

# تحلیلی در مبانی فقهی مشروعیت مالکیت فکری (در فقه شیعه و فقه اهل سنت)

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ ابوالفضل احمدزاده\*

جمشید جعفرپور\*\*

## چکیده

مالکیت فکری (به بیانی مالکیت ادبی و هنری در این مقاله) یکی از پدیده‌های نوظهور معارف حقوقی معاصر، از جمله حقوق اسلام است. در تبیین ماهیت آن، به‌ویژه حق تألیف می‌توان جنبه مالی و معنوی آن را مورد اجماع صاحب‌نظران این حوزه دانست که البته چنین رویکردی به نحو غالب در بین فقها و حقوق‌دانان اسلامی نیز قابل پیگیری و استناد است. از سوی دیگر، درخصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت مالکیت فکری دو دیدگاه بین فقها و حقوق‌دانان اسلامی (شیعی و سنی) وجود دارد که دیدگاه رایج و مورد بحث در مقاله حاضر، مشروعیت مالکیت فکری است. دلایلی از قبیل اخذ حق تألیف از عمومات و اطلاعات، قاعده حرمت مال و عمل مسلم، قاعده سلطه، قاعده لاضرر، قاعده لاجرح، حکم حکومتی (ولایت فقیه)، قاعده حفظ نظام، نظریه منطقه الفراغ و نظریه بنای عقلا در فقه شیعه و دلایلی همچون مصالح مرسله، نظریه مقاصد الشریعه و سدّ ذرایع در فقه اهل سنت، مورد

\*. مدرس دانشگاه الزهراء (س) (Ahmadzadeh20@gmail.com).

\*\* دانشیار دانشگاه تربیت معلم.

استاد فقها و نظریه پردازان حقوق اسلام در راستای مشروعیت مالکیت فکری قرار گرفته است. از دلایل مذکور می توان به بنای عقلا به منزله عرف جهانی در فقه شیعه اشاره کرد که پیروی از آیین خاص در آن شرط نیست؛ بلکه ارتکاز عقلا بر مالکیت حقوق فکری دلالت و استقرار یافته و از سوی دیگر، هیچ منع و ردعی از شارع نسبت به ارتکاز استقرار یافته صورت نگرفته است. از این رو در این مقاله تأکید نهایی و بهترین شیوه توجیه مشروعیت مالکیت فکری را به بنای عقلا مستند کرده ایم، با این دو شرط: مفاد و سیره بنای عقلا با نص و عموم یا اطلاقی از کتاب و سنت مسلم یا اهداف و نمایان دین در تعارض نباشد، و مصداق آن به نحو روشمندی احراز گردد.

**واژگان کلیدی:** حق تألیف، مالکیت مادی و معنوی، مال، مالکیت معنوی، مالکیت

ادبی، هنری، حقوق طبع، حق.

## مقدمه

مبحث مالکیت ادبی و هنری در جهان امروز از اهمیت و جایگاه خاصی برخوردار است؛ تا جایی که امروزه در دانشگاه‌ها و محافل علمی - تخصصی به‌عنوان یکی از رشته‌های حقوق تدریس می‌شود و حتی به علت سؤالات و پیشامدهای نظری و نتایج کاربردی مترتب بر آن، آثار تألیف معتنا بهی به‌صورت مبنایی و تحقیقی و همچنین به‌صورت آثار تطبیقی و مقایسه‌ای به رشته تحریر درآمده که نظام فقهی و حقوقی حاکم بر جامعه ایرانی مستثنی از این قاعده نبوده است. اما از آنجایی که در آثار تألیفی و تحقیقی موجود، به نحو مجزا و فارغ از دیدگاه‌های حقوق دانان معاصر و نیز پژوهشگران نوظهور عرصه مالکیت ادبی و هنری در بستر ترجمه آثار غربی، مبانی مشروعیت مالکیت فکری از منظر فقه اسلامی مورد تدوین و تقریر قرار نگرفته، بر آن شدیم این موضوع را از بُعد اصول و قواعد فقه‌محور مندرج در مکتب فقهی اسلام تحلیل کنیم.

به بیانی دیگر، در هیچ کدام از ابواب فقهی کتب فقهای متقدم اسلامی، بحث مالکیت فکری - از جمله حق مؤلف از آنجایی که در عداد مسائل مستحدثه است - به نحو موضوعی و حکمی یافت نمی‌شود؛ با وجود اینکه آثار و تألیفات متعددی از فقهای مذکور در مسئله‌های مورد نیاز و متناسب با زمانشان، بر جای مانده است. از این رو با توجه به عدم ورود و حکومت نصوص شرعی، به‌ویژه روایات وارده در این خصوص، می‌توان موضوع مالکیت فکری را از مباحث و مسائل نوپیدای فقه اسلامی تلقی کرد که فقهای معاصر تحت عنوان «مسائل مستحدثه» بعد از شیوع و سریان آن در جوامع اروپایی و اختصاص کنوانسیون‌های متعدد به حمایت از مالکیت معنوی، و بروز و ظهور مشکلات و مسائلی از این دست برای افراد جامعه اسلامی، به بررسی و تحلیل مشروعیت آن و اصدار حکم عام آن پرداخته‌اند. در این راستا برای به رسمیت شناختن آن در بین فقهای معاصر - چه فقیهان شیعه و چه فقهای اهل

سنت - مخالفانی یافت می‌شود که به علت کثرت طرف‌داران حقوق مالکیت فکری، آرا و فتاوی آنها چندان محل بحث و تحلیل فقهی قرار نمی‌گیرد؛ لذا در این مقاله، بحث مالکیت ادبی و هنری در فقه اسلامی مفروض انگاشته شده و در این خصوص، دلایلی دال بر آن ارائه می‌گردد. البته هم‌راستا با دیدگاه مفروض و مقبول، به نحوی نظام‌مند دلایل دیدگاه مقابل نیز تحلیل و ترسیم فقهی شده است.

### ۱. تبیین ماهیت حق تصنیف، تألیف (به‌مثابه نماد مالکیت فکری)

در بین حقوق‌دانان در تبیین ماهیت حق تصنیف (ر.ک: امامی، ۱۳۸۶: ۱۵۴) تألیف و تعیین نوع مالکیت آن، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از آن، به مالکیت فکری، ذهنی و معنوی در برابر مالکیت مادی تعبیر کرده و جمعی از آن تعبیر به مالکیت ادبی، هنری و صنعتی نموده‌اند (ر.ک: موسوی، ۱۳۸۳: ۱۲۷). به تعبیر دقیق‌تر، گروهی عنوان حق ابتکار را به خاطر فراگیر بودن این اصطلاح نسبت به انواع حقوق معنوی که موضوع آن فکر و خاستگاه آن ذهن آدمی است، ترجیح می‌دهند (شبر، ۱۴۱۹ق: ۲۲) و در مقام استدلال می‌گویند: «چون خاستگاه حق در این گونه حقوق جزئی همان تلاش نوآورانه است که شخص به‌تنهایی یا به همراه اشخاص محدود و در پدید آوردن آفرینه‌های فکری به کار می‌برند؛ چه این حق به معانی و مدرکات فکری تنها تعلق گیرد یا به مصنوع مادی که سود و ارزش فراوان برای دیگران به‌جا گذاشته و می‌گذارد و حق ابتکار از مصادیق حقوق معنوی است که موارد مزبور را شامل می‌شود و از دخول حقوق غیرمادی دیگر نظیر حق طلاق و قصاص در قلمرو خود جلوگیری می‌نماید» (رمضان بوطی، ۲۰۰۱م: ۸۲).

درواقع فراورده‌های ذهنی پس از انفصال از ملکه علم و استقرار در کتاب یا عین خارجی از حیث انفصال شبیه منافع و ثمرات است، لکن با ملاحظه دو فرق اساسی از حیث نوع و اثر:

الف) از حیث نوع: مصدر منافع ثمرات، عین خارجی است؛ به خلاف اتباع و محصول فکری که سرچشمه آن عقل علمی انسان است.

ب) از حیث اثر: منافی که از ناحیه محصولات فکری نصیب بشر می‌شود، قابل قیاس با منافع اعیان نیست؛ زیرا تولید فکری، مایه تمدن و پیشرفت بشر و حتی سبب تفاضل و برتری ملت‌ها نسبت به یکدیگر است. بنابراین انتاج فکری در انفصال و بقای اصل مانند ثمرات است، نه مثل منافع عقارات و منقولات که فقط قابل استیفا هستند، نه انفصال؛ زیرا منافع در مستغلات و وسایل نقلیه هرگز از اصل جدا نمی‌شود؛ درحالی که محصول مبتکر از صاحبش منفصل می‌شود و در عین یا کتاب مستقر می‌گردد و دارای کیان مستقل می‌شود؛ با این تفاوت که ثمرات پس از انفصال به اصل صله و ارتباط ندارد؛ درست برخلاف ابتکار فکری که انعکاس شخصیت مؤلف و چهره معنوی اوست و مؤلف در برابر تألیفش مسئول است؛ ازاین‌رو بین او و انتاجش برای همیشه ارتباط وجود دارد (ایروانی، ۱۳۷۴: ۲۱۹).

به‌هررو می‌توان گفت که آفریننده هر اثر علمی، ادبی و هنری دارای دو حق مالی و غیرمالی است؛ از یک‌سو، قانون به دارنده چنین حقی امتیازهایی برای بهره‌وری از فکرش می‌دهد و از سوی دیگر، آن فراورده‌ها، قابلیت ارزیابی مادی در قالب پول یا هر شیء ارزشمند را داراست؛ زیرا به شخصیت و آزادی اندیشه دارنده‌اش گره می‌خورد. بدین‌گونه این حق همیشگی و پایدار است و در برابر همگان قرار می‌گیرد - قابلیت استناد - و پیوسته به شیئی مادی پیوند می‌یابد؛ به گونه‌ای که تصور بودن نویسنده یا هنرمند بی‌فراورده فکری بسیار دشوار است (ر.ک: کنعان، بی‌تا: ۸۰؛ ساکت، ۱۳۸۴: ۷۷).

### ۱.۱. جنبه مالی حق تألیف

«مال» در لغت به آنچه تملک پذیرد، اطلاق می‌شود (ابن منظور، ۱۳۶۳: ۶۳۶). ابتدائاً در فرهنگ و رسوم اعراب، به تملک طلا و نقره مال گفته می‌شد و سپس به چیز عینی،

ذخیره‌شدنی و تملک‌پذیر اطلاق گردید. از همین رو بیشتر اعراب، شتر را مال می‌خواندند؛ چراکه دارایی را بر آن می‌نهادند (طریحی، ۱۹۷۵: ۴۷۵) در فرهنگ ادب فارسی نیز به آنچه در ملک کسی باشد و واجد ارزش مبادله و تبادل باشد، دارایی، خواسته و ... مال گفته می‌شود (معین، ۱۳۶۳: ۳۰۷۸).

در اصطلاح فقها و حقوق‌دانان اسلامی از دو منظر عرفی و شرعی به مال نگریسته‌اند. در تعریف مال از نظر عرفی چنین بیان شده: مال چیزی است که مورد رغبت عقلا و تقاضای آنان باشد و در قبال آن ثمن و بهایی پردازند (خمینی، ۱۳۷۹: ج ۱، ص ۳۷) یا اینکه در عرف، مالیت امری است که از اشیاء از آن جهت که ذاتاً نوع مردم به آنها تمایل دارند و به گونه‌ای رغبت عمومی خود را نسبت به آنها ابراز می‌نمایند و همچنین برای وقت نیاز و حاجت، ذخیره و در کسب آن رقابت می‌کنند و در مقابل آن از اشیاء مورد علاقه خود چیزی مانند پول و غیر آن را می‌دهند، انتزاع می‌گردد؛ بنابراین مالیت در عرف، امری اعتباری است و از هر عرفی به عرف دیگر، متغیر.

در مقام تحلیل و تبیین ملکیت اعتباری در راستای تحلیل مالیت اعتباری، برخی فقهای معاصر به شناسایی ملکیت دست زده‌اند؛ با این بیان که ملکیت دارای چهار مرتبه است:

الف) مرتبه اول: ملکیت حقیقی و آن عبارت است از سلطنت تامّ به طوری که اختیار مملوک در دست مالک است؛ این ملکیت به خداوند اختصاص دارد و عالی‌ترین مرتبه ملکیت است و تحت عنوان هیچ‌یک از مقولات عَرَضی جای نمی‌گیرد.

ب) مرتبه دوم: مالکیت انسان نسبت به نفس، اعضای بدن، افعال و ذمه خود است. این ملکیت نیز زیر عنوان مقولات عَرَضی جای نمی‌گیرد.

۳. مرتبه سوم: ملکیت مقولّه خارجی است که «جَدّه» نامیده می‌شود و از اعراض خارجی است، نظیر تلبّس انسانی به وصفی (ر.ک: خوانساری، ۱۳۷۶: ۸۴).

۴. مرتبه چهارم: ملکیت اعتباری است که خردمندان - و عقلای عالم - به لحاظ وجود مصالحی آن را برای شخصی اعتبار می کنند (توحیدی تبریزی، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۲۴).

به دیگر سخن، در ملکیت اعتباری، امور مجزا از یکدیگر هستند و با هم هیچ نسبتی ندارند و ما در مقام اعتبار، میان آنها نسبتی ایجاد می کنیم؛ به خلاف ملکیت مقولی که میان موجودات نسبت ملکیت وجود دارد و ما آن نسبت را کشف می کنیم و از آن خبر می دهیم، نه اینکه آن را اعتبار کنیم. از این رو در حقوق، علاوه بر مرتبه چهارم، مرتبه دوم نیز ممکن است دارای آثار باشد؛ ولی هر وقت سخن از احکامی گفته می شود که در موضوع آنها ملکیت به کار رفته، ملکیت در مرتبه چهارم یا ملکیت اعتبار مدّ نظر است (حکمت نیا، ۱۳۸۶: ۱۳۳ - ۱۳۴).

اما در تعریف مال شرعی، فقهای معاصر چنین اعتقاد دارند که مالیت هر چیزی در شرع به اعتبار وجود منفعت محلّله در آن است. لذا چیزهایی که منفعت محلّله - با توجه به تعریفی که فقها از حلال شرعی مأخوذ از نصوص شرعی دارند - ندارند، مال به شمار نمی روند (خویی، ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۳۰۲). البته طبق دیدگاه چنین فقهای، وجه معتبری برای اختصاص مال به اعیان وجود ندارد؛ چنان که عرف و لغت آن را اعم از عین و منفعت می داند و برخی از لغویون، همچون صاحب «مجمع البحرین» درباره عینی بودن، مال را بر بیان فرد غالب بار می کند (همان).

گفتنی است که در فقه شیعه نیز مالیت امری اعتباری و عقلایی است که برخاسته از غرض و رغبت عموم مردم بوده؛ به گونه ای که برای به دست آوردن آن بر یکدیگر پیشی می گیرند و جهت نیل به آن، از اشیاء مورد علاقه خود چیزی مانند پول و غیر آن را می دهند. همین نکته و به تعبیری فرایند اعتباری عقلایی از سوی نویسندگان معاصر و متأخر اهل تسنن نیز مورد تبعیت و تأکید قرار گرفته و چنین یادآور شده اند: «هر چیز قابل تقویم و

ارزش‌پذیر را مال گویند» (درینی، ۱۹۸۴: ۹۲) یا اینکه آنچه طبیعت انسان آن را بپذیرد و امکان انباشته شدن برای رفع نیاز را داشته باشد، بدان مال اطلاق می‌گردد (ابن عابدین، ۱۴۱۵ق: ج ۵، ص ۴) یا اینکه چیزی را می‌توان مال به حساب آورد که تملک‌پذیر بوده و مالک، دیگران را از تصرف در آن باز دارد (جاسم نشمی، بی تا: ۳۱۷). بنابراین مناط مالیت، قیمت است که با درهم و دینار ارزیابی می‌شود و هرچه بین مردم قیمت داشته باشد، شرعاً مال به حساب می‌آید و مردم نیز قیمت را براساس منافع ارزیابی می‌کنند. به این ترتیب، عرف، حرف اول را در مالیت امور می‌زند؛ در صورتی که انتفاع مباح شرعی باشد و با این وجه، حنفی‌ها نیز با شافعی‌ها، مالکی‌ها و حنبلی‌ها در رأی و فتوا، هماهنگ می‌شوند (الزرقاء، حق الابتکار فی الفقه الاسلام المقارن، به نقل از: ابروانی، ۱۳۷۴: ۲۲۱).

## ۱.۲. جنبه معنوی حق تألیف

حمایت معنوی از مؤلف، جزء ابتدایی‌ترین حقوق هر نویسنده است. تغییر و تحریف آثار نویسندگان و برداشت ناروا از این گونه آثار، باعث هرج و مرج می‌شود و تحریف اثر دیگران به آسانی ممکن می‌گردد. معنوی بودن حق تألیف که قسم مستقلى از حقوق را تشکیل می‌دهد، مهم‌ترین ویژگی این گونه حقوق است که آن را از دیگر حقوق جدا می‌سازد. به تعبیر یکی از حقوق‌دانان معاصر (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ج ۳، ص ۱۷۱۲) حقوق معنوی، امتیازی است غیرمادی و قانونی خارج از حقوق بر اعیان و منافع اعیان و ذمم.

از دیدگاه این حقوق‌دانان، حقوق تألیفی به حقوق شخصیت نزدیک‌تر است؛ به این دلیل که حق انسان را بر نام خانوادگی‌اش که از مصادیق حقوق شخصیت است، از مصادیق حقوق معنوی برمی‌شمارد. به تعبیر دیگر، اندیشیدن و نوآوری - به عنوان یک امتیاز - پاره‌ای از شخصیت انسان است که از آن جداشدنی نیست و حق ادبی نشئت گرفته از آن، سرچشمه



بنیادین چیزی است که مؤلف از سودهای مالی به دست می‌آورد. این سود به هر اندازه هم که برسد، در سرشت خود عنصری از عنصرهای دین مالی به شمار نمی‌آید، خواه مستقیم به دست آید یا غیرمستقیم (ساکت، ۱۳۸۴: ۷۷).

حق معنوی دارای دو ویژگی عمده است:

الف) غیرقابل انتقال است؛ به این بیان که انتقال چنین حقی به موجب قرارداد جایز نیست؛ چنان که دیگر حقوق شخصی نیز این ویژگی را دارند؛ چرا که طبیعت و هدف این حقوق، اقتضا می‌کند که مانند دیگر حقوق مرتبط به شخصیت، غیرقابل نقل و خارج از قلمرو دادوستد باشد (حضرتی شاهین‌دژ، ۱۳۷۸: ۱۶۵).

در حقوق ایران چنانچه ظاهر ماده ۴ «قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، مصوب ۱۳۴۸» را که مقرر می‌دارد: «حقوق معنوی پدیدآورنده محدود به زمان و مکان نیست و غیرقابل انتقال است»، ملاک قرار دهیم، حقوق معنوی غیرقابل انتقال از طریق ارث و وصیت است، همان‌طور که نمی‌توان به موجب قرارداد آن را انتقال داد. البته چنین تفسیری مورد نقد برخی از حقوق‌دانان معاصر (ر.ک: صفایی، ۱۳۷۵: ۱۲۷) قرار گرفته است. گروهی نیز در مقام رفع تناقضی که در سیاق ماده وجود دارد - با توجه به اینکه از یک سو حقوق اخلاقی را غیرقابل انتقال می‌داند و از سوی دیگر، بیان می‌کند که محدود به زمان و مکان نیست - چنین احتمالی را مطرح می‌نمایند که قانون‌گذار فقط مفهوم انتقال‌ناپذیر بودن حقوق اخلاقی را در زمان حیات پدیدآورنده اراده کرده است. بنابراین وارثان، حق اجرای آنچه را مربوط به حفظ و پاسداری از اثر است، خواهند داشت: «اما اقدام به هر عملی که به شخصیت علمی پدیدآورنده و به محتوای اثر خدشه وارد سازد، از سوی وارثان یا هر کس دیگر، غیرمجاز و غیرقانونی است» (سعیدی‌فر، ۱۳۶۳: ۶۳).

از سوی دیگر، در تبیین محل نزاع یکی از فقهای معاصر با بهره‌گیری از قواعد و

بنیان‌های نظری فقه و اصول فقه می‌گوید: «حق معنوی که مربوط به شخصیت مؤلف است، بدون شک، این حق مشروع است و حکم بر عدم مشروعیت آن نیاز به دلیل دارد. از جمله احکام حق، انتقال قهری آن به وارث است در صورت فوت صاحب حق. چنانچه در انتقال قهری حق شک کنیم؛ یعنی در این شک کنیم که پس از وفات متوفی، حقوق او به ورثه‌اش منتقل می‌شود یا خیر، در این صورت اگر دلیل خاص یا عامی که مطابقاً یا تضماً یا التزاماً بر قابلیت حق برای انتقال دلالت کند، وجود داشته باشد، بدون تردید باید به انتقال حق به ورثه حکم کرد. در غیر این صورت، مقتضای اصل، عدم انتقال به ورثه است» (گرجی، ۱۳۷۱: ۳۳).

بنابراین درست است که مؤلف حق دارد اثر را به خود منتسب کند و دیگران نیز باید این حق را محترم شمارند و حتی مثلاً ناشران، نامشان را روی اثر قید کنند، ولی این بدان معنا نیست که پدیدآورنده نتواند توافق کند که نام وی روی اثر ذکر نشود. ذکر نشدن نام یا نبودن حق انتساب لازمه ندارد. ناشران می‌توانند با رضایت صاحب اثر، اثر او را بدون ذکر نامش منتشر کنند؛ لذا هرگونه توافقی در این خصوص، منع قانونی ندارد. نظر قانون آن است که صاحب اثر نتواند حقوق خود را به دیگری منتقل نماید، به طوری که شخص اخیر (منتقل‌الیه) بتواند نام خود را به عنوان پدیدآورنده اثر اعلام کند. هرگونه قراردادی در این زمینه، محکوم به بطلان است. در نتیجه شایسته نیست از سوی قانون‌گذار تأیید و حمایت شود (حضرتی شاهین‌دژ، ۱۳۷۸: ۱۶۷).

ب) محدود به زمان و مکان نیست؛ همان‌گونه که در ماده ۴ گفته شد: «حقوق اخلاقی پدیدآورنده محدود به زمان و مکان نیست؛ یعنی با مرور زمان ساقط نمی‌شود و محل اقامت پدیدآورنده یا محل انتشار و عرضه اثر و هر عامل مکانی دیگر در آن بی‌تأثیر است» (نوروزی، ۱۳۸۱: ۵۷)؛ از این رو دائمی و همیشگی است (ر.ک: ابراهیم‌زاده پاشا، ۱۳۷۶: ۳۵).

و مانند حقوق مالی موقتی نیست (السنهوری، ۱۹۶۷م: ج ۸، ص ۴۰۸). بر همین اساس، دولت ایران به عنوان مظهر قدرت عمومی، وظیفه خود می‌داند چنانچه اثر یکی از اتباع کشور که در خارج از ایران انتشار یافته است، تحریف شود و تغییر یابد، از حقوق معنوی آفریننده اثر، کاملاً حمایت کند.

در سایر مواد قانون حمایت مؤلفان، مصنفان و هنرمندان نیز به طور ضمنی به دائمی بودن حقوق اخلاقی اشاره شده است؛ مانند مواد ۱۲، ۱۳ و ۱۶ که از مفهوم مخالف مواد مزبور، چنین استفاده می‌شود که حقوق اخلاقی محدود به زمان خاصی نیست (انصاری، ۱۳۸۲: ۲۱۳).

## ۲. دلایل (مبانی) مشروعیت فقهی مالکیت فکری (در فقه شیعه)

بسیاری از فقیهان معاصر، موافق مشروعیت حقوق مالکیت فکری هستند که در برخورد با «مسائل مستحدثه» یا در مقام پاسخگویی به استفتائات به عمل آمده، به همراه اتخاذ مبنای حکم، دیدگاه خود را مطرح کرده‌اند که به صورت استقرایی به تحلیل و تبیین آنها می‌پردازیم.

### ۲.۱. برگرفته شدن حق تألیف از عمومات و اطلاعات (به عنوان دلیل نقلی یا شرعی)

تمسک به عمومات و اطلاعات صحت عقود و شرط و یکایک آنچه در باب هر یک از معاملات در کتاب و سنت آمده، مانند «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «الْصَّلَحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» و غیره برای امضای این حقوق (حقوق معنوی از جمله حق تألیف) و معاملات متعلق به آنها کافی است و به امضای خاص (شارع) نیازی ندارد. امضای خاص و صریح در صورتی لزوم و ضرورت داشت که دین اسلام هنوز شکل نگرفته بود و شارع مقدس یکایک اعمال عرف را خود می‌نگریست و هر کدام را که طبق مصالح لازم‌الرعايه اسلام بود، می‌پذیرفت و غیر از آن را رد می‌نمود ... در مورد حقوق معنوی نیز به هیچ وجه ضرورت ندارد که شارع

مقدس آن را به طور خاص امضا نماید و برعکس (گرجی، ۱۳۸۷: ۲۶۵).

طبق این دیدگاه، در قلمرو مسائل حقوقی، وظیفه قانون‌گذار بیان احکام و قوانین است و موضوعات احکام از سوی او بیان نمی‌شود. این سیره و ذائقه شارع در موارد گوناگون قابل استظهار و شناسایی است. مثلاً در باب عقود و معاملات، قانون‌گذار فقط به «وفای به عقد» و «حلیت و نفوذ بیع» حکم کرده است. موضوع حکم قانونی، عنوان کلی «عقد» و «بیع» است و خود، مفهوم و مصداق آن را تعیین نمی‌کند؛ بلکه تعیین آن را به عرف زمانه ارجاع می‌دهد تا به حسب شرایط و اوضاع تشخیص داده شود (جعفرزاده، ۱۳۸۵: ۷۷).

به دیگر بیان، در باور چنین اندیشمندانی به لحاظ آنکه «العقود» جمع محلی به «ال» می‌باشد، عقود را بر معنای اعم حمل کرده و اشاره به این نکته دارند که اصل در «الف» و «لام» جنس است، نه عهد، و هیئت جمع افاده عموم می‌کند. از این رو هر قرارداد و ایجاب و قبولی که از نظر عرف و لغت «عقد» تلقی شود، با استفاده از عموم آیه «اوفوا بالعقود» آثار و نتایج عقد بر آن بازمی‌گردد، مگر آنکه به دلیلی خاص از عموم یادشده مستثنی شده باشد (حکیم، ۱۴۲۴ق: ۵۴۵). البته استدلال اخیر چندان ارتباط معنایی با حق تألیف برقرار نمی‌کند، مگر اینکه پیمانی بین نویسنده و خالق اثری علمی با ناشری بسته شود که در این حالت، می‌توان آن را ذیل و شمول دلایل نقلی مذکور قرار داد که چنین برداشتی اساساً محل بحث نیست؛ بلکه حق تألیف بماهو حق تألیف محل بحث و جدال اندیشه‌ای است.

## ۲.۲. قاعده حرمت مال و عمل مسلمان (به عنوان قواعد فقهی معتبر)

فقه‌های اسلام با استناد به آیات «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» (بقره: ۱۸۸؛ نساء: ۲۱) و نیز آیات (نساء: ۱۶۱؛ توبه: ۳۴) و روایات «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» (کلینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۲۶۸) و «لَا يَحِلُّ دَمُ اِمْرٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِيبٍ نَفْسٍ مِنْهُ» (حر عاملی، ۱۳۸۲: ج ۳، ص ۴۲۴) و نیز سیره مستمره متشرعه، اصل کلی لزوم احترام به کار و سرمایه مسلمانان و

حرمت هر گونه دخل و تصرف بدون اجازه مالک را (ر.ک: حسنی روحانی، ۱۴۱۴ق: ۲۲۴- ۲۲۵) استنباط کرده و در صورت ایجاد مزاحمت و تعدی و تجاوز به اموال دیگران، ضمانت پرداخت خسارت به صاحب مال را واجب دانسته‌اند (ر.ک: هیفی روحانی، ۱۳۸۲: ۱۷۸؛ و نیز: ۱۳۸۱: ۴۳۰). به همین دلیل، طبع و نشر آثار ابتکاری فرهنگی را که سرمایه مادی و معنوی مؤلف و پدیدآورنده به شمار می‌آید، بدون رضایت او ممنوع و حرام می‌دانند و جز در صورتی که ثابت شود پدید آورنده قصد تبرع و مجانی بودن کار و اثر را داشته است، ضمانت جبران خسارت و پرداخت حق الزحمه را واجب دانسته‌اند.

با توجه به این گونه آثار، افزون بر جنبه مالی به حیثیت اجتماعی و آبروی آفریننده آن وابسته است و مسئولیت جزایی دنیوی و اخروی نوشتار و گفتار هر شخص متوجه خود او می‌باشد، نسبت دادن و نقل سخن یا اندیشه به دیگری بدون اذن قبلی جایز نیست. البته این به این معنا نیست که انتفاع و استفاده علمی از تألیفات دیگران بدون جلب رضایت آنان جایز نیست؛ چراکه حرمت تصرف در مال غیر، عرفاً با مطالعه و بهره‌برداری از کتاب مصداق پیدا نمی‌کند و این برداشت با سیره قطعیه متشرعه و بلکه روش عقلایی ناسازگاری دارد؛ اما عدل و انصاف ایجاب می‌نماید که پژوهشگران در صورت استفاده از منابع علمی دیگران، حق معنوی و اخلاقی مؤلفان را با ذکر مأخذ رعایت کنند تا متهم به غش و خیانت - و در برخی مواقع سرقت ادبی - نشوند و حرمت زحمت و تلاش علمی پیشگامان علم و دانش را نگه دارند (موسوی، ۱۳۸۳: ۱۵۷-۱۵۸).

بنابراین به موجب ادله فوق، اموال دیگران محترم است و هیچ کس حق تعرض به آن را بدون کسب رضا و اجازه صاحب آن ندارد و صاحب آن، مجاز است هر نوع تصرف را در محدوده شرع نسبت به آن اعمال نماید. این حکم، کلی است و به مال خاصی اختصاص ندارد. هر جا مالی به کسی تعلق داشت، هر چیزی که باشد، محسوس یا غیر محسوس، از

اعیان باشد یا منافع یا دیون، تماماً محترم است (جعفرزاده، ۱۳۸۵: ۷۷).

در این خصوص یکی از فقهای معاصر در پاسخ به سؤالی در مورد تکثیر آثار دیگران می‌گوید: «اقدام به تکثیر آثار دیگران که مورد منع آنهاست، حرام و غیر جایز است. "لا یحلّ مال امرء مسلم الا بطیبة نفسه" و چگونه امر ارزش‌داری که عرفاً مربوط به دیگران است و مال آنها حساب می‌شود، تصرف در آنها بدون جلب رضایت صاحبان آنها مباح باشد؟ و فرقی بین عین خارجی و یا منفعت و یا اثر نیست؛ چون همه آنها از نظر عرف و سیره عقلا، مالی مرتبط به دیگران و امر باارزشی و مضاف به آنهاست. پس جواز تصرف به هر شکل منوط به طیب نفس و رضایت صاحبان آنهاست» (صانعی، ۱۳۸۸: ج ۲، ص ۴۶) درواقع علاقه و پیوند ویژه بین مؤلف و فراورده ذهنی او وجود دارد؛ به‌ویژه اضافه حق تألیف با مؤلف واقعاً اضافه حقیقی است؛ چون از او صادر شده و در برابر آن مسئول است (ایروانی، ۱۳۷۴: ۲۲۶).

همچنین گفته شده است: «مالکیت فکری همچون مالکیت مادی محترم است و تجاوز به حریم آن جایز نیست و هر کس تجاوز کند و خسارتی به بار آورد، ضامن است؛ زیرا مالکیت از موضوعات عرفی و عقلایی است و به تعبیر دیگر، از موضوعاتی است که عرف و سیره عقلا آن را تعیین می‌کند و در عصر و زمان حاضر، این نوع مالکیت در عرف و سیره عقلا به رسمیت شناخته شده است و از آنجا که موضوع از عرف اخذ شده و حکم از شرع، چنین برمی‌آید که اصل کلی "لا یحلّ لأحد أن یتصرّف فی مال غیره الا بأذنه" شامل آن هم می‌گردد. اضافه بر این، گاه می‌شود که برای اختراع یک وسیله صنعتی یا اکتشاف یک دارو، یا تألیف یک دوره کتاب، یا تولید یک سی‌دی، میلیون‌ها خرج می‌شود و صدها ساعت زحمت متحمل می‌گردند. به‌یقین اگر کسی آن اثر را بردارد و بدون اجازه تولیدکننده تکثیر کند، ظلم فاحشی مرتکب شده و ظلم از نظر شرع و عقل حرام است و

اگر کسانی مرتکب این کار خلاف از طریق غیرقانونی شوند، دلیل بر مباح بودن آن نمی‌شود و ضامن هستند» (ر.ک: مکارم شیرازی به نقل از: اصغری آق‌مشهدی و اصغری، ۱۳۸۹: ۱۱-۱۲؛ رهنمون، ۱۳۷۱: ۲۱۱؛ نظرزاده، ۱۳۹۰: ۲۲۱). بنابراین می‌توان چنین گفت که احترام و ارزش مادی و مالی عمل مشروع انسان، قابلیت مالیت داشتن را داراست و عرف و سیره عقلانی نیز بدان ارزش و اعتبار قائل‌اند.

### ۲.۳. قاعده سلطه

سلطنت به معنای تسلط کامل مالک بر اموال مشروع خود می‌باشد؛ به این بیان که مالک می‌تواند هرگونه دخل و تصرفی در اموال خود بنماید. این قاعده، مستند به سیره عقلانی و حدیث معروف نبوی «النَّاسُ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (ر.ک: مجلسی، ۱۴۰۳ق: ج ۱، ص ۱۵۴) است. در کتاب «دراسات فی المکاسب المحرّمة» در این خصوص آمده است: «همانا مخفی نیست که اعتبار ملکیت و تصور آن، خیالی و فرضی نیست؛ بلکه ظاهر این است که منشأ و اصل آن، وجود گونه‌ای از ملکیت حقیقی و تکوینی می‌باشد. به عبارت دیگر، مالکیت اعتباری، انعکاسی از مالکیت در نظم تکوین است؛ همان‌طور که انسان تکویناً مالک فکر و قوا و اعضا و جوارح خودش است، مالک حرکات و افعال خویش از صناعت و زارعت و حیات نیز می‌باشد و در نتیجه مالک فراورده‌های صنعتی و زراعتی است. اعتبار نسبت مالکیت بین تولیدات و شخص مولّد از این باب است که آن فراورده‌ها ثمره حرکات و افعال شخص است و کسی که بر این ثمرات مستولی شود، بدون اذن صاحب غاصب حق غیر به حساب می‌آید. بر اساس این مبنا، فراورده‌های ذهنی مملوک صاحب آن می‌باشد و او می‌تواند از این مملوک به صلاح خویش استفاده کند و از باب "النَّاسُ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ" قادر ببيع آن (بر اساس شرایطی که تعیین می‌کند) می‌باشد» (ایروانی، ۱۳۷۴: ۲۲۶).

استدلال مذکور به بیانی دیگر نیز از سوی یکی از فقهای معاصر نیز مورد اشاره قرار

گرفته که: هر کس چیزی تألیف کند، آن تألیف نتیجه کار فکری و اندیشه وی بوده؛ بنابراین مالک و صاحب آن است و حق دارد دیگران را از هر گونه دخل و تصرفی در آن باز دارد؛ زیرا مردم شرعاً و عرفاً بر اموال خویش مسلط هستند. البته مالکیت او یعنی مؤلف و پدیدآورنده مطلق نیست و دلیلی بر حرمت انتفاع و سایر تصرفات معنوی مانند مطالعه و استناد به آن وجود ندارد. آنچه جایز نیست، نسخه برداری و تکثیر بدون اجازه مؤلف است که در این صورت می تواند مطالبه حق کند (ر.ک: حسینی روحانی، ۱۳۸۵: ج ۲، ص ۹۶-۹۷). بنابراین کسی که کتاب تألیف شده دیگری را نزد خود نگه دارد تا ارزش خود را از دست دهد، اتلاف مال غیر نموده و ضامن است و نیز کسی که آن را بدون رضایت او منتشر نماید، مرتکب تصرف غیرمجاز شده و در صورت ورود خسارت، قهراً ضامن است (ر.ک: حسینی روحانی، ۱۳۸۲: ۲۸۱).

#### ۲.۴. قاعده لاضرر یا دارا شدن غیر عادلانه

قاعده لاضرر جزء قواعد مسلم و قطعی فقه اسلام است که در حقوق معاصر ایرانی نیز بدان تأکید و استناد می گردد. به موجب حدیث نبوی «لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۱ق: ج ۵، ص ۲۸۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹: ج ۱، ص ۲۱۲؛ حیدری: ۱۴۲۰ق: ۲۹۷) هر کار زیان بار به حال شخص یا دیگر مسلمانان ممنوع و حرام می باشد؛ هر چند در تفسیر قاعده مذکور، در بین فقیهان متقدم و متأخر اسلامی، به ویژه فقهای شیعه، اختلاف نظر وجود دارد از باب اینکه برخی آن را به معنی نفی حکم ضرری (ر.ک: انصاری، بی تا: ۳۷۳؛ همو، ۱۳۷۵: ۳۷۴؛ توحیدی، ۱۳۶۸: ج ۳، ص ۲۰۴) و گروهی نهی از اضرار (اصفهانی، بی تا: ۲۵) و جمعی نیز نفی ضرر غیرمتدارک (ر.ک: نراقی، ۱۴۰۸ق: ۱۸) تلقی می کنند؛ اما در یک ضابطه کلی می توان چنین برداشت کرد که تصرف در چنین حقوقی جایز نبوده و مستلزم اجازه از صاحبان آنهاست (اصغری آق مشهدی و اصغری، ۱۳۸۹: ۱۳).



به بیانی دیگر، براساس این حکم کلی امتثانی هر یک از احکام شرعی که در اوضاع خاصی باعث ضرر و زیان رساندن به جان یا مال یا آبروی مسلمان گردد و حقی از دیگری را تضییع نماید، از اجرا و عمل به آن قانون جلوگیری می‌شود و هر عبارت یا معامله‌ای که مستلزم ضرری شخصی دنیوی - جز تکالیف اولیه ضروری مانند جهاد، نفس، زکات، حج، قصاص، حدودیات که به خاطر مصالح مهم‌تر وضع شده‌اند - منفی و برداشته می‌شود (موسوی، ۱۳۸۳: ۱۵۹). از این رو می‌توان گفت حق مالکیت شرعی به مقتضای قاعده تسلط، حقی است مطلق، دائمی و اختصاصی که مالک حق هرگونه انتفاع و بهره‌برداری از آن را دارد و کسی حق ندارد مانع استفاده او گردد؛ اما بر اساس قاعده لاضرر آن اطلاق، مقید و محدود می‌شود و استفاده از حق تملک و اولویت و اختصاص، مشروط به آن است که تصرف مالک در ملک خود برای دیگر افراد جامعه زیان‌بار نباشد. به سخن دیگر، در صورت تعارض میان قاعده سلطنت و لاضرر، قاعده اخیر مقدم بر آن خواهد بود (آیتی، ۱۳۷۵: ۵۲).

درواقع «در گذشته مؤلفین در تألیفات و نوشته‌های خود منافع شخصی خویش را در نظر نمی‌گرفتند؛ اما پس از آنکه کتاب وسیله‌ای برای تجارت و معامله گردید، مؤلف این حق را پیدا کرد که از تألیف خود در مرحله اول، خودش استفاده کند؛ زیرا کتابی را که تألیف کرده، ساخته و پرداخته خود اوست، منطقی به نظر نمی‌رسد که کسی دیگر از نوشته و اثر او ثروتمند گردد؛ اما خودش در فقر و احتیاج به سر برد؛ فلذا در شرایط کنونی، مؤلف این حق را پیدا کرده که از منافع مادی کتاب خود استفاده کند و استفاده دیگران را مشروط به موافقت خود گرداند؛ امروز نمی‌توان گفت: کسی که کتابی را خرید و مالک آن شد، طبق قاعده "تسلیط" اجازه دارد کتاب را بدون اجازه مؤلف و ناشر، چاپ کند؛ زیرا قاعده تسلیط فقط اجازه می‌دهد که انسان بر اموالی تصرف کند، اما مجاز نیست در حقی که

دیگران - در اینجا مؤلف و ناشر - از آن خود می‌دانند، تصرف نماید. اگر چنین حق خصوصی را از مؤلف و ناشر سلب نماییم، حقوق بسیاری از آنها تضییع گردیده، و هرج و مرج در انتشارات به وجود می‌آید که از نظر شرع و عقل قابل پذیرش نیست» (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۱: ش ۲ و ۳).

عدم توجه به این واقعیت، جامعه را از دستیابی به محصولات فکری، و رشد و توسعه اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و تکنولوژی محروم می‌سازد و از طرف دیگر، نزد عرف، پدیدآورنده در صورت عدم حمایت، متضرر محسوب می‌گردد. او با تلاش فکری خود و هزینه فراوان، اثری را به وجود آورده است که منافع آن را دیگری دارا می‌شود و او نمی‌تواند هزینه صرف شده برای ابداع یک اثر فکری را جبران کند. بنابراین مال درحقیقت تلف شده است.

همچنین چنانچه کشوری نظام حمایت از مالکیت فکری را به رسمیت نشناسد، در صحنه بین‌المللی دچار زیان خواهد شد: از یک سو، پدیدآورندگان آثار فکری ترجیح خواهند داد آثار خود را در کشورهای دیگر به ثبت برسانند و از این راه حمایت جهانی از دستاورد فکری خود کسب نمایند. از طرف دیگر، سایر کشورها ممکن است برای کشوری که به مالکیت فکری احترام نمی‌گذارد، موانعی به وجود آورند.

این وضعیت ناشی از عدم اعتبار مالکیت فکری خواهد بود و بر اساس قاعده لاضرر، می‌توان این ضرر را از دیدگاه شارع منتفی دانست و مالکیت فکری را به رسمیت شناخت (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۴۰ و ۴۰۳-۴۰۴).

به هر رو سلب حقوق مالکیت فکری از صاحبان آنها از نظر عرف موجب ضرر و زیان خواهد بود؛ از این رو به وسیله قاعده لاضرر می‌توان به ثبوت حقوق یادشده حکم نمود؛ زیرا ملاک در جریان قاعده لاضرر، گسترش نکته عقلایی است که در عصر شارع مورد امضا

قرار گرفته، نه مصادیق خارجی آن که در زمان شارع وجود داشته است (رحیمی، ۱۳۸۵: ۱۵۶).

## ۲.۵. قاعده لاجرح

این قاعده نیز بسان قاعده لاضرر است. شمول این قاعده علی‌الاصول فرع بر وجود یک حکم حرجی منتسب به قانون‌گذار شرعی در مقام امتثال است؛ بنابراین این قاعده در صورتی می‌تواند مبنای مشروعیت حقوق فکری گردد که «قاعده نفی حرج» همانند «قاعده لاضرر» در امور عدمی نیز جاری گردد؛ چراکه اسلام عبارت از مجموعه قواعد و مقررات شرعی است که خداوند برای زندگی مردم اعتبار کرده است. این قواعد و مقررات به احکام وجودی اختصاص ندارد و شامل احکام عدمی هم می‌گردد (ر.ک: حیدری، ۱۴۲۰ق: ۲۹۷). به عبارت دیگر، همان‌طور که امور وجودی ممکن است منشأ عسر و حرج منفی در شرع گردد، برخی امور عدمی که در آیه شریفه «و ما جعل علیکم فی الدین مِنْ حَرْجٍ» (حج: ۷۸) نفی شده، مجعول حرجی است و تردیدی نیست که حکم عدمی نیز می‌تواند مجعول باشد.

در حوزه مالکیت فکری، آنچه به ذهن می‌رسد، این است که در دنیای امروز و با توجه به نگاه اقتصادی و ملاحظات تجاری بین تولیدکنندگان محصولات فکری، تصور خلق و ایجاد این آثار بدون وجود قوانین حمایت از این حقوق، تصویری غیرواقع‌بینانه و آرمان‌گرایانه خواهد بود. پس امروز می‌توان مدعی بود که اگر حقوق فکری مورد شناسایی قرار نگیرد، خلق و ایجاد آثار اختراعی و ابتکاری بسیار کاهش می‌یابد. اگر مالکیت فکری مورد حمایت قانون‌گذار قرار نگیرد، در حوزه مالکیت‌های ادبی و هنری و حقوق مرتبط، از یک‌سو با کاهش تولید آثار و از سوی دیگر، با افزایش بی‌حد و حصر تجاوزات و کپی‌برداری‌های بدون مجوز از آفریننده صاحب اثر روبه‌رو می‌شویم. بنابراین تردیدی نیست

که جامعه موصوف به عدم حمایت از مالکیت فکری، مصداق جامعه‌ای است که در تضییق و تنگناهای ناشی از عدم حمایت دچار آمده است و حرجی آشکار بر این جامعه تحمیل می‌شود. ملاحظه وضعیت تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان محصولات فکری، ما را به این نتیجه می‌رساند که عدم حمایت از این حقوق، ایشان را نیز به نوبه خود به کلفت، سختی، ضیق و حرج دچار می‌کند؛ از این رو می‌توان از راه توسل به قاعده لاجرج، و برای دفع این تنگنا به وضع قوانین حمایتی در این زمینه اقدام کرد (جعفرزاده، ۱۳۸۵: ۸۶-۸۵).

## ۲.۶. حکم حکومتی (راهکار ولایت فقیه)

در اندیشه سیاسی شیعه، مبنای ولایت فقیه می‌تواند تا اندازه‌ای جای قاعده «مصلح مرسله» را - که در ادامه خواهد آمد - پر کند؛ از همین رو در تعریف حکم حکومتی چنین آمده است: «احکام حکومتی عبارت است از فرمان‌ها و دستورالعمل‌های جزئی، وضع قوانین و مقررات کلی و دستور اجرای احکام و قوانین شرعی که رهبری مشروع جامعه با توجه به حق رهبری - که از جانب خداوند متعال یا معصومان (ع) به وی تفویض گردیده است - و یا لحاظ مصلحت جامعه صادر می‌کند» (صرامی، ۱۳۸۰: ۴۷). درواقع حاکم شرع تشخیص می‌دهد که موضع‌گیری واحد و صدور حکم حکومتی در برخی شرایط، مصلحت اساسی دارد و موجب وحدت کلمه می‌شود و جلوگیری از اختلال در نظام است. به همین دلیل، با انتخاب روش و دیدگاه معینی حکم را صادر می‌کند و جامعه را به اجرای آن فرا می‌خواند و حقوق معنوی نیز که از امور مستحدثی است که در زمان معصوم (ع) رایج نبوده، حاکم جامعه بنا به مصلحت، حکم اثبات حقوق افراد دارای مالکیت معنوی را صادر می‌کند» (اسلامی، ۱۳۸۷: ۷۸).

بنابراین ولی فقیه اگر مصلحت جامعه را در الزام اجتماع به تبعیت از نظام مالکیت فکری تشخیص دهد، می‌تواند از ولایت خود استفاده و با محترم شمردن این حقوق، رعایت آن را

بر همگان تکلیف نماید. بدیهی است که اعتبار حقوق مالکیت معنوی متوقف بر آن است که ولی فقیه از طریق کارشناسی و مصلحت‌سنجی، صلاح اجتماع را در پیروی از این نظام بداند. با وجود این، امام خمینی (ره) به رغم آنکه خود مؤسس مبنای ولایت فقیه در معنای گسترده آن بودند، به شدت مخالف هرگونه حق مالکیت معنوی از جمله حق مؤلف بودند. شاید ایشان هنوز مصلحت جامعه را در این ندیده بودند که از این اختیار ولایی برای مصلحت‌سنجی و شناختن حق مؤلف بهره گیرند (شیری، ۱۳۸۰: ۲۹)؛ چراکه امام (ع) و والی مسلمانان حق دارد به آنچه صلاح مسلمین است، از تثبیت نرخ یا صنعت و انحصاری تجارت یا غیر اینها و هر مسئله که مربوط به نظام اسلامی و صلاح جامعه است، عمل نماید (امام خمینی، ۱۳۸۶: ج ۲، ص ۶۲۶).

در این خصوص گروهی از فقهای معاصر به راهکار مذکور پرداخته و بر این عقیده‌اند: «هرگاه ولی فقیه مصلحت جامعه را در الزام اجتماع به امثال این حقوق ببیند، از ولایت خود استفاده کرده و این حقوق را تثبیت می‌کند. بنابراین اگر ولی فقیه به عنوان مثال، چاپ تألیف شخصی را بدون اجازه او، بر عموم مردم حرام اعلام نماید، مؤلف می‌تواند در مقابل اجازه چاپ نوشته خود، مبلغی را از ناشر بگیرد. اگر کتاب او بدون اجازه او چاپ شود، بر ناشر واجب است بر اساس مبنای ولایت فقیه قیمت حق نشر را به مؤلف بپردازد؛ چنان‌که بر اساس همین مبنا پرداخت مالیات بر مردم واجب می‌گردد» (حائری، ۱۳۷۹: ۹۹).

همچنین موضوع حق تألیف با مفهومی که دارد، تحت عناوین احکام و نظامات اسلامی قرار نمی‌گیرد و اطلاقات و عموم ادله، جاری در آن نیست و عدم ردع از ناحیه شرع دلیل بر امضا نیست؛ زیرا حق التألیف موضوع رایج در عصر تشریع نبوده تا با عدم ردع، امضای شارع محرز گردد. البته برخی از آثار حق التألیف را می‌توان در شروط ضمن عقد تأمین کرد و راه حل قابل ارائه، دخالت ولایت فقیه جامع‌الشرایط است به طور موردی و موقت

نسبت به هر اختراع یا طبع یا تألیف (صافی گلپایگانی، ۱۳۷۱: ۲۰۸-۲۰۷).

## ۲.۷. قاعده حفظ نظام (به عنوان دلیل عقلی مستقل)

بر اساس این دلیل، هر جا که انجام دادن یک فعل یا ترک آن، پایه‌های نظام اجتماعی را سست و متزلزل کند و نظم جامعه را مختل سازد، عقل مستقل حکم می‌کند که باید از آن احتراز کرد. دامنه این حکم، هم ناظر بر روابط اجتماعی و هم ناظر بر امور شخصی است (شیری، ۱۳۸۰: ۷۹). البته قاعده مذکور در موارد مشابه بارها مورد استناد فقها به عنوان محکم‌ترین و مستدل‌ترین دلیل قرار گرفته است (محقق اردبیلی، بی‌تا: ج ۲، ص ۲۷۳؛ خمینی، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۳؛ خویی، ۱۳۷۱: ج ۱، ص ۵۵) و حتی به بیانی موجز برخی از اصولیون (آخوند خراسانی، بی‌تا: ۳۵۴) گفته‌اند: «در هر حال احتیاط نیکوست، مگر آنکه مخل به نظام باشد».

به بیانی تحلیلی‌تر، معتقدان به حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در پایه‌های آن، در صغرای استدلال خود به ضرورت‌های حمایت از مالکیت‌های فکری نظیر وابستگی شدید مالکیت‌های فکری به قوانین حمایتی (شیری، ۱۳۸۰: ۸۰) و رکود در بازار تولید آثار موضوع این حقوق، در صورتی که از آن حمایت صورت نگیرد - چه آشکار است که در فرض عدم حمایت قانونی، متجاوزان به سهولت می‌توانند با ارائه محصولات کپی شده و غیراصلی و با قیمتی نازل‌تر از قیمت پیشنهادی از سوی تولیدکنندگان (به‌ویژه در حوزه نرم‌افزارها) آنان را در بازار به کناری نهاده و به اعسار و ورشکستگی بکشانند - چنین نتیجه می‌گیرند که شناسایی حق انحصاری برای پدیدآورنده و حمایت از آن، تنها تکیه‌گاه صاحبان آثار موضوع مالکیت فکری به‌شمار می‌آید و در صورت عدم شناسایی چنین حقی، اختلال نظام به تدریج حتمی خواهد بود. بدین ترتیب، شناسایی این حق برای پدیدآورنده و حمایت از آن و مقابله با عملیات تجاوزکارانه نسبت به این آثار از باب ضرورت حفظ نظام

قطعی بوده و با توجه به قاعده ملازمه، چنین حقی شرعاً معتبر و قابل حمایت است (جعفرزاده، ۱۳۸۵: ۷۹).

## ۲.۸. نظریه منطقه الفراغ

در دیدگاه شهید صدر (ره) منطقه الفراغ به حوزه‌ای از شریعت اسلامی ناظر است که به سبب ماهیت متغیر آن، احکام موضوعات و عناوین می‌تواند متغیر باشد و شارع، وضع قواعد مناسب با اوضاع، احوال، مقتضیات زمان و مکان را با حفظ ضوابط و در چهارچوب معینی به عهده ولی‌امر گذاشته است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۳۷۶-۳۷۷). در این مبنا، قاعده اولی و اصل عملی در افعال و از جمله موضوعات منطقه الفراغ، اباحه است؛ لیکن ولی‌امر با رعایت ضوابط می‌تواند این اباحه را به حرمت یا وجوب تبدیل کند. به تعبیر بنیان‌گذار این نظریه: «هر فعل به لحاظ تشریعی، مباح است. بنابراین هر فعالیت و عملی که نص تشریعی بر حرمت یا وجوب آن دلالت نکند، ولی‌امر می‌تواند با دادن صفت ثانوی از آن منع یا به آن امر کند» (صدر، بی تا: ۶۸۹). به بیانی دیگر، نظریه منطقه الفراغ مدعی است که پاره‌ای از روابط انسان، خود دارای تطور و دگرگونی است (ر.ک: همو، ۲۰۰۳: ۶۶) که خداوند متعال شیوه قانون‌گذاری در آن را با تبیین اصول و ضوابطی به عهده حاکم اسلامی گذاشته و این، نوعی قانون‌گذاری به اعتبار تعیین مقام وضع قانون است؛ از همین رو یکی از آن حوزه‌ها، شناسایی مشروعیت مالکیت فکری بر اساس مقدمات و مراحل ذیل است:

الف) مالکیت فکری به لحاظ موضوعی در این منطقه واقع است. این سخن با اشکال مواجه نیست؛ زیرا مالکیت و آثار آن به روابط انسان و طبیعت مربوط است و در مورد مالکیت فکری نیز روابط انسان با انسان مطرح نیست، بلکه رابطه با یک شیء مورد بحث است.

ب) در ناحیه امور فکری، تطور و تغییر بنیادین حاصل شده است و اجرای مقررات قبلی

میسر نیست؛ یعنی با پیشرفت صنعت و امکانات تکثیر، بهره‌برداری از آثار فکری دیگران به راحتی میسر شده است و افراد می‌توانند از دستاورد فکری دیگران سود سرشار تحصیل نمایند، بدون اینکه در این میان چیزی عاید پدیدآورنده گردد و حاصل زحمات و تلاش‌های فکری پدیدآورنده به راحتی نادیده گرفته می‌شود.

ج) قانون‌گذار باید با تنظیم قواعد، از پدیدآورندگان حمایت کند. حمایت از آنها از طریق بیت‌المال به سختی امکان‌پذیر است و از طرف دیگر، بسیاری از استفاده‌کنندگان در سطح بین‌المللی کسانی هستند که مالیاتی به بیت‌المال نمی‌پردازند. بنابراین بیت‌المال در جهت منافع کسانی به کار می‌رود که مسئولیتی در برابر آن ندارند.

د) قانون‌گذار با پذیرش مالکیت فکری و ایجاد محدودیت در مالکیت دیگران به تنظیم قواعد دست می‌زند (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۳۸۸-۳۸۷).

## ۲.۹. نظریه بنای عقلا (یا عرف جهانی)

طریقه و بنای عقلا که گاه از آن به «بنای عرف» تعبیر می‌شود، تکرار و استمرار عمل عقل است، از آن جهت که عاقل‌اند. پیروی از آیینی خاص و اشتراک در آن، شرط این طریقه نیست. منشأ پیدایش طریقه عقلا ممکن است قهر و جبر یا فرمان پیامبری از انبیا یا اقتضای فطرتی باشد که خداوند در طبیعت و سرشت انسان‌ها با انگیزه حفظ نظام قرار داده است (نائینی، به نقل از: کاظمی، ۱۴۰۳: ج ۳، ص ۱۹۳). به دیگر بیان، بنای عقلا، آن استمرار عمل و روش عمومی عقلا بمامم عقلا در محاورات و سایر مناسبات و هنجارهای اجتماعی است که بدون توجه به دین یا فرهنگ یا ملیت خاصی در طول زمان شکل می‌گیرد (اصغری، ۱۳۸۴: ۶) و نزد عقلای جهان مفید و نیکو شمرده می‌شود (جناتی، ۱۳۷۰: ۳۹۶).

بر اساس این نظریه، از یک سو، ارتکاز عقلا بر مالکیت این حقوق دلالت دارد و از



سوی دیگر نیز هیچ منع و ردعی از شارع نسبت به این ارتکاز به دست ما نرسیده است؛ از این رو اصل بر اعتبار این ارتکاز عقلایی از نظر شرع مقدس است و از طرفی ارتکاز عقلایی عقد بودن تعهدات و التزامات معمول در جوامع را نتیجه می‌دهد. توضیح آنکه با توجه به اینکه هر روزه قراردادها و عقدهایی بروز می‌نمایند که قبلاً وجود نداشته‌اند، چنانچه ارتکاز عقلایی به عقدیت نوع خاصی از تعهد حکم کند - همان‌گونه که در مورد حقوق مالکیت فکری چنین است - می‌توان آن تعهد را مشمول عموم آیه «... أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (مائده: ۱) دانست و به لزوم وفای به آن حکم کرد. این نوع ارتکاز مخصوص زمان به خصوصی نیست؛ بلکه هر زمانی را شامل می‌گردد (رحیمی و سلطانی، ۱۳۸۵: ۱۴۷-۱۴۸). به عبارت دیگر، حتی آن دسته از نصوص، عموماً و اطلاعات ناظر بر روابط حقوقی اشخاص، درواقع در راستای ارشاد به بنائات و سیره‌های عقلایی است، نه تأسیس و اعتبار اولی آنها (جعفرزاده، ۱۳۸۵: ۸۱).

به بیان دقیق‌تر، امروزه در تمام جوامع عقلایی و نظام‌های حقوقی معاصر، مسئله تألیف و نشر از حقوقی است که برای آن ارزش قائل هستند و آن را به صاحب حق مختص می‌دانند. درواقع خردمندان موضوع جدیدی را برای عنوان کلی «حق» شناخته‌اند و آن را مشروع می‌دانند؛ هرچند پیرامون ماهیت حق (ر.ک: حسینی، ۱۳۸۷: ۶۵-۱۰۷) و جایگاه آن در ساختار حقوقی اختلاف نظر دارند و همین مقدار برای مصداق تلقی شدن مالکیت فکری کافی است (ر.ک: حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۴۰۷). از این رو مسئله حق تألیف، مسئله‌ای است حقوقی که موضوع آن جدید است. تنها چیزی که می‌توان از آن درک کرد، آن است که عقلاً بما هم عقلاً، در تمامی جوامع، اعم از جوامع اسلامی، مسیحی، زرتشتی و یهودی، متفقاً برای حق طبع، حق انتشار، حق اختراع و سایر حقوق مشابه، ارزش قائل هستند و این مسئله را مختص به ذی حق می‌دانند و این امور، جزء آرای محمود و مؤدای عقل عملی

هستند و بنا بر قاعده ملازمه «کلّ ما حکم به العقل حکم به الشرع» هرگاه حکم عقل به تحقیق (عقلاً بما هم عقلاً) وارد شده، شارع مقدس نیز همان را می‌گوید و تخطی نمی‌کند (بجنوردی، ۱۳۷۱: ۲۱۲-۲۱۳).

یکی از فقیهان معاصر با تبیین مبنای خود در این باره می‌گوید: «این حقوق جزء حقوق عقلائیه مسلم است و عقلای جامعه بر این حقوق، آثار مترتب می‌نمایند و تا زمانی که دلیل شرعی بر نفی حق بودن آن قائم شود، نفی این حقوق ممکن نیست و جلوگیری از ترتب آثار بر این حقوق فاقد مشروعیت می‌باشد. از طرف دیگر، همان‌طور که در بحث مالکیت، صرف عدم قیام دلیل بر عدم مالکیت، مکفی در ثبوت شرعی مالکیت است، در باب حق تألیف و اختراع نیز با وجود بنای عقلاً و عدم قیام دلیل بر نامشروع بودن این حقوق، باید حکم به مشروعیت این حقوق صادر نمود» (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۱: ۲۱۰).

همین بیان با تحلیلی دیگر نیز آورده شده است: «ما معتقدیم که حق طبع و تألیف و اختراع و مانند آن، یک حق شرعی و قانونی است و از نظر اسلام باید به آن احترام گذاشت. به تعبیر دیگر، اهمیت مالکیت فکری کمتر از مالکیت عینی نیست و حکومت اسلامی باید عهده‌دار حفظ آن شود. دلیل ما در این قسمت، این است که ما همواره موضوعات را از عرف می‌گیریم و احکام را از شرع؛ مثلاً وقتی می‌گوییم قمار حرام است، حکم تحریم از قرآن و احادیث اسلامی گرفته شده است؛ اما اینکه موضوع قمار چیست، بسته به تشخیص عرف است. در مورد مالکیت فکری نیز مسئله همین‌گونه است. اسلام می‌گوید ظلم و ستم و تجاوز به حق دیگران حرام است. این حکم از اسلام گرفته شده است؛ اما موضوعش، یعنی ظلم و ستم و تجاوز به حق، موضوعی است که از عرف گرفته می‌شود و امروزه تقریباً همه عقلای دنیا، این مسئله را به عنوان حق شناخته و سلب آن را ظلم می‌دانند» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۲۱۰-۲۱۱).

بنابراین می‌توان گفت: «هر نوع عمل که در نظر عرف و عقلا منشأ حقوق باشد، رعایت آن لازم و تجاوز به آن، مصداق ظلم و شرعاً حرام است» (سبحانی، ۱۳۷۱: ۲۰۷). درواقع «حقوق طبع، ترجمه و نشر آثار، مختص به صاحب تألیف است؛ اگر بدون اذن قبلی وی چنین کاری انجام شود باید با تأدیه حقوق مزبور، رضایت وی تحصیل شود؛ چراکه چیزی که نزد عقلا مالیت دارد و نیز مالیت عقلایی آن را شارع مقدس رد نکرده و همچنین به استناد مالیت حلال در عرف عقلا مضمن یا ثمن قرار می‌گیرد و نیز مضمن یا ثمن قرار گرفتن آن را شارع مقدس رد نفرموده، مشمول ادله تنفیذ عقود است و حق تألیف و نیز حق تحجیر از حقوق مالی در نزد عقلاست و در عقد بیع به عنوان مضمن یا ثمن واقع می‌شود» (جوادی آملی، ۱۳۸۴: ۱۰۷-۱۰۸).

به‌هررو حقوق مذکوره (حق تألیف، ترجمه و حق امتیاز ناشر برای چاپ کتاب) از حقوق عقلاییه است و رعایت آنها بنابر اقوی لازم است (منتظری به نقل از: آیتی، ۱۳۷۵: ۷۰).

در مقام تحلیل هر یک از دیدگاه‌ها در خصوص مبانی مشروعیت مالکیت فکری، می‌توان به نحو اختصار و دقیق به این نکته اشاره کرد که بهترین شیوه توجیه مشروعیت حقوق مذکور در ادبیات شرعی همان‌گونه که در این مبحث به نقل آرا و فتاوی‌ای گروه کثیری از فقها و مراجع معاصر پرداختیم - توسل به بنا - و به تعبیر یکی از صاحب‌نظران معاصر در این خصوص (ر.ک: حکمت‌نیا، ۱۳۸۴: ۴۱۲) سیره مسلّم عقلایی است؛ زیرا به اعتقاد برخی دانشمندان (ر.ک: جعفرزاده، ۱۳۸۵: ۹۲) حجیت بنائات و سیره‌های قاعده‌ساز به اقتضای مفهوم، عقلانی بوده، معمولاً از یک منطق نیرومند عقلانی و عقلایی پیروی می‌کند؛ ازاین‌رو ضرورتی برای امضا و تأیید مصادیق آن از سوی قانون‌گذار شرعی وجود ندارد. از این نظر، بنائات و سیره‌های عقلایی خود در جوار سایر حجج و امارات شرعی به

حکم عقل و فطرت سلیم حجت بوده و تحت شرایطی مصادیق آن در قلمرو حقوق شرعی، پذیرفتنی است و اعتبار آن همانند مفاد نصوص، عمومات و اطلاقات می‌باشد. در نهایت، آنچه در این باره لازم است، این است که اولاً مفاد سیره و بنای عقلایی با نص و عموم یا اطلاقی از کتاب و سنت مسلم یا اهداف دین در تعارض نباشد و دوم اینکه مصداق آن به نحو روشمند احراز گردد.

### ۳. دلایلی از مشروعیت فقهی مالیت فکری (در فقه اهل سنت)

در این گفتار به اجمال به تبیین و شناسایی دلایل توجیهی مشروعیت فقهی مالیت فکری از منظر فقها و اندیشمندان اهل سنت می‌پردازیم که دیدگاه غالبی را ابراز می‌کنند، مبنی بر اینکه چنانچه عرف عام در صورتی که با نص شرعی یا قاعده کلی فقهی منافات نداشته باشد، به عنوان یکی از منابع معتبر احکام شرعی قلمداد می‌شود (ر.ک: عثمان شبیر، ۱۹۹۸م: ۶۳).

#### ۳.۱. مصالح مرسله

واژه مصلحت در لغت، به معنای جلب منفعت و دفع ضرر است (ر.ک: ابن بدران، ۱۴۰۱ق: ۲۹۳؛ ابن قدامه، ۱۳۹۹ق: ۱۷۴) و در اصطلاح مقصود از مصلحت، پاسداشت مقصود شرعی است (غزالی، ۱۴۱۳ق: ۱۷۴) و پاسداشت مقصود شرع به دفع مفسد از خلق است (شوکانی، ۱۴۱۲ق: ۴۰۳).

واژه مرسله در لغت، به معنای رها بودن است و از آن رو نام مصلحت مرسله را بر استصلاح نهاده‌اند که در واقع، چنین مصلحتی رهای از دلیلی است که از اعتبارش سخن گوید یا از نظر شرع الغا و واگذاشته شده است (ابن امیر حاج، ۱۹۹۶م: ج ۳، ص ۲۰۱). به دیگر بیان، مصالح مرسله عبارت است از مصلحت اندیشه‌هایی که با تصرفات و مقاصد شرع مقدس هماهنگی دارد، ولی دلیل مشخصی از طرف دین در الغا یا اعتبار آن به دست ما

نرسیده است؛ بنابراین اگر مجتهد نظیر واقعه مورد نیاز خود را به قیاس در شریعت نیابد، به مصالح مرسله پناه می‌برد (زحیلی، ۱۴۱۸ق: ج ۲، ص ۷۵۷).

در تطبیق قاعده مذکور بر مشروعیت مالکیت فکری، یکی از اندیشمندان معاصر چنین تحلیلی را ارائه می‌کند: «حق مؤلف که اکنون از آن به عنوان حق ادبی در قانون یاد می‌شود، مورد امضای شارع است؛ زیرا مشمول قاعده استصلاح یا مصالح مرسله است؛ چون هر عملی که دارای مصلحت غالب باشد یا دفع ضرر و مفسده‌ای را در پی داشته باشد، مطلوب شرع است. مؤلف که بذل جُهد نموده در استفاده مادی و معنوی از کتابش، مُحقّق‌ترین مردم است و این حق، مستمر و قابل انتقال به ورثه است؛ چراکه پیامبر اکرم (ص) فرموده‌اند: "مَنْ تَرَكَ مَالاً أَوْ حَقّاً فَلِوَرَثَتِهِ؛ هر کس مال یا حقی را به جای گذارد، به ورثه‌اش می‌رسد". از این رو عرف، حق التّألیف را معتبر دانسته و آن را از منافع اعتبار می‌کند، و منافع اموال است و اشیاء و اعیان به دلیل منافع مورد توجه می‌باشند؛ زیرا غرض آشکار از جمیع اموال همانا منفعت آن است و حتی متأخران حنفی نیز به ضمان منافع در مال موقوف و مال یتیم و مالی که آماده بهره‌برداری است، حکم نموده‌اند» (زحیلی، به نقل از: ایروانی، ۱۳۷۴: ۲۲۴).

همچنین می‌توان گفت که در حمایت از این حقوق یک مصلحت عمومی وجود دارد که به همه جوامع انسانی برمی‌گردد و آن مصلحت ارزش‌های فکری است که در شئون گوناگون زندگی دارای اثر می‌باشد و از این جهت از جمله حقوق الهی به شمار می‌آید؛ چراکه فایده آن عام است و جایگاهش بزرگ و مصلحت مرسله در دین رعایت، و احکام بر آن بار می‌شود؛ زیرا مصلحت مرسله از مبانی عدالت و حق می‌باشد. بنابراین پدیده‌های فکری ملک هستند (درینی، ۱۴۱۰ق: ۸۳-۸۴).

البته ناگفته نماند، اصل قلمرو استصلاح به مفهوم اصولی آن، عرصه ضرورت یا حاجت

عمومی است که مجتهد به استناد آن حکمی عمومی استنباط می‌کند که جزئی و موقت نبوده؛ بلکه عمدتاً استمراری عرفی نیز دارد و همگانی است و این، همان چیزی است که ماهیت استصلاح آن را اقتضا می‌نماید. افزون بر این، عمده مثال‌های اصولیان اهل سنت در مبحث استصلاح (ر.ک: زلمی، ۱۳۷۵: ۴۸۸-۴۹۳) به ضرورت و حاجت عمومی برمی‌گردد و این خود گواهی بر تحدید قلمرو استصلاح به اجتماعیات و امور عمومی زندگی است. گواه دیگر هم بر مقصود بودن این حوزه آن است که در شروط استصلاح یکی از شرط‌ها را آن دانسته‌اند که مصلحت مورد استناد مصلحتی عام باشد، نه مصلحتی شخصی؛ بدین معنا که تشریع حکم برای بیشترین شمار ممکن از مردم مصلحت و منفعت دانسته باشد، نه آنکه منفعت خود یا افرادی معین و محدود را برآورده کند (صابری، ۱۳۸۸: ۲۱۳).

### ۳.۲. نظریه مقاصد شریعت

برخی دیگر از اندیشمندان فقه اهل سنت با طراحی و منهج «مقاصد الشریعه» در پی دست یازیدن به مقاصد مرتبط با نظم و هماهنگی حقوق اسلام و دولت اسلامی هستند. به تعبیری «فقه مقاصد به تحلیل لفظی و قیاس جزئی منحصر نمی‌شود، بلکه از منهج و روش استقرایی جامعی بهره می‌برد که در شرع، ادله زیادی بر اعتبار آن قواعد کلی وجود دارد و به این طریق، قانون کلی به عنوان مقصد شرعی اعتبار یافته، سپس بر جزئیات حاکم می‌شود؛ مانند قانون علمی تجربی که با استقرای ناقص به دست آمده، بر پاره‌ای جزئیات دیگر حاکم خواهد بود» (علوانی، ۱۴۲۱ق: ۱۲۳).

البته در به کارگیری چنین نظریه‌ای باید به این نکته توجه داشت که اگر مقاصد همان قواعد کلی باشد، می‌توان موارد به کارگیری آن را از باب تطبیق دانست؛ اما اگر مقاصد ناظر به قاعده حاکم بر رفتار نباشد، بلکه ناظر به نتیجه یک حکم و تحقق یک وضعیت باشد، شناخت حکم موضوع جدید از باب تطبیق نخواهد بود (حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۴۲۳)؛ از همین رو

برخی نویسندگان به صراحت به مقاصد شریعت اشاره‌ای نکرده‌اند، ولی استدلال آنها بر مشروعیت مالکیت فکری را می‌توان در قالب مقاصد شریعت معنا کرد که قابل طرح در دو دلیل ذیل است:

الف) مصلحت، اقتضای پذیرفتن حق مؤلف را دارد.

ب) اگر فقیهان «حق تألیف» را نپذیرند، بسیاری از محققان و نویسندگان از نوشتن سر باز می‌زنند و تاجران (ناشران) اقدام به نشر کتاب نخواهند کرد؛ زیرا هر آنچه نشر کنند، دیگران سرقت خواهند کرد و آن را با قیمت کمتری خواهند فروخت و این عمل، منجر به اعراض مردم از خرید طبع (چاپ) اصلی خواهد گردید و آنان را به سوی خرید طبع‌های غیراصلی سوق خواهد داد؛ طبع‌هایی که با طبع اصلی تفاوت و افتراقی ندارد و بدین ترتیب، ناشر و مؤلف هر دو خسران خواهند دید.

ج) امروز، نظام جهانی حق تألیف را می‌پذیرد و مخالفت با این نظام منجر به اشکال - و افتراق - میان فقه اسلامی و نظام موجود در کشورها خواهد شد. اسلام در قضایای بین‌المللی، قاعده مقابله به مثل را می‌پذیرد، همان‌گونه که در صدر اسلام (شریعت) رقیّت (بندگی) را پذیرفت؛ زیرا این نظام در آن هنگام مورد پذیرش عمومی بود. اکنون نیز باید گفت اسلام، نظام حاکم در میان ملل را (از باب مماثلت) خواهد پذیرفت (رواس قلعه‌جی، ۱۴۲۰ق: ۱۳۱).

### ۳.۳. سدّ ذرایع

واژه «ذریعه» در لغت به معنای وسیله و جمع آن نیز ذرایع است؛ چنان که گفته می‌شود: «تذرع فلان بوسیله؛ فلانی به وسیله‌ای توسل کرد» (ر.ک: ابن منظور، ۱۳۶۳: ج ۸، ص ۹۶). در اصطلاح، ذریعه عبارت است از مسئله‌ای که ظاهر آن اباحه است، اما در رسیدن به فعلی ممنوع از آن بهره جسته می‌شود یا واسطه رسیدن به فعل ممنوع قرار می‌گیرد (شوکانی،

۱۴۱۲ق: ۴۱۱). به تعبیری دیگر، سدّ ذریعه عبارت است از منع آنچه برای رسیدن به چیزی ممنوع و مشتمل بر مفسده یا حضور از آن بهره جسته می‌شود (زحیلی، ۱۹۵۵م: ۱۰۸). به بیانی ساده‌تر سدّ ذریعه عبارت است از منع هر چیزی که ظاهر آن اباحه است، اما زمینه ارتکاب و افتادن در حرام را فراهم می‌آورد (صابری، ۱۳۸۸: ۳۲۴).

برخی نویسندگان فقه اهل سنت قاعده مزبور را مبنای مشروعیت حقوق مالکیت فکری قرار داده‌اند (قره‌داغی، ۱۴۱۲ق: ۴۲۵-۴۲۶) گرچه توضیح نداده‌اند که قاعده مزبور چگونه بر مشروع بودن این حقوق دلالت دارد. اما با وجود این در مقام توجیه آن شاید بتوان گفت از آنجا که رعایت نکردن حق دارندگان حقوق فکری - و محصولات تولیدشده از طریق فکر و اندیشه - منجر به حرام شده و موجب ایجاد مفسده می‌گردد، باید از آن جلوگیری نمود (اصغری آق‌مشهدی و اصغری، ۱۳۸۹: ۱۳).

شاید بتوان مباحث مقدمه واجب و حرام را در اصول فقه شیعه شبیه قاعده سدّ ذرایع دانست (ر.ک: حکیم، ۱۹۷۹م: ۴۱۰) اما چنان‌که فقیهان امامیه معتقدند، وجوب یا حرمت مقدمه، حکمی تبعی است، نه نفسی؛ و ثواب یا عقاب مستقلاً بر آن مترتب نمی‌گردد، بر خلاف نظر علمای اهل سنت که برای آن حرمت نفسی قائل‌اند (یوسف‌وند، ۱۳۸۵: ۸۸).



## نتیجه

مالکیت فکری (یا مالکیت معنوی) به حقوقی اطلاق می‌شود که صاحب آن اجازه و حق پیدا می‌کند که از منافع و شکل خاصی از فعالیت یا فکر خود به نحو انحصاری استفاده نماید که درحقیقت مربوط به شخصیت وی است. بنابراین در این تعریف و تعاریفی از این دست، دو بُعد مادی و معنوی حق یادشده از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ اما آنچه بسیار قابل تأمل بوده، همان تحول و دگرگونی ثروت و مال است؛ چراکه ممکن است آنچه دیروز مال به حساب می‌آمد، امروز مال نباشد و آنچه امروز مال به شمار می‌رود، دیروز مال شناخته نمی‌شده و اموال آینده هنوز ناشناخته‌اند و این تحول در دیدگاه‌های فقهی، به‌ویژه نظریات مربوط به مالکیت فکری قابل رصد و بازنگری مبنایی است که دیدگاه‌ها و فتاوای اخیر فقهای شیعه بر این ادعا دلالت تام و صریحی دارند.

آنچه از مجموع دیدگاه‌ها و فتاوای فقهای شیعه برداشت می‌شود، به استدلال‌های دو گروه مخالفان و موافقان به رسمیت شناختن حق مالکیت فکری منتهی می‌شود که گروه نخست، چنین حقی را از دیدگاه شرع غیرمعتبر می‌دانند و گروه دوم، آن را از نظر شرعی معتبر و مشروع دانسته و درنتیجه حمایت از آن را لازم و ضروری می‌دانند. عمده دلیل مخالفان مشروعیت مالکیت فکری بر این رأی استوار گردیده است: «زمانی که فردی با خرید یک کتاب مادی صاحب آن می‌شود، نمی‌توان وی را از تکثیر و کپی‌برداری از آن منع کرد؛ چراکه افراد بر اموال و دارایی‌های خود مسلط بوده و می‌توانند هرگونه تصرفی در آن انجام دهند و سلب تسلط مردم بر اموالشان بدون هیچ‌گونه عقد و شرطی جایز نیست». برخی از فقها نیز در مخالفت با اعتبار شرعی این گونه حقوق، آنها را غیرقابل تطبیق با احکام و نظامات اسلامی دانسته و بیان می‌کنند که این حقوق را نمی‌توان در شمار عقود و معاملات دانست که بتوان گفت هر چند در عصر شارع مقدس عنوان نمی‌شده، ولی به

اعتبار اینکه عقد است، با ملاحظه شرایطی که در صحت عقد و معامله معتبر است، مشمول اطلاعات یا عموم بعضی از ادله همچون «أوفوا بالعقود» باشد. موافقان در پاسخ به ایرادات گروه مذکور از جمله بر آیند نهایی مقاله حاضر، اظهار کرده‌اند که: «مالیت و ارزش اشیا از اعتبارات عقلایی است و تحدیدی از ناحیه شارع مقدس وجود ندارد. بنابراین در مسئله مورد بحث حقوق مذکور، از نظر شرع معتبر و لازم‌الرعايه هستند». درواقع هر نوع عملی که در نظر عرف و سیره عقلا منشأ حقوق باشد، رعایت آن لازم و تجاوز به آن، مصداق ظلم و شرعاً حرام است. بنابراین حقوقی که از نظر عقلا و خردمندان جامعه به عنوان حق شناخته می‌شوند و آثاری بر آن مشخص و مترتب می‌نمایند تا دلیلی از شرع و نصوص مسلم فقهی بر نفی حق بودن آنها قائم نشود، نمی‌توان آنها را نفی کرد و از ترتیب آثار مادی و معنوی بر آنها جلوگیری کرد. از دیگر سو، ادله‌ای مانند «النَّاسُ مُسْلِمُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» نمی‌تواند نافی حق بودن آنها باشد؛ همان‌طور که در باب مالکیت لازم نیست دلیل بر ثبوت آن قائم شود، بلکه مجرد عدم قیام دلیل بر عدم ملکیت کافی است بر ثبوت شرعی همانند عقلا. البته در این نصوص از ادله و قواعد فقهی دیگری همچون «قاعده حرمت مال و عمل مسلمان»، «قاعده سلطه»، «قاعده لاضرر» و «قاعده لاجرح» می‌توان بهره گرفت و به لوازم آنها پایبند شد. از سویی دیگر بر فرض که دلایل و قواعد یادشده برای اثبات مشروعیت مالکیت فکری کافی و وافی نباشند، از باب حکم حکومتی (راهکار ولایت فقیه) و نظریه منطقه‌الفراغ، می‌توان شرعی بودن حقوق مالکیت فکری و معنوی را نتیجه گرفت و آنها را لازم‌الاتباع دانست و در نظام فقهی اهل سنت نیز به دلایل توجیهی مشروعیت مالکیت فکری، از جمله «مصالح مرسله»، «نظریه مقاصد شریعت» و «سَدِّ ذَرَايعِ» استناد جست.

## منابع

۱. ابراهیم زاده پاشا، حسن، حمایت از مؤلفین برنامه‌های کامپیوتری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۶.
۲. ابن امیر حاج، محمد بن محمد، التقرير و التعبير، تحقیق مکتب البحوث و الدراسات، بیروت: دارالفکر، چاپ اول، ۱۹۹۶.
۳. ابن بدران، عبدالقادر دمشقی، المدخل إلى مذهب الإمام احمد بن حنبل، تحقیق عبدالله بن عبدالمحسن التركي، بیروت: مؤسسه الرساله، چاپ دوم، ۱۴۰۱ق.
۴. ابن عابدین، محمد امین، ردّ المختار علی الدرّ المختار (معروف به حاشیه ابن عابدین)، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
۵. ابن قدامه مقدسی، ابو محمد عبدالله بن احمد، روضة الناظر و جنة المناظر، تحقیق عبدالعزيز عبدالرحمن السعيد، ریاض: جامعة الامام محمد بن سعود، چاپ دوم، ۱۳۹۹ق.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم: ادب حوزه، ۱۳۶۳.
۷. اسلامی، رضا، اصول فقه حکومتی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.
۸. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین و شهرام اصغری، «بررسی فقهی حقوق مالکیت فکری با رویکردی به نظر امام خمینی (ره)»، پژوهشنامه متین، شماره دوازدهم، ۱۳۸۹.
۹. اصغری، محمد، «بناء عقلا»، تهران: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷، زمستان، ۱۳۸۴.
۱۰. اصفهانی، شیخ الشریعه، مسئله لا ضرر، قم: بی‌نا، بی‌تا.
۱۱. امامی، اسدالله، حقوق مالکیت معنوی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۱۲. انصاری، باقر، سازوکارهای حقوقی حمایت از تولیدات علم (حقوق پژوهش)، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۷.

۱۳. انصاری، شیخ مرتضی، رسائل، قم: اسماعیلیان، بی تا.
۱۴. \_\_\_\_\_، مکاسب، تبریز: اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۵ق.
۱۵. ایروانی، محمدرضا، «حق ابتکار در فقه اسلامی مقارن»، قم: نامه مفید، شماره ۴، ۱۳۷۴.
۱۶. آخوند خراسانی، محمدکاظم، کفایة الأصول، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، بی تا.
۱۷. آیتی، حمید، حقوق آفرینش های فکری، تهران: حقوق دان، ۱۳۷۵.
۱۸. بوطی، محمدسعید رمضان، قضایا فقهیة معاصرة، بیروت: دارالفارابی، چاپ ششم، ۲۰۰۱م.
۱۹. جاسم نشمی، عجیل، مجموعه مقالات فقه پژوهشی، دفتر چهارم، الحقوق المعنویة، قم: کتابخانه تخصصی فقه و اصول، بی تا.
۲۰. جعفرزاده، میرقاسم، «مبانی فقهی مشروعیت حقوق فکری»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۹، بهار، ۱۳۸۵.
۲۱. جناتی، محمدابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران: کیهان، ۱۳۷۰.
۲۲. جوادی آملی، عبدالله، استفتانات، قم: اسراء، ۱۳۸۴.
۲۳. حسینی، عبدالرحیم، رساله ای در باب حق و حکم، تهران: شرکت چاپ و نشر بین الملل، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲۴. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، المسائل المستحدثة، قم: مکتبه محمدی، ۱۳۸۵ق.
۲۵. حضرتی شاهین دژ، صمد، «مطالعه تطبیقی حقوق معنوی مؤلف»، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، شماره ۱۰، تابستان، ۱۳۷۸.
۲۶. حکمت نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶.

۲۷. حکیم، سید محمد تقی، الأصول العامة للفقہ المقارن، قم: مؤسسة آل البيت للطباعة والنشر، ۱۹۷۹ م.
۲۸. \_\_\_\_\_، عقد التأمين و مشروعیته دراسة مقارنة، بیروت: بی نا، ۱۴۲۴ ق.
۲۹. حیدری، سید کمال، قاعده لاضرر و لاضرار (تقریرات الشہید الصدر)، قم: دار الصادقین، ۱۴۲۰ ق.
۳۰. خمینی (امام)، سید روح الله، البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۳۱. \_\_\_\_\_، تحریر الوسيلة، نجف: مطبعة الآداب، بی تا.
۳۲. \_\_\_\_\_، المكاسب المحرمة، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۸.
۳۳. خمینی، مصطفی، خيارات، قم: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۳۴. خوانساری، محمد، فرهنگ اصطلاحات منطقی، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
۳۵. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، قم: داوری، ۱۳۷۷.
۳۶. درینی، فتحی، حق الابتکار فی الفقه الإسلامی، بیروت: مؤسسة الرسالة، چاپ دوم، ۱۴۰۱ ق.
۳۷. رحیمی، مرتضی و عباسعلی سلطانی، «مبانی فقهی حقوق مالکیت معنوی در فقه شیعه»، مجله مطالعات اسلامی، مشهد: دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۵.
۳۸. رواس قلعه جی، محمد، المعاملات المالية المعاصرة فی ضوء الفقه و الشريعة، بیروت: دارالفنائس، الطبعة الاولى، ۱۴۲۰ ق.
۳۹. روحانی، سید محمد صادق، استفتانات (پرسش و پاسخ های مسائل شرعی)، تهران: حدیث دل، ۱۳۸۱.

۴۰. \_\_\_\_\_، پاسخ‌های حضرت آیت‌الله روحانی به استفتائات قوه قضائیه و مؤسسه حقوقی و کلاهی بین‌الملل، تهران: حدیث دل، ۱۳۸۲.
۴۱. زحیلی، وهبه مصطفی، اصول الفقه الاسلامی، دمشق: بی‌نا، ۱۴۱۸ق.
۴۲. \_\_\_\_\_، الفقه الاسلامی فی اسلوبه الجدید، دمشق: دارالفکر، الطبعة الثانية، ۱۹۸۹م.
۴۳. \_\_\_\_\_، الوجیز فی اصول الفقه، بیروت: دارالفکر المعاصر، ۱۹۹۵م.
۴۴. زلمی، مصطفی ابراهیم، خاستگاه‌های اخلاف در فقه مذاهب، ترجمه حسین صابری، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۴۵. ساکت، محمدحسین، «حقوق مالکیت فکری؛ تاریخچه و مبانی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۰ و ۵۱، بهار و تابستان، ۱۳۸۴.
۴۶. سعیدی‌فر، عباس، حق مؤلف در حقوق ایران و تطبیق بین سیستم حقوق ایران و فرانسه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۲.
۴۷. السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج ۸، قاهره: دار الحیاء التراث العربی، ۱۹۶۷م.
۴۸. شبیری، سیدحسن، «وضعیت حقوقی - فقهی رایانه در ایران»، فصلنامه کتاب‌های اسلامی، شماره هفتم، ۱۳۸۰.
۴۹. شبیری، سیدحسن، مسئولیت حقوقی ناشی از نرم‌افزارهای معیوب، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۸۰.
۵۰. شوکانی، محمدبن علی بن محمد، ارشاد الفحول إلی تحقیق الحق من علم الأصول، تحقیق محمد عبدالسلام عبدالشافی، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.
۵۱. صابری، حسین، عقل و استنباط فقهی، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، چاپ دوم، ۱۳۸۸.

۵۲. صدر، سیدمحمدباقر، الاسلام يقود الحياة، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، ۲۰۰۳م.
۵۳. \_\_\_\_\_، اقتصادنا، بیروت: مكتبة الاعلام الاسلامی، بی تا.
۵۴. صرامی، سیف الله، احكام حكومتی و مصلحت، تهران: عبیر، ۱۳۸۰.
۵۵. صفایی، سیدحسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران: میزان، ۱۳۷۵.
۵۶. ضمیمه فصلنامه رهنمون، مدرسه عالی شهید مطهری، تهران، شماره ۲ و ۳، پاییز و زمستان، ۱۳۷۱.
۵۷. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرين، بیروت: دارالمکتبة الهلال، ۱۹۸۵م.
۵۸. عثمان شبیر، محمد، المعاملات المالية المعاصرة، اردن: دار النفائس، ۱۹۸۸م.
۵۹. عربیان، جواد، چشم انداز فقهی و حقوقی مالکیت فکری، تهران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۶۰. علوانی، صله جابر، مقاصد الشريعة، بیروت: دار الهادی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ق.
۶۱. قره داغی، علی محی الدین علی، بحوث فی فقه المعاملات المالية المعاصرة، بیروت: دار البشارة، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
۶۲. کاظمی خراسانی، محمدعلی، فوائداصول، تحقیق رحمة الله رحمتی الأراکی، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ق.
۶۳. کلینی رازی، محمد بن یعقوب، الأصول من الکافی، بیروت: دار صعب و دار التعارف، ۱۴۰۱ق.
۶۴. کنعان، نواف، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف و وسائل حماية، عمان، الطبعة الثالثة، بی تا.
۶۵. گرجی، ابوالقاسم، اندیشه های حقوقی (مفاهیم بنیادین حقوق مدنی و جزایی)، تحقیق: ابوالفضل احمدزاده، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۷.

۶۶. \_\_\_\_\_، «حقوق معنوی و حکم آن»، تهران، خبرنامه انفورماتیک، شماره ۳ و ۴، سال هفتم، ۱۳۷۱.
۶۷. مجلسی، محمدباقر، بحار الأنوار، بیروت: مؤسسة الوفاء، طبعة الثانية، ۱۴۰۳ق.
۶۸. محقق اردبیلی، احمد، زبدة البیان فی احکام القرآن، قم: جامع فقه اهل البيت، بی تا.
۶۹. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران: امیر کبیر، ۱۳۶۳.
۷۰. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهية، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۹ق.
۷۱. موسوی، سیدرضا، «حق تألیف در حقوق اسلامی»، مجله مطالعات اسلامی، مشهد: دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۸۳.
۷۲. نراقی، ملا احمد، عوائد الأيام، عائدة چهارم، قم: بصیرتی، ۱۴۰۸ق.
۷۳. نوروزی، علیرضا، حقوق مالکیت فکری، حق مؤلف و مالکیت صنعتی، تهران: چاپار، ۱۳۸۱.
۷۴. یوسف‌وند، محمود، مبانی حقوق مالکیت معنوی در فقه و قانون، قم: خرم، ۱۳۸۵.