

دو فصلنامه حقوق اداری (علمی - پژوهشی)

سال چهارم، شماره ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۹۶

گفتاری در حقوق نموده‌های فرهنگ عامه؛ با تأکید بر ضوابط بهره‌برداری آزاد از نمودها

زهرا شاکری^۱

دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۱۹

پذیرش: ۱۳۹۵/۰۸/۲۱

چکیده:

نموده‌های فرهنگ عامه ثمره کوشش گروه‌های مختلف انسانی هستند که از ارزش معنوی و مالی برخوردار بوده و به عنوان دارایی فکری و معنوی اقوام بومی تلقی می‌شوند. از سویی مردم جامعه نیز تمایل دارند برای گذران حیات خود از این دارایی بهره برده و از آنها در مسیر تعالی خود استفاده کنند. از این رو، بررسی حمایت حقوقی از این دارایی‌ها و ضوابط بهره‌برداری آزاد از آنها بسیار مهم است. علمای حقوق کوشش نموده‌اند سازوکار حمایت و بهره‌برداری را براساس نظام حقوق مالکیت فکری مورد تحلیل قرار دهند؛ اما این تحلیل با دشواری روبرو است چه نظام حقوق مالکیت فکری دارای عناصری مانند: اصالت، جدید بودن، ابتکاری بودن و تثبیت اثر است که به دشواری در نموده‌های فرهنگ عامه تحقق می‌یابد و از طرفی استفاده از نمودها نیز باید ضوابط و مقررات نظام‌مندی داشته باشد که این دارایی‌های معنوی به یغما نرود. لذا پرسش آن است که جامعه چگونه به این نمودها دسترسی خواهد داشت و دامنه انحصار دارندگان نمودها تا کجاست؟ مقاله حاضر تلاش می‌کند با روش توصیفی - تحلیلی و با رویکرد کتابخانه‌ای به بررسی مسأله تحلیل نمودها در قالب حقوق مالکیت فکری، مالکیت نمودها و قلمرو بهره‌برداری از نمودها پرداخته و سرانجام نتیجه می‌گیرد که دامنه استفاده از نمودها به تعیین معیارهایی نیاز دارد و معیارهای مربوطه حقوق مالکیت فکری در این زمینه مؤثر است. **واژگان کلیدی:** بهره‌برداری آزاد، حقوق مالکیت فکری، حق معنوی، مالکیت، محدودیت‌ها و استثنائات، نموده‌های فرهنگ عامه.

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی (مؤسسه حقوق تطبیقی) دانشگاه تهران، تهران، ایران.
zshakeri@ut.ac.ir

مقدمه

نمودهای فرهنگ‌عامه، تجلی هنر و ابتکار گروه‌های بومی و محلی هستند که در نقاط مختلف جغرافیایی جهان زندگی می‌کنند. این گروه‌ها با تلاش و کسب تجربه در برهه‌های زمانی بر دانش و هنر خویش افزوده و آثار، ابتکارات و نوآوری‌های ویژه خود را خلق کرده‌اند. در حقیقت نمودها می‌تواند ثمره فعالیت‌های مردم یک منطقه یا قبیله در طول زمان باشد. اشعار، داستان‌ها، فنون ساخت محصولات، غذاها و داروها و ... از این قبیل به شمار می‌آیند. این نمودها از آنجا که حاصل تلاش انسان‌هاست و از ارزش اقتصادی برخوردار می‌شود می‌تواند در قلمرو موضوعات حقوق مالکیت فکری مورد مطالعه قرار گیرد. از این‌رو، تحلیل آن‌ها در چارچوب این نظام مهم تلقی می‌شود. از سویی این نمودها می‌توانند در پیشرفت علم و تولید ثروت برای جامعه مؤثر باشند و لذا بررسی مسأله دسترسی مردم به این نمودها علی‌رغم حقی که قومیت‌ها و قبایل برای خود قائل هستند قابل تأمل به نظر می‌رسد. نوشتار حاضر کوشش می‌کند رابطه حقوقی مالکان نمودها با آن‌ها و رابطه جامعه با نمودها را در عین ایجاد توازن بررسی نماید. این توازن در چند بعد قابل بررسی است. ابتدا رابطه نمودها و حقوق مالکیت فکری مطالعه و سپس تأثیر مسأله مالکیت بر حقوق مربوط به نمودها بررسی شده و حدود و ثغور بهره‌برداری آزاد و رعایت حق معنوی در این رابطه واکاوی می‌شود؛ بنابراین لازم است ضمن مطالعه ساختاری نظام حقوق مالکیت فکری به این پرسش پاسخ دهد که نمودهای فرهنگ‌عامه تاب قرار گرفتن در زمره مصادیق حقوق مالکیت فکری را دارد؟ جامعه چگونه می‌تواند از این دستاوردها بهره‌بردار؟ آیا موازنه بین حقوق جامعه و مالکان نمودها قابل تحقق است؟ در خصوص موازنه میان این دو گروه تاکنون پژوهشی صورت نگرفته و پژوهش‌های انجام‌شده حول تحلیل حقوقی مفهوم نمودها بوده است. این مقاله در چهار گفتار با روش تحلیلی-توصیفی و رویکرد کتابخانه‌ای به واکاوی موضوع خود می‌پردازد. گفتار یک: رابطه نمودها و نظام حقوق مالکیت فکری، گفتار دوم: موضوع مالکیت، گفتار سوم: بهره‌برداری آزاد و گفتار چهارم: موضوع حق معنوی را دست‌مایه خود قرار می‌دهد.

گفتار یکم: نموده‌های فرهنگ‌عامه و حقوق مالکیت فکری

حقوق مالکیت فکری به منظور ایجاد انگیزه در خلق نوآوری‌ها و ابتکارات در نظام‌های ملی و بین‌المللی مقرر شده است و به موجب این حق، مؤلف / هنرمند یا مخترع از حقوق انحصاری در بهره‌برداری برخوردار می‌شود. این حمایت موقتی و در دوره زمانی خاصی (مثلاً ۵۰ سال پس از مرگ مؤلف یا ۲۰ سال از تسلیم اظهارنامه) تعیین شده است و سپس اثر یا اختراع در قلمرو عمومی قرار می‌گیرد و مردم آزادانه از مال فکری استفاده می‌کنند. در دوره حق انحصاری، جامعه ناگزیر از انعقاد قرارداد با صاحب حق یا استناد به مقررات مربوط به محدودیت‌ها و استثنائات است. به عبارت دیگر، جامعه برای استفاده آزاد به این امر توسل می‌نماید که موضوع استفاده اساساً اثر یا اختراع نیست یا بهره‌برداری به جهت برخی دلایل مانند هدف آموزش و پژوهش مجاز است. اصولاً حمایت از مالکیت فکری منوط به رعایت گروهی از معیارهای ماهوی و شکلی است که عدم رعایت آن به عدم حمایت منجر می‌شود. به طور نمونه اصالت شرط اصلی حمایت از اثر ادبی و هنری است و اثر باید تبلور شخصیت مؤلف خود بوده و کپی‌برداری نباشد (این اصالت می‌تواند مطلق یا نسبی باشد) یا جدید بودن به معنای آن است که اختراع در قلمرو دانش پیشین نباشد و کسی تاکنون بر مخترع پیش‌دستی نکرده باشد یا ابتکاری بودن به مفهوم آنکه اختراع برای شخص دارای مهارت عادی بدیهی نباشد یا شرط تثبیت به معنای تجسم در قالب مادی است که تحقق آن در خصوص نموده‌های فرهنگ‌عامه محل تأمل است.

در نموده‌های فرهنگ‌عامه به‌جای فرد، یک گروه از افراد یا مجموعه‌ای از فرهنگ‌ها و قومیت‌ها مطرح می‌شود؛ درحالی‌که در حقوق مالکیت فکری هدف آن است که فرد فرد جامعه برای تولید انگیزه پیدا کنند. در مالکیت فکری، مالکیت از آن شخص حقیقی یا حقوقی مشخصی است و این در حالی بوده که مؤلف یا پدیدآورنده مشخص در بسیاری از جوامع سنتی روشن نیست و حقوق مالکیت فکری به‌ویژه حقوق مالکیت ادبی و هنری مفهوم حق جمعی را شناسایی نمی‌کند.^۱ در نموده‌ها با جمعی نامشخص که اعضای آن به‌سادگی قابل‌احصا نیست مواجه هستیم؛ بنابراین گروهی از

1 . Farah PD, Tremolada R, Desirability of Commodification of Intangible Cultural Heritage: The Unsatisfying Role of Intellectual Property Rights (March 15, 2014). *Transnational Dispute Management, Special Issue 2014*, 11(2). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2472339>, p.5. [English]

اندیشمندان در پی اثبات این امر هستند که تفکر ورای حقوق مالکیت فکری با ارزش‌های بنیادین مردم بومی ناسازگار است؛ زیرا نگرش یک فرد بومی به دنیای اطراف جمع‌گرایانه و مغایر با فردگرایی در مفهوم غربی آن است و به جای اندوختن، شراکت مطرح است. میراث غیرمادی در این دکتترین به مثابه یک امانت و مسئولیت و رشته‌ای از روابط و علقه‌ها با گذشتگان و معاصران و آیندگان است تا انبانی پر از حقوق اقتصادی (رنجبریان و سعیدی، ۱۳۹۵: ۹۱۷).

در این خصوص برخی نویسندگان موضوع مالکیت فکری جمعی بر مبنای مالکیت ایده‌های به اشتراک گذاشته شده با سبک ویژه یا بر مبنای طبیعت جغرافیایی خاص توسط افراد بومی یک اقلیم محصور را مطرح می‌کنند و آن را برای حفاظت از دستاوردهای مادی و معنوی و توسعه گردشگری دارای اهمیت می‌دانند (زاهدی و محمدی، ۱۳۹۴: ۹۴). در این سیستم با استفاده از علامت تجاری جمعی و نشانه‌های جغرافیایی می‌تواند مالکیت فکری جمعی را خلق کرد. در حقیقت در میان مصادیق مالکیت فکری، علائم جمعی و نشانه‌ها دارای پتانسیل برای استفاده توسط جوامع بومی هستند.

مفهوم دوره حمایتی که اساس حق انحصاری را رقم می‌زند در نمودها به‌سختی قابل اعمال است. نمودها فی‌نفسه برای ایجاد به‌صرف زمانی طولانی نیاز دارد و زمان خلق عموماً در هاله‌ای از ابهام قرار می‌گیرد (از جهت تعیین مبدأ حمایت). افزون بر این، در خصوص نمودهایی که منشأ مذهبی دارند و از تقدس برخوردار هستند تحدید دوره حمایتی و متعاقباً دسترسی آزاد به آنها برای اقوام بومی و محلی قابل پذیرش نیست؛ بنابراین نموده‌های فرهنگ عامه، آثار یا مجموعه‌هایی هستند که از سوی مالک مشخصی ندارد و در زمره آثاری بی‌نام تلقی می‌شوند که هویت کلی تولیدکنندگان مشخص است و از سوی به جهت عدم ثبت نمی‌توانند مشمول دوره حمایتی اختراعات باشند یا به جهت مطرح نبودن مرگ مؤلف نمی‌تواند از مقررات دوره حمایتی کی‌رایت پیروی کنند.

همچنین نمودها به جهت قدمتی که دارند از ملاک جدید بودن و ابتکار برخوردار نیستند یا اصولاً به جهت عدم تثبیت مشمول معیارهای سنتی نظام حقوق مالکیت فکری قرار نمی‌گیرند. یکی از نویسندگان حوزه مسائل حقوقی نموده‌های فرهنگ عامه در این خصوص بیان می‌کند که فولکلور پدیده‌ای است که نوآوری در آن معنایی ندارد و به عبارت دیگر، سنتی است و به‌وسیله الگوها یا ساختارهای کلیشه‌ای که اجراکننده باید مطابق با آن عمل کند، منتقل می‌شود. همچنین هدف پدیدآورنده فولکلوریک، نوآوری نیست بلکه حفظ و نگهداری میراثی است که به وی رسیده است

(غفوری، ۱۳۸۹: ۱۷). در خصوص اصالت نیز باید گفت از آنجا که نموده‌ها ناشی از یک فرایند غیرشخصی آهسته و مداوم فعالیت خلاقانه است که از طریق تقلیدهای متوالی، ادامه پیدا می‌کند، این امر قابل تحقق نیست (همان، ص ۶۹)؛ اما با وجود این می‌توان گفت از آنجا که نموده‌ها نشان از قوم مولد خود دارند ممکن است از درجه‌ای از اصالت بهره‌مند شوند که این به معنای طرح مفهوم جدیدی از اصالت در نظام حقوقی است. به عبارت دیگر، هنگامی که نمودی تبلور فرهنگ و اختصاصات یک قوم است می‌تواند حداقل از اصالت نسبی برخوردار باشد. لذا می‌توان نظریه اصالت مبتنی بر نشان شخصیت پدیدآورنده را به نشان قوم مولد ارتقا داد.

افزون بر این، آثار یا اختراعات بعد از دوره‌ای در قلمرو عمومی قرار می‌گیرند؛ اما ظاهراً نموده‌ها همواره در قلمرو جامعه مولد خود بوده و این پرسش مطرح است که سایر جوامع می‌توانند آزادانه از آنها استفاده نمایند؟ اگر این نموده‌ها جنبه محرمانه داشته باشد دسترسی سایرین با چالش روبرو بوده اما اگر محرمانه نباشد همگان به آن دسترسی دارند و مفهوم قلمرو عمومی عملاً تحقق یافته است. در اینجاست که این پرسش مطرح می‌شود که اگر نموده‌ها در دسترس عموم است حقوق صاحبان آن چگونه تأمین می‌شود؟ و دامنه کمی و کیفی دسترسی جامعه به نموده‌ها چگونه است؟

گفتار دوم: مالکیت

برخی نویسندگان معتقد هستند که دارایی‌های فرهنگی بومی و سنتی به‌جای مالکیت به مفهومی که در قوانین مالکیت فکری به کار می‌رود، مبتنی بر امانت و تولی هستند و حتی بسیاری از جوامع بومی دارندگی و مالکیت نموده‌ها را متعلق به موجودی ماورایی می‌دانند و مجوز استفاده توسط رؤسای جوامع مذکور صادر می‌شود (همان، ص ۶۵-۶۴)؛ بنابراین بحث مالکیت در خصوص نموده‌ها مطرح نیست. با این وجود، همان گونه که در ادامه خواهد آمد در قوانین ملی موضوع مالکیت انعکاس یافته و سخن از مالکیت ملی، دولتی و خصوصی شده است.

تعیین مالک نموده‌ها و حدود حق مالکیت و سرانجام اختیارات مالک از زمره مسائل مهم در ایجاد موازنه میان دارنده حق و جامعه است. این که چه کسی مالک است و نموده‌ها به چه کس / کسانی تعلق دارد با حقوق بومیان و خالقان نموده‌ها در تعامل است. نتیجه چنین بحثی آن است اگر مالکیت ملی یا عمومی و یا دولتی پذیرفته شود، دستان خالقان محلی و بومی کوتاه است یا اختیارات

محدودی در بهره‌برداری خواهند داشت. در این زمینه مطالعات تطبیقی نشان می‌دهد که بسیاری از کشورها از مالکیت ملی و دولتی سخن به میان می‌آورند. عربستان سعودی، مالکیت دولتی را پذیرفته^۱ یا افغانستان نموده‌ها را از اموال عمومی می‌داند.^۲ این امر موجب می‌شود، مقام دولتی چه به‌عنوان مالک یا مدیر اموال عمومی در این زمینه مداخله داشته باشد و بهره‌برداری از نموده‌ها تابع تصمیم مقامات باشد.

اما در این میان برخی کشورهای نادر نیز مالکیت خصوصی را مطرح کرده‌اند. بورکینافاسو مالکیت خصوصی را در این زمینه مقرر نموده^۳ و اگر پدیدآورنده مشخص باشد تا ۷۰ سال پس از مرگ حمایت انجام می‌گیرد. لذا این قانون شخص حقیقی خاصی را به‌عنوان مالک تلقی کرده نه جماعت خاصی از مردم را (ماده ۸۸)؛ اما در خصوص حق‌الامتياز بهره‌برداری، پرداخت به صورت اشتراکی به ذی‌حق و سازمان‌های مدیریت جمعی صورت می‌گیرد (ماده ۸۹) و در حقیقت مؤلفان و هنرمندان کشور نیز از منافع نموده‌ها بهره‌مند می‌شوند.

یک تقسیم‌بندی که در قوانین گروهی از کشورها مشاهده می‌شود آن است که آیا خالقان نموده‌ها مشخص هستند یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان گروه خاصی را به‌عنوان دارندگان حق تصور کرد؟ در این خصوص اگر پاسخ منفی بوده و نموده‌ها گمنام باشند می‌توانند تحت نظام مجوزه بهره‌برداری قرار گیرند چنانچه در بولیوی یک سیستم قانونی مجوز استفاده از اموال در این زمینه وجود دارد (ماده ۵۸ قانون کپی‌رایت بولیوی).^۴ در برخی قوانین، نموده‌ها به‌عنوان میراث فرهنگی مطرح می‌شوند و این بدان معناست که مقررات میراث فرهنگی در مورد نموده‌ها اعمال می‌شود. پاره‌ای از نویسندگان اساساً نموده‌ها را از عناصر میراث فرهنگی سنتی می‌دانند (الماسی و حبیبی، ۱۳۸۶: ۲). در اینجا لازم به توضیح است که حقوق میراث فرهنگی، مالکیت را محدود می‌کند. حقوق مربوطه موجب می‌شود دولت قادر به مداخله در اموال خصوصی مردم شود و معاملات آزادانه پیرامون آن اموال را محدود کند و اینجاست که بحث تعارض میراث فرهنگی - حق جامعه و مالکیت

1. Copyright Law of 20 August 2003(Saudi Arabia)
2. Law Supporting the Rights of Authors, Composers, Artists and Researchers (Copyright Law) (Afghanistan)
3. Law No. 032-99/AN of December 22, 1999 on the Protection of Literary and Artistic Property (Burkina Faso)
4. Law No.1322 of April 13, 1992 on Copyright(Bolivia)

مقاله ۵. گفتاری در حقوق نمودهای فرهنگ‌عامه؛ با تأکید بر ضوابط بهره‌برداری آزاد از نمودها ۱۰۱

خصوصی قابل بررسی است. در برخی کشورها مانند بولیوی اگر ذی‌حق گمنام باشد بحث میراث فرهنگی و تعارض مطرح است؛ اما در پاره‌ای از کشورها مانند تونس (ماده ۷ قانون مالکیت ادبی و هنری)، نمودها در هر حال، بخشی از میراث فرهنگی است که بهره‌برداری از آن به اخذ اجازه دولتی نیاز دارد.^۱ به نظر می‌رسد اعمال حقوق میراث فرهنگی بر نمودها بایستی با دقت بررسی شود چه منجر به تعدیل حقوق مربوط به نمودها می‌شود.

گفتار سوم: بهره‌برداری از نمودها

پرسشی که می‌تواند محل مذاقه قرار گیرد آن است که بهره‌برداری جامعه از نمودها تابع چه ضوابط و معیاری است؟ آیا بهره‌برداری به صورت رایگان است یا معوض؟ آیا ضوابط کیفی و کمی خاصی باید رعایت شود؟

برخی نویسندگان معتقدند که پاسخ به این امر بدان بستگی دارد که نمودها وارد قلمرو عمومی می‌شوند یا خیر؟ زیرا اگر نمودها وارد حوزه عمومی شوند استفاده‌های رایگان قابل قبول‌تر است و نظارت تنها از باب عدم استفاده توهین‌آمیز یا بدنام‌کننده صورت می‌گیرد؛ اما اگر ماهیت نمود، رشد و تغییر دائمی باشد و نمودها در یک مسیر تحولی در حال حرکت باشد، پذیرش ورود به حوزه عمومی دشوار است (غفوری، ۱۳۸۹: ۱۰۹) و لذا نمودها در قلمرو عمومی قرار نمی‌گیرند.

اگرچه نمودها می‌توانند همواره در قلمرو خصوصی خالقانشان قرار گیرد و مفهوم قلمرو عمومی منتفی شود؛ اما بعضی امارات می‌تواند حاکی از تعدیل حقوق ایشان باشد. ممکن است رفتاری از صاحبان حق بروز نماید که حاکی از تحدید حقوق مربوطه باشد. در این زمینه می‌توان به مسأله نشر نمودها پرداخت. از این رو، باید بررسی کرد که صاحبان حق، نمودهای فرهنگی و بومی خود را انتشار داده‌اند یا تمایل دارند این نمودها مکتوم بماند.

لذا این پرسش مطرح است که مفهوم نشر درباره نمودهای فرهنگ‌عامه چگونه تحقق می‌یابد؟ نشر در مقررات بین‌المللی به معنای آن است که اثر با رضایت پدیدآورنده صرف‌نظر از نوع نشر با این هدف منتشر شود که قرار دادن نسخه‌ها در اختیار جامعه نیازهای منطقی آن را با توجه به طبیعت اثر مرتفع نماید (بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون برن). در این خصوص باید توضیح داد که با انتشار، حق افشا

1 . Law No. 94-36 of February 24, 1994, on Literary and Artistic Property (Tunisia)

که از زمره حقوق معنوی است اعمال شده و از سویی زمینه برای استفاده آزادانه آتی از اثر فراهم می‌شود. وقتی که یک جامعه محلی دست‌نوشته‌های مربوط به نیاکان خود را به موزه‌ای می‌سپارد که فقط موزه در نمایش آن مختار است و از نسخه‌برداری بر حذر شده این عمل می‌تواند به معنای عدم انتشار تفسیر شود؛ اما اگر نمود به مرکز آرشیو عمومی شهر سپرده شود و نسخه‌برداری مردم آزاد باشند، نشر روی داده است؛ بنابراین باید بررسی کرد که هدف صاحب نمودها اشتراک‌سازی دستاوردهای خود با عموم است یا می‌خواهند دسترسی کنترل‌شده‌ای وجود داشته باشد.^۱ در این مسیر، نمایش یا اجرای نمود، کمتر می‌تواند مفهوم نشر را داشته باشد؛ اما عرضه در اینترنت و عدم مانع برای دانلود می‌تواند نشر تلقی شود.

نگرش غالب آن است که بهره‌برداری غیرمجاز از جلوه‌های فرهنگ‌عامه به معنای هرگونه استفاده با هدف سود و خارج از مقوله سنتی یا عرفی بدون اجازه مقام یا مرجع صلاحیت‌دار جامعه قومی است (الماسی و حبیبی، ۱۳۸۶: ۹). از این رو، باید بهره‌برداری‌های غیرمجاز را جستجو و تبیین کرد. معمولاً در نظام‌های ملی مصادیق بهره‌برداری غیرمجاز یا مجاز بیان یا معیارهای برای آن ذکر می‌شود. به این ترتیب، جامعه با توسل به این مقررات، حد و مرز خود را برای بهره‌برداری دانسته و رابطه خود با صاحبان حق را تنظیم می‌کند. در این راستا باید اطمینان حاصل کرد که صاحبان حق به حقوق خود رسیده و از حقوق تضمین‌شده‌ای برخوردار هستند.

همچنان که گفته شد حتی اگر مالکیت خصوصی هم مطرح باشد باز حاکمیت در بهره‌برداری به نحوی مداخله دارد. به طور کلی، مطالعات تطبیقی نشان می‌دهد قوانین ملی تلاش دارند مصادیق محدودی را برای بهره‌برداری رایگان از نمودها تبیین نمایند و به این ترتیب دسترسی جامعه را میسر کنند. ماده ۱۶ قانون حمایت از میراث فرهنگی موزامبیک،^۲ صادرات یا واردات موقتی و موردی نمودها را که با هدف فرهنگی یا علمی باشد یا به جهت منافع عمومی باشد، مجاز دانسته و از تعرفه مربوطه معاف می‌داند یا قانون کامرون، نمایش یا تثبیت نمودها با هدف شخصی را مجاز می‌داند.^۳

1 . Gerhardt DR, , Copyright at the Museum: Using the Publication Doctrine to Free Art and History (September 5, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2505041> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2505041.p.447>. p p.353-451. [English]

2 . Law No. 10/88 of December 22, 1988 (Law on the Protection of Cultural Heritage) (Mozambique)

3. Law No. 2000/011 on Copyright and Neighbouring Rights (Cameron)

این امر در مقررات کشور مغرب نیز آمده و بر شخص حقیقی بودن کاربر تأکید دارد.^۱ در این میان قانون بورکینافاسو دقیق‌تر عمل کرده و نسخه‌برداری برای استفاده خصوصی را مجاز دانسته و آن را مقید به عدم جنبه استفاده عمومی کرده (به‌استثنای نرم‌افزارها و پایگاه‌های داده) و استفاده خصوصی و رایگان که منحصراً در چارچوب خانواده باشد را آزاد اعلام نموده و حتی دامنه استفاده آزاد را تا استفاده‌های طنزگونه توسعه بخشیده است (ماده ۲۱). افزون بر این موارد، استفاده‌های آموزشی یا تحقیقات علمی نیز از مصادیق استفاده آزاد تلقی می‌شود به شرط آنکه آموزش به صورت مستقیم باشد. این امر در قانون مغرب و سری‌لانکا^۲ ((۲۴)۲)) بیان شده است. تحلیل و نقد کوتاه نموده‌ها به منظور اطلاع‌رسانی و تکثیر و نشر (حتی کامل) از طریق رسانه‌ها برای پوشش اخبار سیاسی، اجتماعی، اقتصادی یا مذهبی نیز در برخی قوانین مجاز است (ماده ۲۲ قانون مالکیت ادبی و هنری بورکینافاسو). در پاره‌ای قوانین مانند سری‌لانکا (ماده ۲۴)۲)) در این خصوص از اصطلاح گزارش وقایع جاری استفاده شده است. علاوه بر معیار اطلاع‌رسانی و خبری (لستو)^۳ که در بسیاری از قوانین موج می‌زند، معیار استفاده منصفانه نیز در برخی قوانین ملی استفاده شده است. نگارنده در مطالعات خود تنها به معیار استفاده منصفانه حاکم بر استثنائات دست‌یافته و معیار آزمون سه‌گام (بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون برن و ماده ۱۳ موافقت‌نامه تریپس)^۴ در قوانین ملی در خصوص نموده‌ها مطرح نشده است و شرح استفاده منصفانه در مقررات ملی کشورها کمتر مشاهده می‌شود. اصولاً در کشورهای حقوق عرفی عناصر چهارگانه‌ای^۵ برای احراز استفاده منصفانه وجود دارد که دادرس باید بر اساس آن استفاده را منصفانه بداند یا نداند؛^۶ اما در خصوص نموده‌ها چنین عناصری به صراحت مقرر نشده است،

1. Law No. 2-00 on Copyright and Related Rights (Morocco)

2. Intellectual Property Act, No.36 of 2003 (Sri Lanka)

3. Copyright Order No. 13 of 1989 (Lesotho)

4. It shall be a matter for legislation in the countries of the Berne Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

5. the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; the nature of the copyrighted work; the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

۶. برای مطالعه بیشتر (ر.ک: شاکری، ۱۳۹۴: ۲۲۳-۲۰۷)

حتی در برخی قوانین معیار استفاده منصفانه در کنار سایر مصادیق بهره‌برداری استثنائات ذکر شده در حالی که استفاده منصفانه معیار حاکم بر مصادیق است.^۱ گویی که استفاده منصفانه به صورت مستقل یکی از استثنائات است. لذا این پرسش مطرح است که استفاده منصفانه در خصوص نمودها چگونه تحقق می‌یابد؟

روح مقررات ملی نشان می‌دهد که استفاده‌های غیر انتفاعی معمولاً در زمره استفاده‌ای آزاد است. قانون آنگولا^۲ صراحتاً می‌گوید که اشخاص عمومی برای اهداف غیر سودآور مجاز به استفاده هستند یا قانون تونس^۳ بهره‌برداری تجاری را منوط به کسب اجازه دولت کرده است؛ لذا غیرانتفاعی بودن یکی از عناصر مهمی است که دادرس باید در نظر داشته باشد.

افزون بر آن، اگر کسی بتواند از نمودها برای تولید اثر اصیلی استفاده کند، استفاده مذکور می‌تواند منصفانه باشد. به عبارت دیگر، خلق اثری با مفهوم و مبنای متفاوت از نمودهای فرهنگ‌عامه مجاز است. در هیچ‌کدام از قوانین مورد مطالعه مقرر صریحی درباره عدم تعارض با بهره‌برداری عادی و عدم زیان غیرمعقول با تصریح به گام دوم و سوم آزمون سه‌گام مشاهده نمی‌شود؛ اما اشاراتی در مورد پرداخت مابازاء برای استفاده تجاری وجود دارد. بولیوی مبلغی را به سود صندوق رفاه آژانس حمایت از کپی‌رایت مقرر کرده است (ماده ۷) یا روند انتقال مالکیت یا صدور مجوز بهره‌برداری برای اهداف انتفاعی را منوط به پرداخت مبلغی می‌داند که ۲۵٪ آن صرف ترویج تولید آثار خلاقانه می‌شود (ماده ۲۰۱).^۴ البته در این قوانین سخنی درباره پرداخت مستقیم به صاحب حق نشده است و منافع حاصله به سازمان‌های مدیریت جمعی یا شخص عمومی پرداخت می‌شود که ممکن است صاحبان حق در زمره آنان نباشند.

گفتار چهارم: حق معنوی

به‌طور کلی کمتر کشوری به موضوع رعایت حق معنوی مربوط به نمودهای فرهنگ‌عامه می‌پردازد چه موضوع فردگرایی پدیدآورنده همواره اساسی تلقی شده و رعایت حق معنوی برای یک قوم و جامعه به‌سختی قابل‌پذیرش بوده است. با این وجود، تغییر نام و هویت مولد نمود یا جرح‌وتعدیل آن می‌تواند

1. Copyright Order No. 13 of 1989(Lesotho)

2 . Law on Authors' Rights No. 4/1990 (Angola)

3 . Law No. 94-36 of February 24, 1994, on Literary and Artistic Property (Tunisia)

4 . Law No. 7 of 2002 on the Protection of Copyright and Related Rights (Rhonda)

مقاله ۵. گفتاری در حقوق نموده‌های فرهنگ‌عامه؛ با تأکید بر ضوابط بهره‌برداری آزاد از نمودها ۱۰۵

نه تنها برای دارندگان حق بلکه برای فرهنگ جامعه نیز غیرقابل تحمل باشد و نهایتاً اگر جوامع محلی نیز در اعمال چنین حقی ناتوان باشند، حفاظت از حق معنوی بر عهده دولت قرار می‌گیرد (مانند ماده ۷ قانون حقوق مالکیت فکری مصر^۱). رعایت حق معنوی به منظور حفظ هویت فرهنگی و بومی نمودها مهم است و از سویی می‌تواند بر منصفانه بودن بهره‌برداری از نمودها مؤثر باشد. لازم به ذکر بوده که برخی دول در خصوص میراث فرهنگی نیز حق معنوی پدیدآورنده را به رسمیت شمرده‌اند چنانچه دولت هند در خصوص مجسمه‌ای که در زمره میراث فرهنگی بود و طی جابه‌جایی دچار آسیب و حذف نام مؤلف شده بود حق معنوی را برای صاحب حق به رسمیت شناخت.^۲

پرسشی که می‌تواند در اینجا مطرح باشد آن است که حق معنوی در خصوص نمودها چیست و چه مصادیقی دارد؟ همان طور که اشاره شد این موضوع تقریباً مهجور بوده و حفظ کلی حق معنوی معمولاً مورد تأکید قرار داشته است؛ اما با این وجود، حق بر نام در پاره‌ای موارد تصریح شده به طور نمونه در بنین^۳، منبع باید به روش مقتضی و سازگار با استفاده منصفانه با اشاره به قبیله یا جامعه مربوطه و مکان جغرافیایی مشخص شود (ماده ۸۳). به عبارت دیگر، یکی از ارکان استفاده منصفانه می‌تواند رعایت حق معنوی یعنی حق بر نام باشد. در بورکینافاسو بین ذکر نام پدیدآورنده یا مکان جغرافیایی تفکیک شده و ذکر یک مورد کفایت می‌کند (ماده ۹۰).

افزون براین، حق حرمت یا تمامیت نیز در برخی نظام‌ها مقرر شده و بر عهده هر کاربر است که به تمامیت نماد احترام و تضمین کند که در دسترس عمومی به نماد، تمامیت حفظ می‌شود؛ اما در خصوص نحوه تضمین سخنی به میان نیامده است (ماده ۷۳ قانون کپی‌رایت جیبوتی^۴). در بورکینافاسو تغییر و اصلاح بدون اجازه ممنوع است و نمود تغییر یافته بدون اجازه قابل توزیع یا صادرات و واردات نیست (ماده ۹۱).

1 . Law No. 82 of 2002 on the Protection of Intellectual Property Rights(Egypt)

2 . Sundara R, Mira T.(۲۰۰۱), Moral Rights and the Protection of Cultural Heritage: Amar Nath Sehgal v. Union of India (January 1, 2001). International Journal of Cultural Property 2001, 10(1), 79-94. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1805237>. [English]

3. Law No. 2005-30 of April 5, 2006, relating to Copyright and Related Rights of the Republic of Benin (2006).

4. Law No. 154/AN/06 of 23 July 2006 on the Protection of Copyright and Neighboring Rights(Djibouti)

نتیجه گیری

موازنه حقوق مربوط به نمودهای فرهنگ عامه و جامعه دارای ابعاد متنوع و پیچیده‌ای است. از سویی معیارهای نظام حقوق مالکیت فکری سنتی در خصوص نمودها قابل اعمال نیست یا به استحاله نیاز دارد و از سویی دامنه بهره‌برداری از نمودها تابعی از تعیین نوع مالکیت نمودها و حقوق مربوطه است. به‌طور کلی بهره‌برداری‌های رایگان معمولاً پذیرفته شده است؛ اما بهره‌برداری آزاد به معیارهای متقنی نیاز دارد تا حقوق مربوط به نمودها به سادگی به تاراج برده نشود. بنابراین معیار استفاده منصفانه که در برخی قوانین مطرح است می‌تواند راهگشا باشد. توصیه می‌شود در قوانین ملی مقررات دقیقی در خصوص مرزهای کمی و کیفی بهره‌برداری آزاد ذکر شود. این مقررات باید مربوط به رعایت حقوق معنوی صاحبان حق و تعیین حدود نسخه‌برداری یا سایر اقسام بهره‌برداری باشد.

فهرست منابع

الف. منابع فارسی

۱. الماسی، نجادعلی، حبیبی، بهنام (۱۳۸۶)؛ «بررسی تطبیقی حمایت حقوقی از جلوه‌های فرهنگ عامه»، مجله علمی-پژوهشی اندیشه‌های حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره دوازدهم، بهار ۸۶.
۲. الماسی، نجادعلی، حبیبی، بهنام (۱۳۸۶)؛ «جلوه‌های فولکور و سیستم‌های حقوقی موجود»، مجله نامه حقوقی مفید.
۳. رنجبریان، امیرحسین و محمد سعیدی (۱۳۹۵)؛ «صیانت از میراث فرهنگی غیرمادی مردمان بومی: در جست‌وجوی مناسب‌ترین راهکار حقوقی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۵.
۴. زاهدی، مهدی و عمید محمدی (۱۳۹۴)؛ «نقش حقوق مالکیت فکری در حمایت از صنعت گردشگری»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره سیزدهم.
۵. شاکری، زهرا (۱۳۹۴)؛ «استفاده منصفانه از آثار ادبی و هنری؛ حقی برای جامعه؟!»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۵، شماره ۲، تابستان ۹۴.
۶. غفوری، زینب (۱۳۸۹)؛ حمایت از نمودهای فرهنگ عامه (فولکور) در حقوق مالکیت فکری، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.

ب. منابع غیرفارسی

1. Law Supporting the Rights of Authors, Composers, Artists and Researchers (Copyright Law) Afghanistan)

2. Law No. 82 of 2002 on the Protection of Intellectual Property Rights (Egypt)
3. Law No. 2000/011 on Copyright and Neighbouring Rights (Cameron)
4. Copyright Order No. 13 of 1989 (Lesotho)
5. Intellectual Property Act, No. 36 of 2003 (Sri Lanka)
6. Law No. 7 of 2002 on the Protection of Copyright and Related Rights (Rhonda)
7. Farah, Paolo Davide and Tremolada, Riccardo (2014), Desirability of Commodification of Intangible Cultural Heritage: The Unsatisfying Role of Intellectual Property Rights (March 15, 2014). *Transnational Dispute Management, Special Issue, Volume 11, Issue 2, March 2014*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2472339>
8. Gerhardt, Deborah R. (2014), Copyright at the Museum: Using the Publication Doctrine to Free Art and History (September 5, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2505041> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2505041>, p. 447. Pp. 353-451
9. Sundara Rajan, Mira T. (۲۰۰۱), Moral Rights and the Protection of Cultural Heritage: *Amar Nath Sehgal v. Union of India* (January 1, 2001). *International Journal of Cultural Property*, Vol. 10, No. 1, pp. 79-94, 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1805237>
10. Law No. 10/88 of December 22, 1988 (Law on the Protection of Cultural Heritage) (Mozambique)
11. Law on Authors' Rights No. 4/1990 (Angola)
12. Law No. 1322 of April 13, 1992 on Copyright (Bolivia)
13. Law No. 94-36 of February 24, 1994, on Literary and Artistic Property (Tunisia)
14. Law No. 032-99/AN of December 22, 1999 on the Protection of Literary and Artistic Property (Burkina Faso)
15. Law No. 2-00 on Copyright and Related Rights (Morocco)
16. Copyright Law of 20 August 2003 (Saudi Arabia)
17. Law No. 2005-30 of April 5, 2006, relating to Copyright and Related Rights of the Republic of Benin (Benin)
18. Law No. 154/AN/06 of 23 July 2006 on the Protection of Copyright and Neighboring Rights (Djibouti)