fixer le montant des redevances en fonction d'un barème établi -approuvé- par l'autorité de surveillance et les percevoir. Les redevances perçues sont utilisées pour promouvoir ou sauvegarder la culture nationale -le folklore national- ».

[3] الفقرة 2 من المادة 140 من الأمر رقم 03-05 السابق ذكره.

والمحمية[1]، أو أن يتم تحديدها بالنظر إلى الشروط المستخدمة بخصوص كل فئة من فئات الإبداع المعنية[2].

إن الرسوم المشار إليها قد تختلف بحسب أشكال الإستغلال، فقد يتم التمييز بين الرسوم المتعلقة مثلا بعملية الجمع البسيطة وبين عملية الجمع التي تتضمن إسهاما شخصيا، أو بين مجرد التثبيت عن طريق النقل أو إعادة الإنتاج وبين إنشاء مصنف مشتق عن طريق التعديل أو التحويل، وفي جميع الأحوال، فإن الرسوم المتعلقة بطلب الترخيص لابد أن تكون مناسبة وعادلة مما يسمح بتشجيع الإستغلال الذي يسهم في نشر الفلكلور. وقد تثور بشأن عملية تحصيل الأتاوى إشكالات أساسية تتمثل في تحديد طريقة التحصيل وكذا الجهة المكلفة بهذه المهمة، وبخصوص طريقة تحصيل وتلقي الأتاوى والرسوم فإنه من الممكن أن يتم هذا الإجراء قبل الإستغلال فيكون هناك إتفاق حول المبلغ الواجب الدفع، كما يمكن أن تحصّل الرسوم بعد الإستغلال بأن يتم إقتطاع نسبة من الإيرادات أو ما تأتى عن عملية البيع [3]. أما بخصوص الجهة التي تتولى تحصيل الأتاوى فإنه وبالرجوع إلى مختلف التشريعات المهتمة تتمثل في الهيئة المكلفة بالتسيير الجماعي أو بعبارة أخرى الهيئة التي تسهر على تسيير حقوق المؤلفين.

وعن مسألة تخصيص الأتاوى والرسوم التي يتم تحصيلها لقاء الترخيص بإستخدام وإستغلال تعابير الفلكلور فإن المشرع الجزائري ينص على أنها تكرس لتمويل إحصاء المصنفات والحفاظ عليها[4]، وبالرجوع إلى أحكام بعض التشريعات الإفريقية في هذا الصدد فإنه يتضح بأن الأتاوى والرسوم المحصلة نتيجة الترخيص بإستغلال الفلكلور توجه وتكرس لأغراض ثقافية وإجتماعية إما لفائدة المجتمعات المعنية، المؤلفين، فناني الأداء بالنسبة لدولة تشاد، وتكون لفائدة المؤلفين في مالي وكذلك في جيبوتي أما في السنغال فإن المبالغ المحصلة عن التصريح بإستغلال تعابير الفلكلور فإنها تقسم حسب طبيعة الإستغلال، فإن تعلق الأمر بعملية الجمع التي لا يصاحبها التعديل أو الإسهام الشخصي فإنه تمنح نسبة 50% للشخص الذي

[1] -Art. 70-2° de la loi de Djibouti n° 54/Am /06 *relative à la protection du droit d'auteur et droits voisins*, préc.

[2] -Art. 111-2° de la loi n° 08-*024 fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* en République du Mali, préc.

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 190.

[4] أنظر الفقرة 3 من المادة 140 من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره.

يحقق العملية ونفس النسبة تؤول لهيئة التسيير الجماعي، أما إذا تعلق الأمر بعملية الجمع التي يقترن بها التعديل أو التكييف فإن المؤلف يحظى بنسبة 75% والنسبة المتبقية أي 25% تكون من نصيب هيئة التسيير الجماعي وفي كل الأحوال فإن المبالغ التي تكون لفائدة هذه الأخيرة يتم تكريسها لأغراض إجتماعية وثقافية[1]، ومن الدول من أشارت إلى أن الأتاوى المحصل عليها والتي لا تقل عن نسبة 7% من فوائد الإستخدام يجب أن تستخدم للأغراض التالية على وجه الخصوص: لدعم ومساعدة الهيئات المهتمة بالفلكلور الوطني، مؤسسات البحث بشأن الفلكلور، المتاحف، صالات العروض والأرشفة، هذا من جهة ومن جهة أخرى تخصص المبالغ المتلقاة لدعم المجتمعات التي تنتج وتنشر الفلكلور لأجل تشجيعها على القيام بأعمال مهمة في مجال الفلكلور التقليدي وأخيرا لأجل حماية ونشر أعمال الفلكلور الوطني[2].

إن إجراء الترخيص المسبق يسمح بمراقبة الإستغلال وضمان أن يتم في أحسن الظروف، ومع ذلك لا ينبغي أن يلازم طلب الترخيص المسبق جميع الإستخدامات، بحيث يكون لازما كلما تعلق الأمر بعملية التثبيت المباشر لتعابير الفلكلور مثل تصوير الرقصات الفلكلورية وجمع القصص وتسجيل الأغاني الشعبية ففي هذه الحالة لابد من أن يتم التثبيت

[1] - Art. 86 de la loi n° 005/PR/2003 *portant protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore* du Tchad, préc : «L'autorisation du Bureau tchadien du droit d'auteur prévue à l'article 119 est donnée moyennant le paiement d'une redevance dont le montant sera fixé en fonction des conditions en usage pour les œuvres protégées de même catégorie. Les produits de cette redevance seront gérés par le Bureau tchadien du droit d'auteur et affectés à des fins culturelles ou sociales en faveur des communautés d'origine, des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants au Tchad ».
-Art. 70-3° de la loi de Djibouti n° 54/Am /*06 relative à la protection du droit d'auteur et droits voisins*, préc : « Le produit de ces redevances est consacré à des fins culturelles et sociales au bénéfice des auteurs nationaux ».
-Art. 111-2° de la loi n° 08-024 *fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* en République du Mali, préc : «…Les produits de cette redevance seront gérés par l'organisme professionnel de gestion collective et consacrés à des fins culturelles et sociales au profit des auteurs maliens».
-Art. 158 de la loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 *sur le droit d'auteur et les droits voisins* au Sénégal, préc : « 1. Les sommes provenant de la redevance prévue à l'alinéa précédent sont réparties ainsi:
a) Collecte sans arrangement ni apport personnel: 50% à la personne ayant réalisé la collecte, 50% à la société de gestion collective agréée;
b) Collecte avec arrangement ou adaptation: 75% à l'auteur, 25% à la société de gestion *collective* agréée.
2. Les sommes revenant à la société de gestion collective sont consacrées à des fins sociales et culturelles ».

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit.*, p. 42.

بأمانة لأجل الحفاظ على سلامة وصحة التعابير المعنية، مما يستدعي إجراء الترخيص المسبق الذي يسمح بمباشرة الرقابة الوقائية، بينما لو كان التثبيت غير مباشر بأن يتم التعديل أو التكييف لتعابير الفلكلور أين يكون من الصعب التأكد من أصل التعابير الحديثة وهو ما يجعل من تحديد التحويلات المشينة والمسيئة أمرا صعبا للغاية فإنه يجب إخضاعه لواجب التصريح المسبق[1]. هذا فيما يخص الترخيص بإستغلال الفلكلور ويبقى في إطار هذا التحليل الحديث عن الإستثناءات التي ترد على هذا الإجراء والتي سيتم التطرق إليها من خلال الفرع الثاني.

ثانيا: الإستثناءات المتعلقة بالترخيص بإستغلال الفلكلور

تنص أنظمة حق المؤلف على جملة من الإستثناءات والحدود التي تتعلق بالحقوق الحصرية لأصحاب حق المؤلف، والتي تسمح بإستخدام مؤلفاتهم لأغراض محددة وذلك دون طلب الترخيص، فقد تباشر هذه الإستخدامات مجانا أو بدفع مقابل، وقد تختلف قائمة الأفعال التي تدخل ضمن نطاق الإستثناءات المنصوص عليها من بلد لآخر، وبالنسبة لأشكال التعبير الثقافي التقليدي فإن الموقع الجغرافي الذي تحتله هذه التعابير يمكن أن يشكل عاملا حاسما في تحديد ما إذا كان الإستخدام يعتبر قانونيا أم لا. وهناك من الدول من تأخذ بمفهوم " الإستخدام القانوني" والذي يقوم على أربعة معايير وهي هدف وصفة الاستخدام، طبيعة المصنف المحمي والذي سيكون محلا للإستخدام، حجم وأهمية الجزء المستخدم بالنظر إلى المصنف ككل، وأخيرا تأثير الإستخدام على السوق الذي يتم فيه تداول المصنف المحمي وكذا تأثيره من جهة أخرى على قيمة المصنف، فهذه المعايير تسمح بالحكم على الطابع الذي يلازم الإستخدام المعني أي القول بمدى قانونيته يتوقف على النظر في هذه العناصر الأربعة. بينما هناك دول أخرى تأخذ بمفهوم " الفعل القانوني "، بحيث يتم تحديد الأفعال القانونية في شكل قائمة تستعرض الأفعال التي يصرح بأنها لا تمس بحق المؤلف وهناك من الدول التي تستخدم عبارة " الإستخدام الحر" وفي كل الأحوال فإن هذه الأخيرة تتعامل مع مسألة الإستثناءات بشكل مختلف[2].

ويضع مصطلح "الإستثناءات" الحدود لإستخدام مصنف محمي بناء على حق المؤلف، وتتعلق الإستثناءات بشكل وثيق بالأفعال المتصلة بالعناصر المحمية أين يتم إخراج بعض الإبداعات الأصلية من دائرة إحتكار مالكها، لكنها تتعلق إجمالا بمسألة تحديد

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, pp. 197-198.

[2] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, p. 48.

إستخدامات العناصر المحمية التي لا تخضع للترخيص ولا للمكافأة [1]، وهناك من أشار إلى أنه لا يوجد تعريف لكل من مصطلح "الإستثناءات " ومصطلح " الحدود" على الصعيد الدولي يسمح بالتمييز بين المفهومين غير أنه من المسلم به عموما أن مصطلح " الإستثناءات" يستخدم للدلالة على الإستعمالات التي لا تتطلب ترخيصا بينما ثاني مصطلح فإنه يصف حدود نطاق الحماية وغالبا ما يتم الرجوع إلى المصطلحين لوصف جميع أشكال التقييد القائمة في إطار ممارسة الحقوق أو بيان نطاقها[2].

إن القانون المغربي على سبيل المثال ينص على الإستثناءات المتعلقة بطلب الترخيص، فلا يكون الترخيص واجبا بشأن الإستعمالات المشار إليها ضمن المادة السابعة أي حينما يتم الإستعمال لأغراض شخصية من قبل شخص طبيعي، أو لأغراض التعليم المباشر أو البحث العلمي، وكذا إستعمال مقاطع مختصرة للأحداث اليومية إذا كان هذا الإستعمال يبرره موضوع الملخص"[3]، ومثلما سبق القول فإن إعمال الإستثناءات يختلف من دولة لأخرى ومن تشريع لآخر، فحسب ما جاء في إحدى التشريعات الإفريقية فإنه عند إستعمال تعابير الفلكلور من جانب شخص عام ولأغراض غير ربحية فإنه لا يخضع للترخيص ولا يكون ملزما بدفع الأتاوى وإنما يلتزم بالتصريح بهذا الإستخدام لدى مكتب حق المؤلف والحقوق المجاورة [4]، وتتمثل أشكال الإستغلال المحتملة بهذا الخصوص في التمثيل والعرض العلني، والتثبيت المباشر أو غير المباشر لتعابير الفلكلور.

وقد لا يحدد التشريع الأفعال والحالات التي قد ترد عليها الإستثناءات بشأن تعابير الفلكلور ولكن يشير إلى تطبيق تلك التي تخص باقي المصنفات المحمية مع التعديل بحسب

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, op. cit., annexe, p. 22: « Le terme “exception” fixe les limites de l’utilisation d’une œuvre protégée par le droit d’auteur. Les exceptions sont étroitement liées aux actes en rapport avec les éléments protégés. Parfois, le terme “exception” englobe des décisions législatives supprimant certaines créations originales du monopole du titulaire ou propriétaire …mais, dans l’ensemble, il s’agit de déterminer quelles utilisations d’éléments protégés ne sont soumises à aucune autorisation, ni rémunération ».

[2] Loi type de 2002 sur *la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie : principes dans la législation nationale, op. cit*., p. 43.

[3] أنظر الفقرة 2 من المادة 7 من القانون المغربي رقم 00−2 السابق ذكره.

[4] Art. 71 de la loi de Djibouti n° 54/Am /06 *relative à la protection du droit d’auteur et droits voisins*, préc.

الأحوال، أي إدخال التغييرات اللازمة [1]. فعندما يتاح المصنف للجمهور بالشكل أو الطريقة القانونية فإن المؤلف ليس له حق في أن يمنع بعض الأفعال وذلك مع مراعاة حقه المعنوي، وتتمثل هذه الأفعال وعلى سبيل المثال في النقل والترجمة والتكييف الموجه للإستخدام الشخصي والخاص للشخص الذي يحققه، المحاكاة الساخرة، المعارضة والوصف الهزلي أو ما يسمى بالرسم الكاريكاتوري، وكذلك أفعال التبليغ حينما تكون مخصصة لأغراض تعليمية أو دينية والتي تتم في الأماكن المخصصة لذلك[2].

وحسب البعض[3] فإن مسألة الإستثناءات في مجال التعابير الثقافية التقليدية تثير عدة إشكالات بفعل الطابع السري والمقدس وكذا الديني الذي يحيط بهذه الأخيرة، وبصفة عامة تثور هذه الإشكالات بالنظر إلى أهمية التعابير المحمية من المنطلق الثقافي، فإستخدام أحد هذه التعابير كوسيلة تعليمية يمكن أن يعتبر غير مناسب. فبالنسبة لبعض الشعوب الأصلية والمجتمعات التقليدية فإن مجرد الكشف عن إحدى التعابير الثقافية التقليدية المحددة يمثل فعلا معاقبا عليه بموجب القانون العرفي. ومثال ذلك أن أحد الأساتذة الجامعيين بادر بكتابة ونشر مقال حول رقصة قبلية دينية مما دفع المجتمع الأصلي الذي ينتمي إليه إلى معاقبته ذلك كونه قد ألحق ضررا لا يمكن إصلاحه بالطابع الحساس للنشاط الديني بموجب عملية الإستغلال التي قام بها، فبالنظر إلى نظام حق المؤلف فإن أفعال صاحب المقال الذي تضمّن وصفا للرقصة الدينية مقبولة، بما انه قد قام بخلق تعبير جديد إنطلاقا من معرفته بالمجتمع الأصلي.

أما بالنسبة للمجتمع الذي نشر فيه التعبير الفلكلوري المعني بدون ترخيص فإنه لم ير في الإستخدام القانوني معيارا ذو صلة لأجل تقدير مدى ملائمة الإستخدام، فالمجتمع له قواعده المتعلقة بالنشر والإستخدام والإتاحة للجمهور والتي لم يولها الشخص المتابع إهتمامه مما

---

[1] Art. 88 de la loi n° 005/PR/2003 *portant protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore* du Tchad, préc et art. 114 de la loi n° 08-024 *fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* en République du Mali, préc.

[2] Art. 24 de la loi n° 08-*024 fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* en République du Mali, préc.

[3] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit*., p. 49: « Dans le cas des expressions culturelles traditionnelles, les exceptions et limitations soulèvent, là encore, une série de problèmes. Du fait de la nature secrète, sacrée et spirituelle de ces expressions et, plus généralement, de leur importance d'un point de vue culturel, même l'utilisation de l'une d'entre elles en tant qu'outil pédagogique peut être considérée comme inappropriée. Pour certains peuples autochtones et communautés traditionnelles, le fait de révéler des expressions culturelles traditionnelles spécifiques est un acte passible de sanctions en vertu de la loi coutumière ».

إستوجب معاقبته، وإعتبار عمله مساسا بشكل من أشكال التعبير الثقافي التقليدي [1]. إن القواعد المعنية في هذا المجال هي قواعد القانون العرفي الذي يحكم المجتمع والذي يتضمن مجموعة الأعراف الأصلية للمجتمعات التقليدية، بحيث أن كل مجموعة تعمل على تطوير نظامها القانوني العرفي، إذ يحوي مجموعة مستقلة من القواعد الملزمة بالنسبة لأفرادها.

وبإختلاف العادات والطقوس الإجتماعية فإن هذه القواعد ترتبط بجزاءات في حالة عدم إحترامها وإن كانت في الغالب قواعدا ضمنية غير مكتوبة [2]، فالجزاء الذي تعرض له صاحب المقال السابق ذكره كان نتيجة للعلاقة القائمة بينه وبين مجتمعه بحيث أن هذه العلاقة تفرض جملة من الحقوق والإلتزامات المحددة والمتبادلة بين المجتمع والأفراد الذين ينتمون إليه وكذا القائمة فيما بين هؤلاء، وإن إحترام جميع المعايير التقليدية يتحقق من خلال نظام الجزاءات التي يمكن أن تختلف حسب درجة العلاقة وإن الجزاء يمكن أن يتراوح بين التوبيخ والغرامة ليصل إلى حد النبذ وكذا الإستبعاد [3]. ومن ثم فإن الإستثناءات التي تخص إستغلال الفلكلور تختلف من دولة لأخرى ومن مجتمع لآخر حسب أهمية التعبير المعني بالإستغلال من جهة وحسب طبيعة وصرامة القواعد والنظم العرفية التي تحكم المجتمع الأصلي أو التقليدي.

ولا تخلوا الأحكام النموذجية لسنة 1982 من النص على الإستثناءات والحدود المتعلقة بإستغلال تعابير الفلكلور، فلا تكون هناك حاجة أو إلتزام بطلب الترخيص من السلطة المختصة إذا ما تم الإستخدام بغرض التعليم، حتى وإن تم تبليغ التعبير الفلكلوري بمقابل، مثل أن يتم بيع كتيب أو إقتراح التعليم مقابل أجر يستفيد منه المستخدم، ففي هذه الحالة تكون هناك حرية في الإستخدام لتحقيق أي غرض وبدون قيد ما دام الإستخدام بهدف التعليم. ويتمثل ثاني إستثناء في إستخدام التعبير لأجل توضيح المصنف الأصلي وذلك لضمان الإستخدام الحسن، والحالة الثالثة التي لا تستوجب الترخيص هي إستعارة عناصر من التعابير الفلكلورية لأجل خلق عمل أصلي لمؤلف ما، ويهدف هذا الإستثناء بطبيعة الحال إلى السماح بتنمية الإبداع الفردي المستوحى من الفلكلور، إذ لا ينبغي منع إنشاء وخلق مصنفات وأعمال أصلية مؤسسة على التعابير الفلكلورية القائمة سواء تعلق الأمر بمجال الفنون الملموسة مثل بعض أعمال

[1] M. Tossen et J. Anderson, *op. cit.*, p. 49.

[2] P. Kuruk, *Le droit coutumier africain et la protection du folklore*, Bull. dr. auteur, vol 36, n° 2, 2002, p. 6.

[3] P. Kuruk, *op. cit.*, p. 43.

النقش على الخشب، أو في مجال الموسيقى والأدب، أو التكييفات التي لا تحصى للقصص الشعبية. كما لا يطبق إجراء الترخيص بخصوص الإستخدام العرضي للتعبيرات الفلكلورية كأن تستخدم عناصر تتضمن تعابيرا فلكلورية موجودة وبشكل دائم في مكان عام يمكن رؤيتها من قبل الجمهور[1].

وعن أهمية إعمال هذه الإستثناءات والحدود في مجال التعابير الفلكلورية فقد أشار عدد معتبر من أصحاب المعارف التقليدية والتعابير الثقافية إلى أن تدابير الحماية المؤسسة على الملكية الفكرية يجب أن تقضي ببعض الإستثناءات حتى لا يتم عرقلة ومنع إستخدام هذه المعارف والتعابير من جانب المجتمعات التقليدية. وهذا ما يستشف مثلا من خلال المبدأ العام والتوجيهي للقانون النموذجي لدول منطقة المحيط الهادئ لسنة 2002 والذي يعترف بأن التشريع لا ينبغي أن يقيد أو يعيق إستخدام، وتبادل وتناقل، وتعزيز المعارف والتعابير الثقافية من قبل أفراد المجتمعات المعنية حينما تتم هذه الأفعال بطبيعة الحال في الإطار العرفي ووفقا للممارسات العرفية[2].

وليس غريبا أن تطالب هذه الجهات بإعمال الإستثناءات والقيود وذلك حتى لا تكون الحماية جد جامدة، لأن الحماية الصارمة يمكن أن تكون ذات تأثير سلبي بأن تسمح بالتضييق على النشاط الإبداعي، وتكبح المبادلات الثقافية فيكون من المستحيل تنفيذ وإعمال ومراقبة هذه المبادلات. فإذن التقييد من الحقوق بمثابة وسيلة فعالة لتحقيق التوازن بين الحماية من جهة وبين الإستخدام والتنمية الدائمة للمعارف والتعابير الثقافية من قبل المجتمعات التقليدية من ناحية أخرى.

وفي الختام يمكن القول بأن الترخيص بإستغلال الفلكلور تقنية تسمح بمراقبة الظروف التي يتم فيها وبالتالي التأكد من أنه إستغلال مقبول ولا يمس بسلامة التعابير الفلكلورية، ولأجل تفادي إعاقة وعرقلة عملية نشر التراث الفلكلوري بأن يتم تعليق كافة الإستخدامات على الترخيص المسبق فإن التشريعات المهتمة بحماية الفلكلور تخفف من هذا الإحتمال السلبي

[1] Art. 10-2° des dispositions types de 1982, adoptées par l'OMPI et l'UNESCO.

[2] Loi type de 2002 sur *la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie : principes dans la législation nationale, op. cit.*, p. 43.

وذلك بالنص على جملة من الإستثناءات والحدود التي تختلف من دولة لأخرى ومن مجتمع تقليدي لآخر، وإن كان الهدف من وراء الأخذ بها واحدا وهو السماح بنشر الفلكلور وتعزيزه.

ويبقى بعد النظر في الضوابط التي تحكم وتنظم عملية الإستغلال أن تتم الإحاطة بمسألة أخرى، ذات صلة بهذا الجانب والتي تتمثل في بيان وتحديد أشكال التعدي والمساس بتعابير الفلكلور وكذا الآثار المترتبة عن هذه الحالات التي تمثل واقعا لا يمكن نفيه بإعتبار الفلكلور أو بعبارة أخرى تعابير الفلكلور مصنفات محمية تكون محل إستغلال من قبل جهات مختلف وعديدة ولأهداف ومقاصد متباينة مما يفتح المجال أمام الإستغلال غير المشروع وهو موضوع الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الإستغلال غير المشروع للفلكلور

يطرح التساؤل في إطار هذه المسألة حول الحالات والأفعال التي تشكل إنتهاكا وتعديا على التعابير الفلكلورية وكذا الجزاءات المترتبة عنها والتي تشير إليها التشريعات سواء المتعلقة بحق المؤلف أو النصوص القانونية الفريدة من نوعها والخاصة ببعض الدول وكذا تلك التي عالجها الفقه والباحثون في مجال الملكية الفكرية، مما يسمح بالتطرق إلى مسألتين تتمثل أولاهما في تحديد الإنتهاكات التي قد تتعرض لها مصنفات وتعابير الفلكلور وتتلخص الثانية في بيان الجزاءات الممكن تطبيقها نتيجة للمخالفات الواقعة والتي تمس بحقوق ذوي الشأن من جهة وبسلامة الفلكلور أو سمعته من جهة أخرى.

أولا: حالات الإستغلال غير المشروع

إن الواقع يشهد على تأثير وسائل النشر الحديثة للمصنفات الفكرية على الفلكلور، فتطور الوسائل التكنولوجية أسهم في جعل الإعتداء على الفلكلور أمرا في منتهى السهولة، أين يمكن الوصول إلى مختلف أشكال التعابير الفلكلورية للعديد من المجتمعات والدول وإستغلالها تجاريا دون مراعاة الحقوق الثقافية أو الإقتصادية أو السياسية للبلد أو المجتمع المعني، حيث يمكن أن يتم المساس بسلامة وأصالة هذا الإبداع والتراث التقليدي أثناء عملية النقل أو الأداء العلني أو البث الإذاعي مثلا وكذا أثناء إنتاج المصنفات المشتقة من التراث الفلكلوري، فيكون هناك إنتحال أو إختلاس أو قد يتعرض المصنف لصورة من صور التحريف أو التشويه أو يكون عرضة للنهب الثقافي، بالإضافة إلى إتيان مخالفات أخرى مثل عدم ذكر المصدر مثلا.

وإن التشريعات المعنية تنص على مثل هذه الصور من الإنتهاك والإستغلال غير المشروع لتعابير الفلكلور مما يستوجب التطرق إليها بنوع من التفصيل.

تنبغي الإشارة أولا إلى أن الإعتداء على الفلكلور مسألة تحظى بالإهتمام الوطني وكذا الدولي وهو ما تفرضه أهمية هذا الإبداع، وإن كانت القوانين تسمح بإستغلال المصنفات الفلكلورية فإنها موازاة مع ذلك تكلف الإدارات الجماعية المختصة بالحفاظ على هذه المصنفات من كل صور التغيير أو التشويه أو الإقتباس غير المشروع أو الإختصار الذي يفضي إلى المساس بالقيمة الحقيقية لهذه الإبداعات[1].

إن المصنفات الأدبية والفنية بصفة عامة تكون عرضة لجملة من الإنتهاكات والمخالفات، وبالتالي تكون محلا للحماية المدنية والجزائية بحسب الأحوال، وقد أولى المشرع الجزائري إهتمامه ضمن الأمر رقم 2003-05 للدعوى المدنية الرامية إلى التعويض عن الأضرار الناتجة عن إستغلال المصنفات والأداءات دون ترخيص من صاحب الحقوق وكذا نظم الأحكام الجزائية المتعلقة بجنحة التقليد، وهنا يطرح التساؤل عن إمكانية تطبيق هذه الأحكام بخصوص مصنفات التراث الثقافي التقليدي.

بما أن المشرع الجزائري قد أضفى على الفلكلور صفة المصنف فإن هذا الأخير يحظى بالحماية المدنية والجنائية المقررة لباقي المصنفات الأدبية والفنية، بحيث أن مصنفات التراث الثقافي التقليدي قد تكون محلا للإستغلال التجاري دون إذن وترخيص من الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وهو ما يسفر عن إمكانية المطالبة بالتعويض كجزاء مدني نتيجة للإستغلال غير المرخص به وهنا تقوم الدولة مقام المؤلف ممثلة في الديوان الذي له الصفة في المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق[2]. ويشير القانون المغربي رقم 00-2 إلى أن الاستخدام غير المرخص به لتعابير الفلكلور والذي يتم بشكل غير مسموح به يمثل مخالفة تعرض مرتكبها إلى أداء تعويضات عن الضرر الذي يتسبب فيه كما يتعرض إلى إنذارات بسبب مخالفته هذه[3].

---

[1] أ. عبد الفتاح أحمد حسان، الأطروحة السابقة، ص. 250.

[2] نظم المشرع الجزائري الدعوى المدنية الرامية إلى المطالبة بالتعويض ضمن الفصل الأول من الباب السادس من المادة 143 وما يليها من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره.

[3] المادة 64 من القانون المغربي رقم 00-2 السابق ذكره.

أما عن الجانب الجزائي فإن المشرع نظم الأحكام المتعلقة بجنحة التقليد، بحيث يعتبر مرتكبا لهذه الجنحة كل من يقوم بالكشف عن المصنف بشكل غير مشروع أو يمس بسلامة المصنف أو أداء الفنان المؤدي، وكذلك من يقوم بإستنساخ مصنف محمي في شكل نسخ مقلدة والتعامل بالنسخ المقلدة وذلك بإستيرادها أو تصديرها أو بيعها أو بتأجير مصنف مقلد أو عرضه للتداول [1]، فمن الممكن أن تكون مصنفات التراث الثقافي التقليدي محلا لمثل هذه الأفعال المكونة لجنحة التقليد، كما تتحقق جنحة التقليد كذلك بإبلاغ المصنف المعني أو الأداء عن طريق التمثيل أو الأداء العلني أو البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري، أو التوزيع بواسطة كابل أو أية وسيلة أخرى من وسائل النقل أو بأي منظومة معالجة معلوماتية [2]، وما يستخلص حسب بعض الفقه [3] من هذه الأحكام أنه " يعد مرتكبا لجنحة التقليد بصفة عامة كل من أنتج أو عرض أو أذاع أي إنتاج ذهني منتهكا بذلك الحقوق الممنوحة شرعا لصاحبه. فهذه الجنحة تمس حق صاحب التأليف وحق صاحب الحقوق المجاورة في نقل إنتاجه من جهة وفي عرضه على الجمهور من جهة أخرى".

وتنبغي الإشارة إلى أن المختصين في الملكية الفكرية، لا يتحدثون عن جنحة التقليد فيما يتعلق بالفلكلور على أساس أنه يخضع لنظام الملك العام بمقابل أو بعوض، وبالتالي يرى هؤلاء أن الفلكلور يقع في إطار الملك العام ولذا لا تشمله الحماية المقررة لباقي المصنفات بموجب نظام حق المؤلف، فليس مناسبا إستخدام مصطلح "التقليد" لأجل بيان الإنتهاكات التي يتعرض لها الفلكلور، ليس لأنه لا يتمتع بالحماية ولكن لأنه لا وجود لحق إحتكار الإستغلال، بما أن جنحة التقليد تعتبر بهذا الصدد بمثابة إعتداء على إحتكار الإستغلال للمبدع[4].

---

[1] أنظر فحوى المادة 151 من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره: " يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من يقوم بالأعمال الآتية:
- الكشف غير المشروع للمصنف أو المساس بسلامة مصنف أو أداء لفنان مؤدي أو عازف،
- إستنساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة،
- إستيراد أو تصدير نسخ مقلدة من مصنف أو أداء،
- بيع نسخ مقلدة لمصنف أو أداء،
- تأجير أو وضع رهن التداول لنسخ مقلدة لمصنف أو أداء".

[2] أنظر المادة 152 من الأمر رقم 2003-05 السابق ذكره.

[3] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 474، ص. 522.

[4] K. Nkiema, *op. cit.*, pp. 201- 202: « Il ne semble pas non plus opportun d'utiliser le terme"contrefaço~'pourdésigner les atteintes que subit le folklore, non pas parce qu'il ne jouit pas d'une protection, mais parce qu'il ne pèse pas sur lui un monopole d'exploitation… ».

وإن كان هذا رأي الفقه فيما يخص الفلكلور الذي يمثل جزء من الملك العام فإنه بالإمكان الأخذ بالأحكام المتعلقة بجنحة التقليد كلما إعتبر الفلكلور بمثابة مصنف أدبي وفني وهو الحال بالنسبة للنظام القانوني الجزائري والذي يوفر لمصنفات التراث الثقافي التقليدي حماية خاصة.

بالنظر في القانون السنغالي لحق المؤلف والحقوق المجاورة يتضح بأن المشرع يطبق أحكام جنحة التقليد بخصوص الفلكلور بحيث أن المادة 159 من هذا القانون والمتعلقة ببيان الإجراءات المتخذة في حالة وجود إستغلال غير مشروع تحيل إلى تطبيق أحكام المادة 131 وما يليها من ذات القانون وهي الأحكام المتعلقة بالتقليد والحجز [1]، وبالرجوع إلى الأحكام المحال إليها يتبين بأن صاحب الشأن أو صاحب الحقوق له أن يطلب إجراء الحجز والذي يكون بأمر على ذيل عريضة من قبل رئيس المحكمة المختصة، أين يأمر بوقف كل إنتاج يتم دون ترخيص، وقد يأمر بالحجز على النسخ التي تشكل نقلا وإعادة إنتاج غير مرخص به سواء المنتجة أو التي هي في طريق الإنتاج. وكذا له أن يأمر بالحجز على الإيرادات وعلى النسخ المستخدمة بشكل غير مشروع، أو وقف أي تبليغ للجمهور متى كان غير مرخص به، والحجز على الإيرادات الناتجة عن أي نقل أو تبليغ غير مشروع بمعنى النقل أو التبليغ الذي يتم بمنأى عن رقابة الهيئات المختصة والتي تباشر مهمتها هذه من خلال عملية الترخيص بالإستغلال. وإن هذه الإجراءات تتسم بالطابع التحفظي والوقتي وتهدف إلى الحفاظ على حقوق ذوي الشأن، وإن الأحكام المتعلقة بهذه الإجراءات تسمح للمعني بأمر الحجز أو الغير بأن يطلب من رئيس المحكمة الذي أمر بإجراء الحجز القضاء برفعه أو الترخيص بمواصلة الإنتاج أو التبليغ[2].

وإلى جانب مفهوم التقليد هناك مفهوم آخر وهو الإنتحال والذي طرح التساؤل حول مدى إمكانية إعماله بشأن الفلكلور. ويعتبر الإنتحال خطأ مدنيا لأنه إعتداء على الحقوق المتصلة بشخصية المؤلف، ويتشكل هذا الإعتداء بفعل السلب الذي يطال إبتكار الغير

[1] Art. 159 de la loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 *sur le droit d'auteur et les droits voisins* au Sénégaln, préc : «En cas d'exploitation illicite du folklore ou d'œuvres tombées dans le domaine public, l'agent judiciaire de l'État, sur demande du Ministre chargé de la culture a qualité pour ester en justice. La procédure de saisie-contrefaçon prévue par les articles 131 et suivants de la présente loi est applicable ».

[2] Art(s) 131, 132, 133, 134 de la loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 *sur le droit d'auteur et les droits voisins* au Sénégal, préc.

المتضمن في شكل مصنف فكري سواء كان بقصد أو بغير قصد، وقد جاء عن البعض بأن من يقوم بالإنتحال هو شخص يسعى إلى الشهرة والظهور مثل باقي المبدعين في مجال الأدب، والفن والعلم، فطلب الشهرة هو الدافع الذي يكمن وراء إقدامه على فعل الإنتحال، بأن يقوم بالإستيلاء على أفكار وإنتاج الغير، فيبدو إذن بأن الإنتحال هو أخذ أفكار الغير وما هو مسلم به في مجال نظام حق المؤلف هو أن هذا الأخير يكرس أحكامه لحماية الشكل الذي تتجسد فيه الأفكار [1] وليس حماية الفكرة في حد ذاتها والتي تظل محلا للإستخدام الحر من قبل أي كان بغرض إنتاج المزيد من الإبداعات الفكرية، وإن كان الأمر كذلك وبالنظر إلى مفهوم الإنتحال فهذا يعني أنه ليس هناك ما يبرر قمع هذه الأفعال وتطبيق الجزاءات القانونية بشأنها.

والحقيقة هي أن الفلكلور محاط بعدة مخاطر يغذيها الإستغلال غير المشروع مثل تضليل الجمهور والإنقاص من قيمة المصنف المعني وكذا إيهام الناس بان التعبير المعني هو إبداع فردي وشخصي بينما الحقيقة تثبت أنه إبداع إستغرق إنتاجه من قبل الشعب عدة قرون، وقد يدعي البعض بأداء مصنف فلكلوري بينما ما يؤديه لا يمت للفلكلور بأية صلة إذ أنه مجرد طقس يمارسه هؤلاء دون أن يكون له الطابع الذي يسمح بتصنيفه ضمن التعابير الفلكلورية الحقيقية[2]. فحينما يدعي شخص ما بأن المصنف الفلكلوري هو من إنتاجه وثمرة جهده الفكري يكون هناك ما يسمى بفعل الإختلاس، والذي يعتبر مفهوما واسعا ليشمل الإستيلاء على الأفكار وكذا الشكل أو القالب الذي تصاغ ضمنه هذه الأفكار، فقد يقوم أحد الفنانين المعاصرين بنشر مصنف فلكلوري والإدعاء بالحق في الأبوة على هذا المصنف بينما يعتبر في الواقع مصنفا فلكلوريا[3].

كما وقد تتعرض التعابير الفلكلورية مثلما سبقت الإشارة إلى فعل التشويه والتحريف، وقد تعرضت الأحكام النموذجية لسنة 1982 لهذه المخالفة إلى جانب الإستغلال بدون ترخيص وكذا الإدعاء بأن المصنف المقدم هو من إبداع مجتمع معين بينما الحقيقة هي عكس ذلك،

---

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, pp. 175-176.

[2] أ. عبد الفتاح أحمد حسان، الأطروحة السابقة، ص. 250.

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 178: « La notion d'appropriation indue du folklore nous parait suffisamment large pour couvrir aussi bien les cas de reprise des idées que de la forme des œuvres considérées. Les cas d'appropriation indue se constatent par exemple lorsque des artistes modernes publient des œuvres dont ils revendiquent la paternité, alors qu'il s'agit d'"oeuvres du folklore".

فإذن يمكن أن يتعرض الفلكلور للتشويه سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، مما يسبب ضررا بالمصالح الثقافية للمجتمع المعني، وذلك بأن يكون محل إساءة أو تحريف أو بأن يتم الإنقاص من قيمته أثناء عملية النقل، التوزيع، النشر، التقديم، التبليغ للجمهور أو بأي شكل آخر قد يفضي إلى المساس بالتعبير الفلكلوري[1].

وقد يكون فعل التشويه أو التحريف نتيجة لمتطلبات النظام والواقع التجاري أو السياحي، فيكون هناك تشويه أو تحريف في حالة ما إذا كان حجم الاسطوانة أو الشريط المعد للتسجيل مثلا يتطلب أن يتم تسجيل جزء فقط من الأغنية الشعبية أو الرواية دون باقي الأجزاء، فيكون هذا التثبيت بمثابة النسخة الأصلية بينما النسخة الكاملة تظل في شكل غير مادي، وقد عرف التحريف على انه " كل فعل مؤداه قطع جزء من شيء ما أو إنتزاعه ....، وتغيير جزء من المحتوى أو المعنى أو طمسه". والحماية من التحريف هي إحدى ميزات الحقوق الأدبية التي يتمتع بها المؤلف وفقا للفقرة 2 من المادة السادسة من إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية[2]. وتتأتى أفعال التشويه كذلك بمناسبة إعادة الإنتاج ولاسيما أثناء التكييفات أو التعديلات[3].

وبالحديث عن الأحكام النموذجية لسنة 1982 والكيفية التي تعاملت بها مع حالات التعدي على تعابير الفلكلور، فإنها قد أدرجتها في فئتين، الفئة الأولى تشمل الإستغلال غير المشروع بينما الفئة الثانية تتعلق بالأفعال الضارة، وإن هذه الأحكام ذاتها جاءت تحت عنوان "الأحكام النموذجية للتشريع الوطني حول حماية تعابير الفلكلور ضد الإستغلال غير المشروع والأفعال الأخرى الضارة " [4]. ويقصد بالإستغلال غير المشروع في إطار هذه الأحكام " كل إستعمال يقصد منه الربح ويتم خارج السياق التقليدي أو العرفي لتعابير الفلكلور، وبدون إذن

[1] Art. 6 des dispositions types de 1982, adoptées par l'OMPI et l'UNESCO et les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 61, p. 51.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8, op. cit., annexe, p. 32: « On entend par "mutilation" l'acte de couper ou de supprimer une partie d'une chose, en particulier d'un livre ou de tout autre document, de modifier ou de détruire une partie du contenu ou du sens».

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 179.

[4]" Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables ".

السلطة المختصة أو المجتمع المعني" [1]. أما عن الأفعال الضارة فإنها تلك التي أشير إليها ضمن المادة السادسة من الأحكام والمشار إليها فيما سبق. وتجب الإشارة إلى أن الأفعال السابق بيانها لا توصف على أنها مخالفات إلا إذا تم ارتكابها عمدا. بمعنى أنه يتم الأخذ في الإعتبار سوء نية المخالف، إلا أنه قد يصعب في بعض الحالات إثبات عنصر القصد، وربما هذا ما دفع بمحرري هذا النص إلى الأخذ بالخيار المتعلق بثبوت مخالفة عدم ذكر مصدر التعبير المعني بمجرد الإهمال[2].

وبالنظر إلى مختلف التشريعات المقارنة يتضح بأنها تركز على مسألة ذكر المصدر، وهذا ما أشير إليه عند التطرق لمسألة الحق في الأبوة [3]. فمثل هذا الالتزام يسهم في تقوية الصلة بين المجتمع المعني وبين التعبير الفلكلوري، كما يسهل الرقابة على الإستخدام الذي يكون هذا التعبير محلا له، وينبغي إحترام هذا المطلب كلما كان المصدر الذي ينبثق منه الفلكلور محددا ومعروفا، ولا يكون هناك من داع لذكر المصدر في حالتين، في حالة ما إذا كان الإستخدام عرضيا وفي حالة ما إذا كان التعبير الأصلي محلا للتكييف والإستعارة بغرض إنتاج تعبير جديد ذو طابع أصلي لمؤلف ما[4].

وبالإضافة إلى هذه المخالفات والإنتهاكات التي تطال التعابير الفلكلورية يمكن الحديث كذلك عن النهب الثقافي، فهو شكل آخر من أشكال المساس بالتراث الفلكلوري، والذي يظهر في إطار العلاقات الثقافية الدولية، وقد تم رفض وجود هذا الخطر من جانب بعض الآراء الغربية ولكن الدول النامية هي دائما مستعدة للمطالبة بحماية الفلكلور. ويمكن القول بأن الإعتراض على فعل النهب الثقافي من قبل بعض الدول هو بغرض التحكم في نطاق إستخدام تراثها الفلكلوري وكذا تفادي تحويل هذا الأخير إلى مادة أولية من طرف دول أخرى[5].

---

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/1/3, *op. cit.*, p. n° 95, p. 32.

[2] Art. 6-1° des dispositions types de 1982, adoptées par l'OMPI et l'UNESCO.

[3] أنظر الصفحتين 54 و55 من هذه المذكرة.

[4] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 56, p. 50.

[5] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 180 : « On pourrait donc comprendre la plainte contre le " pillage culturel" comme une volonté de certains pays de maitriser les circuits d'utilisation de leur folklore et d'éviter qu'il soit transformé en "matière première" pour d'autres pays ».

ثانيا: الجزاءات المترتبة عن المساس بتعابير الفلكلور

بعد التطرق إلى الأفعال غير المشروعة التي قد تصيب الفلكلور ينبغي النظر في الجزاءات المترتبة عن حالات التعدي، والتي تتراوح بين الجزاءات المدنية والجزاءات ذات الطابع الجنائي.

قد يشكل الإستغلال غير المشروع فعلا جنائيا، وغني عن البيان أن مرتكبي مثل هذا الفعل يتعرضون للمتابعة من قبل المحاكم الجنائية، والعقوبات التي قد يتعرض لها هؤلاء تختلف من بلد لآخر، ويرى الفقه أنه يمكن أن يكون من الحكمة تطبيق عقوبتي السجن والغرامة وذلك بشكل حصري وإن تطبيق الجزاءات الجنائية لا يمنع الهيئة المكلفة بحماية الفلكلور من اللجوء إلى المحاكم المدنية[1]. كما يمكن إعمال بعض الإجراءات التحفظية والوقتية والتي تهدف إلى منع ووقف الأفعال غير المشروعة.

إن الحماية المقررة للمصنفات الأدبية والفنية تتجسد أحيانا في شكل إجراءات وقتية تهدف إلى الحيلولة دون الإعتداء الذي يكون وشيك الوقوع على حقوق المؤلف وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في فحوى المادة 144 من الأمر رقم 2003-05، ويرى الفقه أن الهدف من هذه الإجراءات التي يقوم بها المدعي قبل رفع دعوى التقليد يتمثل في الحفاظ على الحقوق وكذا الحصول على ما يثبت جنحة التقليد[2]. وقد جاء في نص المادة 147 من ذات الأمر بأنه يمكن لرئيس المحكمة المختصة أن يطلب القيام بإحدى التدابير التحفظية بناء على طلب من مالك الحقوق أو من يمثله، ويأمر رئيس المحكمة بوقف كل عملية صنع هدفها الإستنساخ غير المشروع للمصنف أو الأداء المحمي، أو تسويق دعائم مصنوعة بما يخالف حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة، كما يأمر بحجز الدعائم المقلدة وكذا الإيرادات الناتجة عن الإستغلال غير المشروع، والأمر بحجز كل عتاد استخدم لصنع الدعائم المقلدة، فهذه هي صور الإجراءات الوقتية التي حددها المشرع الجزائري، وبالنسبة لمصنفات التراث الثقافي التقليدي فإن الديوان

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 211: « L'exploitation illicite du folklore étant érigée en délit pénal, il va sans dire que les coupables d'actes constitutifs de cette infraction sont passibles de poursuites devant les juridictions pénales. Les peines qui leur seront infligées varieront selon les pays mais, on peut penser qu'il est judicieux de prévoir la possibilité de recourir exclusivement ou cumulativement à la peine de prison et à celle d'amende ».

[2] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 472، ص.518.

الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة هو من يتولى طلب إجراء من التدابير التحفظية في صدد ممارسة مهمته المتمثلة في حماية هذه المصنفات.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يشترط إجراء وصف تفصيلي للمصنف المعني بالإعتداء. وما يبرر هذا الموقف هو إسناده لمهمة التأكد من وقوع الإعتداء إلى الضبطية القضائية والأعوان المحلفين التابعين للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة [1]، وقد إستخلص الفقه[2] أن عملية " حجز التقليد " ليست ذات طابع إلزامي، فهي ليست شرطا لأجل مباشرة دعوى التقليد، وإنما تكمن حكمة المشرع من وراء الأخذ بها في إعطاء المعني بالأمر فرصة لأجل جمع الدلائل والإثباتات مما يمنحها طابعها الإحتياطي، وذلك إلى جانب الطابع التعويضي بحيث أن هذه العملية تسمح بحجز نسخ المؤلفات التي تعود للمؤلف وكذا حجز الإيرادات المتأتية عن إصدار أو تمثيل أو نشر المصنفات المعنية أو الأداءات بصفة غير مشروعة وإن كان للمعني ما يكفي من حجج ودلائل فإنه بمقدوره اللجوء إلى دعوى التقليد مباشرة بحيث لا تكون هناك من حاجة إلى إجراء " حجز التقليد ".

بينما تتمثل الجزاءات الجنائية التي يتعرض لها مرتكب جنحة التقليد في عقوبتي الحبس والغرامة [3]، وقد جمع المشرع بين العقوبتين، كما أن العقوبة المقررة لمرتكب التقليد تضاعف في حالة العود طبقا لنص المادة 156 من الأمر رقم 2003-05، وإلى جانب العقوبة الأصلية المتمثلة في الحبس والغرامة فإن المشرع ينص على عقوبة تكميلية وهي المصادرة، بحيث يتم القضاء بمصادرة " المبالغ التي تساوي مبلغ الإيرادات أو أقساط الإيرادات الناتجة عن الإستغلال غير الشرعي لمصنف أو أداء محمي" [4]، كما تتم مصادرة وإتلاف كل عتاد خصص لمباشرة النشاط غبر المشروع، وكل النسخ المقلدة [5]، وإن هذه المحجوزات والمتمثلة في العتاد والنسخ المقلدة أو قيمتها وكذلك الإيرادات وأقساط الإيرادات محل الحجز توجه وبموجب

---

[1] أ. عبد الفتاح أحمد حسان، الأطروحة السابقة، ص. 295.

[2] ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 472، ص.520.

[3] المادة 153 من الأمر رقم 2003-05: " يعاقب مرتكب جنحة تقليد مصنف أو أداء كما هو منصوص عليه في المادتين 151 و 152 أعلاه بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) على مليون دينار (1.000.000 دج) سواء كان النشر قد حصل في الجزائر أو في الخارج ".

[4] الفقرة 1 من المادة 157 من الأمر رقم 2003-05.

[5] الفقرة 2 من المادة 157 من الأمر رقم 2003-05.

أمر من الجهة القضائية المختصة لفائدة المؤلف أو أي مالك للحقوق أو لذويهما، لتكون بمثابة تعويض عن الضرر الذي أصابهم نتيجة لجنحة التقليد المرتكبة في حقهم[1].

هذا عن موقف المشرع الجزائري، أما فيما يخص الأحكام النموذجية لسنة 1982 والسابق ذكرها، فإنها لا تنص على العقوبات المفروضة بشأن الإنتهاكات التي تقع على تعابير الفلكلور تاركة ذلك للدول التي تستلهم نصوصها القانونية من أحكامها، فإذن العقوبات تحدد وفقا لما يتضمنه قانون العقوبات لكل بلد، فالأحكام النموذجية لا تقترح حدا أدنى بشأن العقوبات الممكن تطبيقها غير أنه لا مجال للشك في كون العقوبة قد تتراوح بين الحبس أو الغرامة أو قد يتم الجمع بين كلتا العقوبتين لتكون أكثر صرامة. ويتوقف تحديد العقوبة على عدة عوامل وعناصر تتمثل أهمها في طبيعة المخالفة المرتكبة، وأهمية المصالح المحمية وكذا الحلول المتخذة من جانب كل دولة بشأن مخالفات مماثلة.

وقد وردت الإشارة إلى عقوبة المصادرة بشأن المواد المنتجة وكذا الإيرادات الناجمة عن عملية الإنتاج غير المشروعة، مثل إنتاج نسخ مكتوبة عن تعابير الفلكلور أو التسجيل الصوتي لتعبير موسيقي أو إنتاج نسخ عن رسومات فلكلورية، وذلك بطريقة غير مشروعة بأن يتم الفعل بدون ترخيص وخارج السياق التقليدي أو دون إشارة إلى مصدر التعبير الفلكلوري أو أن يتم الإنتاج مع تشويه التعبير المعني. هذا فيما يخص المادة المنتجة أما فيما يتعلق بالإيرادات فإنه يقصد منها جميع المداخيل الناتجة عن الفعل غير المشروع مثل تلك التي يتحصل عليها من يتولى بيع الإنتاجات المقلدة وكذا من يتولى تنظيم تقديم أو عرض علني لتعبير فلكلور مقلد[2]، كما تمت الإشارة إلى أن تطبيق العقوبات المنصوص عليها لا يمنع من اللجوء إلى الطريق المدني بشأن التعويضات أو أي طريق مدني آخر يقتضيه الوضع [3] فمثل هذه السبل تمكّن المتضرر من الإستغلال غير المشروع من التعويض الذي يستحقه مثل التعويض عن ضياع الأتاوى المفروض دفعها مقابل الترخيص بالاستغلال.

وفي الختام ينبغي القول بأن البحث في مضمون الحماية القانونية للفلكلور على الصعيد الداخلي يجب أن يستكمل بالنظر في حقيقة هذه الحماية على الصعيد الدولي، وهنا

---

[1] الفقرة 2 من المادة 159 من الأمر رقم 03-05.

[2] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, comm, n° 67-68, p. 52.

[3] Art. 8 des dispositions types de 1982, adoptées par l'OMPI et l'UNESCO.

تطرح جملة من التساؤلات لاسيما بخصوص الوسائل الدولية المكرسة لتوفير هذه الحماية وكذا مدى فعاليتها، بالإضافة إلى التطرق إلى المبادرات الدولية التي كان موضوعها صياغة نص دولي بشأن الحماية القانونية للفلكلور وهذا ما يفرض تقسيم آخر فصل من هذه المذكرة إلى مبحثين يتناول الأول منهما تحديد الوسائل الإقليمية والدولية التي توفر الحماية للفلكلور مع تقدير فعاليتها بينما ثاني مبحث سيخصص لأهم مبادرة دولية في مجال حماية الفلكلور وهي مشروع الأحكام الذي تمت صياغته في إطار اللجنة الدولية الحكومية للملكية الفكرية المهتمة بالقضايا المتعلقة بالموارد الوراثية، المعارف التقليدية والفلكلور.

الفصل الثاني: الحماية الإقليمية والدولية للفلكلور

تحظى مسألة حماية الفلكلور بإهتمام دولي ملحوظ سواء بشأن الحماية المادية التي تعتبر من الموضوعات الأساسية التي تهتم بها منظمة اليونسكو وتتعلق هذه الحماية بحفظ الفلكلور وصونه وكذا تعزيزه بإعتباره عنصرا أساسيا من عناصر الهوية الثقافية والإجتماعية للدول والمجتمعات، وينصب هذا الإهتمام الدولي من ناحية أخرى على موضوع الحماية القانونية، الذي يتعلق بتنظيم إستغلال الفلكلور إستغلالا مشروعا لا يمس بأصالته وسلامته ولا ينقص من قيمته. وإن كان الواقع يشهد على وجود جهود كبيرة بخصوص وضع نص دولي خاص بالحماية القانونية للفلكلور من قبل الدول النامية والمجتمعات الأصلية والمحلية وكذا المنظمة العالمية للملكية الفكرية إلا أنه لم يتم إلى غاية اليوم صياغة نص نهائي وملزم وذلك لأسباب سيتم النظر فيها من خلال المبحث الأول من هذا الفصل.

وقد برزت مسألة حماية الفلكلور إلى الواجهة الدولية وذلك بشكل واضح وملحوظ وظهرت الحاجة الملحة إلى تبادل وجهات النظر بخصوص الحماية القانونية التي تتجاوز حدود الدولة الواحدة لتشمل مناطق الجوار في شكل حماية إقليمية وكذا لتشمل مجموعة من دول المجتمع الدولي، وذلك بالنظر إلى الإنفتاح على التبادل الثقافي الدولي وكذا تطور تكنولوجيات ووسائل النشر وتحديثها مما يسمح بتفشي التعابير الفلكلورية لدولة ما على إقليم دولة أخرى أو مجموعة من الدول وهو ما يتطلب العناية بها. بحيث ينبغي الإعتراف بحق كل دولة في فلكلورها المحلي والذي يمتد على إقليمها الوطني، فيكون لكل دولة الحق في إستخدام تعابيرها

الفلكلورية والتصرف فيها وبالمقابل لها حق منع وإقصاء الدول الأجنبية ورعايا هذه الدول من إستغلال وإستخدام فلكلورها الوطني[1].

والحقيقة هي أن وجهات النظر هذه لا تخص الدول النامية بشكل حصري، إذ أن الدول المتقدمة والصناعية تشارك هي الأخرى في المبادرات والإجتماعات المتعلقة بالحماية الدولية للفلكلور غير أن أغلب الآراء المعبر عنها تكون من جانب الدول النامية وهو ما تثبته المبادرات الوطنية والإقليمية بشأن هذا الموضوع[2]. وقد كان إجتماع برازافيل لسنة 1963 حاسما في مجال حماية الفلكلور، بحيث تأتى هذا الإجتماع عن قرار اللجنة الحكومية لحق المؤلف الذي إعتمد خلال الدورة الخامسة المنعقدة ما بين شهري أكتوبر ونوفمبر 1960، وقام الخبراء التقنيون في إجتماع برازافيل بإنشاء لجنة خاصة لدراسة القضايا المتعلقة بالفلكلور.

لقد تعددت المبادرات الهادفة إلى حماية الفلكلور على الصعيدين الإقليمي والدولي، بحيث ظهرت الحاجة إلى تدويل مسألة حماية الفلكلور نظرا لقصور الضمانات الداخلية في حمايتها مما فتح الأبواب أمام البحث عن أطر تتجاوز إقليم الدولة الواحدة لاسيما الأطر الدولية حتى تكفل الحماية الفعالة بخصوص التراث الثقافي التقليدي الذي يمثل عصارة الإبداعات الفكرية وإستغرق إنتاجها أمدا من الزمن. وليس خفيا أن أكثر الجهود في هذا المجال هي تلك التي بذلتها كل من منظمة اليونسكو فيما يخص التنوع الثقافي بشكل عام وكذا المنظمة العالمية للملكية الفكرية فيما يخص جوانب الملكية الفكرية ذات الصلة بحماية الفلكلور، بالإضافة إلى الحرص على ضمان الحماية بموجب النصوص القانونية الدولية والإقليمية وهو ما سيتم بيانه من خلال هذا الفصل بالبحث في جملة المبادرات التي كان الغرض منها التوصل إلى حل بشأن الحماية الدولية للفلكلور.

---

[1] V. document UNESCO/OMPI/WG.1/FOLK/3, *Etude sur la réglementation internationale des aspects de « propriété intellectuelle » de la protection du folklore*, Genève, 1980, n° 24, p. 7.

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 276 : « Sur le plan international, les réunions autour de la protection du folklore regroupent aussi-bien des pays développés que des pays en voie de développement; toutefois, et nous ne manquerons pas de le relever dans nos futures analyses, de nombreuses opinions exprimées lors de ces réunions montrent bien que la protection du folklore est d'abord l'affaire des pays en voie de développement ».

المبحث الأول: صور ومظاهر الإهتمام الدولي بحماية الفلكلور

أجريت العديد من الأعمال بالتنسيق بين المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو في سبيل توفير الحماية القانونية للفلكلور على الصعيد الدولي، وقد سمحت هذه الفرص بدراسة عدة إحتياجات وقضايا قانونية سواء في الجانب النظري أو العملي وحتى الإداري. والمقصود هنا القضايا المرتبطة بالملكية الفكرية من جهة وتعابير الفلكلور من جهة أخرى، وتتمثل هذه الأعمال على وجه الخصوص في إعتماد القانون النموذجي لتونس في سنة 1976، وكذا إعتماد الأحكام النموذجية لسنة 1982، والمحاولات التي هدفت إلى صياغة معاهدة دولية والتي تراوحت ما بين 1982 و 1985، بالإضافة إلى تنظيم المؤتمر العالمي لليونسكو والمنظمة العالمية للملكية الفكرية حول حماية الفلكلور والمنعقد سنة 1997 بتايلاند Phuket، وكذلك الإشراف على المشاورات الإقليمية حول حماية تعابير الفلكلور لسنة 1999[1]، فقد عقدت هذه المشاورات الأربعة لأجل الدول الإفريقية، لأجل دول منطقة المحيط الهادئ، الدول العربية وأخيرا لأجل دول أمريكا اللاتينية. وعقب كل مشاورة تم تبني جملة من القرارات والتوصيات[2]. وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه التوصيات إتفقت على وجه الإجماع على ضرورة تصعيد الجهود المبذولة بغرض صياغة نظام قانوني دولي فعال لحماية أشكال الفلكلور.

وإلى جانب هذه الأعمال ينبغي كذلك النظر في مشروع الأحكام الذي تمت صياغته تحت رعاية اللجنة الحكومية الدولية للملكية الفكرية المهتمة بحماية الموارد الوراثية والمعارف التقليدية والفلكلور والتي تم إنشاؤها سنة 2000.

---

[1] Consultation régionale UESCO/OMPI pour les pays d'Afrique sur la protection des expressions du folklore, Pretoria, 23-25 mars 1999. Consultation régionale UESCO/OMPI pour l'Asie Pacifique sur la protection des expressions du folklore, Hanoi, 21-23 avril 1999. Consultation régionale UESCO/OMPI pour les pays Arabes sur la protection des expressions du folklore, Tunis, 25-27 mai 1999. Consultation régionale UESCO/OMPI pour les pays d'Amérique Latine et des Caraïbes sur la protection des expressions du folklore, Quito, 14-16 juin 1999.

[2] V. documents - WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1.
-WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1.
-WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1.
-WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1.

المطلب الأول: أعمال اليونسكو والمنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن حماية الفلكلور

لقد أشرفت المنظمتان على مجموعة من الأعمال المهمة والمشار إليها سابقا، والتي سيتم النظر في بوادر ظهورها وكذلك أسباب إعتمادها بغرض الوقوف على الأهمية التي تكتسيها. ولعل أن فكرة الحماية الدولية للفلكلور قد تبلورت بصورة ظاهرة ولأول مرة نتيجة لإصرار الدول الإفريقية على التعبير عن مصلحتها في حماية هذا الإبداع من خلال إجتماع برازافيل، حيث أنشأ ممثلوا هذه الدول لجنة خاصة لإثراء جوانب هذه المسألة من جهة كما تم إستدعاء لجنة الخبراء المكلفة بالتحضير لمراجعة إتفاقية برن في سنة 1967، حيث لم يتوان هؤلاء عن المطالبة بإدخال أحكام خاصة في إتفاقية برن، لأجل حفظ مصالح الدول الإفريقية في مجال الإبداع الفلكلوري. وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه المطالبة لم تبق حبرا على ورق فقد تم التنويه بها من جديد خلال إجتماع دول شرق آسيا بنيودلهي سنة 1963، وذلك بغرض تجسيدها خلال تنقيح إتفاقية برن في 1967 وقد تم بالفعل خلق حل لحماية الفلكلور في إطار هذا النص الدولي[1]، وهو ما سيتم الرجوع إليه في إطار المبحث الثاني من هذا الفصل.

ومن الأعمال التي أسهمت فيها كل من المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو يذكر القانون النموذجي لتونس والذي تمت الإشارة إليه في بعض المواطن من هذه المذكرة، بحيث أنه تمت مراجعة إتفاقية برن سنة 1971 وذلك وقوفا عند الحاجة إلى تلبية الإحتياجات الخاصة بالدول النامية، وتسهيل وصولها إلى المصنفات الأجنبية المحمية بموجب حق المؤلف ولضمان الحماية الكافية لمصنفاتها الخاصة، ولذا تم التوصل بعد مراجعة إتفاقية برن إلى ضرورة توفير نص يتضمن قانونا نموذجيا يمكن أن يساعد الدول النامية في وضع تشريع وطني يتلاءم والمبادئ والأحكام التي تتضمنها الإتفاقية الخاصة بحماية المصنفات الأدبية والفنية.

ولذا تم تبني القانون النموذجي لتونس سنة 1976 والذي إعتمد من جانب لجنة الخبراء الحكوميين المجتمعة بمبادرة من الحكومة التونسية وبمساهمة من المنظمتين الدوليتين المشار إليهما أعلاه، هذا وقد تم النص وبصريح العبارة من خلال القانون النموذجي لتونس

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 294.

على حماية المصنفات الفلكلورية [1]. وتجدر الإشارة إلى أن القانون النموذجي لتونس يعتبر النص الأول من نوعه الذي تجاوز الحدود الوطنية والذي تضمن أحكاما خاصة بشأن موضوع حماية الفلكلور، وقد إستعانت به حوالي 30 دولة، إذ قامت بنقل الأحكام التي جاءت فيه في إطار تشريعاتها الوطنية[2].

وقد تم بعد ذلك صياغة الأحكام النموذجية لسنة 1982، والتي جاءت كنتيجة لتفكير طويل الأمد، إمتد خلال السبعينات تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو، وذلك من خلال إجتماع العديد من مجموعات العمل ولجان الخبراء التي إستدعتها المنظمتان[3]. فبداية هذا العمل الذي كانت الأحكام النموذجية ثمرة له هو المبادرة التي قامت بها حكومة بوليفيا، بأن أقدمت على توجيه مذكرة إلى المدير العام لمنظمة اليونسكو تطلب من خلالها بأن تتولى المنظمة البحث في مدى ملائمة وضع وصياغة نص دولي يتعلق بحماية الفلكلور ويتخذ شكل إتفاق يلحق بالإتفاقية العالمية لحق المؤلف. ونزولا عند هذا الطلب قامت أمانة اليونسكو بإجراء دراسة حول مسألة ضمان الحماية للفلكلور على الصعيد الدولي ووضعت هذه الدراسة تحت تصرف اللجنة الحكومية للإتفاقية العالمية لحق المؤلف، وكذا اللجنة التنفيذية لإتحاد برن في الدورة المنعقدة بسنة 1975 ووجهت بعدها القضايا المتعلقة بهذا الموضوع إلى قطاع الثقافة بمنظمة اليونسكو والذي تولى بدوره إجراء دراسة كاملة بشأن جميع المسائل المتصلة بموضوع حماية الفلكلور[4].

وكانت هذه بوادر الإهتمام بوضع نص دولي خاص بحماية الفلكلور من خلال الجهود المبذولة لأجل حل الإشكالات المتعلقة بجوانب الملكية الفكرية والحماية القانونية للفلكلور. وقد تم عقد جملة من الإجتماعات بعد ذلك أسفرت عن صياغة الأحكام النموذجية في شكلها النهائي مرفقة بملحق يتضمن التعليق على موادها مادة بمادة وقد صيغت تحت عنوان "الأحكام النموذجية للتشريع الوطني حول حماية التعابير الفلكلورية ضد الإستغلال غير

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit.*, n° 14, p. 5.

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 35, p. 17.

[3] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n° 37, p. 18: « Les dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres action dommageables sont le résultat d'une longue réflexion d'experts convoqués par ces deux organisations ».

[4] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, I, observations liminaires, p. 34.

المشروع وكل فعل ضار آخر"، وكان الهدف منها تعزيز الحماية القانونية للفلكلور على الصعيد الوطني، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأحكام بمثابة نص خاص وفريد من نوعه لحماية تعابير الفلكلور وليس مصنفات الفلكلور[1].

ودائما في إطار الأعمال التي أشرفت عليها المنظمتان العالميتان بصدد إقرار الحماية الفعالة للفلكلور يذكر المؤتمر العالمي المنعقد في تايلاند سنة 1997[2] تطبيقا للتوصية التي أسفر عنها المؤتمر الدبلوماسي لسنة 1996، ونوقشت خلال هذا الإجتماع العديد من القضايا المرتبطة بالملكية الفكرية والفلكلور، مثل مسألة حفظ وصون الفلكلور، وكذا الطرق القانونية لحمايته في إطار التشريع الوطني وكذا التطرق لموضوع الحماية الدولية للفلكلور [3]. ورأى المشاركون في هذا المؤتمر أنه لا وجود لمعيار دولي بخصوص حماية الفلكلور، وأن نظام حق المؤلف غير ملائم لضمان مثل هذه الحماية. كما إقترح هؤلاء إحداث لجنة خبراء تتكفل بصياغة مشروع لإتفاق دولي حول الحماية الخاصة للفلكلور[4]. وقد تم إعتماد خطة عمل حددت الإحتياجات والقضايا المهمة المتمثلة في ضرورة وضع معيار دولي جديد لتوفير الحماية القانونية للفلكلور، وأهمية تحقيق التوازن بين مصالح المجتمع الذي يحوز التعابير الفلكلورية وبين مستخدمي هذه التعابير ولأجل إحراز التقدم في مجال معالجة هذه الإحتياجات إقترح على وجه الخصوص إنشاء محافل وهيئات إستشارية إقليمية [5]. ربما لأجل تقريب وجهات النظر وتبادل التجارب والخبرات المكتسبة.

وفقا للإقتراح الذي أشير إليه ضمن خطة العمل المعتمدة خلال المؤتمر العالمي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو تم الإشراف على أربعة مشاورات إقليمية حول حماية تعابير الفلكلور في سنة 1999[6].

---

[1] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n° 37, p. 18.

[2] Forum mondial UNESCO-OMPI sur la protection du folklore, Thaïlande, Phuket, 1997.

[3] V. document UNESCO-OMPI/FOLK/PKT/97/INF.1, *Informations générales et programmes provisoires*.

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/1/3, *op. cit*., n° 111, p. 36.

[5] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit*., n° 28, p. 8.

[6] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit*., n° 35, p. 10.

توّجت جميع المشاورات الإقليمية بقرارات وتوصيات وجهت إلى الدول المشاركة من جهة وتوصيات أخرى وجهت إلى المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو، وقد إهتمت في المقام الأول بصياغة نص خاص وفريد من نوعه لحماية الفلكلور على الصعيد الدولي، وتم التصريح في إطار واحدة من المشاورات بأن " الحماية الفعلية للمعارف التقليدية والفلكلور على الصعيدين الوطني والدولي تتطلب تشريعا خاصا. وتمت توصية كل من المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو بأن تأخذ في الإعتبار التطور الملحوظ على الأصعدة والجوانب التقنية، والقانونية، والإجتماعية وكذا الثقافية والتجارية منذ صياغة الأحكام النموذجية لسنة 1982 وذلك في سبيل وضع النص الخاص وهذا ما جاء في التوصية المتعلقة بدول آسيا ومنطقة المحيط الهادئ [1]، وبصدد تسهيل الحماية القانونية للمعارف التقليدية والفلكلور تمت توصية المنظمتين بتأسيس لجنة دائمة تقوم من بين أمور أخرى بتنفيذ التوصية المشار إليها أعلاه[2].

إن هذه المبادرات والأعمال أسهمت جميعها في زيادة الوعي بشأن موضوع الحماية الدولية للفلكلور، ويبقى من الضروري بعد هذا العرض الوجيز النظر في أهم المبادرات الدولية التي لا تقل أهمية عن سابقاتها وإن كانت لم تتجسد في شكلها النهائي فإنها تبقى بمثابة قاعدة متينة يمكن الإستناد إليها من قبل الدول والمنظمات وعلى العموم من جانب كافة الجهات المهتمة بهذا الموضوع، وذلك لخلق النظام القانوني الكفيل بحماية الفلكلور على الصعيد الدولي، الذي يحفظ حقوق هذه الأطراف ويكفل.

[1] Recommandation 3 des pays de l'Asie et du Pacifique : « Prendre des mesures en vue de l'élaboration d'une forme *sui generis* de protection juridique obligatoire des savoirs traditionnels et du folklore aux niveaux national et international, compte tenu de l'évolution constatée sur les plans technique, juridique, social, culturel et commercial depuis l'adoption des dispositions types de législation nationale sur les expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982) ».

[2] WIPO-UNESCO/FOLK/ARAB/99/1, recommandation n° 6 des pays Arabes.
-WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1, recommandation n° 4 des pays de l'Asie et du Pacifique.
- WIPO-UNESCO/FOLK/LAC/99/1, recommandation des pays d'Amérique Latine et des Caraïbes.

المطلب الثاني: مشروع معاهدة بشأن الحماية الدولية للفلكلور والمشروع المتعلق بحماية أشكال التعبير الثقافي التقليدي

في سياق البحث في المبادرات الدولية التي تمت رعايتها بغرض النظر في مسألة الحماية الدولية للفلكلور لابد من التطرق إلى محاولة صياغة معاهدة دولية لحماية الفلكلور والتي كللت في نهاية المطاف بالفشل لأسباب ينبغي بيانها. وكذلك التطرق إلى مشروع الأحكام الأولي المتعلق بحماية أشكال التعبير الثقافي التقليدي.

الفرع الأول: مشروع معاهدة دولية لحماية الفلكلور

أثناء إجتماع لجنة الخبراء الحكوميين التي إعتمدت الأحكام النموذجية نوّه العديد من المشاركين بضرورة ووجوب إتخاذ جملة من التدابير الدولية لأجل أن تمتد حماية التعابير الفلكلورية لدولة ما خارج حدودها الوطنية[1].

طبقا للقرارات التي إعتمدتها الجمعية العامة لليونسكو خلال دورتها 22 المنعقدة ما بين أكتوبر ونوفمبر سنة 1983 وكذا تلك التي أصدرتها الهيئات العامة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية خلال المجموعة 14 من الدورات المنعقدة تحت رعايتها في أكتوبر سنة 1983 قامت أمانة اليونسكو والمكتب الدولي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية بإستدعاء" مجموعة الخبراء حول الحماية الدولية لتعابير الفلكلور بموجب الملكية الفكرية " وقد إجتمعت هذه المجموعة في مقر اليونسكو سنة 1984. وأوكلت للخبراء مهمة دراسة الحاجة إلى تنظيم دولي خاص يتعلق بالحماية الدولية لتعابير الفلكلور من خلال قواعد الملكية الفكرية، وكذا دراسة مضمون المشروع المناسب بهذا الصدد [2]. وأدت مناقشات لجنة الخبراء إلى الإعتراف الواسع بالحاجة إلى الحماية الدولية لتعابير الفلكلور لاسيما بسبب الإستخدام المتزايد وغير المنظم لهذه

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit.*, annexe, n° 77, p. 30 : « Au cours de la réunion du comité d'experts gouvernementaux qui a adopté les dispositions types, plusieurs participants ont souligné que des mesures internationales seraient indispensables pour étendre la protection des expressions du folklore d'un pays donné au-delà des frontières nationales ».

[2] V. *Rapport du Groupe d'experts sur la protection internationale des expressions du folklore par la propriété intellectuelle*, UNESCO, Paris, 1984, Bull. dr. auteur, vol 19, n° 2, 1985, p. 25.

التعابير بفعل الوسائل التكنولوجية الحديثة، خارج حدود الدولة الأصل التي تنتمي إليها المجتمعات المنتجة[1].

وقد تعددت آراء المشاركين في الإجتماع الذي دار حول دراسة مشروع المعاهدة المتعلق بالحماية الدولية للفلكلور وهذا ما يستخلص من خلال التقرير الذي تم إعداده من جانب مجموعة الخبراء التي تولت هذه المهمة، بحيث يمكن الإشارة إلى أهم وجهات النظر وكذا الحلول أو الآراء المقترحة والتي تمحورت في اغلبها حول أهمية هذا المشروع في تكريس الحماية الكافية والفعالة لتعابير الفلكلور. هناك من المشاركين من رأى بأن مشروع المعاهدة يمكن أن يكون بمثابة قاعدة عمل جد مهمة لأجل صياغة معاهدة دولية متعددة الأطراف، لحماية تعابير الفلكلور بموجب نظام فريد من نوعه، يضمن حفظ الملكية الفكرية بهذا الشأن. ومن المشاركين كذلك من أشار إلى ضرورة إعتماد بنية تحتية تسمح بتطبيق الحماية بخصوص تعابير الفلكلور، وتمت الإحالة في هذا الشأن إلى توصيات الخبراء الحكوميين المجتمعين سنة 1982 من قبل اليونسكو حول القضايا المتعلقة بتحديد وحفظ وصون وكذا تعزيز الفلكلور وإستخدامه. وإقترح البعض ضرورة البحث والتحري عن التدابير المعتمدة بشكل فعلي من قبل العديد من الدول[2]، وربما جاء هذا الإقتراح حتى تكون التدابير المشار إليها بمثابة بنية تحتية تسهم في توجيه العمل على صياغة المعاهدة الدولية محل النظر.

ولم تتوقف الإقتراحات والآراء المعرب عنها عند ضرورة صياغة معاهدة تعنى بالحماية الدولية للفلكلور إنما رأى أحد المشاركين بأنه يجب النظر وبشكل عميق في إمكانية تطبيق الإتفاقيات السارية المفعول بخصوص حماية الملكية الفكرية، وإقترح البعض الآخر البدء بإعتماد مجموعة من التوصيات أو المبادئ التوجيهية الدولية.

ومثل أية معاهدة في مجال الملكية الفكرية فإن مشروع المعاهدة محل النظر لم يعنى فقط بضمان الحماية للتعابير الفلكلورية على الصعيد الدولي ولكن هدف بالمقابل إلى تعزيز التعاون والتنسيق بين التشريعات الوطنية. وما يثبت هذه الإزدواجية في الأهداف حسب بعض

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., annexe, n° 77, p. 30. Et rapport du *groupe d'experts sur la protection internationale des expressions du folklore par la propriété intellectuelle, op. cit., p. 26.*

[2] V. *Rapport du Groupe d'experts sur la protection internationale des expressions du folklore par la propriété intellectuelle, op. cit.*

الفقه[1] هو نص المادة الثانية من المشروع [2]، والتي تنص على مبدأ المعاملة الوطنية من جهة ومن جهة أخرى تنص على الحماية التقليدية، بحيث أن المشروع ينظم الأحكام المتعلقة بموضوع الحماية وهي تقريبا مستوحاة من الأحكام النموذجية لسنة 1982، وينص المشروع كذلك على الأحكام الإدارية المتعلقة بالإمضاء على المعاهدة ومسألة سريانها وكذا لغتها وغير ذلك من الأمور الإدارية الأخرى.

هذا عن بوادر ظهور مشروع المعاهدة الذي لم يتجسد في شكل نهائي وملزم، كونه كلل بالفشل بالنظر إلى العراقيل التي واجهت تجسيده في شكل ملموس والتي عبرت عنها مجموعة من الدول والمشاركين في الإجتماع. بحيث ظهرت جملة من الإشكاليات التي لم تلق حلولا[3] لدى المشاركين مما أفضى إلى بقاء مشروع المعاهدة كمجرد محاولة فاشلة.

أعربت الأغلبية العظمى من المشاركين في الإجتماع المنعقد بغرض دراسة مشروع المعاهدة أنه من السابق لأوانه صياغة معاهدة دولية لحماية الفلكلور وذلك لإنعدام الخبرة الكافية فيما يخص حماية الفلكلور على الصعيد الوطني وخاصة فيما يتعلق بتطبيق الأحكام النموذجية لسنة 1982، وقد أثارت مجموعة الخبراء بهذا الصدد إشكاليتين تتمثل الأولى في غياب المصادر المناسبة التي تسمح بتحديد تعابير الفلكلور المراد حمايتها، وغياب آليات قانونية قابلة للتطبيق لتنظيم القضايا المتعلقة بتعابير الفلكلور والتي لا توجد في دولة واحدة وإنما يمكن أن توجد في عدة دول من نفس المنطقة [4]. بينما أصر البعض وخلافا لموقف

---

[1] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 486: « Comme tous les traités dans le domaine de la propriété intellectuelle, le projet de Traité dont nous étudions le système de protection dans ces développements a les ambitions suivantes: non seulement il vise une garantie de protection pour les "expressions du folklore" à l'échelle internationale, mais aussi il doit favoriser une coordination ou une harmonisation des législations nationales ».

[2] Art. 2 du texte du projet de Traité pour la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autre actions dommageables : « Chaque État contractant accorde la même protection aux expressions du folklore issues d'autres États contractants qu'à celles issues de son propre territoire, sous réserve de la protection spécifiquement garantie et des exceptions spécifiquement prévues par le présent Traité ».

[3] S. Von Lewinski, *op. cit.*, p. 23 : « Le projet de traité basé sur ces dispositions types, débattu en décembre 1984 au sein du groupe d'experts sur la protection internationale des expressions du folklore par la propriété intellectuelle (OMPI-UNESCO), n'a pas été adopté, de multiples problémes n'ayantpar reçu de solution (par exemple en ce qui concerne les différentes expressions du folklorequi existent dans plusieurs pays) ».

[4] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit.*, n° 22, p. 6.

الجانب السابق على عدم فعالية الجهود الرامية إلى تطبيق نظام الحماية بموجب حقوق المؤلف، وأكدوا على وجود ما يكفي من المعلومات لإستخلاص الحاجة إلى الحماية الدولية لتعابير الفلكلور[1].

وبعد أن عقدت كل من اللجنة التنفيذية لإتفاقية برن واللجنة الحكومية للإتفاقية العالمية لحق المؤلف دوراتها المشتركة بباريس سنة 1985، درستا التقرير الذي رفع إليها من قبل لجنة الخبراء وإتفقت بصفة عامة مع الإستنتاجات التي توصلت إليها الأغلبية الساحقة من المشاركين في الإجتماع والتي لخصت في كون معاهدة الحماية الدولية مسألة سابقة لأوانها، وأن وضع وسيلة دولية أمر غير واقعي في هذا الوقت، ولا يمكن لهذا النص أن يكون أكثر من مجرد توصية[2].

وقد رأى بعض الفقه [3] أن العراقيل التي حالت دون صيرورة المشروع حقيقة قانونية ملموسة، تكمن في تلك التي تحمل طابعا قانونيا بالإضافة إلى تلك التي نتجت عن تباين وإختلاف المصالح المتعلقة بحماية الفلكلور. فبالنسبة للعراقيل ذات الطابع القانوني تذكر الصعوبة التي واجهتها إتفاقية روما المتعلقة بحماية فناني الأداء، منتجي التسجيلات الصوتية وهيئات البث الإذاعي لسنة 1961[4] في البداية بحيث أن ندرة التشريعات الوطنية حول الحقوق المجاورة إعتبر عائقا أمام توسيع دائرة الدول الأعضاء فيها، ومن وجهة النظر هذه يمكن القول بأن مشروع المعاهدة قد واجه ذات الصعوبة عند التفكير في إعتماده، بالإضافة إلى ذلك فإن

---

[1] V. *Rapport du Groupe d'experts sur la protection internationale des expressions du folklore par la propriété intellectuelle, op. cit.,* p. 26.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit.*, n° 23, p. 7: « Le comité exécutif de la Convention de Berne et le Comité intergouvernemental de la Convention universelle sur le droit d'auteur, à leurs sessions conjointes tenues à Paris en juin 1985, ont examiné le rapport du groupe d'experts et se sont ralliés, d'une manière générale, à ses conclusions. La majorité écrasante des participants était d'avis qu'un traité sur la protection des expressions du folklore était prématuré. Si l'on voulait élaborer un instrument international un tant soit peu réaliste, celui-ci ne saurait pour le moment être autre chose qu'une sorte de recommandation ».

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 500.

[4] Convention internationale sur *La protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, Rome, 1961.

إنضمت إليها الجزائر في نوفمبر 2006 ، المرسوم الرئاسي رقم 06-401 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 المتضمن التصديق، بتحفظ على الإتفاقية الدولية لحماية فناني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة، المحررة بروما في 26 أكتوبر 1961، ج. ر. 15 نوفمبر 2006، عدد 72، ص. 4.

المشروع شأنه شأن إتفاقية روما وضع إلزاما يقضي بأن تكون الدول الراغبة في المصادقة عليه قد تبنت قبل ذلك تشريعا متسقا ومنسجما مع أحكام المشروع[1] والحقيقة هي أن بعض التشريعات الإفريقية كانت تفتقد لهذا الإنسجام والتوافق.

أما عن طبيعة العراقيل الأخرى فإنها تتعلق ببساطة بتعارض المصالح بين الدول النامية والدول المتقدمة حيث ليس هناك من تماثل في المصالح، حتى عند التسليم بأن حماية الفلكلور مسألة تهم الدول المتقدمة بقدر ما تهم الدول النامية. وذلك لأن حماية الفلكلور مسألة ترتبط بمكانة هذا العنصر بين الكم الهائل من العناصر التي تكوّن ثقافة البلد وهو ما يبرر إصرار الدول النامية على إعتبار حماية الفلكلور مسألة جد مهمة تصنف في الدرجات الأولى ضمن سلم الأولويات لهذه الدول. وبالتالي فإن المصالح المرتبطة بحماية الفلكلور غير متماثلة وهذا يتوقف على ما إذا كانت الدولة نامية أو متقدمة. والجدير بالذكر هو أن اعتماد الأحكام النموذجية لسنة 1982، والمصاغة من جانب المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة اليونسكو لم يلق ذات الصعوبات كونه يفتقد لعنصر الإلزام ويبقى الأخذ بهذا الحل رهينا برغبة الدول الحرة لكونه مجرد وسيلة لمساعدة الدول في صياغة تشريعها الداخلي بما يخدم صالحها ويجسد توجهها التشريعي. بينما مشروع الأحكام كان سيتوج بالطابع الإلزامي متى تحول إلى نص قانوني نهائي مصادق عليه مما يتعارض ومصالح الدول المتقدمة التي لا يخدمها حقيقة وجود نص ملزم يحد من طموحها في استغلال الفلكلور بحرية ودون الإلتزام بأي مقابل.

وقد أعربت إحدى الدول الأوروبية ويتعلق الأمر بالحكومة الألمانية بأنها لا تتعامل مع هذه المسألة بجمود، إنما ما من مجال لوضع حدود بشأن إستخدام الفلكلور ورأت بأن حرية الوصول إلى الفلكلور تخدم مصالح الدول النامية كونها تعزز نشر وحفظ تراثها الثقافي.
وبالتالي أبدت الحكومة الألمانية موقفها السلبي إتجاه موضوع إنشاء حماية جد واسعة للفلكلور على الصعيد الدولي لاسيما فيما يخص مدة الحماية وكذا تحديد موضوع الحماية، كما أشارت إلى أن الحماية بموجب حق المؤلف ينبغي أن تشمل العروض الفلكلورية التي تعتبر مصنفات

[1] Art. 26 de la Convention de Rome et art. 13-4° du texte du projet de Traité étudié : « Il est entendu qu'au moment où un État sera lié par le présent traité, il sera en mesure de donner effet aux dispositions du traité dans le cadre de sa législation nationale ».

في معنى الأحكام التي تنظم حق المؤلف، إذ أن حماية غيرها من العروض الفلكلورية التي لا تستوفي معايير الحماية يتسبب في الإنقاص من قيمة حق المؤلف وهو أمر غير مرغوب فيه[1].

وقد أشار الفقه إلى أن الطبيعة الزائفة التي تكسو الحجج المقدمة من جانب الحكومة الألمانية واضحة، فالظاهر في مجال الملكية الفكرية أن الحماية الداخلية وحدها تظل غير كافية، بالإضافة إلى ذلك يميل الجميع إلى القول بأن الحماية الدولية للفلكلور تحظى بإهتمام أكبر مقارنة بالحماية الداخلية[2]. وفي الأخير يمكن القول بأن الأحكام النموذجية إن كانت تعتبر مجرد نموذج قدم للدول النامية بغرض الإستئناس به عند صياغة تشريعاتها الداخلية بصدد حماية الفلكلور، فإن المعاهدة التي كانت محل دراسة والتي أثارت حفيظة الدول الغربية ظلت مجرد مشروع ولم تظهر إلى الوجود في شكل ملموس.

وبالرغم من هذا الفشل الذي حققه مشروع المعاهدة إلا أن الاهتمام ظل منصبا على موضوع الحماية الدولية ففي إطار الإستطلاع المعد من لدن اللجنة الحكومية الدولية، طرح الإشكال حول الإقتراحات الملموسة التي يمكن الأخذ بها لحل الإشكاليتين اللتين وقفتا عقبة أمام صياغة المعاهدة في شكلها الرسمي، حيث تمثلت الأولى في عدم كفاية المصادر التي تسمح بتحديد تعابير الفلكلور المراد حمايتها والثانية في غياب آلية مناسبة لأجل تنظيم الحماية بخصوص التعابير المشتركة بين عدة دول، وهنا إقترحت بعض الدول أن تشكل المنظمة العالمية للملكية الفكرية لجنة دائمة تتولى دراسة هاتين الإشكاليتين، وأجابت إحدى الدول بإمكانية الإعتماد على نظام قواعد البيانات فيما يخص نقص الموارد المناسبة لتحديد تعابير الفلكلور وبخصوص العقبة الثانية رأت أنه من الممكن اللجوء إلى وسائل بديلة لتسوية

---

[1] V. document UNESCO/OMPI/FOLK/GEI.I/3, *Communication de la République Fédérale d'Allemagne*, annexe, p. 1: « On ne saurait accepter, en revanche, l'institution au niveau international d'une protection des droits d'auteur qui serait plus large pour le folklore, tant en ce qui concerne la durée de la protection que les objets de cette protection. Le droit d'auteur ne doit s'appliquer qu'aux présentations de folklore qui constituent des œuvres au sens des dispositions régissant le droit d'auteur. L'étendre à des présentations ne répondant pas à ces critères entrainerait une dévalorisation du droit d'auteur, ce qui n'est pas souhaitable ».

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 506: « Toutefois, le caractère spécieux de l'argumentation contenue dans la communication de la R.F.A. est patent: dans le domaine de la propriété intellectuelle, il est démontré qu'une protection uniquement interne se révèlera toujours insuffisante. En outre, n'est- on pas tenté de soutenir que la protection internationale du folklore présente plus d'intérêt que sa protection interne? ».

النزاعات، مثل التحكيم والوساطة. وذلك بغرض حل النزاعات القائمة حول الفلكلور الذي تتقاسمه عدة دول.

وقد تنوعت وتعددت الإقتراحات لتنصب جميعها على إيجاد حلول ملموسة وسهلة التطبيق، فمن الدول من أشارت إلى إمكانية إعتماد وتنفيذ سياسات الحماية والأرشفة والحفظ وكذا البحث والتثبيت على الصعيد الوطني. ثم إنشاء هيئة إقليمية تتكفل بتحديد قائمة البيانات الموفرة من قبل الدول بعد العمل على المستوى الوطني، بحيث تتشكل هذه الهيئة من الدول المنتمية إلى ذات المنطقة والتي تكرس جهودها في إنشاء نهج إقليمي للبحث في المجال الثقافي وكذا صياغة وإعتماد مبادئ عامة لتوزيع الفوائد وتحديد التعابير المشتركة في المنطقة . وإقترح البعض أن تتم دراسة العقبات المثارة من جانب الدول المتقدمة من قبل لجنتين دوليتين وإستدعاء مؤتمر دبلوماسي تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية[1].

وأقل ما يقال هو أن عدم تتويج مشروع المعاهدة هذا لم يؤثر في عزيمة الدول المعنية والمجتمعات المهتمة بحيث إستمرت في تكريس جهودها في البحث عن حلول لمسألة الحماية الدولية، إذ ظلت تتابع عن كثب أعمال اللجنة الحكومية الدولية فيما يخص مشروع الأحكام الذي أعدته بغرض حماية أشكال التعبير الفلكلوري وإن كان هذا المشروع غير رسمي ويفتقد للطابع الإلزامي فإنه بالإمكان أن يكون قاعدة ومنطلقا لإعداد نص دولي يحمي أشكال التعبير الفلكلوري.

الفرع الثاني: المشروع المتعلق بحماية أشكال التعبير الثقافي التقليدي

إنطلاقا من التوصيات المعرب عنها في ظل المشاورات الإقليمية وبناء على توافق الآراء الذي تم التوصل إليه في إجتماع حول الملكية الفكرية والموارد الوراثية وكذلك الإلتزام المتعلق بتبني معاهدة حول البراءات والمشاورات اللاحقة مع الدول الأعضاء، عبرت الدول عن رغبتها في إنشاء لجنة حكومية تتولى النظر في قضايا الملكية الفكرية المتعلقة بالموارد الوراثية، والمعارف التقليدية، والفلكلور [2] بحيث تم تأسيس هذه اللجنة الحكومية لتكون محفلا للدول الأعضاء بغرض إثراء المواضيع الثلاثة، وذلك لأنها تتداخل فيما بينها مما لا يسمح بمعالجتها

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/2/8, *op. cit*., pp, 47-48.

[2] V. document WO/GA/26/6, *op. cit*., n° 13, p. 4.

بفعالية من قبل أية هيئة أخرى من هيئات المنظمة العالمية للملكية الفكرية ولذا كان لزاما خلق جهاز خاص بها.

إن أهم عمل أقدمت عليه هذه اللجنة الحكومية الدولية هو إعداد المشروع الأولي للأحكام، الذي يعتبر بمثابة أحكام نموذجية تمثل مرجعا بالنسبة للدول عند وضع النصوص القانونية الوطنية والإقليمية وكذلك نقطة بداية يرتكز عليها عند وضع معاهدة دولية. وتتعلق هذه الأحكام بالحماية القانونية فحسب، أي الحماية القائمة في مواجهة أشكال الإستخدام والإستيلاء غير المشروعين وفي إطار الملكية الفكرية بوجه عام.

إن مشروع الأحكام يكرس نظام حماية خاص، ويتضمن جملة المبادئ الأساسية التي تتفرع إلى مبادئ توجيهية عامة وأخرى موضوعية. تهدف المبادئ التوجيهية إلى ضمان الحماية العادلة، المتوازنة، الفعالة والمنسجمة التي تؤدي بشكل مناسب إلى تحقيق أهداف السياسة العامة، وتلبي بالمقابل مجموعة من الإهتمامات. منها الوقوف على تطلعات وتوقعات المجتمعات التي تسعى إلى حماية فلكلورها، إحترام الإتفاقيات والنصوص الدولية الأخرى ذات الصلة وكذلك الإعتراف بالطابع الخاص والمميز للثقافات وأشكال التعبير الثقافي التقليدي، وإحترام الإستخدام والتناقل العرفي للفلكلور[1].

أما فيما يخص الأحكام الموضوعية فقد تناولت المسائل الأساسية المتمثلة في تحديد موضوع الحماية الذي سبق التطرق إليه في إطار البحث عن تعريف دولي للفلكلور وذلك ضمن الباب الأول. وإلى جانب تحديد موضوع الحماية تم تحديد المستفيدين منها وكذلك بيان كيفية تسيير الحقوق، مع رسم معالم نطاق الحماية والتطرق لمسألة الحدود والإستثناءات، مدة الحماية، الشكليات والجزاءات بالإضافة إلى الصلة مع الحماية بموجب الملكية الفكرية بإعتبار أن النص الحالي ذو طابع خاص، وأخيرا ورد النص على الحماية الإقليمية والدولية. ومن خلال هذا الفرع سيتم النظر في أهم العناصر دون الرجوع إلى مسألة تحديد موضوع الحماية كونها كانت محل تحليل سابق.

تضمن المشروع الأولي للأحكام وصفا للموضوع نفسه ووصفا للمعايير الموضوعية [2]. كما تم تحديد المستفيد من الحماية، بحيث تكون تدابير الحماية في صالح المجتمعات الأصلية،

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/7/3, *op. cit*., p, 8.

[2] أنظر الفرع المعنون ب " محاولة اللجنة الحكومية الدولية لتحديد موضوع الحماية "، ص. 21 وما يليها.

والمجتمعات التقليدية وكذلك المجتمعات الثقافية الأخرى. إذ تم الإعتراف للمجتمعات المعنية بالحقوق الحصرية الجماعية على أساس أن تعابير الفلكلور هي ملكية جماعية مما يؤدي إلى إسناد الحقوق إلى المجتمعات الأصلية، وقد أعربت الدول الإفريقية بهذا الشأن عن ضرورة الإعتراف بدور الدولة في حفظ وحماية تعابير الفلكلور.

ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن القاعدة المتعلقة بتحديد المستفيد من الحقوق هي مرنة بما فيه الكفاية لإستيعاب كلا التصورين، فالمستفيد من الحماية هو المجتمع أو الشعب المعني بصفة مباشرة، وبالتالي الحقوق المحمية إما أنها تنسب لهذا المجتمع أو الشعب وإما أن توكل مهمة التسيير الجماعي الخاصة بها لإدارة أو هيئة مختصة [1]. وأشار بعض الفقه إلى أن عبارة "المجتمعات الثقافية" واسعة بما يكفي لتشمل مواطني البلد بأكمله أو "الأمة" في الحالة التي تعتبر فيها تعابير الفلكلور بمثابة "فلكلور وطني" يؤول إلى جميع السكان في البلد[2].

يمكن ذكر بعض الملاحظات التي قدمتها الدول بخصوص تحديد المستفيد من الحماية. بحيث أن البعض منها رأى أن مفهوم المستفيد من الحقوق يجب أن يقتصر على المجتمعات التقليدية التي تنبثق عنها التعابير الثقافية التقليدية، أو التي تحافظ عليها، تديرها وتعمل على تنميتها وتطويرها. ومن الدول من أفادت بأن اللجنة الحكومية عالجت وبشكل واسع الإشكالية المعقدة المتعلقة بالمستفيد من تدابير الحماية بخصوص تعابير الفلكلور، إذ تتضمن هذه الإشكالية عدة قضايا خفية ترتبط بمصالح العديد من الأطراف ذات الصلة. بما في ذلك الدول ومواطنيها، السلطات الحكومية وكذلك الشعوب الأصلية والمجتمعات التقليدية بالإضافة إلى مجتمعات ثقافية أخرى. وتزداد إشكالية تحديد المستفيد من الحماية بنظر هذه الدول تعقيدا في عالم يتسارع فيه الأفراد والمجموعات في عبور الحدود الوطنية والجغرافية. وإقترحت دولة أخرى تقسيم أصحاب الحقوق إلى فئتين، الفئة الأولى تشمل حائزي الفلكلور من أفراد ومجتمعات تقليدية وكذا المجموعات العرقية والطوائف بينما الثانية تتألف من أصحاب الحقوق على المصنفات المشتقة كالباحثين وجامعي الفلكلور[3].

[1] V. document WIPO/GRTKF/IC/10/4, *op. cit*., annexe, p. 18.

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n° 83, p. 37.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/10/4 (a), *op. cit*., observations de la Chine, les États Unis d'Amérique et de Ghana.

وبعد تحديد المستفيد من الحقوق جاءت المادة الثالثة من مشروع الأحكام لتبين الأفعال التي تعتبر كإستغلال غير مشروع، وتم التمييز بين ثلاثة مجموعات بحيث صنفت التعابير المحمية إلى تلك التي لها معنى أو قيمة خاصة يتعلق الأمر بالتعابير ذات الطابع الديني والروحي، ثم تلتها التعابير الأخرى التي لا تكون محلا لأي تسجيل، وجاءت بعدها التعابير ذات الطابع السري[1].

فبالنسبة للتعابير ذات الطابع الديني أو الخاص بمعنى التعابير التي تحتاج لحماية جد معززة فإنها تكون محاطة بحق حصري خاص والذي يتطلب إخضاع عدد معين من الإستعمالات للموافقة المسبقة للمجتمع المعني، وتخضع هذه الحماية كذلك للإبلاغ أو التسجيل المسبق للتعابير محل الإستخدام في سجل عام. وهنا تم التمييز بين التعابير ذات الطابع الخاص التي تكون في شكل رموز، أسماء، علامات، كلمات وبين تلك التي تتجسد في صور أخرى غير هذه، فإن تعلق الأمر بالفئة الأولى أي بالتعابير التي تتألف من رموز أو كلمات أو علامات مثلا فإن الحماية تمتد إلى الإستخدام أو ممارسة حقوق الملكية الفكرية التي تشوه وتسيء إلى المجتمع المعني، أو توهم بأن التعبير ذو صلة بهذا المجتمع والحقيقة خلاف ذلك أو التي تمس بسمعة المجتمع[2]..

بينما إذا تعلق الأمر بالتعابير التي لا تتضمن علامات أو رموز مثلا فإن الحماية المكرسة تخص المصالح المالية وغير المالية للمجتمعات المعنية، وهنا بإمكان المستفيدين من الحقوق الإعتراض من جهة على كل إستغلال يفهم بالمعنى الواسع مثل إعادة الإنتاج والتكييف والبث الإذاعي، الأداء أو العرض العلني، الإبلاغ للجمهور، التوزيع والتأجير. وكذا الإعتراض على إكتساب وحيازة الغير للتعابير المحمية ومن جهة أخرى الإعتراض على كل إستخدام يتم بدون الإشارة إلى مصدر التعابير المستخدمة، أو يتم من خلاله تشويه أو تحريف هذه التعابير[3].

---

[1] Art. 3 du projet des dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles (WIPO/GRTKF/IC/7/3 et WIPO/GRTKF/IC/10/4).

[2] Art. 3-a (ii) du projet des dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles.

[3] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n° 84, p. 38: « S'agissant des expressions du folklore autres que les mots, signes, noms et symboles, la protection consacrée concerne les intérets tant économiques qu'extrapatrimoniaux des communautés concernées. Celles-ci peuvent en

وعن التعابير الأخرى التي لا تكون محل تسجيل أو إبلاغ فإن المشروع محل النظر لا ينص على حق حصري لحماية المصالح المالية وإنما ينص على مجرد مكفأة أو تقسيم عادل للفوائد كلما كان الإستغلال بهدف الربح، كما ينص في إطار المصالح المعنوية على ضرورة ذكر المصدر وكذا سلامة التعبير محل الإستخدام بعدم التعرض له بالتشويه أو التحريف أو أي تعديل آخر يشكل مساسا بسلامته[1].

وأخيرا بالنسبة للتعابير ذات الطابع السري فإن الأحكام تخول لفائدة المجتمعات الحق في منع النشر غير المرخص الذي يطال التعابير المحمية، وكذلك منع الغير من إكتساب أو ممارسة حقوق الملكية الفكرية بشأنها. وهي حماية دفاعية تتماشى والطابع السري لأشكال التعبير الثقافي التقليدي المعنية [2]. وتجدر الإشارة إلى أنه مهما كان شكل الحماية أو طابع التعبير المحمي فإن الإستخدامات التي تخضع للترخيص هي تلك التي تكون خارج السياق التقليدي أو العرفي سواء كانت لأغراض تحقق الربح أم لا وهو ما نصت عليه المادة الخامسة من المشروع.

إدارة الحقوق وتسييرها هي الأخرى حظيت بنصيبها من الإهتمام في إطار مشروع الأحكام وذلك من خلال المادة الرابعة، بحيث أن الترخيص المسبق لإستخدام التعبير الفلكلوري المحمي يطلب مباشرة من المجتمع المعني أو يطلب من الإدارة المختصة التي تسير وتدير الحقوق تحت طلب وبإسم المجتمع المستفيد من الحماية. وإن تدخل الإدارة المشار إليها مسألة إختيارية ولا يكون ضروريا إلا في الحالة التي ترغب فيها المجتمعات صاحبة الحقوق الإعتراف بدورها في منح الترخيصات المتعلقة بالإستخدام المشروع. ولأن الحماية لا ينبغي أن تكون جد صارمة فقد جاء النص على جملة من الحدود والإستثناءات وهي تقريبا تلك التي تأخذ بها الدول في إطار حقوق الملكية الفكرية، بحيث ما من حاجة لطلب الترخيص متى كان

---

effet s'opposer, d'une part à toute exploitation entendue au sens large (reproduction, publication, adaptation,…. location) et à l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur leurs expressions folkloriques, d'autre patt à toute utilisation faite sans mention de la source et à toute déformation, mutilation ou autre modification desdites expressions ».

[1] Art. 3-b du projet des dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles.

[2] Art. 3-c du projet des dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles.

الإستخدام عرضيا أو بغرض التوضيح والتعليم أو بهدف النقد، أو كان بقصد الأرشفة أو تم في إطار الإجراءات القضائية[1] وهذه أمثلة فقط عن الإستثناءات المنصوص عليها.

وتحظى أشكال التعبير الثقافي التقليدي بالحماية بمجرد إبداعها بمعنى ليست هناك شكليات خاصة، غير أن التعابير ذات الطابع الديني والخاص تكون محلا للإبلاغ أو التسجيل الذي يتم أمام قسم أو هيئة مختصة يعينها المجتمع المستفيد من الحماية، أو الإدارة المعينة من جانب المجتمع لتسيير الحقوق.

وفيما يخص الجزاءات المترتبة عن المساس بأشكال التعبير الثقافي التقليدي، فإنه جاء في نص المادة الثامنة من المشروع أنه لابد من وجود تدابير وجزاءات ذات طابع مدني وأخرى جنائية لدفع أي إنتهاك للحقوق أو مساس بأشكال التعبير الثقافي التقليدي، كما أن الإدارة المشار إليها فيما سبق يجب أن تتولى من جملة المهام المسندة إليها توجيه ومساعدة المجتمعات في مجال تطبيق الحقوق ورفع الدعاوى المدنية والجنائية بإسمها متى كان هناك مجال لذلك[2].

وما تجدر إليه الإشارة في ختام هذا الفرع هو أن الأحكام التي أعدتها اللجنة الحكومية الدولية للملكية الفكرية بمعية الدول والمجتمعات المعنية وذلك من خلال تعليقاتها وملاحظاتها هي مجردة من كل طابع رسمي، بما أنه لم يتم إعتمادها بعد، ولكنها تقدم بنية وقاعدة للعديد من المناقشات المطروحة على الصعيدين الوطني والإقليمي لاسيما في إطار الأعمال التي تشرف عليها المنظمة الإفريقية للملكية الفكرية[3].

إنه بعد التطرق لمختلف الأعمال والمبادرات الدولية في مجال الحماية القانونية للفلكلور ينبغي التطرق إلى الإتفاقيات الإقليمية والدولية التي تكرس نوعا من الحماية الملموسة للفلكلور وهذا من خلال المبحث الثاني.

---

[1] Art. 5-a (iii) du projet des dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles.

[2] Art. 8 du projet des dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles.

[3] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n° 85, p. 39.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للفلكلور بموجب الإتفاقيات الإقليمية والدولية

إن المبادرات التي أشير إليها فيما سبق ظهرت في شكل إجتماعات ومشاريع وأحكام وقوانين نموذجية، تفتقد للطابع الرسمي، وفي الحقيقة توجد على الصعيد الإقليمي والدولي بعض الحلول الملموسة وإن كانت غير كافية لضمان الحماية الفعالة للفلكلور إلا أنها تلبي البعض من إحتياجات وتطلعات الجهات المهتمة. ولذا سيتم التطرق من خلال المطلب الأول إلى الإتفاقيات الإقليمية التي تحمي الفلكلور ثم يلي ذلك النظر في الحلول التي تكرسها بعض الإتفاقيات الدولية.

المطلب الأول: الحماية الإقليمية للفلكلور

إن الإهتمام بحماية الفلكلور على الصعيد الدولي إمتد ليشمل الصعيد الإقليمي، بحيث أن الحماية الإقليمية تكتسي أهمية معتبرة فهي تسمح مثلا بتسوية النزاعات بين الدول المتجاورة بشأن تحديد مصدر ومنشأ تعبير فلكلوري معين. ويتجسد هذا الإهتمام بالحماية الإقليمية من خلال الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف [1]، وكذلك إتفاق Bangui المتضمن إنشاء المنظمة الإفريقية للملكية الفكرية. وبالتالي سيتم التطرق إلى مضمون الحماية بموجب هذين النصين.

تم إعداد الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف من جانب المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم التابعة لجامعة الدول العربية وقد تم إقرار النص النهائي لهذه الإتفاقية في المؤتمر الثالث للوزراء المسؤولين عن الشؤون الثقافية في الوطن العربي والذي إنعقد ببغداد في 1981.

وجاءت هذه الإتفاقية الإقليمية نزولا عند رغبة الدول العربية في حماية حقوق المؤلفين على المصنفات الأدبية والفنية أو العلمية بطريقة فعالة وموحدة وهذا ما ورد في ديباجة الإتفاقية. وتخول الإتفاقية العربية الحقوق لمؤلفي المصنفات ذات الطابع المبتكر التي يتم إبداعها في مجال الآداب والفنون والعلوم بغض النظر عن قيمتها أو نوعها أو الغرض من

[1] الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف، بغداد، 5 نوفمبر 1981.
Le site de l'ALESCO www.alesco.org.tn

تأليفها أو حتى الطريقة التي تستعمل في التعبير عنها [1]، وتضمنت المادة الأولى قائمة بالمصنفات المحمية التي ذكرت على سبيل المثال والتي لم يرد من بينها المصنفات الفلكلورية، بحيث خصصت المادة الخامسة[2] للنص على تعريف الفلكلور وتحديد صاحب الحقوق.

وما تجدر الإشارة إليه أنه إستخدم مصطلح " فلكلور" ولم يتم الأخذ بعبارة أخرى مثل أشكال التعبير الثقافي التقليدي أو تعابير الفلكلور وهي العبارات الأكثر إستخداما من جانب التشريعات المهتمة بحماية مثل هذا الإبداع. وإعتبر الفلكلور جملة من المصنفات الأدبية والفنية أو العلمية التي تبتكرها الفئات الشعبية في الدول الأعضاء، قصد التعبير عن الهوية الثقافية، وهذا التعريف يماثل تقريبا التعريف الذي تم تبنيه في إطار القانون النموذجي لتونس والمذكور فيما سبق. وحسب ذات المادة فإن الفلكلور الوطني ملك لكل من الدول الأعضاء التي يقع في حدود سيادتها، مما يفع بهذه الدول إلى تكريس كافة الوسائل والطرق القانونية الكفيلة بحمايته. وهنا تمارس السلطة الوطنية المختصة المهام والصلاحيات وتستفيد من المزايا التي يحظى بها المؤلف بمعنى أن السلطة المختصة تكون بمثابة مؤلف للمصنفات الفلكلورية. وعليه تلتزم بممارسة صلاحيات المؤلف في مواجهة التشويه أو التحوير أو الإستغلال التجاري.

وما تجب الإشارة إليه هو أن مؤتمر الوزراء المسؤولين عن الشؤون الثقافية في الوطن العربي أصدر في إطار الدورة الثانية عشر المنعقدة بالرياض سنة 2000 قرارا قضى بضرورة تعديل الإتفاقية العربية لحقوق المؤلف، وتطبيقا لهذا القرار دعت المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم مجموعة من الخبراء من بينهم ممثل عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية وممثل عن جامعة الدول العربية لتنفيذ القرار القاضي بتعديل نص الإتفاقية [3]. واستخدمت في مشروع التعديل عبارة "المأثورات الشعبية" وكذا عبارة "تعبيرات الفلكلور"، وتم النص على أن تحويرات التعبيرات الفلكلورية من ترجمة وتعديل وشرح وغيرها من التحويرات الأخرى وكذلك مجموعات تعبيرات الفلكلور محمية بموجب الإتفاقية شرط أن تكون مبتكرة من حيث الترتيب أو إختيار

---

[1] المادة 1 من الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف.

[2] الفقرة 1 من المادة 5 من الإتفاقية العربية لحقوق المؤلف : " يقصد بالفلكلور لأغراض تطبيق هذه الإتفاقية المصنفات الأدبية والفنية أو العلمية التي تبتكرها الفئات الشعبية في الدول الأعضاء تعبيرا عن هويتها الثقافية والتي تنتقل من جيل إلى جيل، وتشكل أحد العناصر الأساسية في تراثها".

[3] مذكرة توضيحية حول مشروع الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، 2010، ص. 1.

المحتويات[1]، كما توفر الحماية لفناني الأداء الذين يؤدون تعبيرا المأثورات الشعبية وهو ما نصت عليه المادة 24 من المشروع.

وتجدر الإشارة كذلك إلى إعداد مشروع إتفاقية عربية بشأن حماية المأثورات الشعبية [2] حيث قامت المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم بإعداد المشروع تنفيذا للقرار الصادر عن مؤتمر الوزراء المسؤولين عن الشؤون الثقافية في الوطن العربي الصادر في دورته الرابعة، لتكون الإتفاقة المراد العمل بها في حالة المصادقة عليها ودخولها حيز التنفيذ بمثابة الإطار المناسب للتعاون فيما بين الدول العربية وفقا لأحكام معاصرة لأحدث الإتجاهات التي تبنتها الإتفاقيات الدولية والإقليمية[3]. هذا بخصوص الإتفاقية العربية لحقوق المؤلف، وإلى جانب هذه الإتفاقية يوجد الإتفاق المنشئ للمنظمة الإفريقية للملكية الفكرية سنة 1977 والذي دخل حيز التنفيذ في شهر فيفري 1982 والمراجع سنة 1999.

فعلى خلاف القانون النموذجي لتونس والأحكام النموذجية لسنة 1982 التي لا تمثل نصوصا قانونية بالمعنى الحقيقي للعبارة فإن لإتفاق Bangui الذي يمتد على المستوى الإقليمي قوة إلزامية في مجال تنظيم إستخدام الفلكلور [4]. وفي إطار النص القديم كان الفصل السابع مقسما إلى عنوان أول بشأن حماية حق المؤلف وآخر بشأن حماية وتعزيز التراث الثقافي، وكان الفلكلور يحظى بحماية مزدوجة كونه جاء ذكره في كلا العنوانين، بحيث عرف في الأول ضمن نص المادة الثامنة على أنه جملة من الإنتاجات الأدبية والفنية أو العلمية المنتجة من جانب المجتمعات الوطنية العرقية للدول الأعضاء والتي تتناقل من جيل لآخر وتشكل بذلك أحد العناصر الأساسية للتراث الثقافي الإفريقي.

بينما التعريف الذي ذكر في إطار العنوان الثاني كان أوسع إذ إعتبر الفلكلور ضمن نص المادة 46 مجموعة من التقاليد والإنتاجات الأدبية والفنية، الدينية والعلمية وكذلك

---

[1] المادة 3 من مشروع الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، 2010.

[2] مشروع الإتفاقية العربية لحماية المأثورات الشعبية، 2010.

[3] المذكرة التوضيحية لمشروع الإتفاقية العربية لحماية المأثورات الشعبية، 2010، ص. 1.

[4] A. Lucas Schloetter, *op. cit.*, n°42, p. 20 : « Contrairement à la loi type de Tunis et aux dispositions types de l'OMPI, qui ne sont pas à proppprement parler de véritables instruments juridiques, une convention existe au niveau régional ayant force obligatoire et règlementant l'utilisation du folklore ».

التكنولوجية وغيرها من الإنتاجات الأخرى والتي تبدعها المجتمعات الإفريقية، لتتناقل بين الأجيال وتشكل أحد العناصر الأساسية للتراث الثقافي الإفريقي. ورأى بعض الفقه أن التعريف الذي ورد ضمن المادة الثامنة لا علاقة له بنص المادة 15 من إتفاقية برن غير أنه يتوافق وبعض تشريعات الدول الإفريقية [1]. وقد سبقت الإشارة إلى أن النص الجديد يتضمن تعريفا للفلكلور وآخر لتعابير الفلكلور. وما تجدر الإشارة إليه هو أن إتفاق Bangui لسنة 1977 تضمن حماية خاصة للفلكلور بموجب نظام حق المؤلف، بينما تم التخلي عن هذا الحل في إطار النص المراجع[2]، ولم تعد الحماية الخاصة خاضعة لأحكام نظام حق المؤلف.

وقد إعترض البعض على هذه الحماية الخاصة مؤسسين موقفهم على حقيقة أن المعارف التقليدية والفلكلور هي جزء من الملك العام وبالتالي لا يمكن أن تكون محمية بل يجب أن تظل متاحة للجمهور[3]، وجاء رد جانب آخر من الفقه على هذا الموقف بالقول أن الإبداعات التقليدية لا يمكن أن تكون مقصاة منذ البداية من الحماية بموجب نظام حق المؤلف أو بموجب نظام خاص ومع ذلك يمكن القول بأن النقاش يبقى مطروحا بشأن عناصر الفلكلور التي لا يمكن أن تعتبر بمثابة مصنفات بمعنى نظام حق المؤلف[4] .

وقد أكد الفقه على أن الحماية الخاصة لم تعد ذات صلة بقواعد نظام حق المؤلف وأشار مع ذلك إلى وجود تناقض بالنظر في أحكام بعض المواد بحيث جاءت المادة الخامسة بقائمة المصنفات المحمية بموجب حق المؤلف ومن ضمنها تعابير الفلكلور والتعابير المستوحاة منها، وجاء ضمن نص المادة الرابعة أن الحماية لا تخضع لشرط التثبيت على دعامة مادية. وإلى جانب الإشارة إلى تعابير الفلكلور ضمن جملة المصنفات المحمية بمعنى المصنفات التي تكون محاطة بالحق في إحتكار الإستغلال وكذا الحق المعنوي، فإنه تمت الإشارة إليه كذلك ضمن المادة 59 في فقرتها الأولى، أين يكون إستغلال تعابير الفلكلور وكذا الإنتاجات الواقعة

[1] K. Nkiema, *op. cit.,* p. 331: « …Cette définition n'a rien de commun avec l'article 15, alinéa 4 de la Convention de Berne que nous avons étudié , mais elle est caractéristique de nombreux textes de loi dans le droit positif africain ».

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n°42, p. 20.

[3] L.- Y. Ngombé, *De quelques aspects du droit d'auteur en Afrique : Regard furtif sur la propriété littéraire et artistique en Afrique au début du 21ème siècle*, (2004) 201 R.I.D.A. 127, p. 133. cité par F. Matip et K. Koutouki, *op. cit*., p. 247.

[4] F. Matip et K. Koutouki, *op. cit*., p. 247.

ضمن الملك العام خاضعا لدفع الأتاوى التي تتلقاها الهيئة المكلفة بالتسيير الجماعي [1]. ويظهر هذا التناقض كذلك في إطار النص الأصلي لسنة 1977، أي الأخذ بمبدأ حماية الفلكلور في إطار حق المؤلف أين يكون هناك حق حصري هذا من جهة ومن جهة أخرى وضع آلية تنظيم للإستغلال تقوم على دفع الأتاوى. ويبقى النظام الذي جاءت به مراجعة الإتفاق أقل وضوحا حتى أنه لم يتناول حق الدولة غير القابل للتصرف على الفلكلور، مما لا يسمح بمعرفة صاحب الحقوق على تعابير الفلكلور المشار إليها ضمن قائمة المصنفات المحمية[2].

وما تجدر الإشارة إليه هو أن الإتفاق نص على مبدأ المعاملة الوطنية وعليه فإن الدول الأعضاء في المنظمة الإفريقية للملكية الفكرية والمصادقة على الإتفاق ملزمة بحماية التعابير الفلكلورية بالتبادل طبقا لهذا المبدأ[3].

وفي كل الأحوال فإن الحماية الإقليمية لها أهميتها وما يؤكد هذا الإستنتاج هو موقف بعض الدول بشأن محاولة صياغة معاهدة دولية لحماية الفلكلور والتي رأت بأنه لابد أن يكون هناك وفرة في النصوص الوطنية والإقليمية بخصوص حماية الفلكلور قبل الخوض في مسألة الحماية الدولية. وإن كانت الإتفاقية العربية وكذا الإتفاق المؤسس للمنظمة الإفريقية للملكية الفكرية مرجعا للحماية القانونية على الصعيد الإقليمي فإن إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية وكذلك إتفاقية OMPI لحماية الأداءات والتسجيلات الصوتية لسنة 1996[4]. وسيتم التطرق لمضمون الحماية بموجب هذين النصين ضمن المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: الحماية الدولية للفلكلور

ينبغي التنويه إلى أنه لم يتم على الصعيد الدولي ذكر الفلكلور بصريح العبارة سواء ضمن الإتفاقية العالمية لحق المؤلف [5]، وكذلك ضمن إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية. ويلتمس هذا الفراغ حتى بالنسبة للإتفاق الذي إعتمدته المنظمة العالمية للتجارة حول

[1] Art. 59 de l'annexe 7 intitulé *Propriété littéraire et artistique* de l'Accord de 1999 portant révision du l'Accord de Bangui du 2 mars 1977.

[2] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n°43, p. 21.

[3] V. document WIPO/GRTKF/IC/5/3, *op. cit*., annexe, p. 37.

[4] Traité de l'OMPI sur *Les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)*, adoptée à Généve le 20 décembre 1996.

[5] *Convention universelle sur le droit d'auteur*, signée à Genéve, le 6 septembre 1952.

جوانب الملكية الفكرية التي تمس بالتجارة[1]، بحيث أنه لم يتخذ موقفا بشأن حماية الفلكلور إذ لم يتضمن النص على حماية هذا الإبداع ولم يشر إلى إقصائه من مجال الحماية [2]. وبخصوص الإتفاقية العالمية للملكية الفكرية فإنه لم تتم الإشارة إلى حماية الفلكلور منذ البداية أي منذ سنة 1952 وبقي الأمر على حاله عند مراجعتها سنة 1971، وحسب جانب من الفقه فإن عدم إلتفات هذه الإتفاقية لمسألة حماية الفلكلور سنة 1952 أمر منطقي، فكان من المبكر التطرق لمثل هذا الموضوع، والواقع يثبت أن الإهتمام بحماية الفلكلور لم يظهر إلا مع الحركات التحررية للعديد من الدول النامية والتي حظيت بإستقلالها مع مطلع الستينات [3]، أما في سنة 1971 فإن الإتفاقية لم تعرف معنى وفكرة المصنف المجهول الهوية والتي تم تضمينها في إتفاقية برن سنة 1967 ويبدو هذا الشرح منطقيا[4].

أما عن إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية فإنها تضمنت عند مراجعتها بإستكهولم سنة 1967 أحكاما موجهة لحماية الفلكلور وإن لم يتم ذكره بشكل صريح فهذا يستخلص من نص المادة الخامسة عشر في فقرتها الرابعة. وقد يعتبر هذا الحل كافيا لتلبية توقعات الدول النامية التي طالبت بهذه الحماية منذ إجتماع برازافيل سنة 1963، حيث طالبت هذه الدول بتضمين إتفاقية برن لأحكام خاصة لحفظ مصالح الدول الإفريقية في مجال الفلكلور، وعليه أنشأت اللجنة الرئيسية المكلفة بمراجعة الأحكام الموضوعية لإتفاقية برن مجموعة عمل خاصة وطلبت منها صياغة إقتراحات ذات صلة والبحث عن المكان المناسب ضمن الإتفاقية لإدراج أحكام تتعلق بمصنفات الفلكلور[5].

وإستلهاما من الإقتراح الذي تقدمت به دولة تشيك بخصوص إنشاء سلطة مختصة تمثل مؤلفي المصنفات الفلكلورية وتؤسس لحفظ حقوق هؤلاء، إقترحت مجموعة العمل إضافة

---

[1] Accord *sur les aspects de droits de propriété intéllectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), 1994.

[2] *F. Shyllon, Conservation, préservation et protection juridique du folklore en Afrique : un tour d'horizon*, Bull. dr. auteur, vol 32, n° 4, 1998, p. 40.

[3] K. Nkiema, *op. cit.*, p. 447: « En 1952, on peut raisonnablement penser qu'il était encore trop tôt; en effet, les préoccupations autour de la protection du folklore ne sont apparues qu'avec les indépendances des années 1960 dans les pays en voie de développement ».

[4] Ibid : « Quant à la date de 1971, monsieur Gobin donne une explication qui nous semble bien logique : la Convention, universelle ignore l'oeuvre anonyme alors que c'est ce type d'oeuvre qui a inspiré la solution de l'article 15 alinéa 4 de la Convention de Berne ».

[5] V. les dispositions types, OMPI-UNESCO, III, observations liminaires, n° 9, p. 33.

فقرة إلى المادة الخامسة عشر من الإتفاقية والتي تتألف من نقطتين أساسيتين [1]، فالمادة 15 في فقرتها الرابعة تنظم وبموجب حق المؤلف حماية المصنفات غير المنشورة والمؤلفات مجهولة الهوية والتي يفترض أن مؤلفوها مواطنون في الدولة المنتمية إلى الإتحاد، وبالرغم من أنه لم تتم الإشارة إلى مصطلح الفلكلور بصريح العبارة إلا أنه ما من شك في أن هذه الأحكام موجهة لحماية هذا الإبداع وذلك بالنظر إلى الأعمال التحضيرية التي سبقت التعديل. وفيما يخص ملكية الحقوق فإن الفقرة الرابعة من المادة 15 تنص على أنه يتم تعيين سلطة مختصة بموجب تشريع الدولة والتي تتولى تمثيل المؤلف مجهول الهوية أو صاحب المصنف غير المنشور، فهذه السلطة تتولى إلى جانب تمثيلها للمؤلف تنفيذ الحقوق التي تخولها حماية المصنفات المعنية[2].

ومن الصعوبات التي قد تواجه تطبيق هذه الأحكام هي عدم بيان أشكال تنفيذ السلطة المختصة لمهامها وكذا عدم تحديد كيفيات تلقي وتوزيع الأتاوى المحصل عليها، ويبقى هذا من إختصاص المشرع الوطني. وتنبغي الإشارة إلى الطابع الإختياري لمضمون الفقرة الرابعة من المادة الخامسة عشر، بحيث تبقى الدول الأعضاء في الإتحاد حرة في تعيين السلطة المختصة والمكلفة بحماية فلكلورها. فالإتفاقية تلزم الدول بإحترام رغبة الدول الأخرى التي تعينمثل هذه السلطة، وبالنسبة للدول التي تأخذ بالخيار المتاح ضمن الفقرة الرابعة من المادة 15 فإنه يجب أن يتضمن تشريعها الوطني أحكاما تحمي الفلكلور.

غير أنه يجري الإتفاق على عدم فعالية وكفاية الحماية التي تكرسها إتفاقية برن للفلكلور بحيث يرى بعض الفقه أن إدراج الفقرة الرابعة ضمن نص المادة 15 من الإتفاقية مجرد حيلة قانونية لا غير وأنه لابد من البحث عن حلول خارج نطاق حق المؤلف [3]. ورأى

---

[1] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n°32, p. 16.

[2] Art. 15-4° (a)de la Convention de Berne : « ….a) pour les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue, mais pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que cet auteur est ressortissant d'un pays de l'Union, il est réservé à la législation de ce pays la faculté de désigner l'autorité compétente représentant cet auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'Union ».

[3] S-V. Lewinski, *op. cit*., p. 23 : « …Cette solution n'a cependant pas etre jugée satisfisante, puisqu'elle n'a presque pas été appliquée par les États membres de la convention de Berne, ce qui peut s'expliquer par le fait qu'il s'agissait d'une fiction juridique et qu'il aurait etre préférable de trouver une solution sans l'appui du droit d'auteur ».

جانب فقهي آخر أنه من المؤكد أن نص المادة 15 في فقرتها الرابعة قد أخذ بعين الإعتبار الظاهرة الفلكلورية ولكنه لا يمنح حلا كافيا لإشكالية حماية الفلكلور[1].

وإلى جانب إتفاقية برن توجد إتفاقية أخرى وإن كانت لا تنص على حماية الفلكلور بحد ذاته إلا أنها توفر قدرا من الحماية لأداءات الفلكلور وهي إتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن الأداءات والتسجيلات الصوتية. وحسب البعض فإن هذه الحماية يمكن أن تكون ذات أهمية كبيرة بالنظر إلى أنه غالبا ما يتم إظهار الفلكلور بموجب الأداءات والعروض [2]. بحيث أن اتفاقية روما لا تشير إلى حماية مؤدي الفلكلور ضمن نص المادة الثالثة منها بينما إتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية لسنة 1996 تعرف الفنان المؤدي ضمن المادة الثانية [3] على أنه كل ممثل، أو مغني، أو موسيقي، أو راقص أو أي شخص آخر يقدم، يغني، يتلو أو يؤدي أو يعرض المصنفات الأدبية أو الفنية وتعابير الفلكلور، وهو نفس التعبير المذكور في الأمر رقم 2003-05. وبالتالي، فإن الأداءات المتعلقة بالفلكلور هي محل حماية دولية بموجب هذه الإتفاقية.

هذا عن الإتفاقيات الدولية التي تكرس حلولا بشأن الحماية الدولية للفكلور وإن كانت هذه الحلول غير كافية فهي على الأقل تسمح للدول المهتمة والمعنية بضمان نوع من الحماية الفعلية وإن كانت غير فعالة.

---

[1] A. Lucas Schloetter, *op. cit*., n°34, p. 17.

[2] V. document WIPO/GRTKF/IC/6/3, *op. cit*., p. 16.

[3] Art. 2 du Traité de l'OMPI sur *les interprétations et exécutions et les phonogrammes :* « "artistes interprètes ou exécutants" les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent, interprètent ou exécutent de toute autre manière des oeuvres littéraires ou artistiques ou des expressions du folklore ».

الخاتمة

إن موضوع حماية الفلكلور وإن لم يكن حديثا، فإنه يطرح في الوقت الراهن مصالحا جديدة، ويبدو أن ضرورة النهوض بحماية الفلكلور وتحسينها مسألة مقبولة عالميا، غير أن الآراء تختلف حول الكيفيات الملائمة بهذا الصدد [1]، بحيث لم يقتنع البعض بكفاية نظام حق المؤلف في مجال الحماية القانونية للفلكلور، ونادى آخرون بضرورة خلق قواعد وأحكام خاصة تكفل الحماية الفعالة، لكونها تأخذ بعين الإعتبار خصوصيات الإبداع الفلكلوري، التي تتمثل أساسا في كونه من من إنتاج مؤلف غير محدد وغير معروف وهو الوضع الغالب، كما أنه يتناقل في أغلب الحالات شفاهة وذلك بين عدة أجيال. ويظل هذا الموضوع محطا للأنظار ومجالا خصبا للدراسة والنقاش، لكونه يعد إبداعا فكريا بالغ الأهمية، إذ يعكس الهوية الثقافية والإجتماعية للدول والمجتمعات المعنية، كما أنه يثير جدلا عميقا نظرا لما يحيط به من إشكاليات، ويرى البعض بأنه من الصعب فرض حماية فعالة بموجب نظام حق المؤلف دون إحداث تغيير عميق في مبادئه، وإن كان هناك إضطرار إلى وضع قواعد خاصة لحماية الفلكلور ضمن تشريعات حق المؤلف لماذا لا يتم جمع وتصنيف هذه الخصوصيات والميزات لأجل خلق نظام مستقل[2].

هذا وينادي البعض بتطبيق مختلف قواعد الملكية الفكرية كلما كان هناك مجال لذلك مثل القواعد المتعلقة بالعلامات الجماعية وعلامات المطابقة والرسوم والنماذج الصناعية وتسميات المنشأ وكذلك القواعد المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة، وذلك لإحباط أعمال المستخدمين ذوي النية السيئة، بحيث أن هذه القواعد لا تتعلق بالجانب الفردي، مثلما هو الحال بالنسبة لحق المؤلف، فبالإضافة إلى أنها تهدف إلى الإشارة إلى مصدر الإنتاج الفكري، فإنها

[1] A. Lucas Schloetter, *Protection juridique du folklore*, Juriscl. Propr. litt. artis. 2009, n° 92, p. 4 1.

[2] K. Nkiema, *op. cit.*, p. II: «La leçon qui a été tirée de cette expérience est qu'il serait difficile d'assurer efficacement la protection du folklore par le droit d'auteur sans alérter profondement les principes de ce dernier. En outre, si on est contraint de créer à l'interieur des législations du droit d'auteur des régimes particuliers pour faire un régime autonome ?».

تسمح من جهة أخرى بتلبية إهتمامات المجتمعات الأصلية حول الحفاظ على أصالة فلكلورها لدى إستغلاله[1].

وإن كانت هذه الدراسة قد تمحورت حول الحماية القانونية للفلكلور، فإنه لا يمكن إنكار الدور الفعال للحماية المادية التي يحظى بها الفلكلور بموجب التشريعات والنصوص القانونية المتعلقة بالتراث الثقافي، والتي تقوم على حفظ التراث وتعزيزه وذلك وفقا لعمليات الجرد والإحصاء، مما يسمح بتحديد التعابير الفلكلورية وهو ما يفتح المجال أمام الحماية القانونية لهذه الأخيرة.

إن حل جميع الإشكاليات المتعلقة بالفلكلور يتطلب دراسة جد معمقة من جميع الجوانب، النظرية، والعملية، والقانونية، بحيث ينبغي الأخذ بعين الإعتبار في هذه الدراسة لمختلف الخصوصيات المميزة للإبداع الفلكلوري وذلك بغرض تسطير السياسات العامة، وخلق القواعد المناسبة والفعالة. سواء على الصعيد الوطني أو على الصعيد الدولي، لأن الحماية الدولية للفلكلور ضرورة لا مفر منها لذا يتوجب إعادة النظر فيها.

وهـذا بتوفيـق من الله

[1] A. Lucas Schloetter, op. cit., n° 92, p. 41.

قائمة المصادر:

1-المصادر باللغة العربية

1- الإتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر (حسب التسلسل التاريخي)

- الأمر رقم 73-26 المؤرخ في 22 مارس 1973 المتعلق بإنضمام الجزائر إلى الإتفاقية العالمية لسنة 1952 حول حق المؤلف والمراجعة بباريس في 24 يوليو 1971، ج. ر. 3 يوليو 1973، عدد 53، ص. 762.
- الأمر رقم 75-2 مكرر المؤرخ في 9 يناير 1975 المتضمن مصادقة الجزائر على إتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة باستوكهولم في 14 يوليو 1967، ج. ر. 14 فبراير 1975، عدد 13، ص. 198.
- المرسوم الرئاسي رقم 97-341 المؤرخ في 13 سبتمبر 1997 المتضمن انضمام الجزائر، مع تحفظ، إلى إتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 9 سبتمبر 1886 المتممة والمعدلة، ج. ر. 14 سبتمبر 1997، عدد 61، ص. 8.
- المرسوم الرئاسي رقم 06-401 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 المتضمن التصديق، بتحفظ، على الإتفاقية الدولية لحماية فناني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة، المحررة بروما في 26 أكتوبر 1961، ج. ر. 15 نوفمبر 2006، عدد 72، ص. 4.

2- الإتفاقيات الإقليمية (حسب التسلسل التاريخي)

- الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلفن بغداد، 5 نوفمبر 1981 .www.alesco.org.tn
- مشروع الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة 2010.
www.alesco.org.tn
- مذكرة توضيحية حول مشروع الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة،2010. www.alesco.org.tn
- مشروع الإتفاقية العربية لحماية المأثورات الشعبية، 2010 .www.alesco.org.tn.
- مذكرة توضيحية حول مشروع الإتفاقية العربية لحماية المأثورات الشعبية، 2010.
www.alesco.org.tn

3- النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بالقانون الجزائري (حسب التسلسل التاريخي)

- الأمر رقم 73-14 المؤرخ في 3 أفريل 1973 المتعلق بحق المؤلف، ج. ر. 10 أفريل 1973، عدد 29، ص. 434.
- الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر. 12 مارس 1997، عدد 13، ص. 3.
- الأمر رقم 98-04 المؤرخ في 15 جوان 1998 المتعلق بحماية التراث الثقافي، ج. ر. 17 جوان 1998، عدد 44، ص. 3.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-366 المؤرخ في 21 نوفمبر 1998 المتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر. 22 نوفمبر 1998، عدد 87، ص. 5.
- الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر. 23 يوليو 2003، عدد 44، ص. 3.
- المرسوم التنفيذي رقم 05-356 المؤرخ في 21 سبتمبر 2005 المتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وتسييره، ج. ر. 21 سبتمبر 2005، عدد 65، ص. 23.
- المرسوم التنفيذي رقم 11-356 المؤرخ في 17 أكتوبر 2011 المتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وتسييره، ج. ر. 19 أكتوبر 2011، عدد 57، ص. 4.

3- النصوص القانونية الخاصة بالتشريعات المقارنة (حسب التسلسل التاريخي)

-القانون رقم 36-941 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، أول مارس 1994، عدد 17، ص. 361.

-القانون رقم 75 المؤرخ في 3 أفريل 1999 المتضمن حماية الملكية الأدبية والفنية، ج. ر. دولة لبنان 13 أفريل 1999، عدد 99/8.

-ظهير شريف رقم 20-00 الصادر بتاريخ 15 فيفري 2000 المتضمن تنفيذ القانون رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر. 18 ماي 2000، عدد 4796.

-القانون الإتحادي لدولة الإمارات رقم 07 المؤرخ في 1 جويلية 2002 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة.

- القانون البحريني رقم 22 المؤرخ في 25 جوان 2006 المتضمن حماية حقوق المؤلف والحقق المجاورة، ج. ر. ب 28 جوان 2006، عدد 2745.

4 - المراجع العامة (حسب التسلسل الأبجدي لألقاب المؤلفين)

- زراوي صالح (ف)، الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الثاني الحقوق الفكرية: حقوق الملكية الصناعية والتجارية–حقوق الملكية الأدبية والفنية، نشر وتوزيع إبن خلدون، وهران، 2001.
- زراوي صالح (ف)، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الادبية والفنية، نشر وتوزيع ابن خلدون، وهران، 2006.
- خليل يوسف أبو بكر (م)، حق المؤلف في القانون دراسة مقارنة، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
- كنعان (ن)، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة، الأردن، 2009.

5- المحاضرات والمقالات والمذكرات والوثائق(حسب التسلسل الأبجدي لألقاب المؤلفين)

- عبد الفتاح أحمد حسان (أ)، مدى الحماية القانونية لحق المؤلف " دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007–2008.
- مشهور حديثة الجازي (ع)، المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف، ورقة عمل مقدمة في ندوة " حق المؤلف في الأردن: بين النظرية والتطبيق"، 2004.
- الملكية الفكرية والموارد الوراثية والمعارف التقليدية وأشكال التعبير الثقافي التقليدي، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، منشور رقم (a) 933، 2012.
- ندوة الويبو الوطنية لفائدة هيئة القضاء، " تطور حق المؤلف والحقوق المجاورة في الجزائر ودور الديوان الوطني لحق المؤلف والحقوق المجاورة"، 2003.

2- Bibliographie en langue française

1-Conventions internationles (par ordre chronologique)

- Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 révisée et complétée.
- Convention universelle sur le droit d'auteur, signée à Genéve, 6 septembre 1952.

- Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, conclue à la Haye, le 14 mai 1954.
- Convention internationale sur la protection des artistes interprétes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, signée à Rome, 1961.
- Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété des biens culturels, conclue à Paris, le 14 novembre 1970.
- Convention sur le patrimoine mondial de l'UNESCO, novembre 1972.
- Accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), 1994.
- Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), adopté à Genéve, le 20 décembre 1996.
- Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, UNESCO, le 17 octobre 2003.

2-**conventions régionales (par ordre chronologique)**

- Accord de Bangui, acte du 2 mars 1977, relatif à la création de l'organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI).
- Accord de 1999 portant révision de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 instituant l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle.

3- **Textes législatifs et réglementaires en droit comparé (par ordre chronologique)**

- Code français de la propriété intellectuelle. www.légifrance.gouv.fr
- Loi de la R .D Congo n° 86-033 du 5 avril 1986 *sur la protection des droits d'auteur et droits voisins*. www.droitAfrique.com.
- Loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement, UNESCO-OMPI, 1976. Disponible sur internet.
- Loi du Panama n° 20 du 26 juin 2000 *sur le régime de propriété intellectuelle appliqué aux droits collectifs des peuples autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels*, J. O, n° 24083 du 27 juin 2000. Disponible sur internet.
- Loi du Cameroun n° 2000-011 du 19 décembre 2000 *relative au droit d'auteur et aux droits voisins*.
- Décrét exécutif n° 12 du 20 mars 2001 portant réglementation de la loi du Panama n° 20 du 26 juin 2000 *sur le régime de propriété intellectuelle appliqué aux droits collectifs des peuple autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels*.
- Loi type du Pacifique sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles, 2002
- Loi n° 005/PR/2003 *portant protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore* du Tchad. www.droit-Afriqe.com.
- Cod civil français, Dalloz, éd. 103, 2004.

- Loi n° 2005-30 du 5 avril 2006 *relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins* de la République du Bénin.
- Loi de Djibouti n° 54/AM/06 du 23 juillet 2006 *relative à la protection des droits d'auteur et droits voisins*. www.droitAfrique.com.
- La loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 *sur le droit d'auteur et les droits voisins* au Sénégal. www.droit-Afrique.com.
- La loi n° 08-024 du 23 juillet 2008 *fixant le régime de la propriété littéraire et artistique* de la République du Mali. www.droit-Afrique.com.

4- **Ouvrages spéciaux, monographies et théses, cours (par ordre alphabétique)**

- Boudjellal Meghari (A), *Analyse de la structure et des procédés de narration et de contage : approche comparative des contes de Perrault et des contes Chaouis*, th, 2008, t. 1, université de Provence.
- Françon (A), *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Paris, Les cours de droit*, 1985-1986.
- Gobin (A), *Folklore musical et droit d'auteur*, th, Paris II, 1975.
- Jakobson (N), " *Le folklore, forme spécifique de création "in question de poétique*, Paris, éd. du Seuil, 1973.
- Lewinski (S.-V), *Le folklore, les savoirs traditionnels et les ressources génitiques : sujet débattu dans le contexte de la propriété intellectuelle*, Propr. intell. janvier, 2005.
- Lucas Schloetter(A), *Protection juridique du folklore*, Juriscl. propr. litt. artis, 2009.
- Mattes (A), *La* protection *du folklore par le droit d'auteur : une analyse comparée en France et au Brésil*, mémoire de master, Paris XI, 2009-2010.
- Mezghani (N), *La protection du folklore, des créations populaires, et du savoir traditionnel*, une conférence disponible sur internet.
- Nkiema (K), *La protection des expressions du folklore par la propriété intellectuelle*, th. Paris II, 1988.
- Roland (H), *Lexique juridique, Expressions latines*, litér, éd 1999.

5- Articles de doctrine (par ordre alphabétique)

- Amegatcher (A), *La protection du folklore par le droit d'auteur, une contradiction dans les termes*, Bull. dr. auteur, vol. 36, n° 2, 2002, p. 36.
- Collot (P.-A.), *La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection sui genéris*, rev. Droit et culture (53-2007).
- Dusolier (S), *Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, 2010.
- Kuruk (P), *Le droit coutumier africain et la protection du folklore*, Bull. dr. auteur, vol. 36, n° 2, 2002, p. 4.
- Massoyé (C), *La protection des expressions du folklore*, R.I.D.A, 1988.

- Matip (F), et K. Koutouki, *La protection du folklore dans les États membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle*, Rev. Québécoise dr inter. 2008, p. 244.
- Ngombé (L.-Y.), *Trente ans de droit d'auteur dans l'espace OAPI*, Rev. jur. Thémis, n° 41-3, 2007.
- Ngombé (L.-Y.), *De quelques aspects du droit d'auteur en Afrique : regard furtif sur la propriété littéraire et artistique en Afrique au début du 21éme siecle*, (2004) 201 R.I.D.A, p. 127.
- Shyllon (F), *Conservation, preservation et protection juridique du folklore en Afrique : un tour d'horizon*, Bull. dr. auteur, vol. 32, n° 4, 1988, p. 40.
- Tossen (M) et Andersson (J), *Propriété intellectuelle et préservation des cultures traditionnelles*, OMPI, pub n° 1023, 2010, révisée 2012
- Zéraoui Salah (F), *Les traductions, le régime de protection par le droit d'auteur, étude comparative droit algérien-droit français*, Propr. intell, n° 46, janvier 2013.

6- **Principales décisions de jurisprudence (par ordre chronologique)**

- CA Paris, 10 avril 1862, D. 1863, I, p. 53 (aff. Cavour).
- Cass-Civ., 23 octobre 1962, R.I.D.A, 1963, p. 127. (cité par L.-Y Ngombé, *Trente ans de droit d'auteur dans l'espace OAPI*, Rev. Jur. Thémis, n° 41-3, 2007, p. 773.).
- Trib. Paris, 19 janvier 1972 (cité par K. Nkima, La protection des expressions du folklore par la propriété intellectuelle, th. Paris II, 1988, p. 74.).
- CA Paris, 20 séptembre 1993, PIBD 1993, p. 556.
- CA Paris, 20 novembre 1996, R.I.D.A 1997, n° 173, p. 173.
- Trib. Cotonu, 8 avril 1998 (cité par L.-Y Ngombé, *Trente ans de droit d'auteur dans l'espace OAPI*, Rev. Jur. Thémis, n° 41-3, 2007, p. 773.).

8- **Documents et publications des Organisations internationales (par ordre chronologique)**

- Rapport du groupe d'experts sur la protection internationale des expressions du folklore par la propriété intellectuelle, UNESCO, Paris, 1984, Bull. dr. auteur, vol. 19, n° 2, 1985.
- La recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, adopté par la conférence générale, UNESCO, 1989.
- Forum mondial UNESCO-OMPI, sur la protection du folklore, Thailande, Phuket, 1997.
- Table ronde internationale, patrimoine culturel international-définitions opérationnelles, Piément, Italie, 2001.
- Savoirs traditionnels : besoin et attentes en matiére de propriété intellectuelle, rapport de l'OMPI sur les missions d'enquêtes consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), OMPI, 2001.

- Loi type de 2002 sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie : principes dans la législation nationale, secrétariat de la communauté du Pacifique, 2008.
- La propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, OMPI, brochure n° 1, pub n° 913.

3- bibliographie en langue anglaise

- Adewepo (A), *Protection and administration of folklore in Nigeria*, Script-ed, vol. 3, issue 1, 2006.
- Dwivedi (A) and Sorah (M), *Copyright laws as a means of extending protection to expressions of folklore*, Journal of intellectual property rights, vol. 10, 2005.
- Rana (R), Indigenous cultur and intellectual property rights, journal of intellectual property rights, vol. 11, 2006.
- Valsaka (P.-V.) and Kutty (G.), *National experience with the protection of expressions of folklore, traditional cultural expressions, India, Indonessia, and the Philippines*, 1999.
- Wong (T) and Fernandini (C.), Traditional cultural expressions : preservation and innovation, Chapter 5 of book Intellectual property and human development : currents and future scenarios, PIIPA.
- A sammary report of the conference on how IPRS could work better for the developing countries and poor people, 2002, sustainable developments, vol. 70, n° 1, 2002, on line at http://www.iisd.ca/linkages/sd/sdipr.

11- **Principaux sites internet juridique**

- www.alesco.org.tn (Organisation arabe pour l'éducation, la culture et les sciences)
- www.droit-Afrique.com (le droit des affaires en Afrique francophone)
- www.droitcultures.revue.org (revue internationale interdisciplinaire)
- www.piipa.org (public interest intellectual property advisors)
- www.wipo.int (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle)
- www.legifrance.gouv.fr (le service public de la diffusion du droit)
- www.joradp.dz (Journal officiel algérien)

الفهرس

المقدمة.....1

الباب الأول: تحديد ماهية موضوع الحماية.....5

الفصل الأول: التعريف القانوني للفلكلور.....8

المبحث الأول: التعريف القانوني الداخلي والدولي للفلكلور.....9

المطلب الأول: التعريف القانوني للفلكلور ضمن بعض التشريعات الوطنية لحق المؤلف.....10

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من مسألة تعريف الفلكلور.....10

الفرع الثاني: التعريف القانوني للفلكلور ضمن بعض التشريعات المقارنة.....11

المطلب الثاني: محاولة صياغة تعريف دولي للفلكلور.....21

الفرع الأول: غياب تعريف دولي للفلكلور.....21

الفرع الثاني: محاولة اللجنة الحكومية الدولية لتحديد موضوع الحماية.....23

المبحث الثاني: التفصيل في الخصوصيات المميزة للفلكلور وبيان طبيعة أشكاله.....27

المطلب الأول: بيان خصوصيات الفلكلور.....28

الفرع الأول: الطابع التقليدي للفلكلور.....28

الفرع الثاني: الطابع غير الشخصي للفلكلور.....31

المطلب الثاني: طبيعة أشكال الفلكلور وتعابيره.....35

الفرع الأول: الطابع الشفهي للفلكلور.....35

الفرع الثاني: أشكال الفلكلور ذات طابع ملموس وغير ملموس.....37

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للفلكلور.....41

المبحث الأول: تكييف الفلكلور كإبداع فكري.....42

المطلب الأول: الفلكلور كإبداع فكري في إطار نظام حق المؤلف.....43

الفرع الأول: الفلكلور مصنف أدبي أو فني.....43

الفرع الثاني: عنصر الإبتكار في الإبداع الفلكلوري.....47

المطلب الثاني: حدود الإبداع الفلكلوري في ظل نظام الملكية الصناعية والتجارية.....51
الفرع الأول: الفلكلور كإبداع فكري في ظل الحقوق المتعلقة بالمنشآت الجديدة.....51
الفرع الثاني: الفلكلور كإبداع فكري في ظل الحقوق المتعلقة بالسمات المميزة.....53
المبحث الثاني: مدى ملائمة نظام حق المؤلف لحماية الإبداع الفلكلوري.....56
المطلب الأول: حقيقة الصراع القائم بين خصوصيات الفلكلور وبين نظام حق المؤلف.....57
المطلب الثاني: البحث عن حلول بشأن الصراع القائم بين خصوصيات الفلكلور وبين متطلبات نظام حق المؤلف.....64
الباب الثاني : تحديد مضمون ونطاق الحماية القانونية للفلكلور على الصعيدين الداخلي والدولي.....70
الفصل الأول: الحماية القانونية للفلكلور على الصعيد الداخلي.....73
المبحث الأول: الحماية المباشرة أو غير المباشرة للفلكلور في ظل نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة.....74
المطلب الأول: مكانة الفلكلور في ظل نظام حق المؤلف والحقوق المجاورة.....74
الفرع الأول: مكانة الفلكلور في ظل نظام حق المؤلف.....74
الفرع الثاني: مكانة الفلكلور في ظل نظام الحقوق المجاورة.....82
المطلب الثاني: الفلكلور ونظرية الملك العام..... 86
الفرع الأول: موقف بعض الدول من نظرية الملك العام والأسباب القائمة وراء تبني هذا المفهوم.....86
الفرع الثاني: تحديد معنى الملك العام ومكانة الفلكلور في ظل هذا المفهوم.....89
المبحث الثاني: تحديد نطاق الحماية القانونية للفلكلور 94
المطلب الأول: تحديد المستفيد من الحقوق وبيان محتواها والحدود التي تقيدها.....94
الفرع الأول: تحديد المستفيد من الحقوق.....95
الفرع الثاني: بيان الحقوق المستفاد منها.....103
المطلب الثاني: ضوابط استغلال الفلكلور وحالات التعدي والإنتهاك.....111

الفرع الأول: ضوابط الاستغلال.....112
أولا: طبيعة الترخيص باستخدام الفلكلور.....112
ثانيا: الإستثناءات المتعلقة بالترخيص باستغلال الفلكلور.....124
الفرع الثاني: الاستغلال غير المشروع للفلكلور.....129
أولا: حالات الإستغلال غير المشروع.....129
ثانيا: الجزاءات المترتبة عن المساس بتعابير الفلكلور..... 136
الفصل الثاني: الحماية الإقليمية والدولية للفلكلور.....139
المبحث الأول: صور ومظاهر الإهتمام الدولي بحماية الفلكلور.....141
المطلب الأول: أعمال اليونسكو والمنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن حماية الفلكلور.....142
المطلب الثاني: مشروع معاهدة بشأن الحماية الدولية للفلكلور والمشروع المتعلق بحماية أشكال التعبير الثقافي التقليدي.....146
الفرع الأول: مشروع معاهدة دولية لحماية الفلكلور.....146
الفرع الثاني: المشروع المتعلق بحماية أشكال التعبير الثقافي التقليدي.....152
المبحث الثاني: الحماية القانونية للفلكلور بموجب الإتفاقيات الإقليمية والدولية.....158
المطلب الأول: الحماية الإقليمية للفلكلور.....158
المطلب الثاني: الحماية الدولية للفلكلور.....162
الخاتمة.....166
قائمة المصادر.....168
الفهرس.....175

الملخص

ينص المشرع الجزائري على حماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي ضمن الأمر رقم 2003-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ويعترف للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بصلاحية حماية هذه المصنفات كما توجد تشريعات مقارنة أخرى تحمي الفلكلور الوطني وبالمقابل هناك من التشريعات التي تعتبر الفلكلور بمثابة جزء من الملك العام ولا تنص على حمايته وإنما تحمي فقط التعابير المعاصرة والمستوحاة وذلك لتوافر عنصر الأصالة فيها وكذلك بالنظر إلى إمكانية تحديد مؤلفيها. ويتم إستغلال الفلكلور بموجب ترخيص من الهيئة المختصة والمكلفة بحمايته كما يتم النص على دفع أتاوة مقابل منح الترخيص وهو الإجراء الذي يأخذ به المشرع الجزائري والذي يسمح بمراقبة إستغلال الفلكلور أو مصنفات التراث الثقافي التقليدي. ويشترط إحترام سلامة هذه المصنفات عند القيام بعمليات الإستغلال بالنظر إلى أهميتها في التعبير عن الذات والهوية الثقافية حيث أن الإعتداء عليها يرتب المسؤولية المدنية والجزائيةأحيانا.

الكلمات المفتاحية

حق المؤلف؛ الفلكلور؛ التراث الثقافي التقليدي؛ التقليد الشفهي؛ المصنفات المستوحاة؛ الملك العام؛ الترخيص بالاستغلال؛ الحق في السلامة؛ الحق في الأبوة؛ مصدر الفلكلور.

نوقشت يوم 17 أكتوبر 2013