

جریان قاعده لاضرر در حقوق ادبی و هنری

مهدی خدایی^۱

چکیده

حقوق ادبی و هنری حق و امتیازی است که قانونگذار به پدیدآورنده آثار ادبی و هنری می‌دهد تا بتواند از منافع مادی و معنوی آثار خود بهره مند شود. در حقوق عرفی این حقوق دارای مبانی موجهه ای می‌باشد. بر خلاف اکثر نظریات مربوط به مفاد قاعده لاضرر در نظریه شیخ انصاری مشروعیت این حقوق قابل اثبات است. زیرا که حکم اباحه حقوق ادبی و هنری ضرری خواهد بود و ضرر نیز مرفوع است پس این حقوق برای همگان مباح نیست. در تعارض قاعده لاضرر با تسلیط، به جهت اینکه محدود کردن سلطه شخص متعرض منجر به عدم النفع او میشود و تعرض او ضرر بسیار زیادی به پدید آورنده وارد میکند لاضرر مقدم میگردد.

کلمات کلیدی: لاضرر-حقوق ادبی و هنری-مشروعیت-ضمان-اباحه

^۱ - استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج

مقدمه

از مهمترین شاخه‌های مالکیت فکری که دارای قدمت طولانی‌تری نسبت به سایر شاخه‌ها برخوردار است، حقوق ادبی و هنری (copyright) می باشد. حقوق ادبی و هنری، حقوق و امتیازاتی است که قانون برای فردی که اثری ادبی و هنری را خلق کرده است و قصد دارد از مزایای مادی و معنوی آن بهره برداری کند قائل شده است. (عرب اسدی، زمستان ۱۳۷۱، ۱۲-۲۰)

ضرورت حمایت از حقوق ادبی و هنری، ناشی از نیاز بشر به دانش و ضرورت تشویق دانش پژوهی از طریق تشویق دانشوران می باشد. الزامات ملی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی ایجاب می کند که قانونگذار از این دسته از حقوق حمایت کند. وجود این سیستم های حمایتی که پدید آورندگان را قادر می سازد تا از محل عوائد ناشی از استفاده عموم از آثارشان امرار معاش نمایند به آنان امکان می دهد تا فعالیت‌های مبتکرانه خویش را ادامه دهند؛ پس از آنکه آنان علاقه عموم را به آثار خویش جلب نمودند میتوانند توجه خود را بر رشد کامل انرژیهای خلاق و سازنده خویش معطوف نمایند. بدون حمایت کپی رایت آنان انگیزه لازم را برای تن دادن به کاری که نفع آن متوجه کل جامعه است نخواهند داشت. ناشران و دیگر رسانه های ارتباطی نیز در برابر ریسک ها و سرمایه گذاریهایشان در تولید، توزیع و فروش آثار، نیازمند کسب در آمد می باشند. بنابراین شناسایی و به رسمیت شناختن حقوق ادبی و هنری مشوقی قوی برای دانش پژوهی و اطلاع رسانی می باشد. (گرپاود، بهمن ۱۳۸۰، ص ۳۶)

از مهمترین مصادیق حقوق مادی ادبی و هنری می توان این حقوق را نام برد:

۱- حق تکثیر و کپی اثر (بنیادی ترین حق در قوانین کپی رایت). ۲- حق عرضه و اجرا برای عموم (عرضه برای عموم همانند نمایش اثر اصلی یا نسخه ای از

آن در مکانهای عمومی بوسیله فیلم، و... و اجرا برای عموم همانند دکلمه خوانی یک اثر، نواختن نت موسیقی و...). ۳- حق اقتباس، تلخیص و تبدیل اثر. ۴- حق ترجمه. ۵- حق استفاده از پاداش و جایزه. ۶- حق اجاره. ۷- حق توزیع برای عموم از طریق امانت دادن به مراکز عام المنفعه، اجاره، فروش و نظایر آن نسخه اصلی یا کپی اثری که قبلاً با اجازه مالک عرضه نشده باشد. ۸- حق توزیع و فروش نسخه‌های تکثیر شده.

همه این حقوق مادی، متعلق به پدید آورنده است و کسی بدون اجازه او نمی‌تواند متعرض این حقوق شود.

مبانی نظری حقوق ادبی و هنری در حقوق عرفی

در فلسفه حقوق، این سؤال مطرح می‌شود که مبنای نظری این حقوق چه می‌باشد و به چه دلیل پدید آورنده اثر خود را در برابر انتفاع دیگران از منافع مادی اثرش ذیحق می‌داند و در صورت انتفاع غیر مجاز دیگران از آنها مطالبه خسارت می‌نماید و می‌تواند آنها را تحت تعقیب و پیگرد قانونی قرار دهد. در این ارتباط دو نظریه، خودنمایی بیشتری می‌نماید:

..... (•••••)

.....

۱- تئوری حقوق طبیعی

پیروان این مکتب وقتی از «مالکیت» سخن به میان می‌آورند می‌گویند مالکیت حقیقی طبیعی و فوق قوانین موضوعه دست ساز بشر است. (توماس، ۱۹۹۵، ص ۹۲) بر اساس این نگرش انسان از آن جهت که انسان است و پدید آورنده آثار موضوع حقوق محل گفتگوست باید صاحب اختیار تلقی گردیده و دیگران نباید مجاز به

تعرض و تجاوز به آن گردند. تنها اوست که باید حق بهره برداری از اثر را داشته باشد و هیچکس نباید بدون رضای او از آن بهره برداری نماید. صاحب بودن پدید آورنده اثر از لوازم انسان بودن ایشان است. (جعفر زاده، ۱۳۸۲ هـ.ش.ص.۵۴) بر اساس این تئوری، نظریاتی در توجیه مالکیت ارائه شده است که آن، به مالکیت فکری (بطور اخص مالکیت ادبی و هنری) تعمیم داده خواهد شد. در این میان به دو نظریه مهم کار- محور و شخصیت- محور که مبتنی بر حقوق طبیعی می باشند پرداخته می شود:

۱-۱- تئوری کار- محور

واضع این تئوری «جان لاک» فیلسوف معروف انگلیسی قرن هفدهم می باشد. وی معتقد است که مالکیت خصوصی ریشه در کار انسان دارد. هر انسانی مالک خود می باشد و هر کس، جز بر خود بر هیچکس مالکیتی ندارد. کار متصاعد و بر آمده از جسم انسان نیز متعلق به صاحب جسم است. انسان حق دارد که نیروی کارش را با اشیاء موجود در طبیعت در آمیخته و در نتیجه این ترکیب، مالک اختصاصی آن شئ گردد. (توماس، پیشین، ص ۹۱-۹۲)

بنابراین فرمول لاک در مالکیت به قرار ذیل می باشد:

مالکیت = اموال مشترک موجود در طبیعت + نیروی کار

تئوری که جان لاک ارائه کرد در مورد مالکیت بر اعیان بود اما این مسأله مانع از این نمی باشد که بتوان این تئوری را با مالکیت فکری به خصوص مالکیت ادبی و هنری نیز تطبیق داد. بسیاری از محققین در تبیین مبانی توجیه مالکیت فکری به این تئوری استناد نموده اند. (فیشر، ۱۹۹۸)

در تطبیق دیدگاه لاک با مالکیت فکری این فرمول به دست می آید.

مالکیت فکری = اموال فکری مشترک + کار فکری

تطبیق دادن این نظریه بر مالکیت ادبی و هنری که از شاخه های مالکیت

فکری است متوقف بر این است که سه پیش فرض پذیرفته شود: (همان)

••- تولید کلیه آثار مورد حمایت در حقوق مالکیت های فکری (به خصوص

مالکیت ادبی و هنری) نیازمند به کارگیری نیروی کار و تلاش است.

۲- کار، دارای معنای فراگیر بوده، علاوه بر کار فیزیکی، کار فکری و تلاش

ذهنی را نیز در بر می گیرد.

۳- کار فکری در رابطه با یک اثر فکری موجود، مبنای حق مالکیت اختصاصی

می شود.

حال اگر علت تحقق مالکیت، بنا به نظر برخی از مفسران آراء جان لاک،

ارزش افزوده ناشی از کار باشد به جهت اینکه از شروط حمایت از مالکیت ادبی و

هنری اصالت و ابتکار در شیوه تعبیر و خلق اثر می باشد، این ارزش افزوده ناشی از

کار فکری به شدت در مالکیت ادبی و هنری موجود است و شرط حمایت نیز به

حساب می آید. و اگر سبب مالکیت، دشواری ناشی از کار باشد، کار فکری اگر

سختتر از کار فیزیکی و جسمی نباشد آسانتر از آن نیست، خلق یک اثر ادبی و هنری

مستلزم صرف وقت بسیار و کار فکری توأم با مرارت و سختی زیاد می باشد و هزینه

فراوانی را نیز می طلبد. لذا دشواری مزبور در کار فکری خلق اثر ادبی و هنری کاملاً

مشهود است و این امر برای نگارنده این سطور کاملاً ملموس گردیده است.

۱-۲- تئوری شخصیت محور:

واضع این تئوری هگل آلمانی است. هگل در باب توجیه مبنای ایجاد حق

مالکیت می گوید: علت امکان تملک شیء از سوی شخص این است که هیچ شیئی به

خودی خود و فی نفسه واجد یک هدف نهایی نیست و سرنوشت و روح خود را از اراده انسان می‌گیرد. این حق، همانا حق مطلق تخصیص به خود است که انسان نسبت به اشیاء دارد. بدین ترتیب همه اشیاء می‌تواند مال انسان باشد زیرا تنها اوست که دارای اراده آزاد و مطلق است و هیچ چیز دیگر در جهان دارای این ویژگی نیست. بنابراین هر شخص محق است که شیء را متعلق اراده خویش سازد و یا اراده خود را بر شیء استوار سازد و مالک آن گردد. (نانوسکا، ۲۰۰۱)

با توجه به مبنایی که هگل به عنوان موجد حق مالکیت اختیار کرده است و برای انسان یک حق مطلق در جهت استوار ساختن قصد و اراده خود به هر چه که بخواهد قائل شده است که به تبع آن برای او تملک نسبت به آن شیء حاصل می‌آید، می‌توان نتیجه گرفت همانگونه که شخص می‌تواند شیء مادی را متعلق اراده خویش سازد، قادر خواهد بود که اراده (ذهن) خود را منعکس و متبلور در یک شیء معنوی نموده و مالک آن گردد. (همان) از طرفی وقتی که تعلق اراده شخص به یک چیز مادی موجد ملکیت است به طریق اولی وقتی این اراده که خود از افق نفس بر می‌خیزد و به عالم معنی مربوط می‌گردد به یک شیء معنوی تعلق گیرد ملکیت را ایجاد خواهد کرد.

۲- تئوری حقوق اعطایی از سوی دولت

برخی دیگر از حقوقدانان بر این نظرند که مبنای شناسایی حقوق مالکیت فکری (بالاخص مالکیت ادبی و هنری) اراده دولتها و قوانین می‌باشد. به عبارت دیگر، پدیده‌ها و آثار موضوع حقوق مورد بحث، جزء میراث مشترک بوده و متعلق به جامعه است و مالک خاصی ندارد. النهایه دولت به نمایندگی از طرف جامعه و با لحاظ مصالح عمومی و با انگیزه تشویق مبتکر، به برخی از اشخاص و مبتکرین انواع

خاصی از مزایا و امتیازات را اعطاء می کند. (جعفر زاده، پیشین، ص ۶۰) از مهمترین جلوه های این تئوری، نظریه و تئوری سود- محور در حقوق اموال است .

از نظریه پردازان این مکتب می توان جان استوارت میل، دیوید هیوم و جرجی بنتام نام برد. اینان تنها الگوی قانونگذار را، اصل سود معرفی می کنند. بر اساس این دیدگاه حرکت نظام حقوقی باید به سوی به حداکثر رسانیدن نفع، لذت و شادی و تقلیل ناکامی ها و درد و رنج ها باشد. (سید فاطمی، ۱۳۸۱، ص ۱۶۲-۱۶۳)

لذا مبنای کار قانونگذاران به هنگام وضع قوانین راجع به مالکیت باید طوری باشد که: اولاً مردم را به سمتی حرکت دهد که به تولید حداکثر کالاها و ارائه بیشترین خدمات بینجامد و ثانیاً توزیع کالاهای تولیدی و خدمات عرضه شده به گونه ای باشد که رفاه و خوشبختی مردم را به اعلی درجه خود برساند. (فیشر، پیشین)

اهداف مزبور را وقتی در حقوق مالکیت ادبی و هنری مورد توجه قرار می دهیم متوجه می شویم که وضع قوانین حمایتی از حقوق مادی و معنوی پدید آورندگان آثار ادبی و هنری، موجب بالا رفتن انگیزه خلق اثر در پدید آورندگان می شود و آثار ادبی و هنری بیشتر و متنوعتری در اختیار مردم قرار می گیرد و به تبع آن موجبات اطلاع رسانی بهتر در زمینه های مختلف سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، علمی، مذهبی و ... را برای افراد جامعه فراهم می نماید و سطح دانش پژوهی را که اقتدار و قدرت جامعه مدنی در گرو آن می باشد بالا می برد. و قطعاً نتایج اینها سود و منفعت و لذت و خوشی می باشد که هیچ سود انگاری از آن غافل نخواهد ماند و خود را از آن همه سود و منفعت محروم نخواهد نمود.

در فقه اسلامی مسأله حقوق ادبی و هنری به عنوان یک مسأله مستحدثه محطّ آراء فقها قرار گرفته است. فقها در این مسأله نظریه پردازی کرده، به دو دسته مخالف و موافق تقسیم شده اند.

برخی از موافقین برای اثبات مشروعیت حقوق ادبی و هنری به قاعده فقهی لاضرر تمسک جسته اند.

قاعده لاضرر یکی از قواعد فقهیه ای است که فقهای عظام در جای جای فقه به آن برای استنباط احکام شریعت غرا استناد نموده اند. مستندات و مویدات قاعده لاضرر

در کنار عقل (محقق داماد، ۱۳۸۰ هـ.ش، ص ۱۳۵، شیخ الشریعه اصفهانی ۱۴۰۶ هـ.ق ص ۱۰)

و بناء عقلاء (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۹ هـ.ش، ج ۲، ص ۱۶۴) آیات و روایات فراوانی است که در جوامع روایی شیعه و اهل سنت وارد شده است. قدر مشترک مستندات روایی این قاعده، عبارت «لاضرر و لاضرار» می باشد. فخرالمحققین در مورد این حدیث ادعای تواتر معنوی نموده است. (فخرالمحققین، بی تا، ج ۲ ص ۴۸) حتی اگر قایل به تواتر آن نیز نشویم حداقل از مستفیضاتی است که باید در اعتماد به آن تامل نکرد حتی آنانکه قایل به حجیت خبر واحد نیستند. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ص ۱۴۴)

معنای ضرر و تطبیق آن در تعرض به حقوق ادبی و هنری

ضرر در لغت دارای معانی مختلفی می باشد. جوهری در صحاح می گویند «مکان ذوضر؛ ای ضیق» (الجوهری، ۱۴۰۷ هـ.ق ج ۲، ماده ضرر) صاحب القاموس نیز همین معنا را اختیار نموده است (الفیروزآبادی، بی تا، ج ۲، ماده ضرر) در المنجد آمده است که الضرر ضد النفع، الشده و الضیق و سوء الحال، النقصان یدخل فی الشی (الیسوعی، ۱۹۸۶ م، ماده ضرر) فیومی نیز گفته است که «الضرر بمعنی فعل المکروه» (افیومی، ۱۳۹۸ هـ.ق، جلد ۲، ماده

ضرر) با تتبع در موارد استعمال این لفظ می توان گفت که ضرر عبارت است از نقص و از دست دادن هر آن چیزی که از مواهب زندگی از قبیل نفس و مال و آبرو و... بدست آورده ایم و یا اینکه بوسیله آنها می توانستیم منتفع گردیم. (ناصر مکارم شیرازی، پیشین، ص ۵۴ - ۵۸)

نقطه مقابل ضرر، نفع می باشد که عبارتست از تزایدی که مطلوب است مانند عافیت در بدن و زیاد شدن مال و جایگاه مسئولیتی خوب پیدا کردن (سبحانی ۱۴۰۸ هـ.ق، ص ۳۴ و ۳۵) و هر گونه افزایش مطلوب دیگری که در نفس، مال، آبرو و... صورت گیرد.

در موضوع مورد بحث نیز که پدید آورنده اثر ادبی و هنری پس از تأمل و تفکر زیاد و تحمل مرارتها و رنجهای بسیار با به کارگرفتن هوش و استعداد و خلاقیت خود اثری را خلق می نماید و یا یک مجری که اثر ادبی و هنری را با تمرین و ممارست فراوان و با استمداد از احساس و عاطفه خود به معرض نمایش می گذارد و یا یک ضبط کننده ای که با سرمایه گذاری در ضبط یک اثر آن را جاودانه می سازد و یا یک پخش کننده ای که سلیقه به خرج میدهد با خرج هزینه های بسیار، آثار ادبی و هنری و اجرای مجریان را به صورت مستقیم یا غیر مستقیم به عموم افراد جامعه عرضه می نماید. همه بصورت مستقیم یا غیر مستقیم از جان و مال خود سرمایه گذاشته اند و متوقع می باشند که با انتشار آثارشان در جامعه به فوائد اقتصادی که از آثارش صادر میگردد نایل گردند و به نحوی از انحاء با درآمد حاصله از حقوق مالی آثارشان امرار معاش نموده با دلگرمی تمام، به خلق آثار پردازند. حال چنانچه شخصی بیاید و بدون اینکه حقوق پدید آورندگان را پردازد نسبت به انتشار آثار بصورت غیر مجاز اقدام نماید ضربه جدی بر پیکر پدید

آوردگان وارد خواهد آمد و آنان از این بابت ضرر و زیان جدی خواهند دید. به هر حال پدید آورنده برای خلق اثر خود متحمل هزینه گزافی شده است. او فشار فکری و روحی و روانی بسیاری را برای خلق اثر خود متحمل شده است و در برخی موارد سلامتی جسمی خود را نیز آماج خطرات قرار داده است. او به خاطر خدمت به جامعه علمی و فرهنگی از خیلی از فعالیت‌های اقتصادی که سود سرشاری را عائد او میکرد صرف نظر نموده عمر خود را وقف خدمت به بشریت کرده است. لذا بصورت غیر مستقیم از جهت اقتصادی نیز سرمایه گذاری نموده است و در برخی موارد مستقیماً همانند ضبط کنندگان و پخش کنندگان سرمایه گذاری اقتصادی نیز نموده است.

حال اگر فوائد اقتصادی آثار او به هدر رود و از آن حمایت نگردد او در زندگی اقتصادی خویش مستاصل گشته، انگیزه لازم برای خلق آثار ادبی و هنری ویا ضبط و عرضه آن را ندارد. اومی توانسته است با برخورداری از منافع اقتصادی انتشار اثر خود انگیزه خلق آثار جدید را در خود بیشتر از پیش نماید اما سود جویان و متعرضان به اثر منتشره تا جایی که توانسته اند منافع اقتصادی آنرا دوشیده اند و خالق اثر را حتی در ریالی از آن شریک نکردند. مثلاً در کشورهای صنعتی مجموع خسارتهای صاحبان امتیازهای حقوق ادبی و هنری شامل تهیه کنندگان فیلم، کاست ویدئو، نوارهای صوتی، دیسکتهای نرم افزارها و سخت افزارهای کامپیوتر و همچنین کتاب بسیار زیاد بوده و در اوایل دهه ۸۰ به بیش از یک میلیارد دلار در سال بالغ شده است. بهره برداری غیرمجاز از کتاب بخش اعظمی از این رقم را تشکیل میدهد. برای مثال آمار سال ۱۹۸۴ منتشر شده از سوی سازمان بین المللی مالکیت آثار معنوی نشانگر آن است که مجموع خسارتهای وارده بر ناشران ایالات متحده و کانادا از قبل

بهره برداری غیر مجاز آثارشان در ده کشور نخست به ۴۲۷ میلیون دلار رسیده است. (لایقی، ۲۰، ۱۳۸۱)

این نفع و سودی که حق عقلایی پدید آورنده اثر است از کف او خارج و به جیب دیگری سرازیر می شود. پس سودجویان با تعرض به انتشار آثار پدید آورندگان منتفع گشته و خالقان آثار از این بابت متضرر میگردند. و این ضرر و نفع کاملاً در این آثار مشهود می باشد. نفعی که می توانست عائد پدید آورنده شود تبدیل به ضرر بنیان براندازی شده است .

معنای لغوی ضرار و تطبیق آن در تعرض به حقوق ادبی و هنری

در باب معنای لغوی ضرار لغت شناسان گفته اند که ضرار تاکید را می رساند با این حال برخی بین ضرر و ضرار فرق قائل شده اند از قبیل:

۱- ضرر فعل یک شخص است ولی ضرار چون از باب مفاعله است اقدام دو طرفه می باشد.

۲- ضرر زیان ابتدایی و آغاز زیان رساندن است ولی ضرار به عنوان کیفر و تلافی آن تلقی شده است.

۳- ضرر در فرضی است که شخصی به دیگری زیان وارد می آورد و خودش از او منتفع میگردد ولی ضرار به این معنی است که در برابر زیانی که به دیگری وارد می نماید خود شخص فایده ای نبرد.

۴- ضرر به معنی وارد ساختن زیان بر دیگری بصورت عمدی و یا غیر عمدی می باشد ولی ضرار زیان رساندن عمدی به دیگری می باشد. (الروحانی، ۱۴۱۲ هـ.ق، ج ۸ ص ۳۸۱ و ۳۸۲)

••- ضرر، نقص در اموال و نفس می باشد ولی ضرار در مورد زیانهای معنوی

وضیق و حرج، وارد ساختن مکروه به کار می رود. (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ص ۱۰۵)

۶- برخی دیگر گفته اند ضرار به معنای تکرار در صدور ضرر است به خلاف

ضرر که فاقد این ویژگی است. (الجنوردی، ۱۳۸۹ هـ.ق، ج ۱، ص ۱۷۹)

آیا به عمل متعرضین حقوق مالی پدید آورندگان ضرار نیز اطلاق می گردد یا

خیر. این بسته به این است که کدام معنی را از معانی ضرار اختیار نمائیم. اگر ضرار

به معنای تاکید یا زیان عمدی و یا تکرار ضرر باشد عمل متعرضین را نیز می توان به

آن ضرار اطلاق نمود اما اگر مقصود از ضرار سایر معانی باشد دیگر از عمل

متعرضین نمیتوان ضرار تعبیر نمود.

اگر تطبیق عنوان ضرار بر تعرض به حقوق مالی پدید آورندگان مشکوک

باشد اما عنوان ضرر قطعاً با عنوان بحث مطابقت دارد. چه این منافع که دیگران

متعرض آن می شوند فعلیت داشته باشد مانند حق پاداش، حق اجاره و... و یا اینکه

بالقوه باشند مانند حق تکثیر که الان موجود نمیباشد منتهی از نمائات آثار ادبی و

هنری است. حسینی مراغی می گوید:

نقص مالی در عرف در جاییکه آن مال و منفعت بالفعل موجود میباشد قطعاً

ضرر محسوب میشود و آن عمل شخص اضرار تلقی میگردد. در مورد جاییکه این

منفعت بالقوه باشد همانند میوه باغ و نماء سایر املاک و منافع آن که به تدریج به

وجود میاید نیز همینگونه است هر چیزی که موجب شود این منافع بالقوه حاصل

نگردد در حالیکه عادتاً به دست میامد ضرر محسوب میشود و کسی که سبب این کار

شده است اضرار داشته است. (المراغی، ۱۴۱۷ هـ.ق، ج ۱، ص ۳۰۹)

مفاد حدیث لاضرر و لاضرار و تطبیق آن با حقوق ادبی و هنری

در مورد هیات کلامی، «لاضرر و لاضرار»، که در حدیث شریف آمده است بین فقهاء اختلاف نظر می باشد که به آنها اشاره نموده با موضوع مورد بحث مطابقت می نمائیم:

۱- اراده نهی از نفی

قائلین به این نظریه دو دسته هستند. برخی همانند شیخ الشریعه اصفهانی قائل به اراده نهی تحریمی تکلیفی از لاضرر میباشند. برخی دیگر همانند امام خمینی قائل به نهی حکومتی میباشند.

مرحوم شیخ الشریعه اصفهانی با شمارش موارد استعمال نفی در معنای نهی الهی در قرآن و روایات (شیخ الشریعه اصفهانی، پیشین، ص ۲۴ و ۲۵) مقصود شارع از نفی موجود در روایت را نهی الهی تحریمی (تکلیفی) می داند (همان، ۱۸ و ۱۹) از این منظر درست است که تعرض به حقوق مالی پدید آورندگان مجریان، ضبط و پخش کنندگان به جهت اینکه موجب اضرار به آنها می گردد و آنها را در امرار معاش و گذران زندگی دچار آسیب می نماید و آنها را از فوائد اقتصادی آثارشان که برای پدید آوردن آنها زحمت بسیاری را متحمل شده اند محروم میکند و اینها همه از مصادیق ضرر و ضراری می باشد که در حدیث شریف مسلمانان از آن نهی شده اند لیکن اثبات حرمت تکلیفی تعرض به حقوق ادبی و هنری را مستقیماً با این نظریه نمیتوان استنباط نمود مگر اینکه مالیت آن قبلاً ثابت گردد زیرا که ضرر، بر اموال و تزیین حقوق است در غیر این صورت استناد به لاضرر با این توجیه است که مطلوب (مشروعیت حقوق ادبی و هنری) مفروض انگاشته شده است. از آنجاییکه مالیت این حقوق در حقوق عرفی و بناء عقلاء به اثبات رسیده است جریان لاضرر در اینجا بلا مانع است. لذا بنا بر مبنای شیخ الشریعه تعرض بدون اجازه به حقوق مالی پدید آورندگان در حقوق ادبی

و هنری چون منجر به ضرر و زیان پدید آورنده میشود امری نامشروع میباشد و مرتکب آن، فعل حرامی را مرتکب شده است .

سوالی که هست این است که در مقابل این ضرر و زیانی که شخص ضار به دیگری وارد ساخته است آیا حکم وضعی ضمان، به فعل او تعلق میگیرد یا خیر؟ نراقی میگوید: نفی ضرر و ضرار می تواند دلیل باشد برای نفی حکم در صورتیکه آن ضرری باشد اما نمی تواند دلیل برای اثبات حکم باشد بلکه اثبات حکم محتاج دلیل آخر است. لذا تمسک برخی برای ضمان ضار مکلف به این حدیث صحیح نیست صرف عدم مشروعیت عمل دلیل بر ضمان و جبران بصورت مطلق نیست. (نراقی، ۱۴۰۸.ق، عانده چهارم، ص ۲۰)

مراغی در پاسخ می فرماید: مقتضای نفی یا نهی این است که فی الواقع چیزی باشد که ضرر موجود را از بین ببرد و این اسم را از آن سلب نماید زیرا اگر چیزی نباشد که آن ضرر را رفع نماید لازمه آن وقوع و جواز ضرر می باشد در صورتی که فرض، انتفاء آن می باشد و وقتی لزوم رفع ثابت شد کلام در تشخیص رافع آن ضرر است و ما می گوئیم که رافع آن ضرر کسی است که از او ضرر صادر شده است نه شخص دیگری. دلیل ما همه این است که نصوص، بنابراینکه معنای آنها نهی باشد حکم به این کرده اند که اضرار حرام است و حرمت آن نیز به جهت بقاء آن ضرر به حالت اولش می باشد و این در قدرت کسی است که آن ضرر را ایجاد کرده است و مقتضای نواهی تحریم ابقاء آن ضرر بر همان وضع می باشد، زیرا که این اضرار است و لازمه این، وجوب رفع این ضرر بر خود مضر می باشد تا وقتی که تبرعاً شخص دیگر نسبت به رفع این ضرر اقدام نکرده است. (المراغی، پیشین، ج ۱، ص ۳۱۹)

مهمترین محدودیتی که در این نظریه وجود دارد اثبات مالیت حقوق ادبی و هنری قبل از اعمال لاضرر میباشد لذا برای اثبات مشروعیت حقوق مزبور مستقلاً کارایی ندارد. اما از جهت اثبات ضمان ناشی از تعرض نقضی ندارد.

اما از دیدگاه امام خمینی (ره) نهی در اینجا، حکم مولوی سلطانی است و وجه صدور آن از پیامبر (ص) این است که ایشان حاکم، سلطان امت اسلامی بوده است و این حکم ایشان به جهت اینکه مبلغ احکام شرع می باشند نیست، بلکه حکم، حکم حکومتی میباشد که بخاطر دفاع از مظلوم و حفظ نظام صادر شده است. (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۲، ص ۴۸۹)

بنابر این مبنا حدیث شریف «لاضرر و لا ضرار» کاربرد مقطعی در عهد رسول اکرم داشته است و نمی تواند به عنوان یک حکم کلی مورد استناد قرار گیرد. البته حاکم اسلامی چنانچه تشخیص دهد به خاطر رعایت مصالح امت می تواند برای رفع ضرر و زیان از پدیدآورندگان آثار و حمایت از حقوق مالی آنان حکم به نهی از ضرر رساندن از طریق تصرف غیر مجاز به پدیدآورندگان را صادر نماید. ولی چنانچه حاکم اسلامی رعایت این مصلحت را به صلاح جامعه اسلامی نداند نمی توان با استناد به این حدیث شریف نامشروع بودن تصرفات بدون مجوز اشخاص را در آثار پدیدآورندگان اثبات نمود.

بر خلاف نظریه شیخ الشریعه در این نظریه حاکم اسلامی میتواند به این حقوق حتی اگر هیچ دلیلی برای مشروعیت آن وجود نداشته باشد مشروعیت ببخشد لیکن مشروعیت حقوق ادبی و هنری در پرتو این نظریه منوط به این است که حاکم اسلامی حفظ نظام را منوط به این بداند که از این حقوق حمایت نماید و چنانچه صلاح ندانست مشروعیت آن ثابت نمیگردد.

۲- نفی ضرر غیر متدارک

بر اساس این نظریه در اسلام ضرری که جبران نشود وجود ندارد. اولین فقیه که این نظریه را در فقه شیعه اختیار نمود مرحوم فاضل تونی می باشد. (التونی، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۱۶۳) بجنوردی در تبیین این نظریه می فرماید که: ضرر متدارک در حکم عدم ضرر می باشد و شارع آنگونه که عرف و عقلا این را ضرر می دانند ضرر نمی داند و نفی ضرر مطلق بنابر این فرض به نفی ضرر غیر متدارک بر می گردد ظاهراً منظور از نفی ضرر غیر متدارک در عالم تشریح، لزوم تدارک و جبران میباشد زیرا مفروض این است که ضرر متدارک معدوم میباشد و وقتی نفی به معنی نفی باشد ضرر غیر متدارک ایجاد آن منهی می باشد و این کنایه از وجوب تدارک است. اعمال این تئوری در حقوق ادبی و هنری همانند نظریه قبل منوط به این است که مالیت این حقوق ثابت شده باشد. در صورت اثبات مالیت حقوق مزبور شخصی که متعرض حقوق ادبی و هنری میگردد و حقوق مالی پدید آورندگان را پایمال می نماید و از آنها منتفع میگردد فعل حرامی را تکلیفاً مرتکب نشده است لیکن به جهت اینکه انجام فعل او مساوی با متضرر شدن شخص می باشد برای اینکه به حدیث شریف عمل شده باشد بایستی ضرر وارد آمده را تدارک و جبران نماید و وقتی جبران نماید کانه از اول این ضرر موجود معدوم بوده است. لذا شارع مقدس این ضرر وارده را به جهت اینکه جبران می شود کلاً ضرر به حساب آورده است. بر اساس چنین برداشتی از قاعده لاضرر، لاضرر اثبات حکم هم مینماید و جبران خسارت امری ضروری میگردد. تنها محدودیت اعمال این نظریه در حقوق ادبی و هنری همان بود که در نظریه شیخ الشریعه بیان شد.

۳- نفی حکم به صورت نفی موضوع

بر اساس این نظریه شارع می تواند موضوع حکم خود را بردارد و بدین وسیله حکم را نفی نماید یا آثار آن را از بین ببرد. بنابراین مفاد قاعده لاضرر چنین است که موضوع ضرری در اسلام حکم ندارد. به بیان دیگر نفی ضرر در این حدیث کنایه از نفی احکام ضرری در شریعت می باشد. این نظریه را آخوند خراسانی در کفایه آورده اند. (خراسانی، بی تا جلد ۲، ص ۲۶۸ و ۲۶۹)

نباید فراموش کرد که لزوم جبران و تدارک ضرری که وارد گردیده از لوازم نفی حکم ضرری است اعم از اینکه به زبان نفی موضوع باشد یا مستقیماً خود حکم نفی شده باشد. چون شارع از نفی حکم به زبان نفی موضوع در فرض صحت آن به عنوان روشی در جبران ضرر بهره گرفته است. لذا بقای منشاء ضرر در حکم رضای شارع به استمرار ورود ضرر است و این همان چیزی است که شارع برای نفی آن به وضع قاعده لاضرر اقدام نموده است. (نقیبی، سال سوم، شماره ۹، تابستان ۱۳۸۱)

حال، بحث در این است که چنانچه شخص بدون اجازه دخل و تصرفی در حقوق مالی پدیدآورندگان صورت داد از منظر آخوند خراسانی با استناد به این قاعده نمی توان شخص متعرض را وادار به جبران خسارت نمود زیرا از نظر او این قاعده فقط جنبه سلبی دارد ولی جنبه اثباتی و جوب تدارک ضرر وارده را بر نمی تابد. امامه نظر مرحوم آل کاشف الغطاء (آل کاشف الغطاء، ج ۱، ص ۲۳) و سید علی سیستانی (سیستانی ۱۴۱۴ هـ، ص ۲۹۲ و ۲۹۱) که قایل به جنبه اثباتی برای این قاعده می باشند این ضرر و زیان وارده بر پدید آورنده بایستی جبران گردد تا امتنان پروردگار بر بندگانش کامل گردد. اگر این قاعده از باب امتنان می باشد منت وقتی تمام است که تمامی سرمایه های مادی و معنوی از تعدی و تجاوز مصون و محفوظ بماند و در صورت تعدی جبران خسارت

گردد. با توجه به این دیدگاه، تصرف بدون مجوز افراد در آثار پدید آورندگان و برخوردارگی غیر مجاز آنان از فوائد اقتصادی آثار موضوعی ضرری میباشد. و این نحوه تصرف به جهت ضرری بودن، در اسلام حکم آنکه حکم اباحه است منتفی می باشد. و اگر این تصرفات غیر مجاز جلوی آن گرفته نشود لاضرر مستلزم کذب خواهد بود.

این نظریه بنا بر فرض اثبات مالیت حقوق ادبی و هنری جلوی تعرض به این حقوق را که موضوعی ضرری است میگیرد و به تبع آن اباحه تصرف دیگران را نفی میکند و در صورت تصرف غیر مجاز از باب امتنان شخص متصرف و ادار به جبران خسارت میشود. اما محدودیتی که در سایر نظریات از جهت اثبات نکردن مشروعیت این حقوق بود در اینجا نیز موجود میباشد.

۴- نفی احکام ضرری، نظر بر گزیده

شیخ اعظم بر این اعتقاد است که مفاد هیات، «لاضرر» در حدیث شریف، نفی احکام شرعی ضرریه است و این گونه احکام چه تکلیفی، چه وضعی در شریعت اسلام وضع نشده اند و هر حکمی که موجب وقوع بنده مطیع در ضرر باشد در عالم تشریح رفع می گردد. (انصاری، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۳۱۴)

از به نظر ایشان قاعده لاضرر حاکم بر جمیع عموماتی می باشد که بواسطه عمومیتشان دلالت بر تشریح حکم ضرری دارند. (انصاری، ربیع الاول ۱۴۱۰ هـ.ق.)

از این منظر اباحه تصرف در حقوق مالی پدید آورندگان یک حکم ضرری می باشد که بنا به نظر شیخ این حکم ضرری بنا بر قاعده لاضرر مرتفع می باشد به همین جهت برای اینکه این حکم ضرری در شریعت مرتفع گردد بایستی حکم به مشروعیت حقوق مالی پدید آورندگان داد و اگر همان حکم اباحه تصرف به قوت

خود باقی بماند لاضرر درعالم خارج محقق نمی گردد از طرف دیگر برای اینکه ضرر موجود مرتفع گردد بایستی حکم به تدارک ضرر وارده نیز کرد. شیخ می فرماید: همانطور که تشریح حکمی که همراه آن ضرر حادث شود بواسطه حدیث نفی شده، تشریح آنچه که همراه با آن، ضرر حادث باقی میماند نیز نفی میشود. لذا واجب است حکم تشریح شده در آن واقعه به گونه ای باشد که ضرر حادث را جبران نماید گویا ضرری حادث نشده است. (انصاری،، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۳۱۴)

پس اباحه تصرف در حقوق مالی پدید آورندگان چون یک حکم ضرری است مرتفع میگردد و وقتی مرتفع گردید به جای آن بایستی حکم جدیدی را که اشتغال ذمه متصرفین غیر مجاز است را تشریح نمود تا در پرتو آن اگر ضرری به پدید آورندگان آثار وارد آمده، جبران گردد. گویا که آن ضرر حادث نشده است و اگر این حکم مبنی بر تدارک ضرر وارد آمده و اشتغال ذمه شخص متصرف تشریح نگردد، حکم ضرری به قوت خود باقی خواهد ماند.

این نظریه با قوت تمام هم مشروعیت حقوق ادبی و هنری را ثابت مینماید هم ذمه متعرضین به این حقوق را مشغول مینماید تا ضرری متوجه پدید آورنده نشود. مرجع نظر شیخ به یک سوال در قاعده لاضرر بر می گردد و آن این است که آیا قاعده لاضرر شامل عدمیات نیز می گردد یا خیر؟ یعنی آیا همانطور که جعل یک حکم چنانچه موجب ضرر و زیان بر شخص بشود قاعده لاضرر آن حکم را رفع می کند، در جایی که از عدم جعل یک حکم نیز شخص متضرر می گردد قاعده لاضرر جاری می باشد یا خیر؟ یعنی آیا اینجا قاعده لاضرر مثبت حکم می باشد یا خیر؟

از کسانی که معتقدند قاعده لاضرر در عدمیات جاری نمی‌گردد و نمی‌تواند این قاعده مثبت حکم باشد میتوان ملا احمد نراقی (نراقی، پیشین)، میزوه فایضی (۲۰۰۰) ..

(.....)

و پس از ایشان مرحوم میرزا محمد حسن بجنوردی (بجنوردی، پیشین ص ۱۹۹) را نام

برد.

از منظر مرحوم خوانساری اگر حکم جعل شده، عدم ضمان بود چنانچه از این حکم ضرر بر می‌خواست قائل می‌شدیم به اینکه باید این حکم مرتفع گردد اما در جایی که اصلاً جعلی وجود ندارد قاعده لاضرر نمی‌تواند بر چیزی که مجعول نمی‌باشد حاکم شود آن چیزی که مجعول نیست اصلاً به شارع استناد داده نمی‌شود. و اگر ما در عدمیات نیز قاعده لاضرر را جاری بدانیم، این مستلزم فقه جدیدی می‌باشد (خوانساری، پیشین ص ۲۲۰)

مرحوم بجنوردی نیز در تحلیل عدم شمول این قاعده بر عدمیات می‌فرماید: این عدم شمول به این دلیل است که مفاد قاعده لاضرر، رفع می‌باشد نه وضع. نه بخاطر اینکه عدم، قابل رفع نمیباشد ... بلکه بخاطر این است که مفاد این قاعده ناظر بر احکامی است که به حسب اطلاق یا عموم ادله بصورت ضرری یا غیر ضرری جعل شده اند و جعل آن احکام مقید می‌شود به صورتی که آن حکم ضرری نباشد و چنانچه حکمی مجعول از طرف شارع نباشد اصلاً این قاعده موضوعیت ندارد. (بجنوردی، پیشین ص ۲۰۰)

از این منظر در مورد ضرر و زیانی که از بابت تصرف در آثار پدید آورندگان توسط سایر اشخاص به آنها وارد می‌آید با استناد به این قاعده نمیتوان آن را مرتفع نمود زیرا که در شریعت مقدس حکمی مبنی بر ضمان و یا عدم ضمان اینگونه

تصرفات از ناحیه اشخاص در آثار پدیدآورندگان به صورت خاص و یا عام وجود ندارد و در رابطه با اینگونه احکام که عدمی میباشد این قاعده موضوعیت ندارد و هرگونه ضرر و زیانی که از این طریق به پدیدآورندگان وارد بیاید با استناد به قاعده لاضرر نمیتواند رفع گردد و یا شخص را نمی توان با استناد به این قاعده ملزم به تدارک و جبران ضرر وارده نمود.

در مقابل این گروه، برخی دیگر از فقهاء همانند شیخ انصاری، آیت الله سیستانی، آیت الله مکارم شیرازی از کسانی هستند که بالصراحه معتقدند قاعده لاضرر هم نفی حکم میکند و هم مثبت حکم است و در عدمیات نیز این قاعده سریان و جریان دارد. به نظر ایشان در اینجا بین امور وجودی و عدمی فرقی وجود ندارد زیرا:

۱- آن چیزی که بر آن حکم عدمی اطلاق میشود در حقیقت حکم وجودی می باشد. مثلاً عدم ضمان در جایی که انسان قفس پرنده ای را باز نماید و آن پرنده فرار کند، عبارت دیگری از حکم به براءت ذمه میباشد. و این یک حکم شرعی است که محتاج به جعل شارع می باشد همانگونه که اشتغال ذمه نیاز به جعل حکم دارد. می توان اینگونه بیان نمود که براءت ذمه در باب احکام وضعیه همانند اباحه در احکام تکلیفیه می باشد پس همانطور که اباحه و ترخیص در مواردش از امور وجودیه میباشد همینطور حکم شارع به براءت ذمه شخصی که پرنده را فراری داده از پرداخت غرامت به صاحب پرنده یک حکم وضعی وجودی است. (مکارم شیرازی، پیشین، ص ۸۵ و ۸۶)

اگر منظور از احکام عدمی، سکوت شارع است و اینکه شارع در اینگونه موارد حکمی را صادر نکرده است. این در حق شارع خاتم قابل تصور نمی باشد زیرا که

اخبار متواتر است که هر آن چیزی که امت تا روز قیامت به آن محتاج می باشد را پیامبر گرامی اسلام (ص) آورده است بنابراین آن چیزی که پیامبر آورده است یا اشتغال است و یا برائت. خلاصه مطلب اینکه هیچ موضوعی از موضوعات نیست مگر اینکه دارای حکم شرعی مجعول باشد و حکم به برائت دادن، اخبار از عدم حکم به ضمان نمی باشد بلکه عبارت از انشاء برائت است همانطور که حکم شارع به عدم وجوب یا حرمت به انشاء اباحه برمی گردد نه اخبار از عدم جعل و انشاء. نهایت امر این است که بعضی از احکام احتیاج به بیان و تعریف دارند و برخی دیگر عدم بیان ایجاب و تحریم در آنها کافی می باشد. (سبحانی، پیشین ص ۸۲ و ۸۳)

••- آن چیزی که بنا بر قاعده نفی شده است ضرر مستند به شارع یا مکلفین می باشد پس اگر در برخی موارد بخاطر عدم جعل، ضرر به شخصی وارد آید لازم است بوسیله قاعده این ضرر نفی گردد در عنوان دلیل «حکم ضرری» نمیباشد تا در مورد صدق آن بر عدمیات بحث شود بلکه مدار قاعده، صدق نسبت اضرار به شارع و یا به مکلفین می باشد ... سرمطلب این است که محیط تشریح با جمیع شئونش محیط حکومت شارع میباشد و امور مربوطه به جمیع حرکات مکلفین و سکانات آنان به او بر می گردد و چنانچه بخاطر اهمال در جعل بعضی از احکام، ضرری به شخص وارد آید آن ضرر مستند به شارع می باشد مثل آن ضرری که از ناحیه احکام مجعوله نشات می گیرد ... و حاصل مطلب اینکه ترک فعل در مواردی که وجود آن فعل مترقب می باشد استناد لوازم و توابع آن ترک فعل صحیح است تا به کسی که از او انتظار

می رود آن فعل را انجام دهد نسبت داده شود و در صحت انتساب نیز شرط نیست که آن فعل، وجودی یا عدمی باشد. آن چیزی که از شارع مقدس در محیط تشریح

انتظار می رود این است که احکامی که حافظ مصالح و منافع بندگان می باشد را جعل نماید و اگر در این امر اخلال نماید آنها را در ضرر انداخته و آن ضرر به مقتضای حدیث نفی شده است .

این بنابراین بود که ضرر از ناحیه شارع باشد وگرنه ضرر و زیان اگر از ناحیه مکلفین نسبت به یکدیگر باشد امر واضح است و این ضرر و زیان در شریعت با جمیع آثار تکلیفی و وضعی نفی شده است و این ضرر نفی نمی شود مگر اینکه برای شخص متضرر بر علیه شخص ضار غرامت ثابت گردد. (همان، ص ۸۶ و ۸۷)

طبق این فرض شارع مقدس در مورد حقوق ادبی و هنری، حکم دارد لیکن حکم او اباحه تصرف در حقوق مالی پدید آورندگان می باشد بنابراین حقوق مربوطه از قبیل احکام عدمی نمی باشند تا قاعده لاضرر را نتوان در آن جاری نمود. به همین جهت چون اباحه تصرف و براءت ذمه شخص متصرف در این حقوق منجر به ضرر و زیان رساندن به پدید آورندگان آثار می گردد بنابه قاعده لاضرر این حکم ، دیگر حکم شارع نمی باشد زیرا حکمی ضرری می باشد و حکم ضرری در شریعت مرفوع می باشد و برای اینکه حکم ضرری براءت ذمه که مستند به شارع می باشد رفع گردد شارع مقدس با استناد به قاعده لاضرر حکم جدیدی را مبنی بر اشتغال ذمه شخص متصرف صادر می نماید و جلوی تصرفات ضرری سایرین را با حکم جدید می گیرد شیخ می فرماید: همانگونه که واجب است در حکم شارع احکام ضرری نفی گردد همچنین واجب است احکامی که فقدان آنها ضرر متوجه مکلفین میکند وضع شود. (الانصاری، ۱۴۱۰ه.ق، ص ۳۷۳ و ۳۷۴)

پس با جریان قاعده لاضرر در این حقوق ، متصرفین اولاً عدم مشروعیت این حقوق موجب ضرر و زیان جدی برای فرد و جامعه میباشد لذا مشروعیت این حقوق

با جریان لاضرر در عدمیات قابل اثبات میباشد. ثانیاً تکلیفاً نایستی متعرض حقوق پدیدآورندگان گردند و ثالثاً) اگر متعرض شوند ذمه آنان مشغول خواهد بود و بایستی از عهده خسارت وارده برآیند.

تعارض قاعده لاضرر با قاعده تسلیط در حقوق مادی آثار

چنانچه قاعده لاضرر بنابر مبانی گذشته در حقوق ادبی و هنری اعمال گردد منجر به این میشود که حدود سلطه مالکین آثار خریداری شده بر ما یملک آنان محدود گردد و این با قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» در تعارض می باشد. او یک نسخه کتاب یا نوار و ... را خریده هرگونه تصرف او بنابر قاعده تسلیط در این شیء که مملوک اوست جایز است. آنرا می تواند به دیگری بفروشد یا ببخشد یا امانت دهد و یا اینکه با خرج خود نسخه هایی دیگر از آن را کپی کرده و آن را منتشر سازد حال اگر قاعده لاضرر بخاطر ضرر و زیانی که از ناحیه تصرف بدون اجازه مالکین آثار خریداری شده به پدیدآورندگان آثار و صاحبان حقوق ادبی و هنری وارد می آید اعمال گردد تا جلوی اضرار به خالقان آثار گرفته شود حوزه سلطنت شخص بر اثر خریداری شده محدود می گردد و این جایز نیست زیرا که اشخاص هرگونه تصرفی که خواسته باشند می توانند در ما یملک خود صورت دهند و کسی نمی تواند آنها را از این تصرفات منع نماید. به همین جهت بین قاعده لاضرر که نفع آن متوجه پدیدآورندگان آثار است و قاعده تسلیط که نفع آن متوجه مالکین آثار خریداری شده است تعارض پیش می آید. تعارض موجود را چگونه می توان از بین برد؟

برخی از فقهاء مانند شیخ طوسی (الطوسی، ۱۳۸۷ هـ، ج ۳ ص ۲۷۲ و ۲۷۳)، ابن ادریس حلی (ابن ادریس حلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۸۲ و ۳۸۳) ابن زهره (ابن زهره، قم، ۱۴۰۴ هـ، ص ۵۴۰) بر این اعتقادند

که اگر تصرف در ملک خود موجب ضرر بر دیگری می شود و عمدی برای اضرار در کار نباشد قاعده تسلیط مقدم می باشد و این گونه تصرف جایز است. مشهور فقها نیز از همین نظریه تبعیت می نمایند و بین شقوق مختلف بحث فرقی نمی گذارند. بنابراین مبنا اشخاصی که در محصولات ادبی و هنری و سایر آثار پدیدآورندگان پس از اینکه نسخه هایی از آنها را خریداری کردند و به ملک خود درآوردند پس از تملک این نسخه ها هر گونه تصرفی را در آنها میتوانند صورت دهند چه تکثیر چه ترجمه و... همه و همه برای آنان جایز است زیرا که این تصرفات در حوزه سلطنت خود آنها صورت می پذیرد و عمدی هم در اضرار به پدیدآورنده آثار وجود ندارد لذا این تصرفات ولو اینکه منجر به وارد آمدن ضرر و زیان به صاحبان آثار بشود جایز است و قاعده لاضرر در اینجا نمی تواند سلطنت شخص را بر ملک خودش محدود نماید و در تعارض این دو قاعده، قاعده تسلیط بر لاضرر مقدم می گردد.

در مقابل این گروه، برخی از فقهاء بین شقوق مختلف تعارض موجود در دو قاعده تفصیلاتی قائل شده اند که عبارتند از:

- ۱- تصرف در ملک موجب ضرر بر دیگری شود و ترک تصرف بر خود او ضرر وارد نماید.
- ۲- ترک تصرف موجب وقوع در حرج و مشقت او شود و تصرف او موجب ایراد ضرر بر دیگری.
- ۳- تصرف او موجب وقوع دیگری در حرج و مشقت است و ترک تصرف او موجب اضرار به خودش میباشد.
- ۴- ترک تصرف او موجب وقوع در حرج و مشقت او می شود و تصرف او موجب وقوع دیگری در حرج و مشقت است.

۵- تصرف در آن ، ضرر یا حرج بر دیگری وارد میکند و ترک تصرف موجب فقدان منفعت برای او می گردد.

۶- در تصرفش، بر دیگری ضرر یا حرج وارد می نماید و در ترک آن نه ضرری بر او وارد می شود و نه منفعتی را از دست میدهد و تصرف او لغو می باشد و مقصود ایقاع دیگری در ضرر و حرج می باشد.

۱- صور چهار گانه اول تعارض و اعمال آن در حقوق مادی پدیدآوردندگان

شیخ انصاری و مشهور اصولیین در این صورتهای قائل به جواز تصرف مالک و تقدم قاعده تسلیط بر لاضرر شده اند. شیخ می فرماید: الزام به تحمل ضرر و دور نگه داشتن اواز تصرف در ملکش بخاطر اینکه به دیگری ضرر وارد نیاید، حکم ضرری است که در اسلام نفی شده است مضاف بر این «عموم الناس مسلطون علی اموالهم» نیز وجود دارد. (الانصاری، پیشین، ص ۳۷۵)

امام خمینی نیز بنابر مبنای خود، در این صورتهای قائل به جواز تصرف مالک شده اند و در تعلیل آن می فرمایند: چون نهی از اضرار به غیر اقتضای تحمل ضرر و حرج و مشقت برای مالک را ندارد. (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۴.ق، ص ۱۳۵)

برخی دیگر تعارض موجود در این صور را از باب تعارض ضرر دو شخص می دانند و می فرمایند چون ترجیحی هم در میان نیست قاعده تسلیط به قوت خود باقی خواهد ماند و در صورتی که دیگری از تصرف او متضرر شود موجب ضمان است و از طریق قاعده اتلاف و تسبیب، حکم وضعی ضمان قابل اعمال می باشد.

(بجنوردی ، پیشین، ص ۲۰۸)

اما آقای مکارم شیرازی بین موارد تصرف در این صور فرق قائل شده و می فرمایند:

در صورتی که دو ضرر یا دو حرج متعارض گردند حق مالک بخاطر قاعده سلطنت یا اصول مقدم می گردد و در صورتی که یکی از آنها حرجی باشد صورت حرجی به شرط اینکه قائل به حکومت آن باشیم مقدم می گردد و اگر قائل به حکومت لاحرج نباشیم به قاعده تسلیط یا دیگر اصول رجوع می شود. (مکارم شیرازی، پیشین، ص ۱۰۲ و ۱۰۳)

اما شیخ می فرماید:

منع کردن مالک از تصرف در ملکش فی نفسه حرج میباشد لذا در جمیع صور جانب مالک مقدم میگردد و آن بخاطر حکومت دلیل لا حرج یا تعارض و رجوع به قاعده سلطنت یا اصول میباشد. (انصاری، ۱۴۰۹ه.ق، ص ۳۱۶ و ۳۱۷)

البته امام خمینی در جواب ایشان که منع از تصرف در ملک توسط مالک را حرجی می دانند میفرمایند: این دعوی ممنوع است زیرا حرج عبارتست از ضیق و کلفت و مشقت و هر منعی اینچنین نمی باشد. البته ممکن است در برخی صورتهای منع، حرج نیز لازم بیاید. (الموسوی الخمینی، پیشین ص ۱۳۷)

این صور چهارگانه یاد شده به هیچ وجه با موضوع مورد بحث ما مطابقت نمی نماید زیرا که شخصی که یک نسخه از اثر ادبی و هنری پدیدآورندگان را خریداری نموده است چنانچه نسبت به تکثیر آن اقدام ننماید متضرر نمی گردد و یا در حرج واقع نمی شود به همین جهت قاعده لاضرر به قوت خود باقی می ماند و به جهت اینکه شخص مقابل که پدیدآورنده اثر باشد از تکثیر آثارش توسط سایرین متضرر می گردد رعایت جانب او بردیگری مقدم میگردد. و سلطنت خریدار اثر ادبی و هنری بر ملک خود بوسیله قاعده لاضرر محدود می گردد اما بنابر فرض محال چنانچه شخص از عدم تصرف در ملک خود که همانا اثر خریداری شده است آسیب

و ضرر و زیانی متوجه او شود و یا در حرج واقع گردد حکم همان است که گفته شد یعنی قاعده سلطنت مقدم می‌گردد و هیچ ضمانتی متوجه او از باب قاعده تسبیب نمی‌باشد زیرا که تصرف او همانگونه که آقای مکارم شیرازی نیز بیان فرمودند از نوع دوم است که تصرف در مال خودش می‌باشد و لو اینکه شخص دیگر از تصرف او متضرر گردد این سلطنت محدود نمی‌گردد و تصرفات او در نسخه‌های آثار ادبی و هنری که خریداری نموده است جایز می‌باشد.

۲- صورت پنجم تعارض و اعمال آن در حقوق مادی پدیدآورندگان

در صورت پنجم تصرف شخص در ملک خود موجب وارد آمدن ضرر یا حرج بر دیگری می‌شد لیکن ترک تصرف او فقط موجب فقدان منفعت (عدم النفع) برای او می‌گردد. میان ضرر و عدم النفع تفاوت است، ضرر عبارت است از نقصی در مال یا جان یا آبرو، عدم نفع عبارت است از تغییر نکردن وضع شخص بطوری که نه چیزی از آن کسر و نه بر آن افزوده شود. ضرر امری است عرفی و از این روی در هر موردی باید به عرف مراجعه کرد و دید عرف آن مورد را ضرر می‌شمارد یا نه. مثلاً هر گاه شخص محبوس صنعتگر، مهندس، پزشک، یا کارگر متخصص باشد که کاری داشته و حبس او موجب بیکاری او و بیکاری او موجب عدم نفع او شده باشد بدیهی است که عرف این عدم نفع را ضرر می‌شمارد ولی اگر نفع مسلمی از بین نرفته باشد چنانکه مثلاً کارگر ساده ای بود یا متخصص بیکاری بوده است گو اینکه احتمالاً می‌توانست اگر زندانی نمی‌شد منفعی به دست آورد ولی چون مسلم نیست، عرف عدم آن را ضرر نمی‌داند. (محمدی، ۱۳۷۷ه.ش، ص ۱۶۶ و ۱۶۷)

امام خمینی در مورد این صورت می‌فرمایند که اگر از ترک تصرف در ملک، منفعت قابل توجهی را از دست بدهد و حبس کردن و محدود کردن انتفاعات مالک

از ملکش موجب حرج شدید بر او شود، جایز است که مالک در ملک خود ولو اینکه منجر به تضرر دیگران شود تصرف نماید اما چنانچه با ترک تصرف در ملکش ضرر و حرجی بر او وارد نمی آید در اینحالت او نمی تواند تصرفی نماید که منجر به ضرر و حرج بر دیگری شود. (الموسوی الخمینی، پیشین، ص ۱۳۶)

برخی دیگر برای عدم جواز چنین تصرفاتی دلایلی آورده اند که به برخی از آنها اشاره می نمائیم:

۱- برای اینگونه تصرف، مقتضی و مجوزی وجود ندارد زیرا که قاعده سلطنت قاعده عقلائییه می باشد که شارع آنرا امضاء کرده است. قاعده تعبدی نیست تا بصورت مطلق بتوان به آن استناد نمود و هر گونه تصرف را جایز دانست. و برای مشخص نمودن چارچوب تصرفات، دلیلی غیر از فهم عقلاء وجود ندارد به گونه ای که فقهاء سلطنت شخص بر مالش را محدود به (ماجرت علیه العاده) کرده اند و معلوم است که عرف در اینگونه موارد صاحب ملک را تا این حد، صاحب حق و سلطنت نمی داند... خلاصه قاعده سلطنت قاعده عقلائییه می باشد و مقید به قیود و محدود به حدودی می باشد و نمی توان با استناد به آن جواز این نحوه تصرف را علیرغم اینکه ارتکاز عقلا برخلاف این نحوه تصرف است اثبات نمود.

۲- اگر این نحوه تصرف، تجویز شود، حکمی ضرری می باشد در صورتیکه اگر مالک از این نحوه تصرف منع گردد ضرری متوجه او نمی شود و نهایتاً نفع زیاد به او نمی رسد نه اینکه به صورت مطلق از انتفاع محروم گردد. (سبحانی، پیشین ص ۹۷ و ۹۸)

در مقابل، برخی از فقهاء همانند شیخ انصاری موضع مخالفی گرفته حتی در این صورت نیز قایل به جواز تصرف شده اند ایشان می فرمایند: محدود کردن مالک

نسبت به منتفع شدن از ملکش و منوط کردن جواز تصرف او به متضرر نشدن همسایه حرج عظیمی است. (انصاری، ۱۴۱۰.ق، ص ۳۷۶)

این ادعای شیخ غیر تام است زیرا که حرجی که در شریعت نفی شده است عبارت است از: حرج وارد بر انسان هنگامی که از حقوق شرعی قانونی خودش منع شود اما حرجی که از ناحیه عدم انتفاع از چیزی که حق شرعی او نیست بر او وارد آید رفع و نفی نمیگردد... خلاصه مطلب اینکه منع از انتفاع از ملک به جهت اینکه این نحوه تصرف خارج از حدود سلطنت برمال در نزد عقلاء می باشد ضرر و حرج به حساب نمی آید. (سبحانی، پیشین)

با توجه به نظر شیخ انصاری این نحوه تصرف مالک نسخه خریداری شده از اثر ادبی و هنری و لو اینکه منجر به ضرر و زیان پدید آورنده اثر گردد چون حبس مالک از انتفاع بردن از مالش جایز نمیباشد بنابراین قاعده تسلیط جایز است و در این مورد نیز قاعده سلطنت بر قاعده لاضرر مقدم می گردد.

از منظر سایرین شخصی که یک نسخه از اثر ادبی و هنری را خریداری نموده است حق ندارد در صورتی که انتفاع بردن از آن نسخه اثر مبتنی بر متضرر شدن پدیدآورنده یا ناشر آن گردد، در اثر و ملک خود اینگونه تصرفی را بنماید زیرا تصرف مزبور از ناحیه عقلاء و شرع ممنوع می باشد و این نحوه تصرف تحت قاعده تسلیط قرار نمیگیرد بلکه از آن خارج می باشد. به نظر میرسد تعارض موجود در قاعده لاضرر و قاعده تسلیط در مورد بهره برداری از حقوق ادبی و هنری پدید آورندگان توسط سایرین مربوط به صورت پنجم باشد که اگر شخصی یک نسخه اثر را تملک نماید و اقدام به تولید نسخه های جدید از روی همان نسخه نماید قطعاً و یقیناً به پدیدآورنده یا ناشر که متحمل هزینه های بالایی جهت تولید آن شده اند ضرر

و زیان وارد می آید و شخصی که بدون اخذ مجوز از صاحب اصلی اثر به تولید نسخه های دیگر از روی نسخه خریداری شده میپردازد هزینه بسیار کمی را متحمل می شود اما در مقابل پول سرشاری را به جیب می زند.

در این حالت شرع و عقل جلوی تصرفات او را می گیرند و مانع اینگونه تصرفات او می شوند و از این بابت ضرری متوجه شخص نسخه بردار نمی شود بلکه نهایت چیزی که عاید او می شود عدم النفع است که معتد بها نمی باشد و اگر با این وضعیت شخص نسبت به اینگونه تصرفات نیز اقدامی صورت داد چون تصرفات او غیر مشروع بوده عدوانی به حساب می آید بنابر قاعده تسبیب و یا حتی خود قاعده لاضرر، بایستی خسارت وارده را تدارک و جبران نماید.

۳- صورت ششم تعارض

اتفاق نظر بین فقهاء وجود دارد که تصرفی که عبث باشد و ترک آن نه ضرری را متوجه مالک کند و نه منفعتی را از او سلب نماید جایز نمی باشد و مورد قاعده لاضرر نیز همین می باشد. چون بر ترک دخول بدون اجازه سمره، چیزی مترتب نمی باشد و هدف از اعمال سلطنت توسط او ایراد ضرر بر شخص انصاری بود لذا این عمل جایز نمی باشد.

دامنه قاعده تسلیط نامحدود نیست و مالک نمیتواند با استناد به این قاعده در ملک خود هر نوع تصرفاتی بنماید و اعمال اینگونه تصرفات باید مبتنی بر قواعد و تحت اصول و ضوابطی باشد بطوری که اگر قاعده لاضرر هم وجود نمی داشت باز مالک حق نداشت در تصرفات خود موجبات اضرار به غیر را فراهم نماید. یعنی تصرفات مالک در ملک خود باید عقلایی باشد و در ورای اینگونه تصرفات عقلایی چنانچه مالک در ملک خود اقدام و تصرفی بکند عقلاء بر آن صحنه نمی گذارند و

لذا اعتباری نخواهد داشت ... پس در اینگونه موارد که مالک صرفاً از روی هوی و هوس و به دلخواه اقدام به تصرف می کند و موجب ضرر دیگری می گردد اعم از اینکه عامد و قاصد باشد یا نه، اصولاً قاعده تسلیط در اینجا حاکم نیست که برای محدود کردن آن از قاعده لاضرر استفاده کنیم. (محقق داماد، پیشین، ص ۱۶۲ و ۱۶۳) مرحوم بجنوردی می فرماید اگر این نحوه تصرفات را تحت قاعده سلطنت بدانیم دلیل لاضرر، حاکم بر قاعده سلطنت میباشد و این تصرفات جایز نیست و اگر این تصرفات را از عموم قاعده سلطنت خارج دانستیم تخصصاً این موارد از قاعده سلطنت خارج می باشد نه حکومه.

با توجه به این مطالب چنانچه شخصی در نسخه خریداری شده از اثر ادبی و هنری پدیدآورنده خواسته باشد تصرفی بنماید که بواسطه آن صاحب حقوق ادبی و هنری از این بابت متضرر گردد و نفع و زیانی متوجه او نشود این نحوه تصرف قطعاً تحت شمول دلیل لاضرر آمده و شخص نمی تواند هرگونه تصرفی که خواسته باشد با سوء نیت در ملک خود صورت دهد. و اگر اینچنین کرد فعل حرامی را مرتکب شده است و قطعاً بایستی از عهده جبران و تدارک خسارت وارده به صاحب حقوق برآید.

نتیجه:

نتیجه بحث اینکه با قاعده لاضرر فقط در نظریه شیخ انصاری مشروعیت حقوق ادبی و هنری قابل اثبات میباشد زیرا که جواز تعرض به این حقوق (اباحه تصرف) حکمی ضرری است و این حکم ضرری در اسلام مرفوع میباشد. به جهت جریان لاضرر در عدمیات، عدم مشروعیت این حقوق ضرر جدی به پدید آورنده وارد میکند لذا شارع به این حقوق مشروعیت نمیبخشد. لازمه این تشریح اولاً حرمت تعرض به این حقوق ثانیاً ضمان متعزضین میباشد. در تعارض این قاعده با تسلیط نیز لاضرر حاکم شده و سلطه خریداران آثار ادبی و هنری محدود به همان تصرفات عرفی و عقلایی میگردد نه تکثیر و...

منابع و مأخذ:

- قرآن کریم ، ترجمه ناصر مکارم شیرازی
- ۱- ابن زهره ، السید ابی المکارم. غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع . مؤسسه الامام الصادق ، محرم ۱۴۱۷ هـ.ق، الطبعة الاولى.
 - ۲- اصفهانی، شیخ الشریعه. قاعده لاضرر . مؤسسه النشر الاسلامی ، ذی الحجه ۱۴۰۶ هـ.ق.
 - ۳- انصاری ، مرتضی. المکاسب. تحقیق و تعلیق سید محمد کلانتر . قم: مؤسسه دارالکتب ، ربیع الاول ۱۴۱۰ هـ.ق.
 - ۴- انصاری ، مرتضی . فرائد الاصول . المؤتمر العالمی لمیلاد الشیخ الانصاری، ۱۴۰۹ هـ.ق.

- ۵- التونی، الفاضل عبدالله. الوافیه فی اصول الفقه. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲ هـ.ق.
- ۶- جعفر زاده، میر قاسم. در آمدی بر حقوق آفرینشهای فکری، قسمت اول. دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲ هـ.ش.
- ۷- الجوهری، اسماعیل بن حماد. الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه. دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷ هـ.ق، الطبعة الرابعة.
- ۸- حسینی سیستانی، سید علی. قاعده لاضرر لاضرار. قم: مکتبه سیستانی، ۱۴۱۴ هـ.ق.
- ۹- الحسینی المراغی، میر عبدالفتاح. العناوین الفقهیه. موسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین بقم المشرفه، ۱۴۱۷ هـ.ق، الطبعة الاولى.
- ۱۰- حلی، ابن ادیس. السرائر. موسسه جامعه المدرسین قم، ۱۴۱۰ هـ.ق، الطبعة الثانية.
- ۱۱- خراسانی، ملا محمد کاظم. کفایه الاصول. موسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- ۱۲- خوانساری، موسی بن محمد. منیه الطالب تقریر اباحت آیت الله نائینی. نجف: مطبعة المرتضویه، ۱۳۵۸ هـ.ق.
- ۱۳- روحانی، سید محمد صادق. فقه الصادق. قم: موسسه دارالکتاب، ۱۴۱۲ هـ.ق، الطبعة الثالثة.
- ۱۴- سید فاطمی، سید محمد قاری مبانی توجیهی - اخلاقی حقوق بشر مجله تحقیقات حقوقی. شماره ۳۶-۳۵، (۱۳۸۱)
- ۱۵- الطوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن. المبسوط فی فقه الامامیه. المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ هـ.ق.

- ۱۶- العراقی، ضیاءالدین. مقالات الاصول . قم: مجمع الفکر الاسلامی ، ۱۴۲۰هـ.ق، الطبعة الاولى.
- ۱۷- عرب اسدی، محمد حسن ، حق مولف ، مفهوم و کاربرد. قسمت اول پیام کتابخانه ، سال دوم ، شماره چهارم (زمستان ۱۳۷۱)
- ۱۸- فخر المحققین . ایضاح الفوائد. بی نا، بی تا.
- ۱۹- الفيروز آبادی، مجدالدین محمد بن یعقوب . القاموس المحيط. بیروت: دارالجيل، بی تا.
- ۲۰- الفيومی، احمد بن محمد المقرئ. المصباح المنیر. بیروت: دارالکتب العلمیه ، ۱۳۹۸ هـ.ق.
- ۲۱- گرباود ، الفبای حقوق پدید آورنده مترجم غلامرضا لایقی (موسسه خانه کتاب ، چاپ اول ۱۳۸۰)
- ۲۲- لایقی، غلامرضا. کپی رایت در کشورهای صنعتی. خانه کتاب. ۱۳۸۱ هـ.ش، چاپ اول
- ۲۳- مرعشی ، سید محمد حسن . دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام . ج ۲ ، میزان ، پاییز ۱۳۷۹ هـ.ش، چاپ اول.
- ۲۴- محقق داماد ، سید مصطفی. قواعد فقه بخش مدنی. انتشارات سمت ، پاییز ۱۳۸۰ هـ.ش، چاپ چهارم.
- ۲۵- محمدی ، ابوالحسن. قواعد فقه . میزان ، پاییز ۱۳۷۷ هـ.ش، چاپ سوم.
- ۲۶- مکارم شیرازی ، ناصر. القواعد الفقهیه . مطبعة مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع) ، ۱۴۱۹ هـ.ق. الطبعة الثالثة.

- ۲۷- مکی العاملی، حسن. قاعدتان فقیهتان (اللاضرر و الرضاع) تقریراً لابحاث الشیخ جعفر سبحانی. موسسه سید الشهداء، ۱۴۰۸ هـ.ق، الطبعة الاولى.
- ۲۸- الموسوی البجنوردی، سید میرزا حسن. القواعد الفقهیه . الجزء الاول ، مطبعة الآداب فی النجف الاشرف، ۱۳۸۹ هـ.ق.
- ۲۹- الموسوی الخمینی ، سید روح الله. بدایع الدرر فی قاعده نفی الضرر . موسسه تنظیم والنشر آثار الامام الخمینی ، صفر ۱۴۱۴ هـ.ق، الطبعة الثانية.
- ۳۰- الموسوی الخمینی ، سید روح الله. تهذیب الاصول . قم: انتشارات دارالفکر ، ۱۴۱۰ هـ.ق.
- ۳۱- نراقی ، مولی احمد. عوائد الايام . قم: مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ هـ.ق.
- ۳۲- نقیبی، سید ابوالقاسم. جبران خسارت به حق معنوی فصلنامه کتابهای اسلامی، سال سوم، ۹ تابستان ۱۳۸۱ هـ.ش
- ۳۳- الیسوعی، فردینان توتل. المنجد فی اللغة والاعلام . بیروت: ۱۹۸۶ م، بی نا .

Fisher.William. Theoris of Intellectual

html1998.34 property.http://eon.law.harvard.edu/property/iptheory

-Nanavska. Neli.Hegel' concept of property. http://home.mira.net/~

35andy/seminars/neli.html 2001

-Thomas. D.A. Lioyd. Locke on government..Routledge publication.

361995