# وجوه اثبات مشروعیت حق فکری

در مجموع وجوه مختلفی برای اثبات مشروعیت حق فکری بیان شده است. برخی از این وجوه، اثبات مدعی از طریق احکام اولیه و به عنوان حکم اولی شریعت می کند و برخی وجوه، متکفل اثبات مدعی از طریق احکام ثانویه مثل دلیل لاضرر است.

قول معروف بین فقهاء امامیه قول به عدم مشروعیت حقوق فکری است و برخی از معاصرین قائل به مشروعیت شده اند.

## وجه اول: تمسک به ادله عامه

در برخی کلمات فقهاء امامیه ذکر شده: آن چه مهم است این است که آثار متوقع در موارد حقوق فکریه را بار کنیم و برای اثبات این آثار به عمومات تمسک می کنیم. آن چه در بحث حقوق فکری برای ما مهم است دو جهت است: یکی این که تصرف دیگران در این حق به این معنی که تالیف و اختراع دیگری را بدون اذن او تکثیر کنند جائز است یا نه؟ و جهت دوم این که آیا نقل حق فکری به دیگران بازاء مبلغ معینی صحیح است یا نه؟

توضیح این وجه در برخی کلمات این است که آن چه در خطابات شرعیه بیان شده، احکام و قواعد کلیه ای است که روی موضوعات وعناوين عام رفته است، اما این که موضوع کجا محقق است و کجا محقق نیست، خطابات از این جهت بیانی ندارند و تشخیص موضوعات به نظر عرف است. با توجه به این که انتظار از ادله، تعيين موضوع نیست و فقط بیان احکام کلیه است، در محل بحث که مثلا مولف حق التالیف خود را با مبلغی معاوضه می کند باید ببینیم عنوان بیع یا صلح صادق است یا نه. این که موضوع صادق است یا نه، موکول به عرف است و این معامله قطعا نزد عرف مصداق صلح یا بیع است. عمومات هم می گویند هر چه مصداق بیع یا صلح باشد، شرعا صحیح است. پس به لحاظ اثر نقل و انتقال حقوق فکری به این ادله عامه مراجعه می کنیم.

اما در مورد اثر جواز نشر تالیف بدون اذن مولف، دلیل عام دلیلی است که مضمونا بر حرمت تصرف در اموال دیگران بدون اذن دلالت می کند مثل «لایحل مال امریء الا بطیبه نفسه». اما این که مال کجا صادق است و کجا صادق نیست، موکول به نظر عرف است و عرف عقلاء، حق فکری را مصداق مال می بیند. حق التالیف از نظر عرف، مال است و شارع فرموده تصرف در مال دیگران بدون اذن آنها جائز نیست. وجه این که از نظر عرف مال است، این است که مقومات مالیت عرفی در آن وجود دارد؛ زیرا مال عرفی چیزی است که دارای منفعتی باشد که به خاطر آن نفع، مورد رغبت عقلاء قرار می گیرد و عقلاء برای دست يافتن به آن با هم تنافس دارند ، وحاضر به بذل عوض در مقابل آن هستند.

ابتداء به بررسی قست اول استدلال، یعنی تمسک به ادله امضاء عقود و معاملات برای اثبات مشروعیت حق فکری می پردازیم.

### مناقشات استدلال به ادله عام امضاء عقود

اما نسبت به قسمت اول (تمسک به عمومات واطلاقات معاملات) شبیه این استدلال در مباحث قبل، در بحث امضاء شخصیت های حقوقی مطرح شد و گفته شد احل الله البیع اقتضاء میکند هر جا بیع محقق شود شارع حکم به صحت آن کرده است، لذا توافق ما با شخصیت حقوقی مصداق بیع یا صلح است عرفا، و طبق ادله وعمومات امضاء شده است. همانطور که در آن بحث گفته شد، مناقشاتی به این وجه وجود دارد.. مجموعا چهار مناقشه به این قسمت از استدلال مطرح است:

#### مناقشه اول

که در فقه العقود هم در بحث شخصیت حقوقی ، بیان شده اين است که: در جایی می توان به عمومات مثل احلّ الله البیع یا اوفوا بالعقود در موارد شک تمسک کرد که بدانیم موضوع حکم، در محل شک وجود دارد و شک فقط در تقیید حکم موضوع باشد. اما اگر شک ناشی از این باشد که آیا مورد معامله در نظر شارع هم مصداق بیع است یا نه، یعنی بیع بودنِ نزد شارع را احراز نکردیم، نمی توانیم به عمومات تمسک کنیم؛ چون تمسک به عام در شبهه مصداقیه آن جائز نیست. گاهی موضوعی نزد عقلاء وجود دارد و نزد شارع وجود ندارد و آن چه مهم است، این است که مورد، مصداق موضوع عند الشرع باشد. اگر احراز کنیم که مصداق موضوع عند الشارع نیست یا شک کنیم، نمی توان به عمومات تمسک کرد؛ چون احل الله البیع یعنی شارع آن چه در نظر خود او بیع یا صلح است را امضاء کرده است. لذا در موارد احتمال اختلاف رویت عرف با شرع، تمسک به عمومات، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود دلیل است که همه آن را ممنوع می دانند.

اما در بحث شخصیت حقوقیه بیان شد که این اشکال تمام نیست؛ چون حاصل این اشکال این است که موضوع صحت بیع، «بیع عند الشارع» باشد و لازمه این بیان این است که خطاباتی مثل احل الله البیع که برای بیان امضاء و صحت بیع آمده اند لغو باشند و مفاد آنها قضیه به شرط محمول باشد، یعنی شارع فرموده باشد: چیزی که در نظر من بیع است و بیع بودن آن را قبول میکنم (ترتیب اثر)، حکم به ترتیب اثر بر آن می کنم. طبعا این کلام، لغو و خالی از فائده خواهد بود و معنایش این است که بیع حلال را حلال کردم.

لذا باید مراد از عنوان ماخوذ در خطابات را، موضوع به حسب فهم عرف بدانیم نه موضوع به نظر شارع، پس احل الله البیع اقتضاء می کند همه موارد بیع عرفی، شرعا امضاء شده است الا ما خرج بالدلیل.

#### مناقشه دوم

هرچند مراد از بیع و عقد، در احل الله البیع و اوفوا بالعقود بیع و عقد عرفی است، اما بیع و عقد عرفی به نحو مطلق امضاء نشده است. اشکال این است که از ادله صحت عقود و معاملات استفاده می شود که در این ادله، عقود منتسب به مالکین امضاء شده است یعنی عقدی که صادر از مالک و مستند به مالک است، نه این که عقد صادر از زید، امضاء شده باشد برای عمروی که بی ارتباط به عقد است.

احل الله البیع خطاب به مالک است و بیع صادر از مالک را برای او امضاء کرده است، لذا بیع با قطع نظر از اضافه و استنادش به مالک امضاء نشده است. توضیح بیشتر این مطلب در بحث بیع فضولی و این که آیا بیع فضولی علی القاعده صحیح است یا احتیاج به دلیل خاص دارد مطرح شده است. نوعا قائل شده اند که طبق قاعده عقد فضولی نافذ است؛ چون هرچند قبل از امضاء مالک، مشمول ادله نمی شود، اما از زمانی که مالک اجازه دهد، عقد مستند به مالک می شود و احل الله البیع می گوید عقود مستند به مالکین امضاء شده است. پس مفاد ادله امضاء، صحت بیع و امر به وفاء به بیع به نحو مطلق نیست بلکه امر به وفاء به عقد مستند به مالکین است، و بعد از این که استناد حاصل شد، امر به وفاء حادث می شود. لذا گفته شد اگر در اهلیت شخصیت حقوقیه برای مالک شدن شک داشتیم، استناد این عقد به مالک احراز نشده و وقتی استناد احراز نشده، دلیل اوفوا بالعقود و احل الله البیع شامل مقام نمی شود.

در مانحن فیه هم شبیه همین اشکال مطرح است؛ چون فرض این است که فروش حق التالیف به مشتری در صورتی که مولف دارای حق التالیف به عنوان حقی مشروع باشد و بیع حق را هم صحیح بدانیم، مصداق بیع صادر از مالک مبیع است. اما اگر در واقع حق شرعی او نباشد و در نظر شارع، تالیف موجب ایجاد حقی نشده باشد، این عمل، بیع مستند به مالک نیست؛ چون ملکیت و ذو حق بودن او احراز و امضاء نشده است. وقتی احراز نشد که بیع مستند به مالک است، شبهه مصداقیه اوفوا بالعقود و احل الله البیع است و تمسک به عمومات جائز نیست.

اصل این تقیید ادله امضاء در کلام همه قبول قرار گرفته، اما بحث این است که آیا مالک بودن مورد عقد لازم است یا این که ولایت داشتن بر عقد کافی است. نظر معروف این است که اوفوا بالعقود خطاب به مالکین است و احراز استناد عقد به مالک لازم است، اما مرحوم امام فرموده ملکیت لازم نیست بلکه ولایت بر عقد کافی است مثل بیع صادر از کسی که ولایت بر صبی دارد با این که مالک نیست.

پس عقدی صحیح است که از ناحیه مالک المبیع یا از ناحیه من له الولایه علی البیع صادر شده باشد. اگر عاقد بر مورد مبیع، ولایت یا مالکیت نداشته باشد خارج از ادله نفوذ عقد است. در حق التالیف شک در مالکیت مولف نسبت به مورد عقد داریم و این که مالک آن است (واختصاص به او ) را احراز نکردیم. پس تمسک به دلیل امضاء، تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه خود دلیل خواهد بود.

ان قلت: حتی اگر این تقیید را قبول کنیم که موضوع وفاء به عقد عقدی است که متعلق آن مملوک عاقد یا مورد ولایت عاقد باشد، اما همین که شخص عند العرف مالک حساب شود یا عرفا ولی حساب شود، کافی است. مالکیت و ولایت عرفیه کافی است، و در حق التالیف ولایت عرفیه وجود دارد چون عرف و عقلاء مولف را نسبت به حق التالیف مالک می دانند.

قلت: عناوین قانونی که به اعتبار مقننین مختلف متفاوت می شوند، اگر در موضوع خطاب مقنّنی اخذ شود، لزوما حمل می شود بر آن چه در دائره تقنین مقنن ثابت است . لذا اگر در دلیل شرعی وارد شود که زوج می تواند از زوجه استمتاع کند یا واجب است به زوجه نفقه دهد، مراد زوج و زوجه ای است که بین آنها زوجیت شرعی حاصل شده باشد و مثل همه عناوین قانونی، حمل می شود بر من هو الزوج بنظر المقنن. در مانحن فیه هم عنوان مالکیت متعلق عقد یا عنوان ولایت بر عقد، از آنجایی که از عناوین اعتباری و قانونی است، حمل می شود بر مالک شرعی یا ولیِّ شرعی.

مناقشه اول و دوم در بحث شخصیت حقوقی در کلام فقه العقود مطرح شده بود و گفتیم عبارات ایشان با هر دو مناقشه سازگاری دارد. اما در این بحث، مناقشه ای که در کلام ایشان مطرح شده، با مناقشه دوم سازگارتر است.

#### مناقشه سوم

هرچند ادله اوفوا بالعقود و احل الله البیع مصادیق عرفی بیع و عقد را امضاء می کند، اما ادله نفوذ معاملات همگی مقید به این قیداند که قرارداد، مخالف قوانین و احکام ابتدائی شریعت نباشد. چه التزامات یک طرفه مثل شرط و نذر، و چه التزامات دو طرفه مثل بیع و صلح، این قید را دارند. با توجه به وجود چنین قیدی در ادله، در مواردی که شک در مشروعیت و مخالفت عقد با احکام اولیه شریعت داریم، نمیتوانیم به این عمومات تمسک کنیم؛ وبر اين اساس اگر حق تالیف، حق شرعی و مورد قبول شارع نباشد، توافق بر تملیک این حق به دیگری، مخالف با حکم الله خواهد بود. وقتی شک در مشروعیت حق التالیف داریم کماهو الفرض، تمسک به عمومات امضاء عقود جائز نیست؛ چون شک داریم که آیا مورد مصداق مخصص است یا نه و تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص آن جائز نیست.

اما دلیل بر این تقیید، قبلا در بحث شخصیت حقوقیه و اخیرا در بحث «اثبات قابلیت اسقاط حقوق به وسیله عمومات صلح» بیان شد. مرحوم امام فرمود قید «الّا ما احلّ حراما و ما حرّم حلالا» در ادله شروط بالصراحه ذکر شده است (المومنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرّم حلالا) و در مورد غیر شرط، مثل بیع و صلح از دو بیان، این تقیید را می توان استفاده کرد. بیان اول این است که الغاء خصوصیت می کنیم زیرا عرفا احتمال داده نمی شود که تقیید به عدم مخالفت با کتاب و سنت، فقط در مورد شروط باشد و در مورد التزامات دو طرفه چنین قیدی وجود نداشته باشد. بیان دوم این است که اصلا شرط در المومنون عند شروطهم ممکن است به معنای مطلق التزام باشد اعم از التزام فی ضمن التزام و التزام ابتدائی مثل بیع و صلح.

در کلام مرحوم آقای صدر وجه دیگری برای این تقیید لفظی بیان شده است و آن اینکه ما در باب طلاق روایاتی داریم که در بعضی از موارد زوج در ضمن عقد نکاح چیزی را شرط میکند که مثلاً حق مسکن با زوجه باشد یا اینکه طلاق کلاً به ید زوجه باشد ، آیا این شرط نافذ است یا نافذ نیست ؟ در روایت معتبره نسبت به این شروط داریم که امام (ع) فرموده اند که این شرط نافذ نیست چرا که « شرط الله قبل شرطکم ». یعنی قانون خدا مقدم بر التزامات شما است. مرحوم صدر در بحوث در بحث تعادل و تراجیح فرموده است : مفاد این روایت اینست که التزامات و قراراتی که خود مکلفین به آنها ملتزم میشوند در صورتی نافذ است که منافات با قوانین و مجعولات ابتدائی شرعی نداشته باشد بر این اساس ولو مورد این روایت شرط است ایشان فرموده است که در مورد نذر هم این کلام و روایت وارد میشود و ما بواسطه همین دلیل میگوییم که دلیل حج وارد بر دلیل وجوب وفاء به نذر است چرا که این روایت فرموده است که : شرط و التزامات مکلفین در صورتی نافذ است که منافات با مجعولات ابتدائی شرعی نداشته باشد ـ این از عبارت «شرط الله » در روایت به دست می آید یعنی مراد از شرط الله همین مجعولات ابتدائی شریعت است نه شرط به معنای التزام ضمن التزام ، چون برای خداوند متعال که چنين شرطی تصور نمیشود ـ .

تکمیل مناقشه به این است که در موارد شبهه مصداقیه مخصص، نظر معروف این است که مستقيما نمی توان به عام مراجعه کرد اما اين که با کمک اصل وتنقيح موضوع با اصل می توان مراجعه کرد يا نه بايد ديد اصل دربين اصل عدم ازلی است يا غير آن ، اگراصل عدم ازلی باشد محل خلاف است ، در مانحن فيه اصل عدم مخالفت با کتاب وبا حکم الله اصل عدم ازلی است . این که با کمک اصل عدم ازلی هم نمی توان به عام رجوع کرد، مرحوم امام فرموده چون ما قائل به اصل عدم ازلی نیستیم. اما دیگران که اصل عدم ازلی را قبول دارند مثل آقای خوئی، فرموده اند در این موارد (موارد شک در مخالفت با کتاب و سنت) نمی توان به اصل عدم ازلی تمسک کرد؛ چون اصل عدم ازلی محکوم اصل دیگری است. اگر مشکوک، حکم تکلیفی باشد، در رتبه سابق اصاله الحل جاری شده و شک ما در مخالفت شرط با کتاب رفع می شود. و اگر مشکوک، حکم وضعی باشد، اصل فساد یا اصل عدم ترتب اثر جاری می شود و شک را برداشته و مقدم بر اصل عدم ازلی می شود.

#### مناقشه چهارم

مناقشه چهارم شبیه مناقشه سوم است با این تفاوت که در مناقشه چهارم، این تقیید که عمومات صحت عقود مقید به عدم مخالفت با احکام اولیه اند، احتیاج به مقید خارجی منفصل ندارد بلکه مقید متصل دارند و مقید متصل حکم عقل است، یا این که از ابتدا ادله تضیق ذاتی دارند. درکلمات مرحوم امام بیان شده که این تقیید را به حکم عقل اثبات می کنیم و عقل حکم می کند که ادله امضاء التزامات مکلفین، معنی ندارد اطلاق داشته باشد نسبت به مواردی که مخالف با حکم الله است.

اما در کلام آقای خوئی بیان شده که دلیل نذر از همان ابتدا قاصر است که شامل فرض مخالفت با احکام اولیه شود که شاید مطلب ایشان به انصراف برگردد. البته انصراف هم نیاز به نکته عقلائی دارد. نکته عقلائی این است که وقتی مقننی احکامی را بر اساس مصالح و مفاسد ملزمه جعل می کند و در کنار این احکام، التزامات مکلفین (اعم از التزامات یک طرفه یا دوطرفه) را امضاء و تنفیذ میکند، این امضاء اطلاق ندارد که شامل فرض مخالفت با احکام اولیه مقنن شود؛ چون نقض غرض در آن احکام لازم می آید. این که مثلا اطاعت از والد یا وفاء به نذر حتی در جایی که مصداق کذب است واجب باشد، مصداق نقض غرض در دلیل حرمت کذب است.

اگر این مطلب ثابت شد، خطاب عام امضاء عقود، از اول اطلاق ندارد و اختصاص دارد به جایی که مخالف با احکام اولیه شریعت نباشد. وقتی شک در مخالفت عقد با احکام اولیه داریم، در حقیقت شک داریم در این که این عقد، مصداق عقد ممضی عند الشارع است یا نه.

فرق مناقشه سوم و چهارم در این است که طبق مناقشه سوم، تمسک به عام در مورد شک از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص است اما در مناقشه چهارم، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود دلیل است؛ چون دلیل اساسا اطلاق ندارد.

### مناقشه استدلال به عمومات حرمت تصرف در مال غیر

اما در قسمت دوم استدلال، یعنی تمسک به عمومات حرمت تصرف در مال غیر برای اثبات حرمت تکلیفی تکثیر تالیف بدون اجازه مولف، مناقشه ای که وجود دارد این است که:

استدلال به دلیل حرمت تصرف در مال غیر برای اثبات مدعی، متوقف بر این است که مالیت امر انتزاعی باشد و اعتبار و قانون، تدخلی در مالیت اشیاء نداشته باشد، در حالی که این مطلب سابقا در بحث مال رد شد و گفتیم مالیت انتزاعی محض نیست، بلکه از امور انتزاعی است و للاعتبار دخلٌ فی ثبوت المالیه و سقوطها. وجه تدخل اعتبار در مفهوم مالیت، این بود که یکی از مقومات مالیت، منفعت داشتن است، و منفعت داشتن، به اعتبار مقننین مختلف مختلف می شود. ممکن است شیئی نزد یک مقنن دارای منفعت باشد و نزد مقنن دیگر منفعتش الغاء شده باشد و شیء دارای منفعت حساب نشود و طبعا در قانون این مقنّن، مال حساب نخواهد شد. لذا گفته شد حشرات و خنافس ولو مال عرفی هستند اما مال شرعی نیستند؛ چون منفعت آن ها نزد شارع اعتبار نشده است. مرحوم امام هم فرمود کثیری از موضوعات شرعیه، امور واقعیه اند که اعتبار شارع در آنها دخلی ندارند، اما برخی موضوعات احکام، اعتبار و نظر شارع در آنها مدخلیت دارد مثل مفهوم «باطل» در اکل مال به باطل، و مثل مفهوم مالیت[[1]](#footnote-1).

بله از کلام برخی محققین مثل محقق ایروانی استفاد می شد که اعتبار و قانون دخلی در مالیت ندارد، لذا تقسیم مال به مال عرفی و شرعی صحیح نیست. ایشان فرمود شارع تصرفی در مفهوم مالیت نکرده و فقط در مواردی احکام مالیت را نفی کرده است مثل خمر و خنزیر، و در بقیه موارد احکام مالیت را اثبات کرده است، اما اين امر غیر از این است که در موضوع تصرف کند.

لکن طبق قول معروف، مال قابل تقسیم به مال عرفی و مال شرعی است و برخی مصادیق مال عرفی، مال شرعی نیستند. طبق این نظر که در مالیت، اعتبار نقش دارد در روایت لایحل مال امریء الا بطیب نفسه، مراد از مال، چیزی است که مالیت آن نزد شارع هم مورد قبول واقع شده باشد یعنی وجود منفعت در آن، مورد امضاء واقع شده باشد. زیرا گفتیم عناوینی که بار قانونی و حقوقی دارند، در کلام هر مقننی حمل میشوند بر آنچه که در نظر مقنن مصداق آن عنوان است، نه بر معنای عرفی و نه بر آن چه نزد مقنن دیگر مصداق عنوان است.

لذا اشکال استدلال این است که نمی دانیم در حق التالیف شارع هم اعتبار عقلاء را قبول دارد و اعتبار عقلاء مبنی بر مال بودن حق التالیف را امضاء و تصدیق کرده است یا نه. اگر امضاء نکرده باشد، نفع مورد قبول شارع را نخواهد داشت و طبعا مال شرعی حساب نمی شود و با وجود شک در مالیت شرعی، تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه خود دلیل می شود وجائز نخواهد بود. بله بعد از اثبات مشروعیت و مالیت حق التالیف از راه دیگر، می توان به لایحل مال امریء تمسک کرد، اما مستقیما با تمسک به این عمومات نمی توان حرمت تصرف را نتیجه گرفت.

## وجه دوم: تمسک به عقلائی بودن حق التالیف

حق التالیف حق عرفی است و به نظر عرف و عقلاء حق بودن آن ثابت است. وقتی چنین بود، شرعا هم حق بودن آن ثابت می شود؛ چون هرجا عرف نظری داشته باشد همین که شرع حکم مخالفی نداشته باشد از عدم تصریح شرع به خلاف نظر عرف، اثبات می کنیم که شارع هم همان نظر عرف را دارد. پس در این وجه، عقلائی بودنِ حق التالیف مفروغ عنه گرفته شده و از این طریق، شرعی بودن آن اثبات شده است.

برای این وجه سه تقریب وجود دارد:

### تقریب اول

تقریب اول که نوعا در کلمات عامه ذکر شده مثل کتاب معاملات مالیه معاصره محمد عثمان شبير وغير آن این است که: در جایی که شارع تصریح به خلاف نظر عرف نکرده باشد نظر عرف حجت است؛ چون یکی از مصادر تشریع، نظر و رویت عرف است، البته مصدر بون عرف برای تشریع و کشف احکام، در جایی است که خود شارع به وسیله نص شرعی تصرف نکرده باشد. دلیل این که نظر عرف مصدر تشریع و متبّع است، در کتب اصولی عامه عنوان شده و به آیاتی از جمله آیه «وامر بالعرف» تمسک شده است که از آن استفاده کرده اند آن چه عرف و عامه ناس نظر دارد باید اخذ شود، مگر این که شارع بیان عام یا خاصی برخلاف داشته باشد.

در محل بحث گفته می شود عرف عام حق التالیف را به عنوان حق قبول دارد و مولف می تواند در مقابل آن عوض بگیرد، و از آنجایی که منعی از شارع در این مورد نرسیده است، با توجه به این که عرف مصدر شرع است، کشف می کنیم که شارع با عرف هم نظر است.

این تقریب تمام نیست و مناقشه مبنائی دارد. چنین نیست که مجرد نظر عرف کافی برای تعیین حکم شریعت باشد، بلکه براساس مبانی فقه امامیه، احکام شرعی به حسب مصالح و مفاسد جعل شده و تمام وقائع، تکلیفا و وضعا دارای حکمی در شریعت اند. چنین نیست که جعل حکم در قسمتی تابع نظر عرف باشد به طوری که وقتی عرف نظری پیدا کرد، تازه نظر شرع موجود شود. لازمه نظر عامه این است که قبل از این که عرف نظری داشته باشد، نظر و جعل شرعی وجود نداشته باشد در حالی که طبق مبانی امامیه، احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد واقعیه است و هر واقعه ای حکم شرعی مستقل دارد. اما در آیه شریفه «وامر بالعرف» کلمه عرف به معنای عرف و نظر مردم نیست بلکه به معنای معروف است.

### تقریب دوم

تقریب دوم تمسک به نظر عرف است، اما از این جهت که سیره و بناء عقلاء بر این قائم شده است که حق التالیف را به عنوان حق معتبر قائل اند و تصرف دیگران در حق تالیف را تقبیح می کنند. طبق این تقریب، عرف و عقلاء مصدر تشریع نیستند اما به عنوان کاشف از حکم شریعت می توانیم از بناء و سیره عقلائیه استفاده کنیم که شارع چه چیزی را جعل کرده است. این تقریب به استدلال به سیره عقلاء برمیگردد به همان تقریب معروف که اگر عقلاء بنائی داشته باشند و شارع از آن ردع نکند، معلوم می شود که شارع نظر عقلاء را قبول دارد والا اغراء به جهل و القاء در مفسده لازم می آید.

طبعا اشکال این تقریب این است که متوقف بر این است که سیره های عقلائی مستحدث حجت باشند که بحث مبنائی است و در جای خود مطرح شده است ولی اگر گفتيم سيره های مستحدث دليل برحجيت ندارد \_کما هوالصحيح\_ تمسک به سيره عقلاء در مورد بحث تمام نيست.

### تقریب سوم

تقریب سوم، استدلال به ارتکاز عقلاء است نه تمسک به سیره عقلاء. توضیح مطلب: مواردی که ارتکازات عقلائیه تمثل و تجسد خارجی در زمان شارع پیدا کرده، از عدم ردع این ارتکاز وسيره ، کشف امضاء می شود. اما اگر ارتکاز معاصر با زمان شارع فقط در بعضی موارد تجسد پیدا کرده یعنی بعدا موردی پیدا شد اما آن مورد جدید، مشمول نکته ارتکازی عام سابق است، در این موارد که سیره عملیه در زمان شارع ندارد ولی ارتکاز عقلائی عام شامل آن می شود، می توانیم از عدم ردع شارع کشف امضاء ارتکاز کنیم.

در این بحث در وجه حجیت ارتکازات عقلائیه، مرحوم آقای صدر خلافا للشمهور فرموده آن چه شارع به آن اهتمام دارد و در صدد تصحیح آن است، مجرد عمل خارجی افراد نیست بلکه شارع نسبت به ارتکازات عام هم وظیفه دارد که اگر آن را قبول ندارد نظر سلبی خود را اعلام کند. پس وظیفه شارع منحصر در تصحیح عمل خارجی نیست و وجه عدم انحصار، این است که عدم تصحیح ارتکاز، موجب نقض غرض شارع می شود چون افراد ارتکازات خود را در مقام عمل پیاده می کنند و موجب نقض غرض میشود. طبق این مبنی که ارتکاز عقلائی معاصر زمان نص هم مثل سیره عقلائیه حجت است، نسبت به موارد جدید و مستحدث می گوییم ولو مورد الان موجود شده اما از آنجایی که ارتکاز آن در زمان شارع وجود داشته و شارع ردع نکرده کشف امضاء می کنیم. مثال این بحث، مثال احیاء زمین با ماشین آلات و ابزار جدید است؛ زیرا ارتکاز عام بر مملّکیت احیاء در زمان شارع وجود داشت، و این مصادیق و ابزارآلات جدید هرچند سابقا وجود نداشت، اما نکته عام آن در زمان شارع وجود داشت، لذا احیاء با ابزار جدید موجب ملکیت است ولو سیره عملیه در زمان شارع بر آن وجود نداشته است.

در مانحن فیه هم می گوییم این که شخص با تالیف کتاب حق پیدا کند ولو در زمان شارع سیره عملیه بر آن نبود، اما ارتکاز عامی وجود داشته و آن این است که ملکیت گاهی به وسیله عمل و علاج حاصل می شود. عمل هایی که در زمان سابق وجود داشت و موجب ملکیت می شد اعمال خارجیه بود که نتیجه محسوس و خارجی دارد، نه نتیجه فکری. این تالیف، نتیجه عمل مولّف است و هرچند این مصداق در زمان سابق موجب ملکیت نبود، اما ارتکاز عام این بود که عمل موجب حصول ملکیت است و این ارتکاز که حجیت آن با عدم الردع ثابت می شود، بر این مصداق تطبیق پیدا می کند.

پس این تقریب به ارتکاز تمسک می کند نه به سیره عقلائیه تا اشکال شود که سیره عقلائیه مستحدث دلیل حجیت ندارد.

مناقشه

همان طور که سابقا در بحث شخصیت حقوقی بیان شد، هرچند طبق مبنای مرحوم آقای صدر ارتکاز عام در زمان شارع حجیت دارد، اما تمسک به ارتکاز عقلائی مختص به جایی است که ارتکاز در زمان شارع ارتکاز عام بوده نه ارتکاز خاص، اما اگر ارتکاز عام نبوده و خود ارتکاز، توسعه پیدا کرده باشد وجهی برای تمسک به ارتکاز نیست. به عنوان مثال گفته شد ارتکاز عقلاء بر مملکیت حیازت بوده و در مورد حیازت با مصادیق جدید می توانیم به این ارتکاز تمسک کنیم، اما اگر فرضا ارتکاز عقلائی بر این باشد که اگر شخصی به وسیله چراغی بر مال مباحی نور بیندازد مالک آن می شود، این مورد، توسعه در مصداق نیست بلکه توسعه در نفس ارتکاز است. چون آن چه قبلا بوده، حیازت به معنای در اختیار گرفتن و سلطنت است، اما بناء گذاری عقلاء بر این که نور انداختن به منزله در اختیار داشتن و سلطنت است، این توسعه در نفس ارتکاز است؛ چون سلطه اعتباری و تنزیلی است و در زمان سابق ارتکاز بر مملکیت سلطه تنزیلی وجود نداشت وارتکاز عام وشامل نسبت به آن وجود نداشت .

ما نحن فیه هم از همین قبیل است؛ چون هرچند ارتکاز عام بر این است که عمل موجب ملکیت است اما آن چه سابقا وجود داشت، حصول ملکیت توسط عملی بود که نتیجه آن، شیء خارجی محسوس باشد، اما مصادیق جدید عمل که نتیجه آن وجود تجریدی است از قبیل توسعه در خود ارتکاز است و شک داریم که آیا این تالیف بما له من الوجود التجریدی موجب ایجاد حق و اولویت می شود یا نه. در زمان سابق، ارتکاز اختصاص به وجودات محسوس داشت بلکه ادعا می شود که حق تالیف یا حق اختراع در زمان سابق هم ارتکازی نبود و اگر کسی از کتاب شخص دیگر نسخه برداری و تکثیر می کرد و نام خود مولف را ذکر می کرد، عمل غیرمجازی نبود. لذا برخی در توضیح فرمایش امام فرموده اند در زمان گذشته تقلید از اختراع دیگران امر مرسوم و مجازی بود و اگر شخصی اختراعی می کرد و دیگری از روی دست او نگاه می کرد و عین آن شیء را می ساخت، نه تنها مذموم نبود بلکه امر رایجی بود. بله بعدا با توجه به پیدا شدن وسایل چاپ که تکثیر و طبع را به راحتی ممکن می سازد، ارتکاز بر این شکل گرفت که تکثیر تالیف دیگران را جائز نمی دانند، اما این ارتکاز جدید است و منشأ آن، پیشرفت وسائل است، و از آنجایی که توسعه در نفس ارتکاز است نه توسعه در مصداق، حجیت ندارد.

حاصل اشکال این است که ولو ارتکاز عقلائی را حجت بدانیم، اما در جایی است که مورد جدید مصداق ارتکاز عام باشد نه جایی که مورد جدید مورد توسعه ارتکاز باشد.

## وجه سوم: تمسک به ملکیت تکوینی

آن چه در ادله شرعی موضوع اثر واقع شده است، خصوص ملکیت اعتباری نیست بلکه ملکیت تکوینی هم کافی برای ترتب آثار مذکور در خطابات است. مثلا در روایت «من کانت عنده امانه فلیودّها فانه لایحل مال امری الا بطیبة نفسه» موضوع روایت (مال امریء که مفید اضافه ملکیت است)، خصوص ملکیت اعتباری نیست و شامل ملکیت تکوینیه هم می شود. در مورد حقوق معنوی مثل حق التالیف و حق اختراع، هرچند ملکیت اعتباری احراز نشود اما ملکیت تکوینیه وجود دارد؛ زیرا سابقا بیان شد که انسان نسبت به اعمال و اعضاء و جوارح خود ملکیت دارد و این ملکیت، تکوینیه است نه اعتباریه. لذا محقق اصفهانی فرمود از صحت اجاره انسان نسبت به عمل خود، نمی توان ملکیت اعتباری انسان نسبت به عمل خود را استفاده کرد هرچند مال هست اما ملکیت اعتباریه ندارد؛ چون صحت اجاره متوقف بر ملکیت اعتباریه نیست و ملکیت تکوینیه کافی است برای این که انسان بتواند خود را اجیر دیگری قرار دهد.

مقدمه دوم استدلال، این است که ملکیت تکوینیه نسبت به عمل، موجب ملکیت تکوینیه نسبت به نتیجه عمل می شود و دیگر نیاز به ملکیت اعتباریه و جعلیه نیست.

در این وجه مورد تمسک، ارتکاز عقلائی نیست تا اشکال شود که ارتکاز امضاء نشده است، بلکه مورد تمسک این است که اصلا احتیاج به ملکیت اعتباری نداریم و ملکیت تکوینیه نسبت به عمل و نتیجه آن، کافی است برای ترتب اثر حرمت تصرف در مال غیر و اثر صحت بیع و عقود.

### مناقشه

در فقه العقود دو مناقشه به این وجه ذکر کرده است:

اولا عنوان ملکیت که از اضافه مال به شخص در «مال امریء» فهمیده می شود، اعم از ملکیت تکوینیه نیست بلکه این ملکیت ظاهر در ملکیت اعتباریه است، پس «مال امریء» یعنی مال مملوک شخص به ملکیت اعتباریه.

ثانیا حتی اگر ملکیت به معنای تکوینیه باشد، اما از جهت صغروی نتیجه عمل، مملوک تکوینی مولف نیست؛ چون ملکیت تکوینی در مورد خود عمل معنی دارد زیرا ملکیت یعنی رابطه خاص بین شخص و فعل به طوری که بتواند فعل را انجام دهد یا ندهد. مولف نسبت به فعل نوشتن، ملکیت تکوینیه دارد به این معنی که تکوینا قدرت بر نوشتن و عدم نوشتن دارد و نه مجبور بر انجام فعل است و نه عاجز از انجام فعل، و بالوجدان این قدرت و اختیار که حقیقت ملکیت تکوینیه است را دارد. اما نسبت به نتیجه عمل که بعد ازتحقق عمل، در شیء حاصل می شود، حتی در جایی که عمل در شیء محسوس عادی اتفاق بیفتد، ملکیت نتیجه عمل معنی ندارد. مثلا در مورد نجار، عمل نجاری مملوک تکوینی نجار است و نسبت به آن اختیار و قدرت دارد، اما بعد از این که عمل نجاری را انجام داد و هیات خاصی در چوب ایجاد کرد، دیگر نسبت به نتیجه عمل که منفصل از آن است، ملکیت تکوینیه ندارد و نمی توانیم بگوییم فقط شخص نجار می تواند در آن تصرف کند و دیگران نمی توانند. در مورد متن تالیف شده هم صغرویا ملکیت تکوینیه وجود ندارد و بالوجدان همه می توانند در آن تصرف کنند. خود نوشته و تالیف که شیء منفصل خارجی است مملوک تکوینی شخص نیست، فضلا از وجود تجریدی و مضمون نوشته که از آن تعبیر به حق فکری می شود. پس حتی اگر ملکیت اعتباری نسبت به شیء مستتبع ملکیت اعتباری نماء آن باشد، اما ملکیت تکوینی نسبت به شیء، مستتبع ملکیت تکوینی نسبت به نتیجه آن نیست.

## وجه چهارم: تمسک به ادله حرمت ظلم

در برخی از استفتائات فقهاء آمده که تجاوز به حق التالیف مصداق ظلم است و ظلم شرعا و عقلاءً جائز نیست. در کلمات عامه هم این استدلال با مبالغه بیشتری بیان شده است و نشر تالیفات دیگران بدون اجازه مولف مصداق ظلم و اجحاف دانسته شده است. در برخی کلمات، گفته شده کسی که زحماتی را سالها متحمل شده تا توانسته است کتابی را تالیف یا وسیله ای را اختراع کند، اگر حق تولید و نشر منحصر به او نباشد و دیگران هم بتوانند اثر او را تکثیر کنند و اموال کلانی را بدون زحمت به دست آورند و از حاصل دسترنج او سوء استفاده کنند، ظلم و اجحافی بالاتر از این پیدا نکرده ایم . از جمله در کتاب معاملات مالیه زحیلی اینچنین تعبیر شده است : « لاأدری وجود شرٍّ أو غبنٍ أو جورٍ أعظم من هذا أن یستثمر الطابع او الناشر حق المؤلف یربح علی حسابه أموالاً کثیره و یحرم هذا المؤلف المسکین الذی کاد عقله یتفجّر وفکره يعيا، وأعصابه تتلف من عناء انجاز المصنف والذی کلّفه جهوداً طویلة وشاقه فسحر لیله واتعب عينيه و شغل نهاره کله بالتألیف ثم یقال له قدّم هذا العمل لغیرک مجاناً؟ ، ان هذا لهو الإفک المبین و الخطأ الواضح ». [[2]](#footnote-2) فلذا اینها میگوید عدم تشریع حق التالیف و امثال او یک لازمه ایی دارد که نمیتوان به او ملتزم شد و او هم ظلم در حق مؤلف و امثال او است. پس با تمسک به ادله حرمت ظلم و جور ، میگوییم که این کار جایز نیست که بدون اجازه مؤلف کتابهای او نشر پیدا کند و یا بدون اجازه مخترع وسیله اختراع شده او تولید و تکثیر بشود.

### مناقشه

از جهت کبروی اشکالی در حرمت ظلم و جور نیست اما تمسک به هر دلیلی متوقف بر احراز موضوع آن است و این که محل بحث مصداق موضوع دلیل باشد، والا تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه دلیل جائز نیست. برای این که ببینیم در محل بحث موضوع دلیل صادق است یا نه، باید ببینیم ظلم چیست. عنوان ظلم جایی صادق است که شخصی صاحب حق باشد و حق او از او سلب شود یا بر خلاف حق او عمل شود.

این که کسی کتاب مولفی را تکثیر کند، ظلم بودن این عمل، متوقف بر این است که در مرتبه قبل، مولف نسبت به وجود تجریدی تالیف، حق داشته باشد. اگر شرعی بودنِ این حق از جای دیگر ثابت شود، عنوان ظلم صادق است و دیگر احتیاج به دلیل ظلم برای اثبات حرمت نداریم و اگر شرعی بودن این حق ثابت نشود، در حق بودن شک داریم و طبعا ظلم بودن این عمل محل تردید است. پس ظلم عبارت است از تضییع حق، لذا متوقف بر این است که حق بودن در مرحله قبل ثابت شود.

اما ممکن است مستدل جواب دهد که در ادله حرمت ظلم، مراد ظلم عرفی است و صدق ظلم عرفی متوقف بر این است که از نظر عقلائی و عرفی حق باشد. پس هرچند صدق ظلم متوقف بر ثبوت حق است، اما چون مراد ظلم عرفی است صدق آن هم متوقف بر ثبوت حق عرفی و عقلائی است، و قطعا عقلاء حق تالیف را حق می دانند.

مناقشه وارد به این تتمیم استدلال، این است که ممکن است مقننی حقی را اعتبار کند و در نتیجه، سلب آن حق در نظر او ظلم حساب شود، اما مقنن دیگری حق را امضاء و اعتبار نکند و طبعا سلب آن در نظر او ظلم حساب نشود. از آنجایی که عنوان ظلم، عنوان قانونی است و به اعتبار مقننین و معتبرین مختلف، مختلف می شود، باید حمل شود بر آن چه شارع آن را ظلم می داند نه بر ظلم عرفی.

بله، مواردی برای ظلم وجود دارد که ظلم بودن آن واقعی است و به اعتبار مقننین مختلف مختلف نمی شود. این که شخصی نسبت به اعضاء بدن دیگری تصرف کند یا اعضاء بدن او را قطع کند، از مصادیق واقعی ظلم است و لازم نیست ملکیت اعتباری بین شخص و عضو بدن او وجود داشته باشد بلکه همین ملکیت تکوینیه کافی است برای این که چنین عملی ظلم باشد و این ظلم بودن، واقعی است نه اعتباری. اما چنین نیست که همه مصادیق ظلم، واقعیه باشد بلکه در نوع موارد ، مصادیق ظلم اعتباری هستند و حداقل قسم عمده ایی از مصادیق ظلم ، مصادیق اعتباری برای ظلم هستند و مصادیق اعتباری هم به اعتبار مقننین و معتبرین مختلف میشود.

با توجه به این مطلب ، اگر در خطاب شرعی عنوان ظلم أخذ شد ، این خطاب نسبت به مواردی که از مصادیق ظلم واقعی باشند شامل آنها هم میشود.لکن نسبت به مواردی که از مصادیق اعتباری و قانونی ظلم هستند که به اختلاف معتبرین مختلف میشود ، آن ظلمی که در خطاب شرعی بکار رفته است ، ظلم به نظر معتبِر است. بر این اساس ولو بنظر عرف و عقلاء هم یک موردی بعنوان ظلم حساب بشود ولی چون در مرتبه قبل از نظر شارع این حق برای او تثبیت و تنفیذ نشده است ، محروم کردن شخص از این حق درنظر شارع ظلم حساب نمیشود.

لذا این که گفته می شود سهم ارث زن نباید نصف ارث مرد باشد چون ظلم است، جواب همین است که ظلم بودن متوقف بر اثبات حق در مرحله قبل است و اساسا شارع حقی بیش از نصف، به زن نداده است. در بحوث هم فرموده صدق ظلم متوقف بر امضاء حق نزد مقنن است، لذا طبق نظر کمونیستی که ملکیت شخصی برای افراد قائل نیستند (در مقابل ملکیت عام دولت) اگر کسی زمینی را احیاء کند آن زمین ملک دولت است نه ملک شخص، لذا اگر کسی آن را تصاحب کند، سلب زمین از او، مصداق ظلم نسبت به شخص اول نیست چون حقی نداشته و مالکیت شخصی امضاء نشده است، پس در جایی که ملکیت نزد مقنن ثابت نباشد، سلب شیء از حیطه تصرفات او، مصداق ظلم نیست، بلکه فقط طبق نظر مقننی که ملکیت شخصی را قائل است و احیاء زمین را موجب ملکیت شخصی می داند، ظلم محقق است.

حاصل این که ظلم، دارای مصادیق اعتباری است و مراد از این قسم، ظلم نزد همان مقنن است، لذا صدق آن مصادیق، متوقف بر امضاء حق نزد مقنن است تا سلب آن ظلم حساب شود. در نتیجه ما نسبت به حق التالیف و امثال آن نمیتوانیم مستقلاً به ادله حرمت ظلم تمسک بکنیم بله بعد از اثبات مشروعیت حق التالیف و امثال آن از راه وجوه دیگر میگوییم که تصرف در این حق بدون اذن صاحبش هم مصداق ظلم است ولی اصل المشروعیه این حقوق را نمیتوان بوسیله این ادله بدست آورد.

1. کتاب البیع ج1 ص 200 [↑](#footnote-ref-1)
2. -المعاملات المالية المعاصرة ص594 [↑](#footnote-ref-2)