



دانشکده حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری

عنوان:

بررسی تطبیقی حق تعقیب در حقوق مالکیت ادبی و هنری باتاکید بر فقه امامیه و حقوق ایران

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر علی نسیم فر

نگارنده:

موسی زارعی مهر فر

آبان ماه ۱۳۹۳

تقدیم به :

پدر و مادرم که همواره بادعای خیر خودشان موجب دلگرمی و آرامش
خاطرم بوده اند و همسر و دخترم که همیشه همراه و یاورم هستند

و

آنان که برای اجرای عدالت و انصاف می کوشند.

سپاسگزاری

با حمد و ستایش فراوان به درگاه خداوند حکیم، اینک که در پرتو الطاف بی دریغ الهی این کار به انجام رسید، به رسم ادب و انجام وظیفه بر خود لازم می دانم از کمک های تمام بزرگوارانی که صادقانه در مراحل مختلف کار، یاری رسان اینجانب بوده اند، صمیمانه قدردانی نمایم.

از زحمات بی دریغ استاد محترم راهنما: آقای دکتر علی نسیم فرصیمانه سپاسگزارم.

همچنین از استادان ارجمند آقایان: دکتر سید حسن شبیری و دکتر بختیاروند، که داوری پایان نامه ی اینجانب را تقبل فرموده اند، کمال تشکر و قدردانی را دارم.

چکیده:

یکی از حقوقی که در برخی نظام های حقوقی به عنوان حق ی مادی برای پدیدآورنده اثر هنری مورد پذیرش واقع شده است « حق تعقیب » یا « حق باز فروش اثر » است. حق تعقیب، حقی است که برای پدید آورنده برخی آثار هنری بوجود آمده و به موجب آن پدید آورندگان در منافع حاصل از فروش های بعدی اثر سه یم هستند به نحوی که درصدی از نفع باز فروش اثر را دریافت می کنند. این حق دارای ویژگی هایی است که آن را از سایر حقوق مادی متمایز می نماید. از جمله این که غیر قابل انتقال به صورت ارادی است و در برخی نظام های حقوقی غیر قابل اسقاط و غیر قابل توقیف محسوب می شود. ذی نفعان حق مزبور پدید آورندگان آثار هنری مورد نظر و ورثه آنان و در برخی نظام های حقوقی موصری لهم می باشند. متعهد پرداخت حق تعقیب نیز بسته به مورد بر عهده فروشنده، خریدار و یا واسطه ی فروش است. به لحاظ فقهی، این حق از مسائل مستحدثه بوده و پذیرش آن با استناد به لاضرر بانی عقلاء مواجه با اشکال است منتهی شاید بتوان از طریق شرط ضمن عقدا این حق را برای پدیدآورنده قائل شد. در قوانین فعلی ایران، حق تعقیب شناسایی نشده است.

واژگان کلیدی: حق مادی، حق تعقیب، مالکیت ادبی و هنری

مقدمه:-----۱

الف)- بیان مسئله-----۱

ب)- سئوالات اصلی وفرعی-----۲

ج)- فرضیه-----۲

د)- اهداف ضرورت-----۲

ه)- پیشینه تحقیق-----۳

و)- روش تحقیق-----۳

د)- سازماندهی تحقیق-----۳

فصل اول: مفاهیم و پیشینه حق تعقیب

مبحث اول: مفاهیم-----۴

گفتار اول: مفهوم اثر ادبی و هنری و حق-----۴

بند اول: مفهوم اثر ادبی و هنری-----۴

الف) مفهوم اثر ادبی-----۵

ب) مفهوم اثر هنری-----۶

بند دوم: مفهوم حق و ویژگی های آن-----۷

الف) مفهوم حق در فقه امامیه-----۷

ب) ویژگیهای حق در فقه امامیه-----۹

ج)- چگونگی تشخیص حق از حکم-----۱۰

گفتار دوم: مفهوم حق مادی و ویژگی های آن در حقوق مالکیت ادبی و هنری- ۱۲

بند اول: مفهوم حق مادی-----۱۲

بند دوم: ویژگی های حقوق مادی-----۱۵

۱۵-----الف) قابل انتقال بودن

۱۷-----ب) قابل توقیف بودن

۱۹-----ج) موقتی بودن

۱۹-----گفتار سوم: مفهوم حق تعقیب و ویژگی های آن

۲۰-----بند اول: مفهوم حق تعقیب

۲۳-----بند دوم: ویژگی های حق تعقیب

۲۳-----الف) غیر قابل انتقال بودن از طریق ارادی

۲۵-----ب) قابل انتقال از طریق ارث

۲۷-----ج) موقتی بودن

۲۹-----د) غیر قابل اسقاط بودن

۳۱-----ح) غیر قابل توقیف بودن

۳۲-----مبحث دوم: پیشینه حق تعقیب

۳۳-----گفتار اول: در مقررات بین المللی و منطقه ای

۳۳-----بند اول: کنوانسیون برن

۳۴-----بند دوم: معاهدات و ایپو

۳۵-----بند سوم: تریپس

۳۷-----بند چهارم: دستورالعمل اتحادیه اروپا

۳۹-----گفتار دوم: در قوانین داخلی کشورها

۳۹-----بند اول: در حقوق فرانسه

۴۱-----بند دوم: در حقوق انگلستان

۴۳-----بند سوم: در حقوق سایر کشورها و آمریکا

فصل دوم: ماهیت و مبانی حق تعقیب

مبحث اول: ماهیت حق تعقیب با نگاه به حقوق اموال و سایر حقوق مادی-----۴۶

گفتار اول: تبیین حقوق مالی و ماهیت حقوق مادی آثار ادبی و هنری-----۴۶

بند اول: اقسام حقوق مالی-----۴۶

الف) حقوق عینی و دینی-----۴۷

ب) تفاوت های حق عینی و دینی-----۴۸

بند دوم: ماهیت حقوق مادی مؤلف-----۴۹

الف) نظریه مالکیت عینی-----۴۹

ب) نظریه حق انتفاع-----۵۰

ج) نظریه حقوق فکری-----۵۱

گفتار دوم: ماهیت حق تعقیب-----۵۱

بند اول: احتمال حقوق فکری-----۵۱

بند دوم: احتمال حق دینی-----۵۲

مبحث دوم: مبانی حق تعقیب-----۵۳

گفتار اول: مبانی حقوقی حق تعقیب-----۵۴

بند اول: نظریه قرار داد-----۵۴

بند دوم: نظریه انگیزه-----۵۶

بند سوم: نظریه تضمین-----۵۸

بند چهارم: نظریه اصراف-----۵۹

گفتار دوم: بررسی حق تعقیب در فقه امامیه و قوانین ایران-----۶۱

بند اول: حق تعقیب در فقه امامیه-----۶۱

- الف) جایگاه حق تعقیب در فقه امامیه-----۶۱
- ۱ - حق تعقیب حقی غیر قابل انتقال و غیر قابل اسقاط-----۶۱
- ۲ - حق تعقیب منافی با قاعده تسلیط-----۶۳
- ب) ادله اعتبار حق تعقیب-----۶۴
- ۱- قاعده لاضرر-----۶۴
- ۱-۱ شمول قاعده لاضرر نسبت به احکام عدمی-----۶۵
- ۱ + شمول قاعده لاضرر نسبت به حق تعقیب-----۶۶
- ۲- بنای عقلاء-----۶۸
- ۲-۱ ماهیت سیره عقلاء در حق تعقیب-----۶۹
- ۲-۲ حجیت سیره عقلاء در حق تعقیب-----۷۰
- ۳- قرار داد خصوصی-----۷۱
- بند دوم: حق تعقیب در قوانین ایران-----۷۳
- الف : قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸-----۷۳
- ب : قانون ترجمه و تکثیر نشریات و آثار صوتی سال ۱۳۵۲-----۷۴
- ج : قانون حمایت از حقوق پدید آورنده نرم افزارهای رایانه ای ۱۳۷۹-----۷۴
- د : لایحه حمایت از حقوق مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط-----۷۵

فصل سوم: قلمرو حق تعقیب

- مبحث اول: آثار موضوع حق تعقیب و قراردادهای مشمول آن-----۷۷
- گفتار اول: آثار موضوع حق تعقیب-----۷۷
- بند اول: در حقوق داخلی کشورها-----۷۸
- بند دوم: در اسناد بین المللی-----۸۰

- ۸۳-----گفتار دوم: قراردادهای مشمول حق تعقیب
- ۸۵-----مبحث دوم: ذینفع و متعهد حق تعقیب
- ۸۴-----گفتار اول : ذینفع حق تعقیب
- ۸۴-----بند اول: در حقوق داخلی کشورها
- ۸۷-----بند دوم: در اسناد بین المللی
- ۸۸-----گفتار دوم: متعهد حق تعقیب
- ۹۰-----نتیجه گیری
- ۹۳-----منابع و مأخذ
- ۹۳-----کتب فارسی
- ۹۴-----مقالات و پایان نامه ها
- ۹۵-----قوانین
- ۹۷-----منابع عربی
- ۹۹-----منابع لاتین

مقدمه:

الف) - بیان مسئله

یکی از مهم ترین مسائلی که در عرصه حقوق مالکیت فکری مطرح است، حمایت از این حقوق است که از ارکان ضروری برای تشویق هنرمندان و صاحبان اندیشه و فکر به تولید آثار فکری و رشد و توسعه دانش و هنر و ادبیات است. قانون گذاران به نمایندگی از جامعه از صاحبان اندیشه حمایت می کنند و به آن ها حقوق انحصاری اعطا می نمایند. مالکیت ادبی و هنری به عنوان یکی از شاخه های مهم مالکیت فکری در بر دارنده دو دسته حقوق مادی و معنوی برای پدید آورنده اثر هنری است. حقوق مادی پدید آورنده در قالب های متعددی از پدید آورندگ ان آثار هنری حمایت نموده و امتیازاتی را به آنان اعطا نموده است. یکی از این حقوق که در برخی کشور ها به رسمیت شناخته شده است، حق تعقیب نام دارد. به موجب این حق پدید آورنده اثر هنری حتی پس از انتقال اثر هنری در عواید حاصل از باز فروش اثر سهیم می باشد. البته این حق قلمرو محدودی دارد و در خصوص تعداد محدودی از آثار هنری مورد پذیرش قرار گرفته است. این حق امروزه مورد توجه بسیاری از نظام های حقوقی قرار گرفته و قانون گذاران مختلف تمایل خود را به پذیرش این حق و گنجاندن آن در قوانین ملی بروز داده اند به نحوی که در سطح اتحادیه اروپا دستور العمل های مربوط به حق تعقیب تنظیم و به تصویب رسیده است. در مقررات موضوعه ایران، مقرراتی که ناظر به شناسایی حق تعقیب برای پدید آورنده باشد پیش بینی نشده است و ادبیات حقوقی نیز در این خصوص از غنای کافی برخوردار نیست. بررسی مطلوبیت یا عدم مطلوبیت پذیرش این حق، مستلزم تبیین ابعاد مختلف حق مزبور است. در این پایان نامه پس از توصیف مفهوم حق تعقیب و بیان ویژگی های آن، ماهیت و مبانی حقوقی این حق و نیز جایگاه آن در فقه امامیه و حقوق ایران و سرانجام قلمرو آن از حیث آثار مورد حمایت ذی نفعان و متعهدان مورد بررسی قرار می گیرد.

ب) - سؤال های اصلی و فرعی

سؤال اصلی این پژوهش آن است که مشروعیت حق تعقیب در حقوق مالکیت ادبی و هنری وفقه اسلام و هم چنین حقوق ایران با وجود قواعد موجود در آن چگونه توجیه می شود؟
در تبیین موضوع، سئوالات دیگری مطرح می شوند که از آن جمله می توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱ - مفهوم و ماهیت و ویژگی های حق تعقیب چیست؟

۲ - وضعیت حق تعقیب در حقوق کشورهای مختلف چگونه است؟

ج) - فرضیه

با توجه به وجود قواعدی همچون قاعده انصاف که در حقوق به عنوان یک قاعده کاربردی و پذیرفته شده همواره مورد توجه بوده و نظر به قاعده «المؤمنون عند شروطهم» در فقه اسلامی می توان چنین حقی را برای پدید آورنده اثر ادبی و هنری قایل شد.

د) - اهداف و ضرورت تحقیق:

۱- شناخت ماهوی حق تعقیب در حقوق مالکیت ادبی و هنری و بررسی مبانی پذیرش آن

۲- تبیین دیدگاه های نظام های حقوقی مختلف نسبت به این حق و همچنین وضعیت آن در فقه اسلامی و حقوق ایران

۳- بررسی وضعیت پذیرش حق تعقیب در مقررات و اسناد بین المللی و مقایسه این مقررات با قوانین داخلی کشورها.

هـ) - پیشینه تحقیق

در خصوص پیشینه تحقیق به طور کلی می توان به کتاب جامع و ارزشمند دکتر ستار زر کلام با عنوان "حقوق مالکیت ادبی و هنری" سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت) اشاره نمود که بخش هایی از آن به حق تعقیب در مالکیت ادبی و هنری اختصاص یافته است. مشخصاً در مورد حق تعقیب در مالکیت ادبی و هنری هیچ اثری نگارش نشده است. البته لازم به ذکر است که در مورد حقوق مادی مؤلف در مالکیت فکری به طور کلی پایان نامه ای با عنوان "بررسی حق مادی مؤلف در حقوق ایران و کنوانسیون های حق م مؤلف" به رشته ی تحریر درآمده است که حوزه مطالعه ی آن بسیار وسیع تر از تحقیق حاضر است و اساساً تنها به تعریف حق تعقیب بسنده نموده و سایر حقوق مادی را مورد بحث قرار داده است.

و) - روش تحقیق

روش تحقیق در این پایان نامه تحلیلی - توصیفی بوده و داده ها از طریق اسنادی - کتابخانه ای و کتابخانه های مجازی جمع آوری شده است.

ز) - سازماندهی تحقیق

نظربه اینکه در تحقیق یک سؤال اصلی و دو سؤال فرعی و فرضیه مطرح شده است لذا مطالب در سه فصل و شش مبحث ارائه خواهد شد. در فصل اول: به مفاهیم و پیشینه این حق خواهیم پرداخت. مفهوم اثر ادبی و هنری، حق، حق مادی مؤلف و حق تعقیب کشورها بررسی خواهد شد. در فصل دوم: ماهیت، مبانی حقوقی، جایگاه این حق در فقه تحلیل قرار خواهد گرفت و در پایان در فصل سوم: قلمرو حق تعقیب به لحاظ ذی نفعان، متعهدان، آثار موضوع حق تعقیب و قراردادهای مشمول آن روشن خواهد شد. در انتهای نتیجه گیری و پیشنهادهایی ارائه می گردد.

فصل اول: مفاهیم و پیشینه حق تعقیب در حقوق مالکیت ادبی و هنری

آثار ادبی و هنری و سایر آثاری که در چهارچوب نظام حق مؤلف مورد حمایت قرار می‌گیرند متضمن حقوق انحصاری برای پدید آورندگان این آثار هستند. در چهارچوب نظام حمایتی حق مؤلف، دو گروه حقوق مادی و معنوی برای پدید آورندگان به رسمیت شناخته شده است که هر یک دارای ویژگی‌ها و مصادیق خاص خود است از جمله این حقوق حق تعقیب است. پیش از بررسی حقوقی و فقهی حق تعقیب تبیین مفهوم و ویژگیهای آن و سیر تحولات آن در مقررات بین‌المللی و منطقه‌ای و حقوق داخلی کشورها مفید خواهد بود.

مبحث اول: مفاهیم

در خصوص حقوقی که برای پدید آورندگان آثار ادبی و هنری وجود دارد و به طور خاص، حق تعقیب مباحث بسیاری قابل طرح است. ولی مناسب است قبل از تعریف حق تعقیب در رابطه با کلمه‌های آثار ادبی و هنری و حق توضیحاتی ارائه و مفهوم آنها روشن گردد. سپس مفهوم حق تعقیب تبیین و ویژگی‌های آن مورد بررسی قرار گیرد.

گفتار اول: مفهوم اثر ادبی و هنری و حق

بی تردید شناخت اصطلاحات اصلی پژوهش در بررسی مسائل راجع به موضوع نقش مهمی دارد و حوزه دقیق پژوهش را روشن می‌کند. از این رو، در این قسمت مفهوم اثر ادبی و هنری و مفهوم حق را مورد بررسی قرار می‌دهیم،

بند اول - مفهوم اثر ادبی و هنری

همان طوری که در تعریف حق مؤلف گفته شده است، حق مؤلف مربوط است به آفرینش‌های فکری در زمینه ادبیات، موسیقی و هنر، به عبارت دیگر حق مؤلف یا کپی رایت یک اصطلاح

حقوقی است و عبارت است از حقوقی که به ابداع کنندگان آثار ادبی و هنری تعلق می گیرد.^۱ بنابراین موضوع حق مؤلف اثر ادبی و هنری است.

الف) مفهوم اثر ادبی

در حقوق ایران و حقوق اکثر کشورها، تعریف مشخصی از آثار ادبی بیان نشده است. کنوانسیون بین هم به هنگام بیان آثار مورد حمایت، بدون این که تعریفی از آثار ادبی و هنری ارائه دهد، صرفاً به احصای این گونه آثار پرداخته است. براساس کنوانسیون برن، عبارت «آثار ادبی و هنری» تمامی آثار ادبی، علمی و هنری، هر آن چه که ممکن است تحت عنوان کتاب یا جزوه انتشار یابد، نوشته های مربوط به کنفرانس ها، خطابه ها، سخنرانی ها، نمایش نامه ها، نمایشنامه های موزیکال، طراحی رقص، نمایش نامه های کمدی و تفریحی، پانتومیم، تصنیف موسیقی با کلام یا بدون کلام، فعالیت های سینمایی و کارهای مرتبط با آن، طراحی، نقاشی، مجسمه سازی، معماری، گراور، لیتوگرافی، آثار عکاسی، عکس، آثار هنرهای کاربردی، کارهای مصور، نقشه کشی، طراحی کارهای سه بعدی مرتبط با جغرافی، نقشه برداری، آثار معماری و یا علمی را شامل می شود.^۲

از قوانین نادری که به تعریف اثر ادبی هنری پرداخته اند قانون «حق تکثیر، طراحی و حق اختراع» انگلستان مربوط به سال ۱۹۹۸ است به موجب ماده ۱۰۳ قانون مذکور «اثر ادبی عبارت است از هر اثر غیر نمایشی و غیر موسیقایی است که به صورت مکتوب یا شفاهی یا کلامی پدید آمده باشد»^۳ در حقوق ایران نیز در ماده ۱ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مورخ ۱۳۴۸/۱۱/۲۱ به تعریف پدید آورنده و اثر پرداخته شده و آن چه از راه دانش

1 - Wipo, **Wipo Intellectual Property Hand book**. P41

2- Berne Conventon for the protection of literary and Artistic works , **Geneva Article 3(1)**

۳- ستارزر کلام، حقوق مالکیت ادبی و هنری، انتشارات سمت ۱۳۸۷ ص ۵۷

یا هنر و یا ابتکار پدید آورنده پدیدمی آید را بدون در نظر گرفتن روش بیان یا ایجاد «اثر» دانسته است ولی تعریفی از اثر ادبی بیان نشده و صرفاً در ماده ۲ قانون مذکور آثار مورد حمایت شمارش شده است. وضعیت در خصوص انواع آثار ادبی نیز مشابه تعریف اثر ادبی است و مقررات قانونی اکثر کشورها و همچنین کنوانسیون برن در این خصوص تصریحی ندارد ولی با دقت در مقررات داخلی و بین المللی می توان آثار ادبی را به دو گروه آثار نوشته و آثار شفاهی تقسیم کرد. آثار نوشته نیز خود به دو گونه تقسیم می گردد: آثار نوشته اصلی و آثار نوشته تبدیلی. مراد از آثار نوشته تبدیلی همان ترجمه، اقتباس و تلخیص می باشد.^۱

ب) مفهوم اثر هنری

از آثار هنری نیز به مانند آثار ادبی، در قوانین و مقررات داخلی و کنوانسیون های بین المللی تعریفی در دست نیست. در مقام احصای آثار هنری باید گفت در حقوق ایران علاوه بر آثار موسیقایی که در بند ۴ ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب سال ۱۳۴۸ ذکر شده با استفاده از سایر بند های همان ماده از بقیه آثار هنری نظیر آثار سمعی، تزئینی، اثر تجسمی، مجسمه سازی، اثر معماری، هنرهای دستی یا صنعتی، نقشه های قالی، گلیم، آثار مرتبط با فرهنگ عامه و هم چنین هر اثری که از ترکیب چند اثر از اثرهای نامبرده بوجود آمده باشد، به شرط ابتکاری بودن، حمایت قانونی صورت گرفته و به عنوان آثار هنری یاد شده است.

مفهوم آثار نامبرده صرف نظر از اینکه موجب اطاله ی کلام می شود نیاز به توضیح خاصی ندارد. آن چه ذکر آن ضروری است، ویژگی های آثار ادبی و هنری به عنوان اثر مورد حمایت است. این آثار باید دارای شکلی محسوس بوده و اصیل باشند. علاوه بر این باید مالیت داشته و

۱- حمیدآیتی، حقوق آفرینش های فکری، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵، صص ۹۲ و ۹۱

برای نخستین بار در کشور حمایت کننده چاپ یا پخش یا اجرا شود.^۱ باتوجه به بیان مفصل این ویژگیها در کتب ومقالات متعدده جهت جلوگیری از ذکر مباحث غیر مرتبط به همین مقدار بسنده می کنیم.

بند دوم : مفهوم حق و ویژگی های آن

الف) مفهوم حق در فقه امامیه

حق در لغت به معنای راست و درست ، ثابت، ضد باطل ، یقین و عدل ، نصیب و بهره و ثبوت اسماء خداوند آمده است^۲ که وجه اشتراک کاربردهای متفاوت آن مفهوم « ثبات » و « پایداری » است اما در اصطلاح، «حق» در موارد متفاوتی بصورت جمع و مفرد بکار می رود که بیان آنها ضروری است:

۱. حقوق به معنای مقررات اجتماعی به سخن دیگر نظام حاکم بر رفتار فردی و اجتماعی شهروندان یک جامعه است که اجرای آن تضمین شده است. در این کاربرد، واژه حقوق جمع واژه حق نیست و در واقع مترادف با واژه تشریح در عربی و Law در زبان انگلیسی است.

۲. حقوق به معنای جمع حق «Right» ، در این بند این معنا مورد توجه می باشد. از این اصطلاح در متون فقهی تعاریف متعددی ارائه گردیده است. فقیهان امامیه، با عنایت به کاربرد فراوان واژه حق در متون اسلامی، تلاش کرده اند با بنیان نهادن این اصطلاح و ارائه ی تعریف از آن و جداسازی آن از اصطلاحات مشابه، به ضابطه روشن حقوقی دست یابند. همان طوری که بیان شد فقهاء تعریف های گوناگونی از حق ارائه داده اند. ارائه دهندگان هر تعریف با توجه به محوریت بحث، بر عنصر یا عناصری تأکید ورزیده اند. مثلاً برخی بر وجه تمایز حکم و حق تأکید

۱- همان صی ۸۲- ۷۸

۲- حسن عمید، فرهنگ عمید، انتشارات امیرکبیر ، ۱۳۵۶ ص ۴۴۷

کرده اند و برخی علاوه بر آن بر جدا سازی حق از مفاهیم دیگر چون سلطنت و ملک نیز اصرار دارند و برخی دیگر، با تحلیل موضوع، به تعریفی که موضوع حق را از نهاد های مشابه جدا سازد، رسیده اند. در ادامه بطور مختصر تعاریف مطرح شده از حق مورد بررسی قرار می گیرد.^۱

۱- حق، سلطه ای است برای انسان که به خودی خود بر دیگری اگرچه به طور اعتباری وضع گردیده است.^۲

۲- حق، اعتباری خاص و اضافه ای ویژه است که از حکمی وضعی یا تکلیفی و یا منشا دیگری انتزاع می شود.^۳

۳- حق رتبه ای ضعیف از ملکیت است.^۴

۴- حق، امری است اعتباری که در هر مورد معنای خاص می دهد و دارای آثار خاصی است. این رو، مضاف الیه حق، بیانگر مفهوم خاص اعتباری حق در هر مورد می باشد.^۵

۵- حق، نوعی اختصاص است، اختصاصی که لزوم وجود آن ناشی از درک این مطلب است که انجام یک فعل از فاعل ساخته نیست و مداخله در بهره وری از بهره ای که شخص خاص آن را اداره کرده ممنوع است. این اختصاص در بعد مالی م لک و در بعد غیرمالی حق نام دارد.^۶ حقوق آنان نیز در مقام تعریف حق، تعاریفی را ارائه داده اند. از جمله این که «حق متشکل از

۱- محمودیوسف وند، مبانی حقوق مالکیت معنوی در فقه و قانون، نشر خرم، قم، ۱۳۸۵، صص ۳۸ و ۳۷

۲- سید محمد آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ه ق ۰ ص ۱۳

۳- محمد کاظم خراسانی، حاشیه مکاسب، تصحیح سید مهدی شمس الدین چاپ اول، تهران ۱۴۰۶ ص ۲۲۴

۴- جواد تبریزی، ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب، انتشارات مهر، ۱۴۰۹ ق ج ۲ ص ۲

۵- محمد حسین غروی، حاشیه مکاسب، انتشارات بصیرتی، بی تا، ص ۱۰

۶- محمد حسین طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، دارالکتاب الاسلامی، بی تا، ج ۲ ص ۵۴

چهار عنصر است که عبارت است از اختصاص، تسلیط، احترام دیگران نسبت به آن و حمایت قانونی از آن عناصر اول و دوم بیانگر ماهیت حق و دو عنصر دیگر مبین تکالیف دیگران در قبال حق است»^۱. برخی دیگر از حقوق دانان حق را نوعی اختیار دانسته اند که قواعد حقوقی، برای تنظیم روابط اشخاص به سود پاره ای از آلن در برابر دیگران ایجاد می کند.^۲ نتیجه این که در اصطلاح حقوقی اسلام، حق توانایی خاص است، که برای کس یا کساری نسبت به چیز یا کس اعتبار شده و به مقتضای آن توانایی می تواند در آن چیز یا کس تصرف نموده یا بهره ای برگیرد.^۳

ب) ویژگی های حق در فقه امامیه

حق از نظر ماهیت دارای ویژگی هایی است که آن را از سایر نهادهای حقوق متمایز می سازد حق از ناحیه اشخاص قابل اسقاط است حق قابلیت انتقال قهری و ارادی را داراست و امکان تعهد علیه آن وجود دارد. به این معنی که صاحب حق می توان در قبال دریافت ما به از یا بصورت تبرعی و مجانی متعهد شود که از حق خود استفاده نکند. در مقابل حق، حکم قرار دارد. ویژگی های حکم درست برخلاف حق است، نه قابلیت اسقاط دارد و نه امکان نقل و انتقال به اسباب قهری و نه می توان علیه آن تعهد کرد. برای مثال شخص نمی تواند متعهد شود که فلان حکم از او سلب گردد. به عبارت دیگر سلب جزئی از حق تمتع یا حق اجرای حقوق مدنی از صاحب حق امکان پذیر است ولی سلب حکم امکان ندارد علت وضع ماده ۹۵۹ قانون مدنی ایران که سلب حق تمتع به طور کلی و یا سلب حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را ممنوع کرده است، همین است. زیرا حق تمتع و حق اجرای حقوق مدنی به طور کلی عبارت است از اهلیت تمتع و استیفاء، که حکم است. علت وجود این خصوصیات برای حکم این است که

۱- جمیل الشرفادی، *دروس فی اصول القانون*، دارالنهضیه، م ۱۹۹۶، ص ۱۴۷

۲- ناصر کاتوزیان، *مقدمه علم حقوق*، چاپ بیست و دوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص ۲۲۸

۳- ابوالقاسم گرگی، *مقالات حقوقی*، ج اول، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ص ۲۴۹

اختیار و زمام حکم در دست قانون گذار و شارع است و این حاکم است که به مکلف رخصت داده که در مورد مباحات فعلی را انجام دهد ولی آن را ترک کند.^۱

ج) چگونگی تشخیص حق از حکم

سرهوالی که قابل طرح است نحوه تشخیص حق از حکم می باشد. در پاسخ این سوال باید گفت: برخی عقیده دارند که برای تشخیص حق از حکم باید به آثار توجه کرد، چنانچه این آثار قابل نقل و انتقال و اسقاط باشد، این سلطه و توانایی حق است و در غیر این صورت از مصادیق حکم خواهد بود.^۲ به موجب این نظریه توانایی صاحب حق این است که او بتواند از امتیاز خود صرف نظر کند و امتیازی که نتوان از بین برد، در زمره تکالیف است، یعنی امری است که از سوی شرع صادر شده و حقی برای شخص به وجود نمی آورد. به این نظریه ایرادات وارد است. اولاً این نحوه تشخیص، مستلزم دوراست، زیرا قابلیت نقل و انتقال متوقف بر این است که حق بودن سلطه و توانایی محرز باشد و احراز این امر نیز خود متوقف بر قابلیت نقل و انتقال و اسقاط است، ثانیاً: این درست است که حکم چیزی است که قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست، ولی این بدان معنی نیست که همه حقوق قابل نقل و انتقال باشد و پاره ای از آنها فاقد این قابلیت هستند و به سخن دیگر، هر چند آن چه قابل اسقاط و انتقال باشد «حق» است، این طور نیست که هر چه قابل انتقال و اسقاط نباشد «حکم» باشد.^۳ پس این ضابطه برای تشخیص حق از حکم کافی نیست بنابراین برای تشخیص درست، علاوه بر توجه به خصوصیات مذکور باید مفاد ادله توجه شود. توضیح این که حق و حکم هر دو نتیجه ادله شرعی و قانونی است. گاهی ادله مزبور بیانگر این معناست که اراده شخص در نتیجه حاصل از آنها تأثیری ندارد، در این صورت، این

۱- سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، ۱۳۸۴ ص ۲۸۷

۲- موسی نجفی خوانساری، منیه الطالب فی شرح المکاسب مطبوعه المرآتیه، ۱۳۵۷ هـ ق، ج ۱، ص ۴۲

۳- محمدکاظم طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب، چاپ سرنگی تهران ۱۳۱۷ هـ ق، ص ۵۶