

ملک معنی در کنار گفتاری در فلسفه حقوق مالکیت فکری

دکتر حسن جعفری تبار *

استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران

چکیده:

فلسفه حقوق مالکیت فکری بر دو مبحث بنیادین استوار است: مفهوم حق مالکیت فکری و توجیه این حق. تاریخ حقوق ایران برای شناسایی مفهوم حقوق مالکیت فکری با سه دشواری مواجه بوده است: آمیختن مالکیت اعتباری و مالکیت حقیقی، آمیختن تصرف و مالکیت، و ضرورت عین بودن مبیع. در توجیه مالکیت فکری نیز می‌توان به سه امر استدلال کرد: مالکیت فکری همچون حق طبیعی، مالکیت فکری همچون شخصیت، و مالکیت فکری همچون امتیاز. سعی این مقاله آن است که با تحلیل خطایی که حقوق سنتی از دیرباز به آن مبتلا شده، هم در مفهوم مالکیت‌های فکری بازاندیشی کند و هم توجیهی دیگر بر آن بیابد. حقوقدانان مایلند هر رابطه‌ای را در چارچوب مالکیت فهم کنند اما ضرورتی نیست که هرگونه حق معنوی به مالکیت تحویل شود؛ می‌توان محق بود ولی مالک نبود و نیز می‌توان زیان به حقوق معنوی را از دریچه مسؤلیت مدنی نگریست.

واژگان کلیدی:

حق - امتیاز - مالکیت - اعتبار - تصرف - جده - عین - مبیع - کار - حریت - شخصیت - مسؤلیت مدنی

E mail: hjtabar@ut.ac.ir

* فاکس: ۶۶۴۰۹۵۹۵

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی منتشر شده است:
"از آستین طیبیان، قولی در مسؤلیت مدنی پزشکان"، شماره ۴۱، پاییز ۷۷؛ "درآمدی بر تاریخ نگاری علم حقوق"، شماره ۶۰، تابستان ۸۲؛ "همم شهریاری، همم موبدی، (گفتاری در حقوق مذهبی ایران در دوره ساسانی)"، شماره ۷۰، زمستان ۸۴؛ "شرح حق پایان ندارد همچو حق؛ گفتاری در سیر تاریخی تقلیل مفهوم حق از عدالت به مالکیت، شماره ۷۲، تابستان ۸۵.

مقاله ملک معنی در کنار برای بزرگداشت استاد دکتر سید حسین صفایی نگاشته شده است.

مقدمه

آیا دانش فلسفه حقوق مالکیت فکری دانشی درجه اول است یا درجه دوم؟ این پرسش یکی از سؤالهای مهم فلسفه حقوق مالکیت فکری است. دانش‌های درجه اول به وقایع خارجی می‌پردازند و دانش‌های درجه دوم به دانش‌های درجه اول. علم حقوق، علمی درجه اول است اما فلسفه حقوق - در آن بخش که به مطالعه خود علم حقوق مشغول است - دانشی است درجه دوم. فلسفه علم حقوق از فلسفه‌های مضاف است که در قرن اخیر نضج گرفته‌اند لیکن همه فلسفه‌های مضاف به‌ضرورت، دانش درجه دوم نیستند؛ فقط فلسفه‌هایی چنین‌اند که علم‌شناسی‌اند و به مطالعه دانشی دیگر می‌پردازند. علم تاریخ، دانشی درجه اول است چون حوادث و وقایع تاریخی را بررسی می‌کند. فلسفه علم تاریخ اگر درباره خود علم تاریخ پرسش‌هایی فلسفی دارد، دانش درجه دوم است؛ بدین‌سان، این پرسش که «آیا تاریخ علم است یا نه» و این که «تاریخ علم تاریخ چیست»، پرسش‌هایی درجه دوم هستند. لیکن اگر سؤال فلسفی، نه به علم تاریخ که به خود تاریخ - همچون یک واقعیت - ارجاع دهد، آن‌گاه این فلسفه تاریخ، درجه اول خواهد بود؛ بدین‌سان، این پرسش که آیا تاریخ (نه علم تاریخ) سرانجامی دارد یا نه، پرسشی است درجه اول؛ چه درباره واقعیت تاریخ و زمان است نه درباره دانش تاریخ.

قصه فلسفه حقوق نیز چنین است؛ فلسفه حقوق فقط وقتی دانش درجه دوم است که موضوعش علم حقوق باشد. این سؤال که «آیا روش‌شناسی علم حقوق همچون علوم طبیعی است یا همچون دیگر علوم انسانی» و این که «علم حقوق چه تحولی در تاریخ داشته»، سؤال‌هایی درجه دوم‌اند. اما اگر پرسش فلسفی فیلسوف حقوق، چستی حق است، پرسش او درجه اول است؛ چه موضوع مطالعه او امر محقق خارجی (= حق) است نه دانش رسمی (= علم حقوق). به دیگر بیان، اگر در ترکیب اضافی

«فلسفه حقوق»^۱ مقصود از حقوق، علم حقوق است (= Law) دانش ما درجه دوم است، لیکن اگر غرض از فلسفه حقوق،^۲ فلسفه حق‌ها (= Rights) است، آنگاه با دانشی درجه اول مواجهیم. حقوق همچون تاریخ، مشترکی لفظی است؛ گاه تاریخ به معنی علم تاریخ است (همچون رشته دانشگاهی تاریخ) و گاه به معنی خود وقایع (همچون تاریخ جنگ جهانی دوم). حقوق نیز گاه به مفهوم علم حقوق است (= دیسیپلین حقوق) و گاه جمع حق.

در ترکیب فلسفه حقوق مالکیت فکری باید حقوق را بیشتر جمع «حق» دانست تا علم حقوق. چه، هنوز وجود رشته‌ای علمی به نام «حقوق مالکیت فکری»، که قسیم علم حقوق باشد، مسلم نیست. وانگهی، اگر وجود مستقل این رشته علمی، محقق باشد هنوز متدولوژی آن از روش‌شناسی علم حقوق به شکلی مشخص، جدا نیست؛ همچون دو علم فیزیک و شیمی که هر دو در رشته علمی علوم طبیعی قرار می‌گیرند لیکن فلسفه‌ای کاملاً ممتاز از یکدیگر ندارند. بدین‌سان فلسفه حقوق مالکیت فکری، بیشتر فلسفه حق مالکیت فکری است^۳ تا فلسفه علم حقوق مالکیت فکری؛^۴ به دیگر سخن، محتوای این فلسفه، گزاره‌هایی درجه اول است درباره مفهوم حق مالکیت فکری و توجیه هنجاری آن؛ این که آیا وجود حقی به نام مالکیت فکری ممکن است یا ممتنع و آیا پذیرش این مفهوم، مطلوب است یا نامطلوب. می‌توان البته درباره فلسفه علم حقوق مالکیت فکری نیز تأملاتی داشت لیکن این تأملات، به تقریب، همان مسائل فلسفه علم حقوق است؛ یعنی تطبیق روش‌شناسی علم حقوق با روش‌شناسی علوم تجربی و علوم اجتماعی (جعفری‌تبار، ۱۳۸۳، ص ۱۹). آنچه ما در اینجا از فلسفه حقوق مالکیت فکری اراده می‌کنیم، مطالعه فلسفی حق مالکیت فکری است: آیا این حق، حقی طبیعی و پیشینی است یا امتیازی دولتی و پسینی و ضرورت آن کدام است؟ پس، مقاله خود را به دو

1. Philosophy of Law

2. Philosophy of rights.

3. Philosophy of intellectual Property rights.

4. Philosophy of intellectual property Law.

گفتار تقسیم می‌کنیم: مفهوم حق مالکیت فکری^۱ و توجیه حق مالکیت فکری.^۲ در گفتار نخست، «چیستی» این حق مطالعه می‌شود و در گفتار دوم، «بایستی» آن. گفتار نخست، حکمت نظری حق مالکیت فکری است و گفتار دوم، حکمت عملی آن. سؤال در گفتار نخست این است که حق مالکیت فکری چیست و آیا چنین حقی وجود دارد،^۳ و پرسش گفتار دوم آن است که چرا این حق باید / نباید باشد.

گفتار نخست: مفهوم حق مالکیت فکری

بحث از مفاهیم، یکسره بحثی فلسفی است نه علمی. مفهوم‌شناسی (= تعریف) به گزاره‌های تحلیلی^۴ (= پیشینی^۵) می‌انجامد که در دیدگاه پوپر، گزاره‌هایی غیرعلمی و ابطال‌ناپذیر است. گزاره تحلیلی «دو چرخه دو چرخ دارد» اطلاعاتی جدید به خواننده نمی‌دهد و محمول قضیه، همان موضوع آن است (= توتولوژی). تعریف نیز، بر بنیاد ادعای تعریف‌کننده، حقیقت ذات معرف را بیان می‌کند و نقد و ابطال آن بر تافته نمی‌شود. چه تنها گزاره‌های علمی و تألیفی^۶ (= پسینی^۷) هستند که صدق و کذب آنها پس از تجربه آشکار می‌گردد اما صدق گزاره‌های پیشینی، ضروری است و هرگز تکذیب آنها ممکن نخواهد بود. می‌توان کذب این گزاره تألیفی را نشان داد که «زمین دو ماه دارد» لیکن تکذیب این گزاره که «دو چرخه دو چرخ دارد» ناممکن است. مفهوم‌سازی‌ها نیز به گزاره‌های تحلیلی نزدیک می‌شوند؛ درج واژه عادلانه در تعریف حقوق، سبب می‌شود نظامی از قواعد که از هر جهت شبیه حقوق است دیگر حقوق

1. Conceptualization of intellectual property rights.

2. Justification of intellectual property rights.

3. تاریخ حقوق مالکیت فکری نیز از مباحث چیستی حقوق مالکیت فکری است و ممکن است جزئی از مباحث

فلسفه حقوق مالکیت فکری قرار گیرد.

4. analytic

5. a priori

6. synthetic

7. a Posteriori

محسوب نشود، همچنان که وسیله نقلیه‌ای که مانند دوچرخه است ولی یک چرخ اضافه دارد، سه‌چرخه است نه دوچرخه.

گفتار نخست درباره مفهوم حق مالکیت فکری در سه عنوان تقریر می‌شود: مفهوم فلسفی مالکیت فکری، مفهوم منطقی آن و سرانجام، مفهوم تاریخی - فقهی آن. فقیهان و حقوقدانان سنتی ایران در پذیرش مالکیت فکری با سه دشواری تاریخی مواجه‌اند: نخست، خلط مالکیت اعتباری و مالکیت حقیقی. دوم تقلیل مالکیت به تصرف و سوم، پذیرش ضرورت عین بودن مبیع. آنان قانع شده بودند که مالکیت به معنی تصاحب است و تصاحب به معنای تصرف و برای انتقال این تصرف باید موضوع تصرف، چیزی عینی و ملموس باشد.

البته آنچه بر این هر سه دشواری مقدم است، تحلیل خطایی است که حقوق سنتی از دیرباز به آن مبتلا شده است. فقیهان و حقوقدانان مایلند هر رابطه‌ای را در چارچوب مالکیت فهم کنند و این، نتیجه فروکاستن مفهوم حق به مالکیت است (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵، ص ۸۵ به بعد).^۱ ضرورتی نیست که هرگونه حق معنوی به مالکیت تحویل شود تا پیچ و خم رابطه‌ی فنی مالکانه، نظریه‌پرداز را به تنگی قافیه دچار سازد؛ می‌توان محق بود ولی مالک نبود. نیز می‌توان هرگونه زیان به حقوق معنوی را از دریچه مسئولیت مدنی نگریست: خسارتها - حتی آنها که به مال تقویم نمی‌شوند - قابلیت جبران را - حتی جبران به مال - دارا هستند. اضرار به حقوق معنوی نیز باید به شیوه‌ای، گرچه مالی، تدارک شود. آن که به حق معنوی دیگری حرمت نمی‌نهد به شکلی غیر عادلانه دارا شده است؛ دارا شدنی که بی‌گمان ضمان‌آور است (دراسین‌اور، اس اس آر ان، ۲۷۵۴۷۰). اما اگر از

^۱ . در سنت حقوقی به هر چیز نگاهی مالکانه می‌شود. نتیجه این نگاه، تقلیل روابط حقوقی و اجتماعی به «بده/بستانی» سودجویانه است. بنگرید به عبارتهای شفای ابن سینا در تحلیل حقوقی نکاح به مالکیت بضع و این که مرد، مالک زن می‌شود (و بدین‌سان زن نمی‌تواند شوهری دیگر اختیار کند) اما زن مالک مرد نمی‌شود (پس او می‌تواند با زنی دیگر زواج کند) رک. ابن سینا: الشفاء، الالاهیات (۱)، ص ۴۵۰؛ لکن الرجل یجب ان یعوض من ذلک عوضاً، و هو انه یملکها و هی لا تملکها فلا یکون لها ان تنکح غیره و اما الرجل فلا یحجر علیه فی هذا الباب.

این نکته درگذریم، چون همواره از مالکیت (مادّی یا معنوی) سخن گفته‌اند، باید به سه دشواری موجود در فهم این مفهوم اشاره کرد.

الف. مفهوم فلسفی مالکیت فکری

مفاهیم دو گونه‌اند: عینی^۱ و انتزاعی^۲. مفهوم عینی دارای ذاتی فیزیکی است و وجودی خارجی (= خارج از ذهن) دارد اما مفهوم انتزاعی، موجودی ذهنی و اعتباری است. مالکیت، نه عینی دارد همچون عینیت مالک و شیء مملوک، و نه حتی از حالت تطابق مالک و مملوک اخذ شده آنچنان که توازی را از حالت وجود دو عین (ریل راه آهن) فهم می‌کنند. مالکیت فقط بر ساخته قوه مخیله انسان‌ها است که به شکلی جمعی آن را تصور و قرارداد کرده‌اند. رابطه‌های عینی و حقیقی به صرف اراده‌های انسانی فسخ نمی‌شوند لیکن رابطه‌های اعتباری و مجازی به محض اراده فسخ می‌پذیرند. نمی‌توان اراده کرد که خورشید تاریک شود مگر آن که عملیاتی فیزیکی بر روی آن اعمال شود. اما می‌توان چنین خواست که زوجیتی فقط به دلیل انشاء، فسخ شود یا مالکیتی مُلغی گردد. مفاهیم حقیقی، وجودی مستقل از انسان دارند لیکن مفاهیم اعتباری فقط پس از نیاز و تعاهد انسانی پدیدار می‌شوند. وجود نور خورشید به وجود انسان وابسته نیست اما اگر انسانها نبودند، زوجیت و مالکیتی هم به وجود نمی‌آمد.

تفریق میان مفهوم حقیقی و عینی و مفهوم مجازی و اعتباری سبب تفریق احکام مترتب بر آنها نیز می‌گردد. تقدّم علّت بر معلول، تقدّمی وجودی و عینی است لیکن در دنیای اعتبار چنین تقدّمی ضرورت ندارد. نمی‌توان وجود میزی را در عالم واقع، پیش از وجود سازنده آن باور داشت، اما می‌توان وجود عقدی را در عالم اعتبار، پیش از وجود سبب آن تخیل کرد (= اثر اجازه در عقد فضولی و اکراهی / نظریه کشف). خلط دو مفهوم حقیقی و اعتباری همان مغالطه طبیعت‌گرایانه^۳ است که تاریخ حقوق سنتی

1. Concrete.

2. Abstract.

3. Naturalistic fallacy.

با آن به خوبی آشناست.

دشواری دیگر در تشخیص حقیقت از مجاز، در جایی است که مفهومی معین، هم کارکردی حقیقی داشته باشد و هم کارکردی اعتباری. مالکیت از همین عناوین است که هم گونه حقیقی آن متصور است و هم نوع مجازی و انتزاعی آن. به طور مثال، مالکیت خداوند بر هستی، مالکیتی حقیقی است^۱ زیرا با فرض و تخیل کسی ایجاد نشده تا با اراده او ملغی شود. اگر شخصی مالک اتومبیلی است، مالکیت او به وضع و جعل قانونگذار است و با وضع و جعلی دیگر، ممکن است این مالکیت، نابوده محسوب شود. اما مالکیت علت العلل بر معلولها با انشاء مقامی برتر خلق نشده و قابل باز پس‌گیری نیز نیست. «مالکیت خداوند» در اینجا خود عنوانی مجازی است چنانکه بگوییم شکر مالک شیرینی است. مقصود از مالکیت در اینجا دربردارندگی و تصاحب و سیطره و همراهی است نه مالکیت حقوقی؛ شکر بر بنیاد وجود خود «دارای» شیرینی است (= همراه و ملازم آن است) و این، با مالکیتی که به اعتبار شارع ایجاد می‌شود متفاوت است. وانگهی، مالکیت حقیقی خود عنوانی مجازی است و ما فقط با ارتکاب گونه‌ای تجوز لفظی، شکر را نیز دارای شیرینی می‌نامیم و آهن ربا را دارای مغناطیس و خدا را دارای جهان. همین‌گونه است مالکیت انسان بر نفس و جان و بدن خود؛ انسان به حقیقت، نه با فرض مقنن، بر نفس خود سیطره دارد لیکن هیچکس به حقیقت و طبیعت، مالک مملوک خود - همچون اتومبیل - نیست. قانونگذار فقط چنین خواسته که با مهیا بودن همه شرایط، شخص الف مالک اتومبیل محسوب شود.

محمد حسین غروی اصفهانی در بحثی دقیق درباره حق می‌گوید: حق در اصل لغت به معنای ثبوت است^۲ و ثبوت بی‌اضافه به چیزی، قابلیت اعتبار ندارد. اما هرگز ثبوت

^۱. لمن الملك اليوم لله الواحد القهار.

^۲. کلام صادق، حق است چون مضمون آن در واقع ثابت (=محقق) است. می‌توان به جای کلمه حَقّاً در این آیه قرآن، کلمه ثابتاً گذاشت: و كان حَقّاً علينا نصر المومنين. همچنین است يحقّ الله الحقّ (= يثبت)، حقّ القول على اكثرهم (= ثبت)، حقّت كلمة ربك (= ثبتت)، الحاقه (= النازلة الثابتة)، و حقيق على ان لا اقول الا الحقّ (=

«زمین» برای انسان اعتبار نمی‌شود بلکه ثبوت «مالکیت زمین» برای او لحاظ می‌گردد. اعتبار ثبوت چیزی برای چیزی دیگر وقتی صحیح است که از آن به دلیل ثبوت حقیقتش بی‌نیاز نباشد وگرنه این اعتبار لغو است. مالکیت خداوند و سلطنت او بر جهان به «اعتبار» نیست تا بتوان آن را از موارد مالکیت و حق قرار داد. این مالکیت و احاطه، احاطه‌ای وجودی است؛ بدان معنی که ذات موجودات، به حقیقت، برای خداوند ثابت است. غروی اصفهانی چنین ادامه می‌دهد که ولایت حاکم شرع نیز جلوه‌ای از ولایت خداوند نیست زیرا ولایت خداوند، حقیقی است اما ولایت حاکم شرع، اعتباری^۱ (غروی اصفهانی، ۱۳۶۳ ق، ص ۹).

همچنین وقتی می‌گوئیم انسان بر وجودش مالک‌تر است تا دیگران، نسبت مالکیت به نفس و فعل انسان، اعتباری نیست. معنای مالکیت انسان بر فعل خود، تبعیت حرکات و سکناات اوست از اختیار و اراده او. زمام کار انسان به حقیقت و واقعیت، در دست انسان است نه به جعل و اعتبار شارع. پس اگر الف مطیع ب است می‌توان ب را مالک الف نامید همچنان که موسی می‌گوید من مالک خود و برادرم هستم.^۲ هارون منقاد موسی است و این انقیاد، حقیقی است نه اعتباری و بدین‌سان آثار مالکیت شرعی بر آن ثابت نمی‌شود. همچنین است انقیاد تکوینی و ذاتی جهان در برابر خدا؛ خداوند مستحق (= مالک) عبادت جهانیان است اما این مالکیت با مالکیت انسانها بر اموال خود متفاوت است. بدین‌سان، شیخ محمد حسین غروی اصفهانی نظر فقیهانی را نمی‌پذیرد که اجرت گرفتن بر واجبات را (همچون نماز) حرام می‌دانند؛ آنان چنین می‌پندارند که نماز ملک خداوند است و دارا شدن به هزینه ملک و مال دیگری، نوعی است از اکل مال به باطل.^۳

ثابت علی).

^۱. و منه يظهر ان ولاية الحاكم الشرعي ليس من رشحات ولاية الله تعالى .

^۲. ربّ اَنّي لا املك الا نفسي و اخي (سوره مائده 5/25).

^۳. باید توجه داشت که وجوب عبادت بر بندگان، اعتباری است اما سلطنت و مالکیت خداوند بر این عبادت،

بدین‌سان مال، به‌ضرورت چیزی نیست که واجد عینیت و وجودی طبیعی باشد؛ بلکه هر چیز که اعتبارکننده آن را مال فرض کند، مال نامیده خواهد شد حتی اگر این چیز، امری فکری و معنوی و یا اعضای انسانی باشد که علی‌الاصول مالکیت آن، حقیقی است (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ش ۵).^۱ منتها، در مرحله توجیه است که باید به ضرورت این مالکیت پرداخته شود؛ مقنن پس از ارزیابی حقها و مصلحت‌ها باید به این نتیجه برسد که آیا مال بودن چیزی خاص، به خیر انسان یا به عدالت اجتماعی منتهی می‌شود یا نه.

ب. تصرف و مالکیت؛ تفاوت ملک منطقی با ملک حقوقی

یکی از مقولات عشر در منطق ارسطویی، مقوله جده (ملک = لَه) است و آن، بر طبق تعریف منطقیان، بودن چیزی است چیزی را (شهابی، ۱۳۶۱، ص ۶۷)^۲، همچون نسبت جسمی به جسمی دیگر که منطبق بر سطح آن یا بر جزئی از سطح آن است؛ مثل هیأتی که از پوشیدن لباس و کفش و انگشتر برای انسان، و پوست برای درخت حاصل می‌شود. احاطه شیء اول بر شیء دوم به گونه‌ای است که با حرکت محاطه، محیط نیز منتقل می‌شود. بدین‌سان، در مقوله جده، به شیوه مالکیت و ناقل قانونی نظری نمی‌افکنند؛ همین که لباس بر تن فرد است و با او حرکت می‌کند، نسبت جده محقق

حقیقی.

^۱ «آنچه مورد تملک قرار می‌گیرد و به اشخاص اختصاص می‌یابد و از نظر حقوقی در آن تصرف می‌شود، رابطه اعتباری است که انسان با اشیاء دارد و به خاطر همین رابطه است که به آنها مال گفته می‌شود.» و نیز رک. مقاله آدام موسوف: آیا کمی رایت مال است؟ نیز رک. گوردون اسمیت و راسل پار: مالکیت فکری، صفحه ۳ به بعد؛ و رودنی ریدر: مفهوم تجاری حقوق مالکیت فکری، ص ۳ به بعد. و در این باره که آیا اطلاعات کامپیوتری و ژنتیکی می‌توانند عین محسوب شوند رک. مارگارت جین رادین: عینی‌بودن اطلاعات.

^۲ «هیأتی را که از لحاظ نسبت شیء به امری که اولاً آن امر محیط بر این شیء باشد و ثانیاً، به حرکت و انتقال این شیء، آن امر متحرک و منتقل گردد، حاصل شود به نام ملک یا لهیا جده خوانند مثل نسبت حاصله برای انسان با کفش یا کلاه یا لباسش مثلاً».

می‌شود بی‌ملاحظه مالک بودن یا غاصب بودن او^۱. لیکن نسبت اعتباری فرد را با مالش (= مالکیت حقوقی) نمی‌توان جده (= ملک منطقی) دانست و ضرورتی نیست که مال شخص همراه با خود او حرکت کند. در برخی آثار منطق ارسطویی میان دو ملک (ملک حقوقی و ملک منطقی) خلط کرده‌اند و برای جده، به ملک حقوقی مثال زده‌اند. به‌طور مثال، خواجه نصیرالدین طوسی در کتاب اساس الاقتباس می‌گوید: «...دیگر مقوله جده و ملک و له است و این هر سه نامهای این مقوله است. و آن نزدیک متقدمان (= یونانیان) بودن چیزی است چیزی را مانند علم و شجاعت و صحت و جمال و مال و فرزند و مکان و امثال آن زید را، و به نزدیک متأخران (= فیلسوفان مسلمان) هیأتی است که جسم را باشد به سبب نسبت او با مُلاصقی یا محیطی یا شاملی که منتقل باشد به انتقال جسم مانند تلبس و تسلح و تقمص و تزین و تنعل و غیر آن. و بعضی از آن، ذاتی بود چون بودن حیوان در پوست خود و بعضی، عرضی بود چون پوشیدگی به جامه؛ و بعضی، کلی بود چون پوشیدگی به کل و بعضی، جزوی بود چون پوشیدگی به جزء» (خواجه نصیرالدین طوسی، ۱۳۶۱، ص ۵۱).

شاید به دلیل همین پراکندگی در تبیین معنای جده، ابن سینا در *دانشنامه علائی* می‌گوید: «و این باب (= باب جده) مرا هنوز معلوم نشده است»^۲؛ گوئی به دقت معلوم نشده است که آیا مقصود از جده، مالکیت اعتباری است یا تصرف و تصاحب فیزیکی. مالکیت شاید در بسیاری موارد ملازم تصرف و دست‌اندازی^۳ باشد اما همواره این‌گونه نیست. فقیهان، مفهوم مالکیت را به مفهوم تصرف (= به چنگ آوردن چیزی) تقلیل می‌دهند و به همین دلیل، پذیرش مالکیت‌های معنوی با دشواری مواجه می‌شود؛ چه نمی‌توان آن را به تصرف فیزیکی درآورد. تقلیل مالکیت به تصرف، در *قاعده ید*

^۱ مقایسه شود با مفهوم دارندگان وسایط نقلیه موتوری زمینی در قانون بیمه مصوب سال ۱۳۴۷ که مقصود از دارنده، متصرف آن است نه مالک اتومبیل.

^۲ همچنین ابن سینا در شفا می‌گوید: «و اما مقوله الجده فلم ینفق لی الی هذه الغایة فهمها».

^۳ appropriation.

به خوبی هویدا است؛ نزد حقوقدانان، آن که مالی در دست دارد مالک است.

ج . مفهوم تاریخی / فقهی مالکیت معنوی

۱. مسأله عین بودن مبیع

مباحث فقهی درباره آثار ادبی فقط به بیع عین کتاب و پرداخت دستمزد استنساخ کتاب منحصر است^۱ و از حق معنوی موسیقی دانان و مجسمه‌سازان و دانشمندان نسبت به آثار خود کمتر سخن گفته‌اند. بیع که نماد نهادهای حقوقی انتقال‌دهنده مالکیت است فقط شایسته انتقال مالکیت اشیاء عینی (همچون عین کتاب) است (= تملیک عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی) و حقوق معنوی که با بیع، انتقال‌یافتنی نیستند گوئی مال تلقی نمی‌شوند تا قابلیت نقل و انتقال داشته باشند.

برای لزوم عین بودن مبیع - که قانون مدنی و بسیاری فقیهان به آن تصریح کرده‌اند - نه نصی در منابع فقه موجود است و نه نشانی دقیق از آن در آثار فقیهان متقدم می‌توان یافت. به عکس، گاه شواهدی را در سنت می‌توان دید که به عین نبودن مبیع اشاره کرده‌اند؛ چنان‌که در روایتی منسوب به امام کاظم، منافع و سکناى خانه‌ای که صاحب آن مجهول است به جای عین خانه، فروختنی دانسته شده (شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۳ ق، ص ۲۵۰)^۲.

^۱ به‌طور مثال فیروزآبادی می‌گوید: و يجوز بیع المصاحف و كتب الأدب لما روی عن ابن عباس رضی اللہ عنہ أنه سئل عن بیع المصاحف، فقال: لا بأس لأنهم يأخذون أجور أیدیهم. رک. ابواسحاق فیروزآبادی (متوفی به سال ۴۶۷) در کتاب المهدب فی فقه مذهب الامام الشافعی، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ۱۳۴۳ ق، ج. اول، صفحه ۲۶۰.

^۲ عن اسحاق بن عمار عن العبد الصالح قال: سألتُه عن رجلٍ فی یدِهِ دارٌ لیسَتْ لَهُ وَ لَمْ تَزَلْ فی یدِهِ وَ یدِ أبائِهِ مِنْ قَبْلِهِ قَدْ أَعْلَمَهُ مَنْ مَضَى مِنْ أبائِهِ أَنَّهُمْ لیسَتْ لَهُمْ، وَ لَا یدرونَ لِمَنْ هِيَ فَبِیْعِهَا وَ یأْخُذْ ثَمَنَهَا. قال: ما أَحَبُّ أنْ یَبِیعَ ما لیسَ لَهُ. قُلْتُ: فَأَنَّهُ لیسَ یَعْرِفُ صَاحِبَهَا وَ لَا یدری لِمَنْ هِيَ وَ لَا أَطْنُهُ یَجِیءُ لَهَا رَبٌّ أَبَدًا قال: ما أَحَبُّ أنْ یَبِیعَ ما لیسَ لَهُ. قُلْتُ فَبِیْعِ سَکَنَها أَوْ مَکَانَهَا فی یدِهِ فَيَقولُ: أبيعُکَ سَکَنایَ وَ تَكونُ فی یدِکَ کَمَا هِيَ فی یدِی. قالَ نَعَمْ، فَبِیْعُها عَلی هذا. البته محتمل است که در اینجا سکنی به معنای مسکن به کار رفته باشد.

فقیهان متقدم شیعه نیز در قرن پنجم اشارتی به لزوم عین بودن مبیع ندارند و شیخ طوسی در کتاب «المبسوط» بر قابل بیع بودن خدمت و عمل بنده تأکید کرده است (شهیدی، ۱۴۰۷ ق، ص ۱۴۹). در آثار فقیهان قرن هفتم و هشتم نیز دلیلی متقن بر این مطلب یافت نمی‌شود؛ شهید اول و محقق حلّی بیع را فقط به نقل ملک تعریف کرده‌اند (محقق حلّی، چاپ سنگی، ص ۹۸)^۱ و علامه حلّی نیز در یکی از کتابهای خود تنها چنین شرط کرده است که مبیع باید صلاحیت تملیک و تملک را داشته باشد (حسینی عاملی، مؤسسه آل بیت، ص ۲۱۹ و شهید اول، ص ۲۴۶).

برخی فقیهان در اواخر قرن هفتم، به‌طور ضمنی به مسأله عین بودن مبیع اشاره کرده‌اند. این دسته از فقیهان، گرچه عین بودن مبیع را شرط نکرده‌اند ولی از فحوای عبارتشان می‌توان استنباط کرد که به آن نظر داشته‌اند (یحیی بن سعید حلّی، ۱۴۰۵ ق، ص ۲۴۶).^۲ در اواخر قرن یازدهم عین بودن مبیع به‌صراحت در عبارت فقیهان، مذکور افتاده است (شیخ بهایی، ۱۳۱۹ ق، ص ۲۰۷)^۳، تا جایی که برخی از فقیهان به افراط گراییده‌اند و لزوم عین بودن را هم در جانب مبیع و هم در جانب ثمن، تصریح کرده‌اند (شیخ یوسف بحرانی، ص ۴۲۹).^۴

^۱ «و هو اللفظ الدالّ علی نقل الملك ...» و شهید اول: اللّمعه اللّمشقیه، ذیل الروضه البهیّه، ۲۲۱/۳: و هو الايجاب والقبول الدالّان علی نقل الملك.

^۲ والبیع جنسٌ تحته ثلاثه انواع: بیع الاعیان الحاضره والاعیان الغائبه والمضمون فی الذمه. و نیز رک. علامه حلّی، المختصر النافع، و سید احمد خوانساری: جامع المدارک، جلد ۳، ص ۶۵، و شهید ثانی، الروضه البهیّه، جلد ۴، ص ۳۲۷. این گونه اشاره‌های ضمنی را می‌توان در قرنهای گذشته نیز پی گرفت ولی چون تصریحی به لزوم عین بودن مبیع ندارند نمی‌توان آنها را شاهدی متقن بر این امر دانست. فیروزآبادی، فقیه قرن پنجم، در کتاب مهذب، ج ۱، ص ۲۵۹ می‌گوید: باب ما یجوز و ما لا یجوز؛ الاعیان ضربان: نجس و طاهر، و بدین سان به نظر می‌رسد که مبیع در فرد اجلای خود (= عین) منحصر شده است.

^۳ یازدهم از شروط بیع نقد آن که متاع، عین باشد؛ پس بیع دین و منفعت آن صحیح نیست. شیخ محمد حسن نجفی: جواهر الکلام، جلد ۲۲، ص ۲۰۸: لا خلاف ولا اشکال فی اعتبار کون المبیع عیناً، و شیخ انصاری، المکاسب، ص: ۷۹ والظاهر اختصاص المعوض بالعين.

^۴ المشهور بین الاصحاب انه یشرط فی العوضین ان یكونا عیناً. نیز رک میرزا فتاح شهیدی: هدایه الطالب

فقیهان معاصر نیز به پیروی از آراء عالمان قرن دوازدهم و سیزدهم و علی‌الخصوص با تأثر از اندیشه‌های شیخ محمدحسن نجفی و شیخ انصاری، به لزوم عین بودن مبیع باور یافته‌اند. نویسندگان قانون مدنی ایران هم همین رویه را در قانون تبعیت کرده‌اند و بیع را تملیک عین به عوض معلوم دانسته‌اند با آن که به نقل شیخ انصاری، تعریف اصلی بیع، مبادله مال در برابر مال است (شیخ انصاری، ۱۳۶۶، ص ۷۹) و این مال ممکن است اعم از اعیان و منافع و حقوق و عمل انسان^۱ باشد. از میان فقیهان معاصر، محمد جواد مغنیه، حق را نیز موضوع بیع دانسته است (مغنیه، ص ۱۱۹).^۲

از مجموع آثار فقهی می‌توان نتیجه گرفت که منظور فقیهان از عین، عین در برابر منفعت است نه آن چه در معنای فلسفی، ذات قائم به نفس دارای وجود خارجی خوانده می‌شود. لیکن همواره از عین، فرد اجزای آن به ذهن متبادر شده است. بدین‌سان، حقوق و دیون را نیز می‌توان از مصادیق عین محسوب کرد. روش کتابهای فقهی آن است که در باب بیع، از حرمت موسیقی و غنا و مجسمه‌سازی نیز سخن گویند. این شیوه شاید دلیلی بر آن است که فروش و واگذاری و تجارت با خود اثر هنری نیز علاوه بر عین‌آلات موسیقی و مجسمه، سابقه‌ای در ذهن فقیهان داشته، گرچه همواره در فقه، مال به عین فروکاسته شده است.

مالکیت در تاریخ حقوق فقط به معنای مالکیت اعیان خارجی بود و منافع به‌دشوار، موضوع مالکیت قرار می‌گرفت.^۳ شاید در آغاز، طلا و نقره فقط مال محسوب می‌شد و سپس به‌مجاز، به اعیان خارجی نیز مال گفته شد.^۴ بر همین بنیاد، بسیاری از فقیهان

الی‌اسرار المکاسب، ص ۱۴۹.

^۱ در مورد پذیرش عرفی ملکیت عمل رک . دفتر سوم مثنوی مولوی، بیت : ۲۴۷۵ تو غلامی کسب و کارت

ملک اوست / شرع جُستی؟ شرع بستان رو نکوست .

^۲ و یصحُّ بیعُ بعضِ الحقوقِ کحیازهِ الارضِ والتَّحجیرِ.

^۳ دکتر جعفری لنگرودی : حقوق اموال، شماره ۱۲۶.

^۴ در ادبیات کهن فقط طلا و نقره و حیوان، مال محسوب شده است . به حیوان (=ماشیه) مال ناطق گفته می‌شد

و به طلا و نقره، مال صامت . رک . مقامات حریری، مقامه سوم، ص ۲۹.

معتقدند که فقط اعیان، صلاحیت داشتن عنوان مال را دارند و حقوق و منافع مال نیستند (شهیدی، ۱۴۰۷ ق، ص ۱۴۸ و ۱۴۹). سپس منافع نیز به تسامح، جزء اموال شناخته شد گرچه هنوز مقاومت‌هایی در برابر پذیرش مالکیت حق و عمل وجود داشت. ظاهر ماده ۲۹ قانون مدنی هم، که اساس مالکیت در حقوق ایران است، مالکیت را به عین و منفعت محدود کرده است.^۱ لیکن باید از این ظهور دست کشید و عین را در این ماده، شامل حق و دین و عمل نیز دانست.

این تقسیم‌بندی که مال در فقه دارای اقسام چهارگانه عین، منفعت، و دین و حق است^۲ از دیدگاه تاریخ فقه خالی از اشکال نیست؛ چه، دیون، قسیم اعیان و منافع و حقوق قرار نمی‌گیرد بلکه دین، خود یکی از اقسام عین است. عین در فقه به شخصی و کلی تقسیم شده و دین همان عین کلی فی الذمه است (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۰۸).^۳ در ماده ۷۷۴ قانون مدنی نیز دین به وضوح در مقابل عین معین قرار گرفته.^۴ در حقوق فرانسه، مال به «اصل»^۵ و «منفعت»^۶ تقسیم شده؛ خود مال را اصل می‌گویند و عواید این اصل را منافع آن. بدین سان، طلب پولی در حقوق فرانسه، اصل است و عواید حاصل از آن، منفعت.

اعیان و منافع، دو قسم مهم مال در فقه است و به همین دلیل است که در ماده ۲۹ قانون مدنی به ذکر همین دو اکتفاء شده است. دو مبحث بیع و اجاره در میان سایر مباحث معاملات و توصیلات فقه از جایگاهی استوار برخوردار بوده‌اند و فقیهان برای

^۱. ماده ۲۹ قانون مدنی: ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را داشته باشند (۱) مالکیت اعم از

عین یا منفعت (۲) حق انتفاع (۳) حق ارتفاق به ملک غیر .

^۲. رک. دکتر جعفری لنگرودی: حقوق اموال، شماره ۹۴.

^۳. نَعَمْ لِأَفْرَقَ فِيهَا بَيْنَ كَوْنِهَا مَشْخَصَةً وَ كَلِيَّةً مُسْتَقَرَّةً فِي الذَّمَّةِ كَالذَّيْنِ... فَإِنَّ ذَالِكَ كُلَّهُ مِنَ الْأَعْيَانِ . و نیز رک .

سید احمد خوانساری: جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، جلد ۳، ص ۷۰: وَ قَدْ يُقَالُ فِي بَيْعِ الدِّينِ مَنْ هُوَ

عَلَيْهِ بَأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى الْكُلِّيِّ.

^۴. مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.

^۵. Capital.

^۶. Fruits.

ارائه قاعده‌ای راحت برای تمییز بیع از اجاره، بیع را به مالکیت اعیان و اجاره را به مالکیت منافع مختص دانسته‌اند. بر این بنیاد، لفظ عین در عبارت فقیهان فقط در برابر منفعت قرار می‌گیرد و معنایی دیگر را نباید از آن استنتاج کرد. به دیگر سخن، منظور از لفظ عین، معنای فلسفی آن نیست تا فقط موجودات قائم به نفس خارجی را در بر گیرد بلکه هر مال دیگر غیر از منفعت، همچون حق، نیز در سعه معنای عین قرار می‌گیرد. همین تأویل را باید در تفسیر ماده ۵۵ قانون مدنی نیز به کار برد و وقف را به اعیان خارجی محدود ندانست.^۱

بدین‌سان، کتاب و سنت که از منابع فقیهان است، اشارتی به ضرورت عین بودن مبیع ندارند. مال نزد فقیهان یا منفعت است و یا عین و چون منافع با عقد اجاره واگذار می‌شود، به ضرورت، اعیان باید با قرارداد بیع منتقل شوند. در عرف آن روزگاران نیز چه غالباً اعیان خارجی، موضوع بیع در میان مردم قرار می‌گرفت و بدین‌سان فقیهان، حکمی کلی بر لزوم عین بودن مبیع صادر می‌کردند.^۲ امروز، در لسان عرف، برای واگذاری مالکانه همه اموال غیر از منافع - که برای بیان انتقال آن از اجاره بهره گرفته می‌شود^۳ - از واژگان خرید و فروش استفاده می‌شود چنان که برای نقل و انتقال حقوق نیز از بیع سخن می‌گویند.^۴ عرف حقوق جهانی نیز موضوعی وسیع برای بیع قائل است^۵ و محیط و فضای حقوقی برای تفسیری دیگر از عین آماده گشته.

۲. به همین دلیل نظریه اکثر قاضیان دادگاههای حقوقی بدوی تهران را باید در این قسمت تقویت کرد که تلفن را جدا از خانه، قابل وقف دانسته‌اند. رک. یوسف نوبخت، *اندیشه‌های قضایی*، شماره ۳۱۱: هر مال اعم از مادی و غیر مادی و اعتباری نیز می‌تواند موردوقف واقع شود. بنابراین وقف تلفن که از اموال منقول محسوب می‌شود جایز است.

۲. مرحوم سید احمد خوانساری می‌گوید: «وَلَعَلَّ وَجْهَهُ عَدَمُ اعْتِبَارِ الْعَقْلَاءِ الْبَيْعِ فِي نَقْلِ غَيْرِ الْأَعْيَانِ كَمَا أَنَّهُمْ لَا يَعْتَبِرُونَ فِي نَقْلِ الْمَنَافِعِ إِلَّا الْإِجَارَةَ». رک. *جامع المدارک*، ج ۳، ص ۶۹، ۷۰.

۳. هر چند که فروش منافع نیز غریب نیست، رک. حدیث پیشین، نقل شده از امام کاظم.

۴. چنان که عرف در مورد انتقال حق سرقفلی و تلفن از الفاظ خریدن و فروختن استفاده می‌کنند.

۵. به‌طور مثال ماده 1582 قانون مدنی فرانسه، بیع را در مورد هر چیز صحیح می‌داند و این چیز (= مبیع) هر

جهان فقه و حقوق، دنیای اعتبار است. اگر فقیه یا حقوقدان از اشیاء خارجی سخن می‌گوید به آن دلیل است که در مورد آن اعتباری کرده است و آن اعتبار است که وجهه نظر حقوق و فقه قرار می‌گیرد نه خود موضوع؛ نفس منزل مسکونی یا مغازه تجاری، موضوع بحث حقوق نیست تا زمانی که نقل و انتقالی انفرادی (مثل بیع و اجاره) یا جمعی (همچون ارث) در مورد آن لحاظ شود. به حقیقت، وقتی عمل بیع صورت می‌گیرد، مالکیت - که امری اعتباری است - منتقل می‌شود نه خود خانه و مغازه (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۰۹). بدین‌سان می‌توان این اعتبار را درباره اموال معنوی نیز صادق دانست چنان‌که گاه بیع اعیانی که خود فی‌نفسه مال نیستند ولی حکایت از مال می‌کنند اجازه داده شده همچون نمره اتومبیل و سهام بی‌نام؛ چه نمی‌توان ادعا کرد که در این گونه معاملات، نمره اتومبیل (همان ورقه فلزی) منظور دو طرف بوده و همان عین منتقل شده است.

تغییر اعتبار، مسأله‌ای حقیقی و واقعی نیست تا در نظام آفرینش خللی وارد آورد؛ زیرا وجودش وابسته به انگارش معتبر است؛ زمانی که او لحاظ خود را تغییر دهد، آن اعتبار نیز تغییر خواهد یافت. به‌طور مثال با آن که قانون به صراحت سرقت را تنها در مورد اموال منقول محقق می‌دانست، دیوان عالی ربایش نیروی برق را - که عینیت و عدم عینیتش مسأله‌ای است مناقشه‌پذیر - نوعی سرقت محسوب کرد^۱.

۲. مثالهایی از فروش غیر عین

در فقه، عین کلی فی‌الذمه به دو دسته تقسیم شده است:

۱. کلی که استقرار آن در ذمه، به دلیل نفس عمل بیع است؛ چنان که شخصی

چیزی است که قابل تجارت است:

Art 1582 : La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige a livrer une chose.

Art 1598: Tout ce qui est dans le commerce peut etre vendu.

^۱ حکم شماره ۳۰۰۸-۱۹/۹/۲۰-۳۵۰۹-۱۰/۱۹. ۳۰ شعبه پنجم دیوان عالی کشور. برای مطالعه حیثیت

قانونگذاری دادرسان و نقد آن رک. حسن جعفری تبار، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، ص ۸۲ به بعد.

متعهد شود اتومبیلی کلی را به خریدار بفروشد. در حقوق لاتین اگر حق مالکیت کامل باشد (همچون مالکیت عین معین) به آن حق عینی^۱ یا حق در شیء^۲ گفته می‌شود لیکن به حقوق مالکیت ناقص، مالکیت به شیء یا حق شخصی^۳ می‌گویند همچون مالکیت مبیع کلی فی الذمه و نیز مالکیت‌های ارتفاقی و انتفاعی.

۲. کلی که استقرارش در ذمه، قبل از عمل بیع بوده و سپس آن ذمه با بیع منتقل گردیده. این ذمه در واقع همان طلب است؛ چنان که الف از ب مبلغی را طلب کار باشد و طلب خود را به ب یا ج بفروشد. فروش طلب در تاریخ فقه پذیرفته شده و بعضی از فقیهان به صراحت به بیع قسم دوم از اقسام کلی اشاره کرده‌اند (شهیدی، ۱۴۰۷ق، ۱۴۸).^۴ فقیهان برای چاره‌جویی از آن چه در میان عرف متداول می‌دیده‌اند^۵ طلب را از اقسام عین دانسته‌اند با این استدلال که اگر طلب، وجودی خارجی بیابد چیزی جز عین نخواهد بود. اما بهتر است از این تکلف و تعسف دست شست و بی تأکید بر «عینیت»، طلب و هر حقی را با بیع، انتقال‌پذیر دانست.

در قوانینی که پس از قانون مدنی به تصویب رسیده‌اند مقرراتی هست که از بیع سخن رانده‌اند ولی موضوعشان عین نیست. به‌طور مثال ماده ۳۴ و ۳۵ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۲۴ اسفند ماه ۱۳۴۷، نقل و انتقال سهام شرکت‌های سهامی را در قالب بیع و ابتیاع بیان کرده است. در شرکت سهامی، سرمایه شرکت به‌خلاف

^۱. Real right.

^۲. jus in rem or right in a thing.

^۳. right to a thing or Jura ad rem. See: Neil Mac Cormick: On the very idea of intellectual Property, university of Ediburagh, Script Presidential Lecture 2002.

^۴. یعنی بها (=العین) مقابل المنفعه فیعم العین الشخصیة و الکلی فی المعین و الکلی فی الذمه . سواء کان استقراؤه فی الذمه بنفس البیع او کان قبله بغير ذاک البیع و علی الثانی کان بیعه علی من هو علیه او علی غیره و کیف کان لا اشکال فی ذلک بحسب العرف و الشرع و نیز رک . شیخ طوسی /النهایه، ص 310 : لا تأس أن یبیع الانسان مائة علی غیره من الذیون نقداً . اگر ثمن این مبیع نیز کلی باشد، معامله کالی به کالی است، رک. وسائل الشیعه، جلد ۶ ص ۹۹، شماره ۱۵ و در حقوق اروپایی رک . اصطلاح Future goods .

^۵. لا اشکال فی ذلک بحسب العرف و الشرع : شهیدی، ص. ۱۴۸.

شرکت‌های مدنی، حالت اشاعه ندارد و از حیثه مالکیت صاحبان سهام خارج است و خود شرکت، مالک آن محسوب می‌شود. به دیگر سخن، به خلاف شرکت‌های مدنی، شریکان هیچ‌گونه حق عینی بر سرمایه شرکت ندارند و فقط نوعی حق بر شخصیت حقوقی دارند. پس سهام شرکت برای سهامداران، عین تلقی نمی‌شود بلکه حقی است که ارزش مالی دارد و همین حق است که قابل فروش شناخته شده (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ش ۲۱۰).

گاه قانون از بیع سخن نگفته و فقط از انتقال یاد کرده ولی عرف این انتقال را بیع می‌نامد و به نظر می‌رسد که رویه قضایی نیز باید آن انتقال را فقط در چارچوب عنوان بیع مطالعه کند؛ همچون انتقال سرقفلی و واگذاری حق تألیف آثار ادبی و هنری (ماده ۴ قانون حمایت مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۱ دی ماه ۱۳۴۸). انتقال حق تألیف و تصنیف به‌طور معمول محدود به زمان است و به صورت مطلق و همیشگی انجام نمی‌گیرد و حتی در جایی که قرارداد انتقال، به صورتی دائمی واقع شود، قانون آن را فقط تا سی سال معتبر می‌داند (ماده ۱۴). بر این بنیاد، این واگذاری شاید بیع در معنای فنی و مضیق آن نباشد^۱ و با اجاره نیز قرابت و شباهتی بیابد. ولی حتی اگر این واگذاری، اجاره باشد باز از تفسیر واژه عین، بی‌نیاز نخواهیم بود؛ زیرا در ماده ۴۶۶ قانون مدنی از «عین مستأجره» سخن رفته، حال آن‌که حق تألیف و تصنیف، بر بنیاد تفسیر مشهور، از اعیان نیست.

ویلیام اوکامی^۲، فیلسوف اسکولاستیک انگلیسی قرن چهاردهم معتقد بود که هستی را نباید به‌طور غیر لازم تکثیر کرد (هوف، ۱۳۶۵، ش ۱۳)؛ به این معنا که وجود چند تئوری کافی است و پدیده‌های ناشناخته را باید در قالب همان چند نظریه درآورد (= تیغ اوکام)^۳. این قاعده دست کم درباره تکثیر بی‌دلیل موجودات اعتباری حقوقی پذیرفتنی

^۱ البته می‌توان قید مدت را نوعی درج حق فسخ دانست.

^۲ William of Occam(ockham).

^۳ Occam's razor.

است. سعدالدین تفتازانی (م. ۱۳۸۹ میلادی) دانشمند ایرانی معاصر با اوکام، نیز معتقد بود که هر چه اعتبار کمتر باشد کمتر در دام تقسیم‌بندیهای گوناگون گرفتار می‌شویم و امور، ساده‌تر در ذهن محقق جریان می‌یابد (تفتازانی، ۱۳۷۴ ق.، ص ۲۴۸).^۱ در حقوق نیز باید از تکثیر غیر موجّه اعتبارهای حقوقی اجتناب کرد؛ به‌طور مثال پدیده‌ای را که می‌توان در قالب بیع مطالعه کرد، نباید قراردادی غیر معین دانست. این کار به‌شکلی ناموجه فقط بر دامنه اعتبارات حقوقی می‌افزاید.

واژه و مفهوم بیع و خرید و فروش، به پشتوانه‌ای جا افتاده مستظهر است. چه خرید و فروش در فرهنگ جهانی برای هرگونه واگذاری به کار رفته چنان که حافظ می‌گوید:

بکن معامله‌ای وین دل شکسته بخر که با شکستگی ارزد به صد هزار درست^۲
قرآن نیز از خرید نفس و مال سخن می‌گوید^۳ و امام علی از خرید و فروش شک و یقین^۴. فاوست^۵ نیز، در افسانه باستانی اروپائیان، روح خود را در عوض دانش و قدرت می‌فروشد. عرف امروز نیز هنوز واگذاری حقوق غیر مادی خود را (همچون انتقال حق تألیف و سرقتی و تلفن) با لفظ خرید و فروش بیان می‌کند و واژه‌ای مثل «صلح» برای آنان غریب جلوه می‌کند.

۳. صلح و قراردادهای غیر معین

نخستین دلیل برای وضع عقد صلح - چنان که از نام آن پیداست - رفع تنازع بوده و از این رو می‌گویند صلح فی نفسه، در بر دارنده معنای تملیک نیست (شیخ انصاری،

^۱. تقلیلاً للاعتبار و تسهیلاً للامر علی الطّلاب؛ لانه کُلُّما قلَّ الاعتبارُ قلَّتِ الاقسامُ و اذا قلَّتِ الاقسامُ کانَ اَسْهَلَ ضَبْطاً. این همان تقسیم بندی فرانسوی و دکارتی است که تقسیم به اقل را علمی تر می‌داند.

^۲. دیوان حافظ، به تصحیح مرحوم قدسی، ص. ۷۱

^۳. سوره توبه، آیه ۱۱۱: اِنَّ اللّٰهَ اشْتَرٰ مِنَ الْمُؤْمِنِيْنَ اَنْفُسَهُمْ وَاَمْوَالَهُمْ بِاَنْ لَّهُمُ الْجَنَّةَ.

^۴. نهج البلاغه، ترجمه دکتر سید جعفر شهیدی، خطبه اول، ص ۵: «... فَبَاغِ الْيَقِيْنَ بِشَكَّة»

^۵. Faust.

۱۳۶۶، ص ۷۹ و ۸۰).^۱ ولی فقیهان برای فرار از محدودیت‌های عقود معین، به تدریج هر قرارداد غیر معین را در قالب عقد صلح سازمان داده‌اند. با گسترش کاربرد صلح در تاریخ حقوق، پنج مقام برای این قرارداد شناخته‌اند:

۱. صلح در مقام بیع: وقتی موضوع صلح، عین باشد مفید معنای بیع خواهد بود.
۲. صلح در مقام اجاره: وقتی موضوع آن منفعت باشد مفید معنای اجاره است.
۳. صلح در مقام عاریه: مانند صلح حق انتفاع که مانند عاریه فقط مفید تسلط است.
۴. صلح در مقام اسقاط یا انتقال: همچون صلح درباره بعضی حقوق؛ مثل اسقاط طلب و انتقال حق تحجیر.
۵. صلح برای تقریر امری ویژه: چنان که شریکی به شریک دیگر بگوید که بر سر این موضوع که هم سود و هم زیان از آن تو باشد با تو صلح می‌کنم (شیخ انصاری، ۱۳۶۶، ص ۷۹ و ۸۰).

شاید بتوان گفت که صلح در مقام بیع، همان بیع است لیکن ماده ۷۵۸ قانون مدنی مانعی بزرگ بر سر راه این تفسیر است. این ماده تصریح کرده است که صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله‌ای را می‌دهد که به جای آن واقع شده است لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد؛ بنابراین اگر مورد صلح، انتقال عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بی آن که شرایط و احکام بیع در آن اجرا شود. با وجود این، قانون روابط موجر و مستأجر مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶ صلح منافع را چیزی جز اجاره ندانسته و احکام اجاره را هم بر آن بار کرده است. به نظر می‌رسد که در مورد صلح اعیان نیز باید به دادرس فرصت داد تا احکام بیع را بر پاره‌ای از آنها تحمیل کند و به دو طرف اجازه ندهد تا با لفظ «صلح»، تخصمی حقوقی را دامن زنند. چاره تفسیری آن است که لفظ صلح در این موارد، استعاره‌ای از واژه

^۱. بل معناه الاصلی هو التسالم و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال، یعنی گفته می‌شود: صالحتك كذا، و مانند تملیک نیست که مفعول مستقیم آن، مال باشد (ملکتك كذا بكذا)، و نیز رك. دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی، مشارکت‌ها و صلح، شماره. ۱۷۱

حقوقی دیگر محسوب شود. به‌طور مثال، در موردی که صلح برای نابود کردن حق شفعه دیگری استخدام شده و دو عوض در معامله مانند مبیع و ثمن در بیع است، دادرس باید آن صلح را به بیع تأویل کند و در بند واژه‌ها نماند. جایی نیز که استفاده از لفظ صلح اثری سازش‌گونه ندارد باید آن را تعبیری مجازی از بیعی حقیقی دانست؛ به‌طور مثال شخصی که می‌خواهد تلفن خود را منتقل کند مجبور می‌شود که از لفظ صلح استفاده کند حال آن‌که او به‌واقع قصد فروش تلفن را دارد و این صلح همان بیع است نه پدیده‌ای دیگر برای حلّ و فصل تخصصم.

اگر انتقال بیع‌گونه حق را بیع تلقی کنیم، دادرس و حقوقدان از تحیر مواجهه با قراردادی جدید، که احکامش روشن نیست، به درمی‌آید. به‌طور مثال، اگر انتقال سرقتی را بیع بدانیم، حکم تلف حق و بیهوده شده آن پیش از تسلیم و ضمان درک فروشنده و ضمانت اجرای تأخیر در پرداخت بهای سرقتی مشخص خواهد شد لیکن اگر آن را مشمول قراردادهای ماده ۱۰ قانون مدنی قرار دهیم بحث‌های بی‌پایان ادامه خواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ش ۲۰۹).^۱

۴. مالکیت معنوی در تاریخ ادبیات ایران

در تاریخ ادبیات ایران گواهانی را بر سابقه پذیرش عرفی مالکیت معنوی می‌توان یافت. در مراجع علم بدیع، از چهار گونه سرقت / ادبی یاد کرده‌اند:

۱. نسخ یا انتحال: آن است که سارق ادبی هم لفظ و هم معنی را بی تصرفی از خود، سرقت کرده باشد. حکایتی از گلستان سعدی (باب اول، حکایت ۳۲) از انتحال شعر انوری حکایت دارد: شیادی گیسوان بافت که من علویم و با قافله حجاز به شهر در

^۱ برای مطالعه بیشتر درباره مفهوم حقوق مالکیت فکری رک . مجله هاروارد، جلد ۸۹، ژانویه ۱۹۷۶، ش ۳، ص ۵۷۳، و مجله امریکایی حقوق تطبیقی، جلد ۴۳ شماره ۳، تابستان ۱۹۹۵، ص ۴۴۵، دالوز ۱۹۶۸، ص ۵۳ و دالوز ۱۹۶۷، ص ۱۸۹؛ دالوز ۱۹۶۱، ص ۱۰۳؛ دالوز ۱۹۶۵، ص ۴۵؛ دالوز ۱۹۶۴، ص ۱۸۹، دالوز ۱۹۶۴، ص ۲۴۷، دالوز ۱۹۶۰، ص ۳۴؛ دالوز ۱۹۷۰، ص ۱۹۷، دالوز ۱۹۵۷، ص ۱۶۵، دالوز ۱۹۵۹، ص ۱۳۳.

رفت که از حج همی‌آیم و قصیده‌ای پیش ملک برد یعنی خود گفته‌ام. نعمت بسیار فرمودش و اکرام کرد تا... شعرش را همان روز در دیوان انوری یافتند. ملک بفرمود تا بزنندش و نفی کنند تا چندین دروغ در هم چرا گفت.

۲. مسخ و اغاره: سرقت هم لفظ و هم معنی است همراه با تصرف در الفاظ با تقدیم و تأخیر کلمات و بسط عبارات یا نقل کردن به مرادفات.

۳. سلخ و المام: سرقت فکر و مضمون اثر است و بیان آن با عبارتی دیگر. در این سرقت، فقط معنا ربوده شده نه لفظ.

شمس‌الدین محمد بن قیس رازی در کتاب *المعجم فی معاییر اشعار العرب و العجم* از «مالکیت» معانی شعری سخن می‌گوید:^۱ «ارباب معنی گفته‌اند چون شاعری را معنی دست دهد و آن را کسوت عبارتی ناخوش پوشاند و به لفظی رکیک ادا کند و دیگری همان معنی فرا گیرد و به لفظی خوش و عبارتی پسندیده بیرون آرد او بدان اولی گردد و آن معنی، ملک او گردد و لاول فضل السبق...». سپس با نقل المام شعر رودکی به دست عنصری، می‌گوید: «پس این معنی ملک عنصری شد و رودکی را فضل سبق ماند».

۴. نقل: در اینجا ناقل، اثر دیگری را لفظاً و معنأً یا فقط از حیث معنی اخذ می‌کند و موضوع آن را تغییر می‌دهد چنان که مدح را به هجاء و شکر را به شکایت بدل می‌کند (همایی، ۱۳۶۴، ص ۳۵۵ به بعد. و تفتازانی، ۱۹۶۵، ص ۳۶۷ و الاقشهری، ۱۳۶۳، ص ۵۵۳ و شروح التلخیص، ج ۴، ص ۴۷۴).

^۱ چنان که سنائی غزنوی از مُلک و پادشاهی و مالکیت معنی، سخن می‌گوید: هیچ کس را نامده است از دوستان در راه عشق / بی زوال ملک صورت ملک معنی در کنار.

گفتار دوم: توجیه حقوق مالکیت فکری

الف. مالکیت معنوی همچون حق طبیعی^۱

نظریات جان لاک (۱۷۰۴-۱۶۳۲م) درباره مالکیت، منشأ دیدگاه طبیعی درباره مالکیت معنوی نیز شده است. تئورم مشهور لاک چنین است (لاک، بخش پنجم):

$$\text{طبیعت} + \text{کار} = \text{مالکیت}$$

چوب درختی که در طبیعت موجود است متعلق به کسی نیست اما آن که آن را می‌برد مالکش می‌شود چون کار خود را ضمیمه آن کرده است. تا قبل از حیات، مالکیت اشیاء مشترک^۲ است. مالکیت اشیاء مشترک، عطای الهی است اما از این عطا تا پیش از انضمام کار به آن نمی‌توان بهره برد. کار، عطیه الهی را از حیث مالکیت مفید می‌سازد و به آن ارزشی می‌افزاید. مالکیت مشترک یا به نحو مثبت است یا منفی. مال مشترک مثبت^۳، متعلق به همه است و تصرف در آن، نیازمند اجازه سایر ارکان جامعه، همچون هر گونه مال مشاع دیگر. اما اموال مشترک منفی به هیچ‌کس متعلق نیست و بخشی از آن ممکن است بدون اجازه دیگران تصرف شود. جان لاک از این اشتراک منفی سخن می‌گوید و دو شرط^۴ بر مالکیت ملحق می‌کند:

۱. هر کس مالک چیزی است که بر روی آن کار کرده تا جایی که برای دیگران نیز چیزهایی برای حیات باقی بماند و به کل منبع دست‌اندازی نشود.^۵
۲. اگر مال، فاسد شدنی است فقط باید مقداری تملک شود که بتوان از آن پیش از فساد استفاده کرد.^۶ با این شرط، لاک جمع کالاهایی را ممنوع می‌سازد که پیش از استفاده فاسد می‌شود. او چنین می‌اندیشد که با رعایت این شرط، کالاهای کافی برای

^۱ به این نظریه Moral desert theory نیز اطلاق می‌شود. رک . مقاله ریچارد اپستین آزادی علیه مالکیت

در www.law.uchicago.edu

^۲ In common.

^۳ Positive Community.

^۴ Proviso

^۵ Equal opportunity Provision

^۶ non- Waste Condition

تصرف کسانی باقی خواهد ماند که مالک چیزی نیستند (هریس، ۲۰۰۱، ص ۱۹۷، ۲۰۵ و ۲۳۷). بدین سان گوئی تصرف و حیازت در نظر لاک، جوهر مالکیت است. خلط‌هایی از گونه خلط فقهی میان مالکیت اعتباری و حقیقی در اثر جان لاک نیز دیده می‌شود؛ او از است (= تصرف) به باید (= مالکیت) می‌رسد و حتی انسان را مالک بدن خود می‌نامد.

رابرت نازیک، فیلسوف معاصر مالکیت، در شرح شرط نخست می‌گوید تصرف وقتی مشروع است که به دیگران صدمه‌ای اساسی^۱ وارد نیاورد؛ یعنی صدمه‌ای که سبب گردد تا وضع دیگران از وضع قبلی خود بدتر شود.^۲ چنان حیازتی که اصل منبع را از بین می‌برد، نامشروع تلقی خواهد شد لیکن شکار پرندگانی که به تعداد زیاد موجودند به دیگران لطمه‌ای وارد نمی‌آورد هر چند فرصت دیگران را برای حیازت پرندگان حیازت‌شده محدود می‌کند. نازیک همچنین مالکیت حق اختراع را درست می‌داند هر چند فرصت دیگران را در به دست آوردن همین حق از بین می‌برد. نازیک بر لاک چنین ایراد می‌کند که افزودن کار شخص به چیزی، اگر مالکیت آن چیز را سبب است، گاه می‌توان این آمیزش را سبب از دست دادن و ضایع شدن کار نیز دانست. چرا باید بنیاد افزودن کار را توجیه‌کننده مالکیت مالی دانست که پیش از این مالک نداشته است. اگر کسی آب گوجه فرنگی خود را به دریا اضافه کند آیا مالک آب دریا می‌شود یا فقط آب گوجه فرنگی خود را از دست داده است؟ چنانکه جرمی والدرون نیز می‌گوید آن که ساندویچ خود را در بلوکی سیمانی انداخته مالک آن نمی‌شود (آدام موسف، سایت اس. اس. آر. ان، ۴۴۶۷۸۰). اگر کسی دارویی برای بهبود بیماری عنین اختراع کند آیا باید مالک همه مبالغ‌گزافی شود که مردم سراسر دنیا برای آن می‌پردازند؟ اگر الف داستانی درباره جنگ دو ابرقدرت بنویسد آیا مالک همه فیلمها و تصویرهای قهرمانانش می‌شود که احیاناً بر پشت لباس مردم نقش بسته؟ بدین سان، تئوری لاک از مرزگذاری دقیق

^۱. Net harm.

^۲. برای مطالعه بیشتر، به ذیل اصطلاح پیشرفت پارتو یا بهینه سازی پارتو (Pareto improvement/optimization) مراجعه شود.

مالکیت عاجز است (رابرت اوسترگارد: مالکیت فکری، حقوق بشر جهانی؛ ویلیام فیشر؛ یوستین هوف، فلسفه مالکیت فکری).

- توجیه‌های جان لاک را درباره مالکیت شیء با عمل، می‌توان چنین دسته‌بندی کرد:
۱. مردم به دلایل طبیعی مالک کار خود هستند و خود را مستحق چیزی برای خوردن و جایی برای زیستن می‌دانند پس آنان، کسی را مالک می‌دانند که زمین را تحجیر کرده یا توری در دریا انداخته و ماهیان را صید کرده.
 ۲. دلیل دینی هم می‌تواند توجیه‌کننده این مالکیت باشد؛ خداوند فقط زمین را به انسانها نداده بلکه از آنان خواسته تا زمین را نیز رام کنند.^۱
 ۳. مطابق دلیل اشرافی و شهودی نیز می‌توان هر کسی را مالک دسترنج خود دانست.
 ۴. دلیل اخلاقی: خداوند جهان را به موجودات منطقی و ماهر عطا کرده نه به انسانهایی ستیزه‌جو و آزمند.
 ۵. دلیل انصاف نیز اقتضا می‌کند که کارگری که کار کرده مالک تلاش خود باشد.
 ۶. لاک همچنین زمین وحشی را بدتر از زمین رام می‌داند و بی‌نظمی و بی‌هدفی را بدتر از نظم و هدف. کسی که چیزی را از بی‌حاصلی به محصول و حاصل تغییر می‌دهد مستحق پاداش است و این پاداش، همان مالکیت است.
- استدلالاتی نوع چهارم و پنجم لاک می‌تواند با تفسیری دیگر در مورد مالکیت فکری نیز به کار آید و مقوم این نوع مالکیت نیز باشد؛ چه کار بسیاری از نویسندگان و مخترعان از حیث دادن ارزش به مجموع ارزش شیء، از ماده خامی که آن را به کار گرفته‌اند مهمتر است. اما استدلال نوع اول و دوم شاید سبب تضعیف مالکیت فکری باشد چه آثار ادبی شاید به اندازه غذا برای انسان حیاتی نباشد.
- معتقدان به طبیعی بودن حقوق مالکیت معنوی با استناد به نظریه لاک چنین استدلال

^۱ قیاس شود با این آیه از قرآن کریم: هو الذی جعل لکم الارض ذلولاً فامشوا فی مناكبها و کلوا من رزقه و الیه النشور(ملک، آیه ۱۵).

می‌کنند که تولید اندیشه نیز هر چند از اندیشه‌های عمومی برگرفته شده باشد مستلزم کار فکری انسان است و اندیشمند، صاحب و مالک آن اندیشه می‌گردد. با این همه، در انطباق تئوری لاک بر مالکیت فکری مشکلاتی وجود دارد: نخست آنکه جامعه‌ای که اندیشه را همچون من و سلوی، نازل شده از آسمان می‌داند^۱ باید تئوری دیگری غیر از تئوری لاک را برگیرد. دوم آنکه در طبیعت، موادی خام وجود دارد که کار بر روی آن انجام می‌شود اما مواد خام در مالکیت‌های فکری کدامند؟ برخی، واژگان و الفاظ یا میراث فرهنگی گذشته را، مواد خام مالکیت فکری دانسته‌اند؛ چه آثار ادبی با کمک آثار قبلی خود به وجود آمده‌اند و امروزیان بر شانه‌های غولهای دیروز نشسته‌اند:

گرچه هر قرنی سخن‌آری بود لیک گفت سالفان یاری بود

در این صورت آیا می‌توان سهم هر مؤلف را به‌دقت تعیین کرد؟ ادوین هتینگر^۲ معتقد است چون هیچکس در خلأ چیزی نمی‌نویسد و همه از گذشتگان بهره برده‌اند، اشکالی در آن نیست که حاصل کار فکری، متعلق به جامعه باشد نه متفکر. سوم آن که اشخاص، مالک اموالی مادی می‌شوند که کاری بر روی آن انجام داده‌اند اما در مالکیت فکری، مخترع مالک شیئی نمی‌شود که اختراع کرده. چهارم آن که، تعیین دقیق کار فکری دشوار است؛ آیا کار فکری، زمان و تلاشی است که نویسنده و دانشمند در کتابخانه و آزمایشگاه صرف کرده‌اند یا فعالیت خلاق آنان است در تولید اندیشه جدید؟ پنجم آن که، احیای زمین نه تنها انسان را مالک محصول زمین می‌کند بلکه او مالک خود زمین نیز می‌شود. اما وقتی شخصی کار فکری خویش را با اندیشه‌ای می‌آمیزد که از پیش موجود است، او فقط مالک محصول جدید خود می‌شود نه اندیشه قبلی. ششم آن که، استحقاق‌های به دست آمده در مالکیت‌های معنوی انحصاری نیست؛ صدور حق اختراع برای تله موش، دیگران را از ساخت آن ممنوع می‌دارد اما نه از مطالعه حق اختراع و استفاده از مندرجات آن برای ساخت تله موشی بهتر. صدور

^۱. چنان که انیشتین می‌گوید: اندیشه‌ها از خداوند سرچشمه می‌گیرد: (Ideas come from God)

^۲. Edwin Hettinger.

کپی‌رایت برای داستان، دیگران را از استنساخ آن منع می‌کند اما نه از مطالعه و بحث از آن و یا ساختن پارودی بر مبنای آن. همچنین اشکال هفتم آن است که مالکیت‌های مورد نظر لاک در اموال مادی دائمی است و قابل واگذاری و توارث؛ در حالی که بسیاری از حقوق بالفعل مالکیت ادبی دیر یا زود منتفی می‌شوند.

وانگهی ضرورتی در انحصاری بودن استفاده از اموال معنوی احساس نمی‌شود؛ تعدادی کثیر از انسانها ممکن است همزمان از این اموال بهره ببرند بی آنکه از پایان یافتن آن بهراسند (= کالاهای مشترک)^۱. به سخنی دیگر، «تراژدی اموال مشترک»^۲ در اینجا اتفاق نمی‌افتد: بر طبق این نظریه اگر مالکیتی روشن بر اموال اعمال نشود ممکن است بیش از حد استثمار شوند و سرانجام مضمحل گردند. اگر در چراگاهی عمومی هر چوپانی به میل خود واگذار شود تا گوسفندانش را بچراند، مرتع به زودی نابود خواهد شد. در نظریه هارولد دمستز^۳ هزینه‌های استفاده از ملک، هزینه بیرونی منفی^۴ تلقی می‌شود لیکن این هزینه در اموال فکری، مثبت است^۵ زیرا اطلاعات با استفاده، از بین نمی‌رود (ملی، اس. اس. آر. ان، ۵۸۲۶۰۲؛ و استرک، اس. اس. آر. ان، ۵۷۵۱۲۱؛ و هوف، فلسفه مالکیت فکری).

ب. مالکیت معنوی همچون شخصیت

هگل در آثار فلسفه مالکیت فکری، فیلسوفی ابزارگرا شناخته شده است.^۶ نزد هگل،

^۱ کالاهای به دو دسته تقسیم می‌شوند: مشترک (Joint goods) و غیرمشترک (non joint goods). اگر مصرف کالایی معین، امکان مصرف را از دیگری بگیرد (همچون مصرف سیب) آن کالا غیرمشترک است و اگر مشترک خواهد بود همچون محصولات فکری. به کالاهای نوع اول rival goods و به کالاهای نوع دوم non-rival goods نیز گفته می‌شود.

^۲ Commons tragedy

^۳ Harold Demestz.

^۴ negative externality

^۵ positive externality.

^۶ اصطلاح ابزارگرایی (Instrumentalism) گاه برای تئوری‌های ناظر به نتیجه (Consequentialism) نیز که سودگرایانه‌اند به کار رفته.

حق مالکیت، وسیله اعمال آزادی ذهنی انسان است. مالکیت خصوصی به دلیل ارضاء برخی از نیازهای اساسی بشر اهمیت می‌یابد و قانونگذاران باید با طراحی بهترین شیوه‌ها، این نیازها را رفع کنند. از طریق حقوق مالکیت فکری، هنرمندان و نویسندگان می‌توانند اراده خود را تبیین کنند و با فروش و نمایش آثارشان، احترام و پول از دیگران به دست آورند.^۱

اندیشه هگل، بر بنیاد تفسیری از آرای او، در تقابل با اندیشه سودانگاران مالکیت است. در اندیشه سودانگاران، مالکیت تا جایی مشروع است که اهداف اجتماعی ازدیاد سود و ثروت را ارتقاء بخشد. نظریه سودانگاران^۲ می‌تواند به سود یا به ضرر مالکیت فکری به کار گرفته شود. بر بنیاد این نظر، سود حاصل شده از انگیزه‌های افزایش یافته برای اختراع و تصنیف باید با ضررهای ناشی از انحصار و انتشار محدود اثر سنجیده شود.^۳ اما در تئوری ابزارگرایی هگل (=تئوری شخصیت)^۴ دولت باید حق مالکیت معنوی را بی‌ملاحظه کارآمدی یا ناکارآمدی آن معتبر بشناسد. تئوری شخصیت همچنین به دفاع از مالکیت معنوی در برابر کسانی می‌پردازد که آن را مالکیت حقیقی نمی‌دانند. برخی از نویسندگان، ارجاع به هگل را از طریق تئوری شخصیت ناموجه دانسته‌اند. چه گرچه هگل معتقد است که هر دولت مبتنی بر قانون اساسی باید حداقلی از مالکیت

^۱ . از محتوای فلسفه حق هگل چنین برمی‌آید که پرسونای یک شخص (شامل چهره فیزیکی، شیوه رفتار و تاریخ او)، ارزش حمایت دارد چون ظرفی مهم برای شخصیت اوست. بنابراین شاید از دیدگاه او باید از محصولات تبیین‌کننده فعالیت‌های فکری (همچون داستان‌ها) بیشتر حمایت شود تا از محصولاتی که کمتر تبیین‌کننده‌اند (همچون تحقیقات ژنتیکی).

2. Utilitarian theory.

^۳ . این نظریه که در ایالات متحده، مبنای حقوق مالکیت فکری است مستند است به ماده نخست قانون اساسی ایالات متحده که به کنگره اجازه می‌دهد برای کمک به پیشرفت دانش و هنرهای مفید، حق انحصاری نویسندگان و مخترعان را بر آثار و اختراعات خود برای مدتی محدود تضمین کند. رک. مقاله آلفرد چوچینین در *SSM* شماره ۲۵۹۵۵۰، و مقاله اریک راسموسن در www.rasmusen.org/papers/ و نیز مقاله دیوید مک گراول، در *SSM* شماره ۴۹۴۴۲۴.

4. Personality theory.

خصوصی را پذیرفته باشد تا این نهاد بتواند نقش خود را در تشکیل شخصیت انسانی ایفا کند، لیکن این اعتقاد به هگل انتساب‌پذیر نیست که جامعه باید بر هر نوع مالکیت و یا هر ادعایی راجع به آن، حرمت نهد. همچنین این مطلب درست است که هگل مالکیت معنوی را مالی حقیقی می‌داند نه حقی یگانه از نوع خود که فقط شباهتی به مالکیت دارد، اما این درست نیست که هگل هر نقش ویژه‌ای را به مالکیت معنوی انتساب می‌دهد. نظریه هگل را نمی‌توان برای حمایت از این گزاره استفاده کرد که دولت باید ادعاهای مالکیت معنوی اشخاص را شناسایی کند. او هر مفهومی از قانون طبیعی را - علی‌العموم - و هر حق طبیعی مالکیت را - علی‌الخصوص - رد می‌کند و عبارت حق طبیعی را متناقض^۱ می‌داند. در نظر هگل، طبیعت غیر آزاد است و حق‌های حقوقی، مصنوعاتی هستند برای تحقق آزادی با فرار از زنجیره علل طبیعی. بدین‌سان، حق‌ها نه تنها طبیعی نیستند بلکه کاملاً غیر طبیعی‌اند. از دیدگاه شرودر، هگل مفهوم مالکیت را بدون توسل به طبیعت و فقط به شیوه‌ای کارکردی توجیه می‌کند، یعنی نقشی که مالکیت در دولت جدید بازی می‌کند. مالکیت برای پیشرفت چهره‌ای محدود از شخصیت ضروری است؛ چهره‌ای که فقط ظرفیتی برای احترام به قاعده حقوق است نه بیشتر. این شرط نخستین دولت‌های لیبرال است؛ دولت‌هایی که با حاکمیت قاعده قانونی اداره می‌شوند به‌خلاف دولت‌های فئودالی که با قاعده مخلوق انسانی خاص اداره می‌شدند. شرودر معتقد است که تحلیل هگل از مالکیت به طور مستقیم با هیچ یک از چهره‌های دیگر شخصیت و رشد انسان ارتباطی ندارد.

نظریه هگل که به نظریه شخصیت نیز مشهور شده است، رژیم مالکیت فکری در آلمان و فرانسه را متأثر از خود کرده. این تأثیر بالاخص در حمایتی که اروپائیان از حقوق اخلاقی *Moral rights* می‌کنند مشهود است: یعنی کنترلی که هنرمندان و نویسندگان بر انشای عمومی آثارشان دارند و قدرتی که در اخراج آثارشان از چرخه

^۱. Oxymoron.

عمومی واجدند و حمایتی که نسبت به تحریف و تخریب این آثار برخوردارند؛ بدین سان اثر، به جلد، به شخصیت و اراده خالق خود وابسته است. از دیدگاه هگل، مالکیت، ساز و کاری یگانه برای تحقق بخشیدن به خود است و آن که آرزوهای خود را در قالب داستان و قطعه هنری بیان می‌کند نسبت به مالکیت آن محق می‌گردد. هگل به صراحت این رژیم از مالکیت و قرارداد را حق منتزع^۱ می‌نامد. حق انتزاعی، داعیه فرد است برای اثبات فردانیت خود؛ آگاهی از خویش از راه ادعای داشتن حق.

اراده انسانی و شخصیت و آزادی او در مرکز اندیشه هگل قرار دارد: اراده‌ای که علی‌الدوام جویای تأثیر فعالانه بر جهان است؛ در پی رهایی از محدودیت‌های ذهن و سیطره بر جهان بیرون. اگر برای لیبرالی کلاسیک، آزادی حقیقی، آزادی از محدودیت‌های بیرونی است (= معنای منفی)، نزد هگل فقط چیزی آزاد است که در تحقق خویشتن خویش موفق بوده است (= معنای مثبت). بدین سان، حیوان از شیء آزادتر است، و انسان از حیوان رهاتر است، و خانواده آزادتر از فرد است، و دولت رهاتر از خانواده، و تاریخ آزادتر از دولت. مالکیت که در نظام هگلی، گونه‌ای آزادی است ممکن است همچون هر آزادی دیگر برای دیگران زیان آور باشد.

در دیدگاه هگل، اراده با جهان بیرونی در سطوحی مختلف تعامل و تفاعل دارد؛ پروسه‌های ذهنی شناخت، طبقه‌بندی، توضیح و یادآوری، گرچه گونه‌ای تصرف ذهن بر اشیاء بیرونی است اما اراده هنوز مایل است که خود را به گونه‌ای جدی‌تر بر جهان تحمیل کند و همین، هدف نهائی مالکیت است. انسان می‌تواند خود را با استفاده از مالکیت توسعه دهد و به سوی شخصیتی روانه شود که قصد تبدیل شدن به آن را دارد؛ هرکس که بخواهد آرزوهای خود را هدایت بخشد می‌تواند سودجویانه و مالکانه در پیرامون خانه خود قدم بزند. منتها مالکیت وقتی معتبر است که جامعه، ادعاهای مالکیت خصوصی را بپذیرد و آن را از حیث اجتماعی و سازگاری ادعاهای فردی با اراده

^۱. Abstract right

اجتماعی شناسایی کند. ادعای مالکیت فقط اظهار آرزو یا خواستی حیوان گونه نیست؛ اشارتی اخلاقی و با معنا است در میان اشخاصی که مشتاق رسیدن به آزادی همچون موجودی اجتماعی اند و می دانند آنچه را آرزو دارند فقط در اجتماع می یابند؛ این جهان اخلاقی^۱ است که می توان در درون آن به آزادی رسید.

هگل، تصرف و حیازت را گام نخستین برای مالکیت می شناسد؛ حیازت کالایی که بی مالک است یا مالک از آن اعراض کرده. در نظام مالکیت هگل، اعراض به راحتی اتفاق می افتد زیرا رابطه میان شخص و شیء، سیال است. اما برای آن که چیزی ملک کسی شود کافی نیست که آن چیز در تصرف او باشد بلکه مالک باید اراده تصرف خود را به منصف ظهور برساند و آن را در شیء پدیدار کند؛ کار، وسیله ای است برای تصرف شیء به دست اراده. هگل برای این تصرف، سه راه را پیشنهاد می کند: تصرف فیزیکی شیء، دادن شکل به شیء و علامت گذاری آن.

توجیه «شخصیت محور» هگل بر تمام کالا تأکید دارد اما توجیه لاک بر چگونگی شروع کالا اصرار می ورزد؛ هگل ارتباطات درونی میان دارنده شیء و دیگران را برجسته می کند و لاک، ترتیباتی عینی را که بر شیء احاطه یافته. نظریه لاک، رویکردی یک طرفه به مالکیت است اما نظریه هگل، رویکردی است چندطرفه و بین الذهانی. به عبارت دیگر، اقدام شخص در دیدگاه لاک، سبب مالکیتش می شود لیکن در نظرگاه هگل، دیگران باید او را مالک بدانند. لاک، حق مالکیت را از کار استخراج می کند و آن را رابطه میان شخص و شیء می داند (سوژه/بژه) اما هگل مالکیت را نه چیز می داند و نه رابطه میان شخص و چیز؛ مالکیت در منظر هگل رابطه ای است میان اشخاص (سوژه / سوژه) درباره یک چیز.^۲

^۱. Ethical universe.

^۲. برای دیدن نظری که بعد بین الذهانی را در نظریه لاک نیز قائل است رک : Abraham Drassinower. Labour and intersubjectivity: nores on the natural law of copyright ssrn.275470 این نویسنده میان رابطه نویسنده با اثر و رابطه نویسنده و مخاطب فرق می نهد. رابطه میان نویسنده و اثر

هگل با اشاره به تبعیض شدید در توزیع مالکیت در زمان خویش، نظام مالکیت خود را فقط مستلزم تساوی در احتمال به دست آوردن مالکیت می‌داند. هگل از این نظر تلویحاً حمایت می‌کند که مالکیت الف انکارپذیر است اگر اعطای مالکیت به الف مانع ب از احتمال به دست آوردن مثل آن باشد. بدین سان، سلامت مالکیت الف به آثار زیان‌بار آن بر ب مرتبط است؛ چیزی شبیه استاندارد «کفایت» لاک: تا جایی شخص می‌تواند مال را به خود اختصاص دهد که مال کافی برای دیگران نیز وجود داشته باشد. برخی از پیروان هگل بین اموال شخصی (=قیمی)^۱ و مثلی^۲ فرق می‌گذارند و مال شخصی را در تحقق خود انسان دارای نقشی مؤثرتر می‌بینند. سهام و معادن و چند تن گندم مثلی‌اند اما عکس‌ها و روزنامه‌ها و حیوانات اهلی این گونه نیستند. هگل این اصل را می‌پذیرد که مال مثلی الف دیگر مال او نیست اگر مالکیت الف بر آن مال، مالکیت ب (=تحقق خود ب) را زائل کند.

اما هگل مالکیت فکری را با قیاس با مالکیت فیزیکی توجیه نمی‌کند. هگل بر آن است که کارهای ذهنی و مهارت‌های هنری و فضایل و مواعظ کلیسایی و اختراعات، موضوع قراردادهایی واقع می‌شوند که به ازای آنها چیزی پرداخت می‌شود گرچه خود آن محصولات را شاید نتوان شیء نامید؛ زیرا در همان زمان که موضوع قرارداد تجاری قرار می‌گیرند گوئی اشیائی ذهنی و درونی‌اند و به همین دلیل گاه خرد حیران می‌ماند که چگونه این مالکیت را به زبان حقوقی توصیف کند. مالکیت فکری راهی است برای حل این مشکل از طریق مادی یا عینی کردن ویژگی‌های شخصی و غیر عینی (هریس، ۲۰۰۱، ص ۲۳۲؛ و. ستیس، ۱۳۷۰، ص ۵۳۰ به بعد).

(= Authorship) از راه مفهوم کارگری قابل فهم است؛ در اینجا نویسنده، کارگری است که رابطه‌اش با شیء (= اثر) برقرار می‌شود لیکن در رابطه نویسنده و مخاطب (= Proprietorship) نویسنده، مالکی است که باید دیگران (=مخاطبان) او را به عنوان مالک بشناسند.

^۱. Personal.

^۲. Fungible.

ج. مالکیت فکری همچون امتیاز

پیتر دراهوس، استاد حقوق دانشگاه ملی استرالیا در بخش پنجم از کتاب منتشر شده خود در ۱۹۹۶ با عنوان *فلسفه حقوق مالکیت فکری*، تئوری عمومی مارکس را درباره مالکیت، وسیله‌ای برای نظریه خود درباره مالکیت فکری قرار می‌دهد؛ یعنی ارتباط میان مالکیت فکری و تغییرات اقتصادی در نظام سرمایه‌داری.^۱ نظام سرمایه‌داری به گونه‌ای پویا به کار وابسته است و حقوق مالکیت فکری به‌جمله متعهد است که کار خلاق و سازنده را به سیستم تولید وابسته گرداند. بدین‌سان در نظام سرمایه‌داری، مالکیت فکری همان سرمایه است و سرمایه همان قدرت.^۲

دراهوس که از منتقدان حقوق مالکیت فکری است بر این باور است که مالکیت فکری، سبب قدرتمند شدن تعدادی از مالکان آن می‌شود همان‌گونه که کار کارگران در نظر مارکس چنین نتیجه‌ای دارد. شکل‌های کهن نابرابری در جامعه اطلاعاتی پیرامون نیروهای تولیدی شکل می‌گیرند و مالکیت فکری یکی از آنهاست (یو، اس. اس. آر. ان، ۵۷۸۵۷۵). در چنین نظام مالکیت فکری، دست‌اندرکاران دانش و هنر خود را همچون کارگرانی از خود بیگانه می‌یابند. دراهوس برای تمهید نظریه خود از تحلیل مارکس بهره می‌گیرد: *تجمیع اطلاعات از طریق حقوق مالکیت فکری، از صاحبان همین حقوق سلب قدرت می‌کند و در عمل، آنان که دارای حقوق مالکیت فکری هستند آلتی برای قدرت قرار می‌گیرند و همچون کارگران از خود بیگانه می‌شوند.*

دراهوس در بخش ششم کتاب خود به تبیین خطر نهفته در توسعه حقوق مالکیت فکری می‌پردازد. حقوق مالکیت بر اشیاء آبستره، فرصت‌هایی استراتژیک برای

^۱ . بیشتر مطالب این قسمت، برگرفته است از:

Peter Drahos: *A Philosophy of intellectual property*, See: William Van Caenegem, [www.bond.edu.au/law/blr/vol8-2/7-van coengem.pdf](http://www.bond.edu.au/law/blr/vol8-2/7-van%20coengem.pdf)

^۲ . در اقتصاد جدید ایالات متحده، اندیشه‌های انسانی و حقوق مالکیت فکری است که سبب ازدیاد دارایی‌های فیزیکی همچون زمین و منابع طبیعی و کارخانه‌ها و ماشین‌ها و دیگر کالاها می‌شود:

Blair, Hoffman and Tamburo: *Clarifying intellectual Property right for the new economy*.

دارندگان در بازار ایجاد می‌کند و همچون سیرن^۱ عمل می‌کنند؛ زیبا و فریبنده. این حقوق، فعالان مالکیت فکری را فرا می‌خوانند تا درباره استفاده و طراحی مجدد این حقوق، مطابق میلشان بازنگری انجام دهند و سرانجام، این فعالان بر سر دوراهی سود شخصی یا سود جمعی متحیر می‌مانند.

حقوق مالکیت فکری تناقض آلودند؛ چه، شیوه‌ای که این حقوق برای ایجاد انگیزه تولید اطلاعات جدید به کار می‌گیرند، از کوره راه محدودیت دسترس به همین اطلاعات تولید شده می‌گذرد. بدین‌سان، ایجاد انگیزه برای تولید فکر با محدودیت استفاده از آن، ناهمگون است. حقوق مالکیت فکری، دو نقش ایفا می‌کند: نقش زایش انگیزه^۲ و نقش توزیع اطلاعات^۳ و ضروری است که میان این دو نقش، تعادلی ایجاد گردد. تلبار شدن اطلاعات و علم و دانش، سبب تمرکز قدرت در دست گروهی خاص خواهد بود و عدم تعادلی نامیمون ایجاد خواهد شد اگر شیوه صورت‌بندی حقوق مالکیت فکری نیز در اختیار فعالانی قرار گیرد که این اطلاعات را در اختیار دارند. در بازار رقابتی، فعالانی که در پی سود شخصی‌اند، مجذوب استراتژی‌هایی می‌گردند که تولید را محدود می‌کند. خطری که این مسأله برای حقوق به بار می‌آورد آن است که منافع عمومی، که باید دغدغه حقوق باشد، در معرض خسارت قرار می‌گیرد.

در بخش هفتم، دراهوس به بسط اساس تئوری خود می‌پردازد و همچنان از نظریه مارکس بهره می‌گیرد: اشیاء انتزاعی منبع قدرت‌اند زیرا نوعی از سرمایه‌اند. اشیاء انتزاعی محور حاکمیت و قدرت‌اند؛ چه، بیش از آن که قدرت را در جامعه اشاعه دهند، مرکزیت قدرت را پیرامون برخی افراد سبب می‌شوند. حقوق مالکیت فکری در

^۱ سیرن (Siren)، پری دریایی اغواکننده دریانوردان است. اودیسه وقتی از نزدیک جزیره حوریان دریایی می‌گذشت گوش ملوانان خود را با موم پر کرد و خود را به دکل کشتی بست تا افسون این زن آنان را فریب ندهد.

^۲ Incentive function.

^۳ Distributive function.

منابع کلیدی و اساسی همچون ژنها به شدت قدرت را متراکم می‌کند. تورم حقوق مالکیت فکری به فعالان قدرتمندش این امکان را می‌دهد که بر قواعد حقوق تأثیر گذارند تا قدرتی بیشتر جمع کنند. بدین‌سان، توزیع نابرابر قدرت رابطه وابستگی ضعیف و قوی را جاودانه می‌سازد همان‌گونه که کارگر به کارفرما جاودانه وابسته است.

در بخش هشتم، دراهوس خطر تراکم و تورم بیش از حد حقوق مالکیت فکری را نه بر حسب روابط قدرت بلکه بر حسب نظریه جان رالز درباره عدالت بیان می‌کند؛ پروژه‌ای عالی برای توسعه نظریه‌ای درباره عدالت اطلاعاتی. دراهوس معتقد است که انسانها در وضعیت اولیه فراموشی (پیش از ورود در قراردادهای اجتماعی) هرگز موافقت نخواهند کرد که مالکیت فکری - که برای آنان هم از حیث سیاسی مهم است و هم از حیث اقتصادی - در دایره قدرت خصوصی قرار گیرد. این رویکرد، دو طرف قرارداد اجتماعی را بر آن می‌دارد که به شیوه‌ای ابزارگرایانه درباره مالکیت فکری بیندیشند. مالکیت، اساس عدالت نیست بلکه ابزار عدالت است. دراهوس این رویکرد ابزارگرایانه را در بخش نهم کتاب خود توسعه داده. او معتقد است که در مالکیت‌های فکری به جای سخن گفتن از حق باید از امتیاز سخن گفت؛ حق‌ها ذاتی‌اند و قابل بازپس‌گیری نیستند لیکن امتیازها دانی و اکتسابی‌اند و قابل بازپس‌گیری. بدین‌سان او در موضعی متضاد با مالکیت‌گرایان^۱ همچون نازیک و لاک است که مالکیت فکری را حق می‌دانند.^۲

دراهوس این استدلال را رد می‌کند که همیشه باید در حقوق، حق مالکیت پذیرفته

^۱ proprietarism.

^۲ به طور مثال خواهان در پرونده Donaldson V. Beckett (1774) در انگلیس، ادعای حق جاویدان برای نویسنده داشت لیکن خواننده، به امتیازی قانونی و محدود (چهارده ساله) قائل بود و دادگاه نظر خواننده را پذیرفت. گاه به این پرونده برای تقدّم نفع اجتماع بر حق شخص، استناد شده است.

شود. از نظر او مالکیت را باید به مثابه ابزار صرف مطالعه کرد نه به مثابه حق^۱. به دیگر بیان، دراهوس بر چهره رفتاری مالکیت بیش از چهره معرفت‌شناختی، اخلاقی و متافیزیکی آن تأکید می‌کند و از تقدیس مالکیت می‌پرهیزد. مالکیت باید همچون ساز و کاری نهادی دیده شود و این رویکرد یک سره با فلسفه ابزارگرایانه مالکیت فکری و رویکرد اقتصادی به حقوق مرتبط است که اهمیتی فراوان برای هزینه اجتماعی حقوق مالکیت فکری قائل است. ابزارگرایی دراهوس فقط وسیله رسیدن به هدف نیست بلکه واجد ارزشی اخلاقی است و اقتصاد سیاسی او انسان‌گرایانه جلوه می‌کند. بدین‌سان زبان حق مالکیت باید به زبان امتیازات/انحصاری^۲ مبدل شود. اعطای این انحصارات به

^۱ تلقی مالکیت فکری همچون حقی ذاتی، گروهی از نویسندگان را به تخالف و تخاصم جدی با این حق برانگیخته است. مخالفان حق مالکیت فکری آن را وسیله‌ای برای به تعویق انداختن ابتکار، استثمار کشورهای ضعیف و ابزاری برای باقی گذاشتن قدرت در دست دولت و تهدید آزادی بیان می‌دانند. در سال ۱۹۸۰ انتشار کتابی با عنوان اسنادی درباره دفاع و سیاست خارجی، استرالیا در سالهای ۱۹۶۸ تا ۱۹۷۵، سبب افشای اسرار دخالت استرالیا در جنگ ویتنام و برخی حوادث دیگر گردید اما دادگاه به بهانه کپی رایت حکومت، مانع فروش این کتاب شد. همچنین اندیشه‌های بنیامین تاکر (Tucker) در اواخر قرن نوزدهم در مخالفت با حقوق مالکیت فکری مطالعه کردنی است. آنارشئیست‌های مالکیت فکری نیز همچون ریچارد استالمن (Richard Stallman) معتقدند که محصولات فکری باید در دسترس همگان باشد نه در کنترل خالق اثر، رک.

James V. DeLong: Defending Intellectual property at Cei org/pdf/2368.pdf

همچنین مباحث مربوط به تعارض اجتماعی حقوق ادبی (Copyright social conflict) یا جنگ ادبی (copyfight) مطالعه کردنی است؛ یعنی آثار آنان که در تلاش برای کاهش محدودیت‌های ایجاد شده به وسیله قواعد کپی‌رایت هستند (اینفوآنارشئیست‌ها infoanarchists = نظریه‌های ضد کپی‌رایت anticopyrights = و نیز پیروان copyleft نیز، رک. مقاله مایکل برن هک در ssm شماره 368961 و مقاله برایان مارتین: علیه مالکیت فکری در uow.edu.au/arts/sts مقاله جیسون مازون در ssm شماره ۷۷۸۲۴۴ مقاله پولک واگنر: اطلاعات می‌خواهد آزادباشند. برخی نیز همچون تام جی پالمر Tom G palmer از حقوق مالکیت فکری همچون حق انسان بر اموال عینی دفاع نمی‌کنند و اجازه نمی‌دهند که خالق اثر برای ممانعت دیگران از استفاده از اثرش به حقوق متوسل شود گرچه آنان گونه‌ای تقاص خصوص صاحب اثر را (Self-help) اجازه می‌دهند، به عبارت دیگر اعتراض آنان نه راجع به وجود حق مالکیت فکری بلکه درباره استفاده از قدرت دولت برای حمایت از آن است.

2. Monopoly privileges

اندیشه تکلیف وابسته است نه حق، و امتیازاتی که حاصل تکلیف‌اند، قلب ابزارگرایی مالکیت فکری را تشکیل می‌دهد. در منظر دراهوس، حق مالکیت، مستخدم اخلاق است نه راننده آن تا آن را به هر سو که خاطرخواه خود است بکشد.

سرانجام، نظریه ابزارگرایانه مالکیت فکری بر تجربه‌گرایی طبیعی^۱ مبتنی است. قانونگذار باید به تجربه‌های خویش درباره این حقوق و نیز هزینه‌ها و سوء استفاده‌های عملی از آن توجه کند. حقوق مالکیت فکری از حق طبیعی خالقانش حمایت نمی‌کند. دراهوس، رویکردی ابزارگرایانه را ترجیح می‌دهد که مبتنی است بر تحلیل اقتصادی عمیق از آثار مالکیت فکری. در نظر او مالکیت فکری مسأله‌ای است بالضروره سیاسی. طبیعت حق داشتن نسبت به اطلاعات، بر توزیع قدرت در جامعه تأثیر می‌گذارد؛ چه دانش قدرت است و «توانا بود هر که دانا بود». اطلاعات نیز باید ابزارگرایانه فهم شود و به دارنگانش کمک کند که رفاه حداکثری را در جامعه ایجاد کند. اطلاعات به خودی خود هدف نیستند بلکه وسیله‌ای هستند برای رسیدن به هدف.

پیتر دراهوس همچنین حق مالکیت فکری را به صورت مرسوم جزئی از حقوق بشر نمی‌داند اگرچه شاید بتوان نشان داد که حقوق مالکیت فکری به شکلی جهانی پذیرفته شده است.^۲ هر ارزشی که به‌طور گسترده پذیرفته شده جزء حقوق بشر قرار نمی‌گیرد. آیا ایستادن در صف که در تمام فرودگاهها رعایت می‌شود هم پایه آزادی، بخشی از حقوق بشر است؟ حقوق بشر چیزی فراتر از جهانی بودن است. حق ادبی وابسته به زمانی مشخص است و باید ثبت شود اما حق حیات چنین نیست. هم‌چنین داشتن نسخه‌ای از اثر دیگری با محروم ساختن او از غذا و مسکن و دارو مترادف نیست. مالکیت فکری، مطلبی ثانوی در آثار فیلسوفان است: کانت درباره نویسندگان و نبوغ آنان نگاشته نه درباره حقوق مالکیت فکری و هگل فقط چند عبارت گذرا درباره

^۱. Empiricism

^۲. نام کتاب دراهوس چنین است:

The universality of intellectual property rights: Origins and development

see: www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf

مالکیت کالاهای ذهنی دارد. دراهوس اما معتقد است وجود و اعمال برخی حقوق، وجود برخی حقوق دیگر را مفروض می‌گیرد چنانکه حق آموختن به معنای اعمال حق آزادی بیان است. بدین‌سان، برخی حقوق ابزار تضمین برخی حقوق دیگرند. حقوق به دست آمده از راه اعمال مقررات مالکیت فکری، حقوقی ابزاری است که در حالت ایده‌آل و در سایه حکومتی دموکراتیک باید خدمتگذار منافع و نیازهای بنیادین آنان (= حقوق بشر) باشد (لورنس هلفر، اس. اس. آر. ان، ۴۵۹۱۲۰؛ و گراسمن، اس. اس. آر. ان، ۳۴۸۱۰۵).

پیتر دراهوس رژیم کنونی مالکیت‌های معنوی را که محصول اراده امپراتوری‌های استعماری بوده است، در شرایط ژئو سیاسی حاضر تغییرناپذیر می‌داند. او پیشنهاد می‌کند که برای منع گسترش این رژیم، مدل‌های جایگزین برای استفاده از دارائی‌های ادبی و علمی بشری در نظامی مبتنی بر دسترس آزاد طراحان شوند. طراحی و معماری قواعد مالکیت معنوی باید از کشورهای پیشرفته به کشورهای غیر پیشرفته منتقل شود و یکی از مدل‌های مهم برای تحقق این امر ایجاد پیمانهای اساسی میان کشورهای در حال توسعه است تا با ترسیم نظم قضایی بین‌المللی استوار میان اعضا، نخستین گام را برای مشارکت معنی‌دار در مالکیت‌های معنوی بردارند (دراهوس، اس. اس. آر. ان، ۸۵۰۷۵۱).

مؤخره

فلسفه حقوق مالکیت فکری بر دو مبحث بنیادین استوار است: مفهوم حق مالکیت فکری و توجیه این حق. تاریخ حقوق ایران برای شناسائی مفهوم حقوق مالکیت فکری با سه دشواری مواجه بوده است:

۱. **خلط مالکیت اعتباری و مالکیت حقیقی:** این گزاره که *علی دارای خانه‌ای است متفاوت است با این گزاره که نمک دارای شوری است*. دارائی اول، جعلی و قراردادی است و قابل فسخ لیکن مالکیت دوم طبیعی است و فسخ‌ناپذیر. حقوق سنتی دیرزمانی است که این دو را از یک جنس تلقی کرده و مالکیت مجازی را همچون مالکیت فیزیکی دانسته و بدینسان، پذیرش مالکیت معنوی که خود مجاز اندر مجاز است برای

سنت حقوقدانان ناممکن جلوه کرده است.

۲. **خلط تصرف و مالکیت:** حقوقدانان گاه مفهوم مالکیت را به تصرف تقلیل می‌دهند و از آنجا که مال معنوی را نمی‌توان تصرف کرد چنین نتیجه گرفته‌اند که تملک آن نیز نامعقول است.

۳. **ضرورت عین بودن مبیع:** مهمترین سبب تملک در تاریخ حقوق، بیع است و آن نیز در تاریخ حقوق گویی فقط برای انتقال اشیاء عینی قابلیت داشته است. در این مقاله، با مطالعه‌ای تاریخی، نشان داده شد که عین بودن مبیع فقط در چند قرن اخیر پذیرفته شده و مقصود از عین نیز غیر منفعت بوده است. بدین‌سان نباید در امکان انتقال حقوق با بیع تردید کرد.

پس مفهوم مالکیت فکری ممتنع‌الوجود نیست. دز گفتار دوم، بایستی مالکیت فکری و مصالح و مفاسد آن ارزیابی شده است. شاید چپستی مالکیت فکری مورد تردید واقع نشود و مفهوم این گونه مالکیت از حیث فلسفی و حقوقی شناسائی شود لیکن این شناخت، به‌ضرورت، دلیلی بر موجه بودن مالکیت فکری نیست. در توجیه مالکیت فکری، می‌توان به سه نظریه اشاره کرد:

۱. **مالکیت معنوی همچون حق طبیعی:** جان لاک مال را به صورت طبیعی چیزی می‌داند که کار انسان به آن اضافه شده باشد. محصولات معنوی نیز با کار فکری انسان تولید شده‌اند و به همین دلیل در ملکیت شخصی در می‌آیند که کاری فکری کرده.

۲. **مالکیت فکری همچون شخصیت:** هگل، حق مالکیت را وسیله اعمال آزادی ذهنی انسان و رسیدن به خودآگاهی می‌داند و آن که آرزوهای خود در قالب داستان و قطعه هنری بیان می‌کند نسبت به مالکیت آن محق می‌گردد.

۳. **مالکیت فکری همچون امتیاز:** پیتر دراهوس با بهره‌گیری از نظریه‌های مارکس، مالکیت فکری را نه حق که امتیاز تلقی می‌کند؛ امتیازی که عندالاقضاء ممکن است به دست قانونگذار نادیده گرفته شود. در توجیه سوم، نباید واله‌وار تمام لوازم حق مالکیت

فکری پذیرفته شود و قانونگذاران هنگام تقنین باید به اقتضائات سیاسی و اقتصادی و فرهنگی و اخلاقی آن نظر داشته باشند.

این سه دشواری ناشی از معضلی اساسی‌تر است و آن تقلیل مفهوم حق از عدالت به مالکیت در تاریخ حقوق است. فقیهان و حقوقدانان را عادت چنان بوده است که هر رابطه حقوقی را در چهارچوب مالکیت بفهمند حال آن که می‌توان حق معنوی را قسیم حق مالکیت قرار داد نه قسمی از آن.

با تحلیل خطایی که حقوق سنتی از دیرباز به آن مبتلا شده است می‌توان هم در مفهوم مالکیت‌های فکری بازناندیشی کرد و هم حکمت و توجیهی دیگر بر آن یافت. فقیهان و حقوقدانان مایلند هر رابطه‌ای را در چارچوب مالکیت فهم کنند و این، نتیجه فروکاستن مفهوم حق به مالکیت است. ضرورتی نیست که هرگونه حق معنوی به مالکیت تحویل شود تا پیچ و خم رابطه‌ی فنی مالکانه، نظریه‌پرداز را به تنگی قافیه دچار سازد؛ می‌توان محق بود ولی مالک نبود. نیز می‌توان هرگونه زیان به حقوق معنوی را از دریچه مسئولیت مدنی نگریست: خسارتها - حتی آنها که به مال تقویم نمی‌شوند - قابلیت جبران را - حتی جبران به مال - دارا هستند. اضرار به حقوق معنوی نیز باید به شیوه‌ای، گرچه مالی، تدارک شود؛ آن که به حق معنوی دیگری حرمت نمی‌نهد به شکلی غیرعادلانه دارا شده است؛ دارا شدنی که بی‌گمان ضمان‌آور است. این، لازمه احترام به حریت شهروندان است؛ اندیشه‌ها نیز ممکن است به بیگاری گرفته شوند و در سیطره دیگری درآیند.

منابع و مأخذ:

الف - فارسی:

- ۱- انصاری، (۱۳۶۶)، مکاسب.
- ۲- ابن سینا: (۱۹۶۰)، الشفاء، اللاهیات، الدكتور ابراهیم مدکور، قاهره، منشورات مکتبه آیه الله مرعشی نجفی، (۱۴۰۴)، قم.
- ۳- الاقشهری، (۱۳۶۳)، مختصرالسوقی علی مختصر المعانی، قم.
- ۴- بحرانی، یوسف، الحدایق الناضره، ج ۱۸، دارالکتب الاسلامیه.
- ۵- تفتازانی، (۱۳۷۴ ق)، المطول.
- ۶- تفتازانی، سعدالدین، (۱۹۶۵)، مختصر المعانی، مکتبه مصطفی الباب الحلبی و اولاده، مصر.
- ۷- جعفری تبار، حسن، (۱۳۸۳)، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار.
- ۸- جعفری تبار، حسن، (۱۳۸۴)، «شرح حق پایان ندارد همچو حق، گفتاری در تقلیل تاریخی مفهوم حق از عدالت به مالکیت»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۷۲.
- ۹- حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، مؤسسه آل بیت، ج. ۴.
- ۱۰- حلی، یحیی بن سعید، (۱۴۰۵ ق)، الجامع للشرایع، مؤسسه سید الشهداء.
- ۱۱- حلی، علامه حسن، المختصر النافع، چاپ شده در جامع المدارک.
- ۱۲- حرّ عاملی، (۱۴۰۳ ق)، وسائل الشیعه، ج ۱۲، مکتبه الاسلامیه.
- ۱۳- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۳.
- ۱۴- ستیس، و. ت. (۱۳۷۰)، فلسفه هگل، ترجمه حمید عنایت، شرکت سهامی کتابهای جیبی، جلد دوم.
- ۱۵- شیخ طوسی، انبهایه، انتشارات قدس محمدی، قم.
- ۱۶- شهیدی، میرزا فتاح، (۱۴۰۷ ق)، هدایه الطالب الی اسرار مکاسب، کتابخانه مرعشی نجفی.
- ۱۷- طوسی، خواجه نصیر الدین، (۱۳۶۱)، اساس الاقتباس، به کوشش مدرس رضوی، دانشگاه تهران.
- ۱۸- عاملی، شیخ حر، (۱۴۰۳)، وسائل الشیعه، جلد ۶، ۱۱ و ۱۲، مکتبه الاسلامیه.
- ۱۹- عاملی، زین الدین بن علی شهید اول، (۱۴۰۳)، اللمعه الدمشقیه، دارالهادی للمطبوعات ج ۳.
- ۲۰- غروی اصفهانی، محمد حسین، (۱۳۶۳ ق)، تعلیق بر مکاسب چاپ سنگی.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، معاملات معوض و عقود تملیکی، شرکت انتشار.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر دادگستر.
- ۲۳- لاک، جان، رساله دوم درباره حکومت در [www. Constitution.org/jl/2ndtreat.htm](http://www.Constitution.org/jl/2ndtreat.htm)
- ۲۴- محقق حلی، جعفر بن حسن: شرایع الاسلام.
- ۲۵- مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق، انتشارات قدس محمدی، قم، جلد ۳.
- ۲۶- نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۹۸۱)، جواهر الکلام، جلد ۲۲، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- ۲۷- هوف، گراهام، (۱۳۶۵)، گفتاری درباره نقد، ترجمه نسرین پروینی، امیر کبیر.
- ۲۸- همایی، جلال الدین، (۱۳۶۴)، فنون بلاغت و صناعات ادبی، توس.

ب - انگلیسی

- 1-Peter Drahos: *An alternative framework for the global regulation of intellectual propertyrights*, at ssrn, 850751.
- 2- DeLong James V., *Defending Intellectual property*, at Cei org/pdf/2368.pdf
- 3- Drassinower, Abraham, *Labour and intersubjectivity: notes on the natural law of copyright* ssrn=275470
- 4- Fisher William W., *The growth of intellectual property : A history of the ownership of ideas in the United States*. [http:// cyber. Law. harvard. edu/property99. history html](http://cyber.law.harvard.edu/property99.history.html).
- 5-Grossman: *international Protection of intellectual property* at ssrn, 348105
- 6- J.W. Harris : *Property and justice*, Oxford ,2001.
- 7- Helfer, Laurence R., *Human rights and intellectual property: Conflict or coexistence* at ssrn,459120
- 8- Hughes justin: *The philosophy of intellectual property*, at: [www.law.harvard.edu/.faculty/.fisher/.music/.hughes. 1988.html](http://www.law.harvard.edu/faculty/fisher/music/hughes.1988.html)
- 9- [www. Law. harvard. edu/faculty/fisher/ip theory.html](http://www.law.harvard.edu/faculty/fisher/ip.theory.html)
- 10- Lemley: Mark A. *property, intellectual property and Free riding*, at: ssrn/582602
- 11- Mosseff ,Adam, *Lock'c labor lost*, in [www.ssrn.com\(446780\)](http://www.ssrn.com(446780))
- 12- Radin, Margaret Jane *Information tangibility*, [http//ssrn.com](http://ssrn.com)
- 13- Sterk, Stewart E. *What's in a name? the troublesome analogies between real and intellectual property*, at ssrn/575121
- 14- Yu, Peter K. *intellectual property and the information ecosystem*, at ssrn,578575.

تمول و تقوی چون دو وزنه هستند که در کفین یک ترازو باشند؛ یکی

نمی‌تواند بالا برود مگر اینکه دیگری پایین برود.

(افلاطون)