

وضعیت حقوقی - فقهی رایانه در ایران^۱

سیدحسن شبیری

اشاره

رشد استفاده از رایانه در ایران و به کارگیری آن در فرایندهای مختلف آموزش، صنعت، نشر و پژوهش، مسائل حقوقی نوظهوری را در پی داشت. این مسائل ضرورتاً باید در دستگاه فقهی و حقوقی ایران تحلیل و قوانین مناسب با آنها تصویب گردد.

بررسی‌های نظری پژوهش‌گران فقه و حقوق، بستر سازی برای دستیابی به قوانین کارآمد است. این مقاله تلاش دارد براساس نیازهای روز و مسائل نوظهور، متون فقهی و آراء فقیهان را بررسی کند.

حقوق رایانه دارای طیفی گسترده و موضوعاتی گوناگون است؛ اما از آنجایی که بسیاری از فروع این حقوق (بر خلاف کشورهای پیش‌رفته صنعتی)، تناسب چندانی با ساختار اقتصادی و اجتماعی کنونی ایران ندارند، طبعاً در تاریخچه قانون‌گذاری حقوق رایانه ایران، نمی‌توانند دارای منزلت و جایگاه ویژه‌ای باشند. به‌عنوان نمونه، گرچه در انگلستان برای حمایت از برخی از ابعاد سخت‌افزاری رایانه، قانونی تحت عنوان حمایت از تراشه‌های نیمه هادی تصویب شده است، اما به دلیل عدم آمادگی صنعت ایران بر تولید چنین محصولاتی در حجم انبوه، نمی‌توان از قانون‌گذار ایرانی انتظار تدوین چنین قوانینی را داشت. به‌طور کلی می‌توان گفت که از بین دو جنبه سخت‌افزاری و نرم‌افزاری رایانه، بُعد نرم‌افزاری آن در ایران دارای اهمیت خاصی بوده و کاربردهای فراوانی در صنعت ایران طی بیش از یک دهه ورود آن به کشور داشته است. به همین جهت از میان ابعاد حقوق رایانه، بُعد حقوق نرم‌افزار در ایران مورد توجه نسبی قانون‌گذاران ایران قرار گرفته است؛ از این‌رو در این گفتار بیش‌تر به تاریخچه زیرشاخه حقوق نرم‌افزار خواهیم پرداخت.

گرچه رایانه در اواخر دهه ۱۳۵۰ وارد ایران شد، اما رشد این پدیده در ایران از اواخر دهه ۶۰ آغاز گردید.^۲ در ابتدای کار، این پدیده در نظام حقوقی ایران تأثیر چندانی نداشت، اما پس از تأسیس شرکت‌های نرم‌افزاری در ایران و گذشت چند سال از فعالیت آن شرکت‌ها، با طرح اولین دعوای نرم‌افزاری در دادگاه‌های ایران در سال ۱۳۷۲^۳ به یک‌باره توجه حقوق‌دانان و قاضیان به این پدیده جلب شد و پرسش‌ها و ابهامات حقوقی جدیدی در این عرصه پدیدار گشت. نخستین و مهم‌ترین پرسشی که در این زمینه مطرح شد، درباره ماهیت و جایگاه حقوقی نرم‌افزار بود. به بیانی دیگر، آیا نرم‌افزار اساساً به عنوان یک اثر ادبی و هنری شناخته می‌شود و یا یک اثر صرفاً صنعتی است؟ یا آیا نرم‌افزار دارای شرایط حق تکثیر و کپی‌رایت است یا شرایط اختراع‌پذیری؟ علاوه بر این، اصولاً چه حقوقی بر سازنده نرم‌افزار قابل تصور است؟ آیا ارتکاب اعمال در دایره امور نرم‌افزاری می‌توانند مسئولیت‌های مدنی یا جزایی را به دنبال داشته باشند؟ به طور کلی محور اساسی پرسش‌های فوق به این مسئله بازمی‌گشت که نرم‌افزار اصولاً تحت چه قانونی حمایت شدنی است؟ قانون حمایت از آثار ادبی و هنری، قانون حمایت از اختراعات صنعتی و یا این که بایستی اساساً تحت یک قانون جدید و مخصوص مورد حمایت قرار گیرد؟^۴ در دهه ۱۳۷۰، برخی از حقوق‌دانان با استناد به دلایلی، نرم‌افزار را به عنوان اثری ادبی تلقی کرده و آن را تحت قانون حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب سال ۱۳۴۸ می‌دانستند.^۵ از سوی دیگر پاره‌ای از حقوق‌دانان، نرم‌افزار را به عنوان یک محصول صنعتی قلمداد کرده، ویژگی اختراع‌پذیری را بر آن قابل انطباق می‌دانستند و از این رو منعی در شمول آن تحت قانون ثبت اختراع و علائم تجاری مصوب ۱۳۱۰ نمی‌دیدند.^۶ اما تطبیق هر کدام از این دو قانون قدیمی بر نرم‌افزار، مبتلا به اشکالات خاصی بود:

مشکلات شمول نرم‌افزار تحت قانون ۱۳۴۸ (قانون حق تکثیر آثار ادبی و هنری)

۱. گرچه کدهای نوشته شده به زبان‌های سطح بالا، شباهت‌های فراوانی به زبان طبیعی داشته و از جهاتی شبیه محتویات یک کتاب است و از این جهت مانند اثر ادبی، قابلیت این را دارد که تحت قانون مزبور قرار گیرد، اما همان‌گونه که بیان شد، نرم‌افزار تنها شامل کدهای نوشته شده نیست؛ بلکه نرم‌افزار در واقع توسط کدهای ماشین (دستورات متشکل از صفر و یک‌ها) اجرا می‌شود. بنا بر این حتی اگر کدهای اصلی نرم‌افزاری را به عنوان اثر ادبی تلقی کنیم، باز هم نمی‌تواند این قانون به طور جامع تمامی مصادیق نرم‌افزار را پوشش دهد.
۲. در زمان تصویب قانون مزبور، نرم‌افزار وجود خارجی نداشته تا مورد نظر قانون‌گذار باشد، از این رو تعیین مجازات‌ها متناسب با موضوعات انفورماتیکی نیست.

۳. افزون بر آن، بر اساس اصل «قانونی بودن جرم و مجازات»، جرایم نرم‌افزاری باید دارای عنصر قانونی باشند تا قابل مجازات شوند. به همین دلیل تا در قانون به جرم نرم‌افزاری تصریح نشود، امکان مجازات متخلفین وجود ندارد و این در حالی است که این قانون، هیچ‌گونه تصریحی به نرم‌افزار ندارد.^۷

مشکلات مربوط به اختراع پذیری نرم‌افزار طبق قانون سال ۱۳۱۰

۱. عدم صراحت در نص قانون مزبور، به شمول پدیده‌های نرم‌افزاری به رغم اهمیت قابل توجه این صنعت، قاضیان دادگاه‌ها را در انطباق آن بر نرم‌افزار دچار تردید کرده بود.

۲. در این قانون، مرجع فنی تخصصی جهت تشخیص نوع و طبقه‌بندی این دسته از محصولات، نامشخص بوده و هیچ‌کدام از مراجع فعلی مذکور در قانون بالا، به دلیل عدم صلاحیت فنی‌شان نمی‌توانستند مرجع مناسبی برای ثبت اختراعات نرم‌افزاری به شمار آیند.^۸

مشکلات یادشده، به تدریج ضرورت تدوین نظام ویژه حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزار را ایجاد نمود. تا این‌که در سال ۱۳۷۱ از سوی دولت، انجام کارشناسی حقوقی این کار به شورای عالی انفورماتیک کشور واگذار شد و به همین منظور، شورای مزبور، پژوهش‌های گسترده‌ای در زمینه حقوق سازندگان نرم‌افزار به عمل آورد و با بررسی تطبیقی حقوق سایر کشورها و نیز مشاوره با کارشناسان فنی و مدیران ارشد شرکت‌های نرم‌افزاری، در نهایت در آبان‌ماه ۱۳۷۳ لایحه‌ای تحت عنوان «لایحه قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار» تدوین گشت. این لایحه مشتمل بر ده ماده بود که پس از ویرایش اول، یک ماده به آن اضافه گردید. افزون بر آن، نخستین آیین‌نامه مربوط تحت عنوان «پیش‌نویس دستورالعمل صدور گواهی محصولات نرم‌افزاری» در همان سال تدوین گردید.^۹

لایحه مزبور تا سال ۱۳۷۸ مورد نقد و بررسی کارشناسان حقوقی مجلس شورای اسلامی قرار گرفت تا سرانجام در چهارم دی‌ماه ۱۳۷۹ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزار در هفده ماده و دو تبصره، به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و پس از تأیید آن توسط شورای نگهبان، در ۲۴ دی ماه ۷۹ با امضای رییس جمهوری جنبه اجرایی یافت.^{۱۰}

تاریخچه حقوق رایانه در دادگاه‌های ایران

با توجه به ابهامات موجود در خصوص جایگاه نرم‌افزار در قوانین ایران و پس از پی‌گیری‌های مکرر وزارت‌تخانه‌هایی چون وزارت ارشاد و کسب تکلیف از قوه قضاییه در مورد چگونگی رسیدگی به شکایات نرم‌افزاری، سرانجام در سال ۱۳۷۱، رییس محترم قوه قضاییه وقت بخش‌نامه‌ای را مبنی بر ملاک عمل قراردادن قانون حقوق مؤلفان، مصوب ۱۳۴۸ و قوانین مشابه صادر نمود و متعاقب آن با صدور نخستین رأی دادگاه‌های کشور درباره دعوی شرکت نرم‌افزاری سینا در زمینه حق تکثیر محصولات نرم‌افزاری، این مسئله روشن شد که گرچه در قانون حقوق مؤلفان مصوب ۱۳۴۸ به موضوع نرم‌افزار تصریح نشده است، اما حقوق منظور شده در این قانون، شامل نرم‌افزارهای رایانه‌ای نیز می‌شود. موضوع این دعوا در ارتباط با شکستن قفل نرم‌افزاری یکی از محصولات شرکت نرم‌افزاری سینا بود که در ششم مردادماه ۱۳۷۰ توسط این شرکت اقامه شد.^{۱۱}

صدور این رأی سرفصل جدیدی در مورد حمایت قانون از این صنعت در کشور ما به شمار می‌رود.

افزون بر این، تا پیش از تدوین لایحه حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار، در بین سال‌های ۶۹ تا ۷۳، هیچ‌کس مورد شکایت به شورای عالی انفورماتیک که مرجع بررسی شکایات نرم‌افزاری بوده و هست، رسید. موضوع بیش‌تر این شکایات دربارهٔ کپی غیرمجاز از ابعاد مختلف برنامه‌های نرم‌افزاری بود.^{۱۲} در هر صورت، رسیدگی به شکایات نرم‌افزاری واصله به مراجع مربوط قانونی، نکات و تجارب ارزندهٔ زیر را در پی داشت:

۱. نامشخص بودن مفهوم فنی و حدود و ثغور تکثیر غیرمجاز و استفادهٔ مشترک، از بخشی از برنامه‌های تولید شده، این شبهه را بر تولیدکنندگان نرم‌افزار قدیمی ایجاد کرده بود که تولیدکنندگان نرم‌افزارهای جدید (به دلیل شباهت بخشی از نرم‌افزارشان با نرم‌افزارهای قدیمی) هیچ حقی نسبت به بخش‌هایی از نرم‌افزار که با نرم‌افزار آن‌ها یکسان است، ندارند.
 ۲. عدم برقراری سیستم استاندارد مشخص و صریح در معاملات محصولات نرم‌افزاری، همچون فقدان فاکتور فروش، قرارداد صریح و یا اسناد مشابه، مشکلات و ابهاماتی را در خصوص موضوع مورد معامله ایجاد کرده بود.
 ۳. با توجه به استناد محدود دادگاه‌ها به قانون حق تکثیر ۱۳۴۸، بسیاری از اشخاص و خریداران، به لحاظ عدم آگاهی نسبت به امکان تمیم و تسری احکام قانونی بر محصولات نرم‌افزاری، مبادرت به تکثیر و استفادهٔ غیرمجاز از این محصولات می‌کردند.^{۱۳}
- ابهامات موجود در زمینهٔ حقوق نرم‌افزار به دلیل فقدان حقوق ویژه و اختصاصی در موضوع حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار، منجر به این شده بود که اشخاص و شرکت‌های نرم‌افزاری، کم‌تر به طرح شکایات در این خصوص بپردازند تا این‌که با تصویب نخستین قانون حقوق نرم‌افزاری در سال ۱۳۷۹ و مشخص شدن وضعیت حقوق نرم‌افزار، شرکت‌های نرم‌افزاری و دیگر اشخاص درگیر با نرم‌افزار، کم‌کم این جرئت و جسارت را پیدا کردند تا شکایات خود را در قالب دعاوی حقوقی در دادگاه‌ها طرح نمایند و نخستین دعوای مطروح پس از تصویب قانون فوق، در اسفندماه همان سال بود.^{۱۴}
- به جرئت می‌توان گفت که تصویب قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزار در سال ۱۳۷۹، نقطهٔ عطفی در تاریخ قانون‌گذاری در این زمینه به شمار می‌رود. با این‌که مدت کوتاهی از تصویب این قانون می‌گذرد، اما به نظر می‌رسد این امر تأثیرات خود را بر نهادهای حقوقی کشور گذاشته است. به عنوان نمونه، اخیراً دادگستری تهران اعلام کرده است که شعبه‌ای جدید، ویژهٔ جرایم نرم‌افزاری در دادگستری تهران راه‌اندازی شده است.^{۱۵} به علاوه، مشابه کشورهای دیگری که پلیس جرایم نرم‌افزاری تشکیل داده‌اند، اخیراً نیروی انتظامی کشور با توجیه کامل پلیس ۱۱۰ نسبت به انواع جرایم رایانه‌ای، به سرعت و با جدیت فراوان جرایم نرم‌افزاری را پی‌گیری می‌کند. مثلاً با شکایت شرکت نرم‌افزاری یاسین‌رایانه از کپی‌کنندگان غیرمجاز محصولاتش در شهر مشهد، بلافاصله این پلیس اقدام به شناسایی و دستگیری عاملین مربوط نموده است.^{۱۶}

تاریخچه مختصری از فعالیت‌های علمی انجام‌شده در ایران در زمینه حقوق رایانه

متأسفانه در این باره اقدامات بسیار محدودی انجام یافته که بیش‌ترین سهم مربوط به شورای عالی انفورماتیک کشور است و طبق پژوهش‌های انجام یافته، تنها یک کتاب، آن‌هم صرفاً در زمینه حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار توسط شورای عالی انفورماتیک کشور تدوین یافته است. از لحاظ پژوهش‌های دانشگاهی، تنها دو رساله (یکی در مقطع کارشناسی ارشد و دیگری در مقطع دکتری) در این خصوص تدوین شده است که محتویات رساله مربوط به مقطع دکتری، به صورت کتابی مستقل تحت عنوان *حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار کامپیوتری با حمایت شورای عالی انفورماتیک کشور* منتشر شده است.^{۱۷} افزون بر آن، در ایران تنها یک مجله تخصصی تحت عنوان *خبرنامه انفورماتیک* در این زمینه منتشر می‌شود که توانسته است از سال ۶۹ تاکنون در طی هفتاد و شش شماره، بسیاری از مسائل مربوط به حقوق رایانه را نقد و بررسی کند.^{۱۸} مهم‌ترین پژوهشی که درباره ابعادی از حقوق رایانه به زبان فارسی صورت گرفته، جزوه درسی *حقوق و رایانه* تألیف آقای دکتر پرویز ساورایی است. این جزوه در سال ۱۳۷۵ تألیف شد و روش تحقیق آن به صورت تطبیقی است.

چالش‌های موجود در نظام حقوقی ایران در زمینه تثبیت حقوق رایانه

جمهوری اسلامی ایران در وضع فعلی، در زمینه ورود و تثبیت شاخه‌های مختلف حقوق رایانه در درون نظام حقوق خود با مشکلات عدیده‌ای مواجه است. از بین مشکلات مزبور، دو مورد را می‌توان اشاره کرد که از مهم‌ترین موانع روند گسترش حقوق رایانه‌اند. به نظر می‌رسد تا زمانی که این موانع بر سر راه توسعه حقوق رایانه (به ویژه در شاخه حقوق نرم‌افزار) وجود داشته باشند، صنعت نرم‌افزار ایران با فراز و نشیب‌های فراوانی روبه‌رو خواهد شد و نمی‌تواند از رشد مناسبی برخوردار گردد. این دو مشکل عبارتند از:

۱. عدم تنقیح دقیق مبانی فقهی حقوق رایانه به ویژه در بُعد حقوق مالکیت فکری.
۲. ناآشنایی قاضیان و وکلا و به طور کلی حقوق‌دانان با موضوعات و مباحث مربوط به حقوق رایانه.

هدف اصلی این نوشتار تا آن‌جا که در چارچوب رساله می‌گنجد، این است که به بررسی دو جنبه بپردازد تا بتواند از این رهگذر به سهم خود، پاره‌ای از مشکلات مربوط را برطرف نماید. در این‌جا لازم است شرح مختصری از دو مشکل یادشده ارائه دهیم.

۱- عدم تنقیح دقیق مبانی فقهی حقوق رایانه (به ویژه حقوق مالکیت فکری):

در نسل گذشته از فقهای معاصر، کم‌تر کسی قائل به حقوق مالکیت فکری یا معنوی در موضوعاتی چون کتاب و نرم‌افزار بوده است. از بین این فقها می‌توان به بنیان‌گذار جمهوری اسلامی ایران، امام

خمینی(ره) اشاره کرد که حقوق مالکیت فکری را اساساً غیر شرعی می‌دانستند.^{۱۹} در بین فقهای نسل حاضر نیز وضع تقریباً به همین منوال است و بسیاری از آنان این حق را از نظر شرعی معتبر نمی‌دانند.^{۲۰} با وجود این، آن‌گونه که از اظهارات برخی از متولیان نظام انفورماتیک کشور بر می‌آید، آنان بسیار علاقه‌مند هستند که فقها نسبت به این موضوع نظر مساعدی ابراز کنند.^{۲۱} غافل از این که اصولاً احکام شرعی در چارچوب قالب‌ها و ضوابط مشخص و معینی قابل اثبات هستند و نمی‌توان با شیوه‌های تحمیلی و سلیقه‌ای، احیاناً حکم شرعی جدیدی را ملتزم شد و آن را به شرع مقدس نسبت داد!

در عین حال، به نظر نگارنده، یکی از علل اصلی عدم پذیرش این مسئله از سوی فقها، شفاف نبودن و عدم وضوح مفهوم و مصادیق حقوق رایانه و نیز فلسفه وجودی مالکیت‌های فکری در حوزه نرم‌افزار، نزد آنان است. به علاوه به نظر می‌رسد، اصول کلی و قواعد خاصی در شرع وجود دارد که می‌توان به گونه‌ای، از آن‌ها برای اثبات حقوق رایانه استفاده نمود. در مبحث بعد خواهیم دید که با استناد به این اصول کلی، می‌توان لااقل بخشی از فروع مهم حقوق رایانه را اعتبار شرعی بخشید. البته این هرگز بدان معنا نیست که خواسته باشیم با خارج شدن از چارچوب ضوابط و قواعد کلی اثبات احکام شرعی، خدای ناخواسته، حکمی جعلی و تحمیلی را به شرع مقدس اسلام نسبت دهیم؛ بلکه به نظر می‌رسد بتوان با همان معیارهای کلی مدنون در فقه شیعه این مهم را به انجام رسانید.

۲- آشنایی حقوق‌دانان با مباحث مربوط به حقوق رایانه:

یکی از مسائلی که گریبان‌گیر بیش‌تر حقوق‌دانان - خواه در سطح قضات، وکلا و یا دیگر حقوق‌دانان - است، عدم آشنایی آنان با مفاهیم و موضوعات مربوط در دایره حقوق رایانه است. به علاوه حقوق‌دانان آشنا به مسائل مالکیت فکری و معنوی و درگیر با دعاوی مالکیت معنوی، تاکنون باور نداشته‌اند که نرم‌افزار یکی از مصادیق اصلی این نوع مالکیت است. بدیهی است که آشناسان فنی نیز قادر به تشریح موضوعات رایانه‌ای از ابعاد حقوقی نیستند. بنا بر این هنگام طرح یک دعوا در دادگاه‌ها، عموماً قضات و وکلا دچار مشکل شده، نمی‌توانند آن‌گونه که شایسته و بایسته است، دعوا را به صورتی روان و روشن، حل و فصل نمایند. موضوع عدم آشنایی حقوق‌دانان با توجه به نو بودن این شاخه حقوقی، اختصاصی به حقوق ایران ندارد؛ بلکه در بسیاری دیگر از کشورها، حتی در کشورهای صنعتی این مشکل مشاهده می‌شود. ذکر این نکته ضروری است که در این زمینه باز هم کشورهای صنعتی بسیار جلوتر از کشورهای نظیر ایران هستند و این به دلیل اهتمام ویژه حقوق‌دانان این کشورها به مسائل مربوط به حقوق رایانه در چند سال اخیر بوده است.

دومین هدف اصلی نوشته حاضر این است که زیرمجموعه‌هایی از حقوق رایانه که به گونه‌ای مرتبط با حقوق خصوصی است، برگزیده شده و متناسب با حجم رساله، درباره آن‌ها بحث و بررسی شود. ثمره آشکار این امر، آشنایی بیش‌تر حقوق‌دانان با مفاهیم و مباحث مربوط به حقوق

رایانه خواهد بود. از این رو، از بین مباحث مختلف رایانه، موضوع مسئولیت‌های حقوقی در حوزه نرم‌افزار انتخاب شد. این موضوع به نوبه خود، به دو شاخه اصلی مسئولیت حقوقی ناشی از نقض حقوق نرم‌افزار و مسئولیت مدنی ناشی از نرم‌افزارهای معیوب تقسیم می‌شود. از آن‌جا که بررسی عمیق این هر دو جنبه، از حوصله این نوشته خارج است، ناگزیر موضوعی را برمی‌گزینیم که بیش‌ترین تناسب را با مباحث رشته حقوق خصوصی دارد، بدیهی است از بین دو موضوع یاد شده، گفتار دوم، یعنی مسئولیت‌های مدنی ناشی از نرم‌افزارهای معیوب، ارتباط مستقیم و تنگاتنگی با این رشته حقوقی دارد. افزون بر آن، موضوع نخست، مسائلی همچون مسئولیت‌های جزایی را در بر می‌گیرد که اصولاً با رشته حقوق جزا تناسب بیش‌تری دارد. گفتنی است در راستای آشنایی بیش‌تر با ابعاد مفهومی حقوق رایانه، سعی شد در ابتدای این بخش، ریز موضوعات این شاخه حقوقی و سایر مفاهیم مرتبط به آن، تعریف و یا به صورت فهرست‌وار به آن‌ها اشاره شوند.

مبانی حقوقی و فقهی حقوق رایانه

حقوق ایران، ریشه عمیقی در فقه شیعی دارد. از نظر تاریخی، پس از انقلاب مشروطه که قوانین مدون ایران شکل گرفت،^{۲۲} نویسندگان قانون ایران، به ویژه در موضوع مقررات مدنی، تلاش گسترده‌ای برای سازگار نمودن قوانین با نظر مشهور فقهای شیعه کردند.^{۲۳} برجستگی این تلاش، زمانی آشکار می‌شود که بدانیم این کار به موازات همساز نمودن قوانین با اصول و قوانین کشورهای مبتنی بر حقوق نوشته غربی (همچون فرانسه) صورت پذیرفته است.^{۲۴} اما این کار در همه جا با موفقیت همراه نبوده است. به عنوان نمونه، قانون حمایت از مؤلفان و مصنفان مصوب ۱۳۴۸ ایران که در غرب تحت عنوان Author Right Law (قانون حق مؤلف)^{۲۵} و یا Copyright Law (قانون حق کپی)^{۲۶} نامیده شده است، در حقوق آن کشورها - چه کشورهایی مبتنی بر حقوق نوشته و چه کشورهایی دارای سیستم کامن‌لو^{۲۷} - دارای مبانی حقوقی ویژه‌ای اند، اما با وجود این، از نظر فقهی با چالش‌ها و موانع فراوانی مواجه است. یکی از مسائل اساسی در حقوق رایانه، حق کپی نرم‌افزار است که مانند حق مؤلف کتاب در فقه اسلامی، از نظر مبنا ناشناخته است. تا پیش از انقلاب اسلامی که هنوز حکومت دینی مبتنی بر ولایت فقیه شکل نگرفته بود، استناد به این مبنا در مباحث فقهی بسیار کم‌رنگ و ضعیف بود، اما در حال حاضر بین فقهای معاصر، مبناي ولایت فقیه در بسیاری از مسائل فقهی، به ویژه مسائل مستحدثه روز، مورد استناد برخی از محققان معاصر قرار گرفته است.^{۲۸} یکی از موارد تمسک به این مبنا در همین بحث جاری است. در این گفتار، برآنیم که نخست مروری بر مبناي حقوقی این حق در غرب داشته باشیم و سپس این موضوع را بررسی کنیم که آیا اصولاً از نظر فقهی، راه‌کارهایی برای تصحیح این حق قابل تصویر است و اگر قابل تصویر است، این راه‌کارها چیست؟

هشت راه‌حل برای اثبات شرعی حقوق رایانه

همان‌گونه که گذشت، حقوق رایانه دارای ابعاد مختلفی است که از مهم‌ترین آن‌ها، بُعد مالکیت معنوی آن است. گرچه موضوع بخش دوم این نوشته، دربارهٔ مسئولیت‌های حقوقی ناشی از عیوب نرم‌افزاری است، اما همان‌گونه که خواهیم دید، یکی از عیوب نرم‌افزاری، عیب حقوقی است و ثبوت این عیب، متوقف بر پذیرش حق کپی یا حق مؤلف است که از مظاهر حقوق مالکیت فکری است. از سوی دیگر، همان‌گونه که در بحث‌های پیشین گذشت، یکی از مهم‌ترین موانع توسعهٔ حقوق رایانه در ایران، وجود ابهامات فراوان در ابعاد مختلف فقهی - حقوقی آن، به ویژه عدم تنقیح مبانی فقهی آن است. از این رو مناسب دیدیم که در این مبحث، بر روی مبانی فقهی حقوق مالکیت‌های فکری متمرکز شده، به طور ریشه‌ای راه‌کارهایی را که ممکن است به وسیلهٔ آن‌ها این حقوق اعتبار شرعی یابند، نقد و بررسی کنیم.

با توجه به پی‌آمدها و بررسی‌های انجام شده، در فقه اسلامی برای اثبات حقوق مالکیت معنوی دست‌کم هشت راه‌حل قابل تصور است. در توضیح اجمالی این راه‌حل‌ها بایستی گفت که یک راه‌حل با استفاده از مبانی اهل سنت، یک راه‌حل با استفاده از مبانی حکومتی ولایت فقیه و سایر راه‌ها بر اساس قواعد و اصول موجود در فقه شیعه صورت یافته‌اند.

۱. **تمسک به قاعدهٔ مصالح مرسله:** یکی از پژوهش‌گران معاصر، برای اعتبار بخشیدن به حق مالکیت فکری، به قاعدهٔ مصالح مرسله تمسک نموده است.^{۳۹} این قاعده را برخی از معاصرین این‌گونه تعریف کرده‌اند:

«مصلحه مرسله از نظر لغوی به معنای منفعت معقول است و در اصطلاح اصولیین، عبارت از حکمی است که منطبق با اهداف و اغراض شرعی بوده، اما هیچ دلیل خاص معتبر شرعی از اخبار نسبت به اعتبار یا بی‌اعتباری آن وجود ندارد؛ مانند مصلحتی که صحابهٔ پیامبر در جمع کردن قرآن در ابتدای زمان حکومت خلفای راشدین دیدند. مصالح معتبره در یک تقسیم‌بندی به سه نوع: ضروریات، مثل احکام جهاد؛ حاجیات، مثل احکام مربوط به انواع معاملات؛ و تحسینات، مانند احکام مربوط به پوشیدن لباس تمیز و پاکیزه تقسیم می‌شود.»

این مبنا، در حقوق کشورهای اسلامی که به فتاوای اهل سنت توجه می‌شود، ممکن است کارساز باشد، اما از آنجایی که این قاعده جایگاهی در فقه شیعه ندارد و حقوق ایران نیز بر اساس مبانی مشهور فقهای شیعه تدوین یافته است، این طریق نمی‌تواند مبانی مناسبی بر حقوق مالکیت فکری در حقوق ایران به شمار آید.

۲. **مبنای ولایت فقیه:** عده‌ای از فقیهان معاصر، با توسعه دادن در مبانی ولایت فقیه، اختیارات گسترده‌ای را برای فقیه قائل شده‌اند. قانون اساسی ایران نیز پس از انقلاب بر مبنای ولایت

فقیه شکل گرفته است. برای کسانی که این مبنا را اختیار نموده‌اند، این اصل توانسته است راه‌گشای بسیاری از مشکلات حقوقی، به ویژه در دایره امور حکومتی باشد. از جمله مواردی که به مبنای ولایت فقیه تمسک شده است، در زمینه حقوق مالکیت‌های فکری است. بر این اساس، ولی فقیه اگر مصلحت جامعه را در الزام اجتماع به تبعیت از نظام مالکیت فکری ببیند، می‌تواند از ولایت خود استفاده کرده، با محترم شمردن این حقوق، رعایت آن را بر همگان تکلیف نماید. بدیهی است اعتبار حقوق مالکیت‌های فکری، متوقف بر این است که ولی فقیه از طریق کارشناسی و مصلحت‌سنجی، صلاح اجتماع را در پیروی از این نظام ببیند. با وجود این، فقیه و متفکر سیاسی معاصر، حضرت امام خمینی(ره) - به‌رغم این که خود مؤسس مبنای ولایت فقیه در معنای گسترده آن هستند - اما به شدت مخالف هرگونه حق مالکیت معنوی از جمله حق مؤلف بودند.^{۳۰} شاید ایشان هنوز مصلحت جامعه را در این ندیده بودند که از این اختیار ولایی بهره بگیرند.

۳. **تمسک به ارتکاز عقل:** قائلین این مبنا این‌گونه استدلال کرده‌اند که از یک‌سو ارتکاز عقلا بر مالکیت این حقوق دلالت دارد و از سوی دیگر نیز هیچ منع و ردعی از شارع نسبت به این ارتکاز به دست ما نرسیده است. پس اصل بر اعتبار این ارتکاز عقلایی از نظر شرع مقدس است.

اشکال راه حل

بر استدلال مزبور اشکال شده است که این ارتکاز عقلایی امر جدیدی است و در زمان معصوم سابقه نداشته است تا عدم ردع شارع دلیل بر امضای آن باشد. بنا بر این ارتکازات عقلایی هر چند هم گسترده باشند، نمی‌توان به صرف عدم وجود ردع از شارع نسبت به آن ارتکازات، امضای آن را به اثبات رساند.

ممکن است این نقد را این‌گونه پاسخ داد که در این‌جا مورد، از موارد توسعه در مصادیق است، نه توسعه در مفهوم که نیاز به تحقق آن در زمان معصوم باشد؛ توضیح مطلب این‌که در زمان معصوم ارتکاز مملک بودن حیازت، ثابت بوده است، اما در آن زمان، انطباق این مفهوم بر مصادیق خارجی تنها به حیازاتی منحصر می‌شد که با دست یا ابزار ساده دستی انجام می‌گرفت؛ درحالی که امروزه مصادیق نوینی برای حیازت پیدا شده است و آن حیازت‌های گسترده‌ای است که به کمک ابزار صنعتی جدید انجام می‌گیرد. در چنین مواردی، می‌توان گفت عدم ردع شارع دلیل بر امضای شارع به مفهوم گسترده ارتکازی آن است و لازمه امضای این ارتکاز توسط شرع، پذیرش انطباق این مفهوم بر مصادیق جدیدی است که در عصر معصومین(ع) نبوده است.

البته اگر تأمل ویژه‌ای در این ارتکاز نماییم، خواهیم دید که در این‌جا نفس ارتکاز، ارتکاز جدیدی است (مفهوم جدید) نه این که ارتکاز ثابت بوده و مصادیق آن جدید باشند؛ مگر این که

پاسخ فوق را این‌گونه توجیه نماییم:

الف. این استدلال در صدد آن است که با همان مفهوم ارتكازی زمان معصوم، این حقوق را اثبات نماید. بیان مطلب این‌که منشأ اولیه برای ملکیت اعتباری در ارتكاز عقلا دو امر است: حیات و ساختن. حیات، سبب ملکیت اشیاء منقول است، مانند صید ماهی؛ و تمهید (مقدمه) ملکیت اشیاء غیرمنقول را موجب می‌گردد، مانند آماده کرده زمین برای کشاورزی یا ساختمان. بدیهی است این تمهید به اشیاء مادی غیرمنقول اختصاص ندارد و به امور معنوی نیز اطلاق می‌شود. پدیدآورنده یک کتاب با تلاش فکری خود، اثری را خلق و ایجاد می‌کند و چه بسا تألیف یک کتاب به مراتب از آباد کردن زمین یا حفر یک چاه بیش‌تر باشد.

در پاسخ این توجیه می‌توان گفت: هر چند که مشابه این کارها در زمان معصوم (ع) به صورت ضعیف و محدود وجود داشته و در زمینه خلق کتب علمی در آن زمان، ابتکارات ممتازی در مقایسه با همان عصر به چشم می‌خورد، اما ارتكاز ملکیت این آثار معنوی، از دید مؤلفان یا مبتکران در آن عصر، یا وجود نداشته یا لاقل در وجود چنین ارتكازی در آن عصر شک داریم.

علت فقدان چنین ارتكازی، عدم نیاز به داشتن این تصویر از ملکیت، با توجه به نبودن امکانات گسترده چاپ و در نتیجه عدم امکان عادی تحقق این امر بوده است و گرچه امروزه از نظر ارتكاز عقلا، تألیف به عنوان یکی از مصادیق معنوی ساختن تلقی می‌شود، اما در گذشته این ارتكاز منحصر به مملک بودن ساخت در امور مادی بوده است و یا لاقل چنین احتمالی وجود دارد. بنا بر این این مسئله باز به حصول گستره در اصل ارتكاز باز می‌گردد، نه به گستره در دایره مصادیق ارتكاز.

ب. ممکن است ارتكاز عقلا را از طریقی به زمان معصوم (ع) متصل نماییم. بدین صورت که با توجه به این‌که علم به وجود این ارتكاز در زمان حاضر است، این علم را با استصحاب قهقرایی (بازگشت به عقب در جهت مخالف زمان) به زمان معصوم می‌رسانیم و با استفاده از حکم ظاهری استصحاب، این ارتكاز را به اثبات می‌رسانیم.

توجیه دوم نیز با اشکالات متعددی روبه‌رو است که مهم‌ترین آن، این است که شرط استصحاب، نداشتن یقین به خلاف است؛ در حالی که در بحث جاری اتفاق نظر وجود دارد بر این‌که این ارتكاز نزد عقلا در زمان معصوم وجود نداشته است (پس نقض یقین به یقین شده است) و -جالی بر اعمال قاعده استصحاب باقی نمی‌ماند.

۴. **ملکیت تکوینی اعمال ذهنی:** ملکیت انسان نسبت به ذمه خویش، کارها، جوارح، اعضا و دستاوردهای کارهایش، ملکیت و سلطه‌ای تکوینی است نه اعتباری؛ و عقلا در این موارد، نیازی به جعل سلطنت اعتباری مانند ملکیت انسان نسبت به خانه نمی‌بینند؛ زیرا معتقدند سلطنت تکوینی، انسان را از سلطنت اعتباری بی‌نیاز می‌سازد. این ملکیت تکوینی، موضوع حق اختصاص و اولویت انسان نسبت به کارها و دستاوردهای خویش است و این از موارد تمسک به ارتكاز عقلایی نیست تا

محذور پیشین رخ نماید؛ بلکه ما بر ادعای خود به روایت عدم جواز حلیت تصرف در مال غیر تمسک می‌کنیم (مثل توقع شریفی که از ناحیه امام عصر (عج) به دست ابوجعفر بن عثمان عمری^{۳۱} رسیده است^{۳۲} و یا روایت سماعه^{۳۳} و روایت زید شحام^{۳۴}).

اگر با استفاده از این روایت، اولویت انسان در مقایسه با نتایج کارش قابل اثبات باشد، خواهیم گفت که کتاب در وجود تجریدی خود از نتایج و دستاوردهای مؤلف کتاب است؛ بنا بر این به ملکیت تکوینی و نه اعتباری در ملک مؤلف کتاب است و هرگونه تصرف در آن کتاب، تصرف در مال غیر است و با توجه به نص روایت فوق، از نظر شرعی ممنوع است. با همان شیوه نیز می‌توان، به روایات مربوط در باب معاملات نیز استدلال نمود.

اشکال راه حل

این راه حل نیز ناتمام است؛ زیرا حتی اگر بپذیریم که روایات نهی از تصرف در مال غیر، اعم بوده و نه تنها شامل ملکیت اعتباری بوده، بلکه ملکیت تکوینی را هم شامل می‌شود، باز خواهیم گفت که مملوک به ملکیت تکوینی که به معنای سلطنت تکوینی است، درباره خود کارها است نه نتایج آن‌ها که از انسان سر می‌زند و سپس از اختیار او تکویناً خارج می‌شود. درست است که کتاب به معنای ذهنی و تجریدی‌اش در ملکیت تکوینی پدیدآورنده آن است، اما همین کتاب به مجرد ایجاد مؤلف و تبلور یافتن در قالب کتاب خارجی، رابطه آن با مؤلفش، مانند رابطه خانه با سازنده آن خواهد شد و همچنان که صاحب خانه بر خانه سلطنت تکوینی ندارد، مؤلف نیز بر کتاب خود سلطنت تکوینی ندارد و هر دو به سلطنت اعتباری و ارتکازی نیاز دارند و اگر بخواهیم به ارتکاز بازگردیم، در واقع همان راه حل نخست را برگزیده‌ایم که مبتلا به اشکالات یاد شده است.

۵. **قاعده لا ضرر**: بر اساس قاعده لا ضرر و لا ضرار، بهره‌برداری از نتایج کار مؤلف یا هنرمند و نظایر آن، اضرار به آن‌ها تلقی می‌شود که در شریعت مقدس به صراحت ممنوع شده است.

اشکال راه حل

ضرر در باب اموال و حقوق تنها عبارت از سلب مال و حق است. از این رو صدق ضرر، منوط بر آن است که مال و حق در رتبه قبل ثابت شده باشد و این اول کلام است؛ چرا که اگر مالکیت فکری از نظر شرعی حق شمرده شود، دیگر نیازی به تمسک به قاعده لا ضرر نیست. در واقع این راه، اصل مدعا را به صورتی دیگر بیان نموده است.

ع **تمسک به آیه او فوا بالعقود**: بر اساس این راه، معاملاتی که بر اشباه و نظایر این حقوق نزد عقلا انجام می‌شود، معاملات عقلایی بوده و در نتیجه مشمول اطلاق آیه او فوا بالعقود خواهد شد.

اشکال این راه حل بسیار واضح است؛ زیرا اگر بپذیریم اوفوا بالعقود بر صحت عقد دلالت دارد و یا این که اطلاق ادله مشابه آن را بپذیریم، این اطلاق زمانی اعتبار دارد که مالکیت حق، شرعاً تحقق یافته باشد؛ زیرا بدون شک، عقد بایستی بر چیزی واقع شود که از نظر شرعی و عرفی در ملک عاقد و یا حق او باشد، تا بتوان قاعده وجوب وفا را بر آن تطبیق کرد. اما اگر حق و مال تنها از نظر عقلاً ثابت شده باشد، این امر تنها صحت عرفی عقد را اثبات می‌کند، نه صحت شرعی آن را (مگر با استفاده از ارتکازی که در دلیل اول مطرح شد) و با وجود شک در شرعی بودن این حق یا مال، تمسک به اطلاقاتی مانند اوفوا بالعقود تمسک به عام در شبهه مصداقیه است که از نظر اصولی بطلان آن ثابت شده است.^{۳۵}

۷. تمسک به ادله حرمت سرقت و غصب یا ورود عدوانی: این راه حل، تنها به نقض کپی‌رایت توجه نکرده است، بلکه به برخی دیگر از ابعاد حقوق رایانه نیز عنایت دارد. توضیح این که شکی نیست که بسیاری از مصادیق نقض کپی‌رایت - که از اقسام حقوق مالکیت معنوی به شمار می‌آید - از نظر عرفی، مفهوم سرقت بر آن صدق می‌کند. افزون بر آن، از جمله اعمال غیر مجازی که هکرها (سارقان و نفوذکنندگان رایانه‌ای) در اینترنت مرتکب می‌شوند، ورود غیرمجاز به سایت‌های اینترنتی مربوط به اشخاص و شرکت‌ها است. بی‌شک از نظر عرف کاربران رایانه، مفهوم ورود عدوانی و در برخی شرایط، عنوان غصب سایت بر این اعمال منطبق است و از آن جایی که هم سرقت و هم غصب یا ورود عدوانی، از منتهیات شرعی است، پس به وسیله ادله شرعی‌ای که ارتکاب این سه عمل را حرام می‌دانند، می‌توان اعتبار شرعی بسیاری از مصادیق حقوق رایانه را اثبات نمود.

اشکال راه حل

این دلیل نیز از دو جهت مورد مناقشه و مخدوش است:

الف. موضوع سرقت، ورود عدوانی و غصب در شرع، « اموال دیگران » است و بنا بر این برای صدق عنوان سرقت، لازم است در رتبه قبل، مفهوم مالیت و ملکیت بر شیء مورد نظر منطبق باشد. و ملکیت و مالیت داشتن این حقوق، اصل مدعا است. ضمن این که اگر هم مالیت آن‌ها اثبات شود، شمول مفهوم سرقت بر عنوان « حق » که قسم خاصی از اموال است، مورد شک و تردید است. به علاوه، در موضوع ورود عدوانی و غصب، علاوه بر مال بودن شیء، بایستی ملک (= مال غیرمنقول) نیز باشد و صدق عنوان مال غیرمنقول بر سایت‌های اینترنتی واضح و روشن نیست. ب. اگر هم این استدلال را تمام بدانیم، این دلیل حداکثر برخی از ابعاد حقوق رایانه را پوشش می‌دهد و سایر جنبه‌های این حقوق، همچون اثبات حقوق معنوی بر دارنده آن و انتقال

حقوق به وراث را نمی‌توان مستقیماً از این دلیل استفاده نمود.

۸. **قاعده حفظ نظام و دلیل عقل مستقل (نظریه برگزیده):** دلایلی که تاکنون برشمرده شد، هر کدام مبتلا به اشکالات و یا محدودیت‌هایی بودند. دلیل مصالح مرسله، اصولاً مربوط به مبانی فقهی اهل سنت بود و با حقوق ایران که برگرفته از نظر مشهور علمای شیعه است، سازگاری نداشت. مبنای ولایت فقیه، گرچه می‌توانست تا حدودی مشکل را حل کند، اما اعمال آن بر بحث جاری، نیازمند مقدمات عدیده‌ای بود که اثبات آن مقدمات هم کار چندان آسانی به نظر نمی‌آمد. بنای فعلی عقلاً نیز آن چنان قدرت نداشت که بتواند به زمان معصوم بازگشت نموده، امضای عدم ردع شارع را اثبات نماید. ادله دیگری که در صدد اثبات مالیت و یا مشروعیت حقوق مالکیت‌های فکری بودند، نیز نتوانستند این مهم را به اثبات رسانند.

با تتبع در اقوال و انظار علما در ابواب مختلف فقهی به نظر می‌رسد، بتوان مبانی فقهی مناسبی را بر مشروعیت حقوق رایانه یافت. این مبنا که برخاسته از اصول مسلم عقلی است، بارها بارها در موارد مشابه مورد استناد فقها قرار گرفته است. گرچه حقوق رایانه، مفهوم نوینی است که در شرع مقدس به عنوان اولی حکمی برای آن ثابت نشده است، اما شاید بتوان با تطبیق عناوین ثانوی بر این مفهوم - نظیر آنچه که درباره مصادیق لاضرر گفته می‌شود - در دایره شرع، جان تازه‌ای به آن داد و اعتبار آن را نزد شارع مقدس به اثبات رساند. اما پیش از هر چیز لازم است مقدمه‌ای را به شرح زیر بیان کنیم:

یکی از موضوعاتی که در مباحث اصول فقه، مورد توجه خاص فقها قرار گرفته است و در بسیاری از ابواب فقهی به آن استناد جسته می‌شود، بحث تلازم حکم عقل و شرع است. توضیح اجمالی این بحث تا آنجا که در شأن این رساله است، بدین صورت است که عقل مستقل، اگر چنانچه در موضوعی خاص حکمی صادر نماید، شارع به دلیل این که خود از عقلا است، بلکه رییس عقلا است،^{۳۶} قطعاً این حکم را مورد تأیید و پذیرش قرار می‌دهد. بنا بر این اگر بتوان مصداقی را یافت که عقل مستقل حکمی در آن خصوص داده باشد، کشف می‌کنیم که نظر شرع نیز مطابق همین حکم عقلی است. البته آن گونه که اصولیین مطرح نموده‌اند، اعتبار حکم عقل منوط به تحقق شرایطی است. از جمله شرایط اعتبار حکم عقل این است که تمامی عقلا در شرایط مختلف، بدون عنایت به خصوصیت مکان یا زمان خاص، مشترکاً به این حکم عقلی پای‌بند باشند تا این که بتوان حکم شرع را کشف نمود؛ در غیر این صورت، اگر تنها عقلای یک ملت و یا گروه خاصی حکمی را تصویب کنند، نمی‌توان آن را کاشف از نظر شارع دانست؛ زیرا چه بسا ممکن است شارع که عقل کل است، در خصوص مورد مزبور، در جهت مخالف این گروه از عقلا، مشی نموده باشد. برای این موضوع معمولاً در کتب اصولیین از چند مثال مشهور استفاده می‌شود که از جمله آن‌ها، حکم عقل به حسن عدل یا قبح ظلم و نیز لزوم حفظ نظام یا قبح اختلال نظم اجتماعی است.^{۳۷}

پس از ذکر این مقدمه، اکنون به اصل استدلال می‌پردازیم. این استدلال مبتنی بر سه بخش کبرا، صغرا و نتیجه خواهد بود.

مقدمه یکم استدلال: اثبات کبرای قضیه

در این گفتار، ما از قاعده عقلی «لزوم حفظ نظام» به عنوان پایه اصلی و کبرای استدلال بهره می‌گیریم. این قاعده، اصلی کلی است که در فقه کاربرد فراوانی یافته است؛ به طوری که طبق پژوهش‌های انجام شده در بیش از ده باب فقهی، به این قاعده تمسک شده است و جالب این‌جا است که به هنگام بیان استدلال‌های مربوط در این چند باب، این قاعده غالباً به عنوان محکم‌ترین و مستدل‌ترین آن‌ها مورد عنایت فقها قرار گرفته است. اصولی مشهور، مرحوم آخوند، در کتاب معروف خود *کفایة الاصول* تمسک به این قاعده را بارها مورد تأکید قرار داده است. می‌توان کلامشان را در این جمله خلاصه نمود: «*الاحتیاط حسن فی کل حال الا ان یخل بالنظام*»^{۲۸} مناسب است در این زمینه، گزیده‌ای از کلمات فقها و اصولیین را در ابواب مختلف فقهی و اصولی یادآور شویم:

- در زمینه اجتهاد و تقلید، هنگامی که طریق احتیاط، به عنوان یکی از راه‌هایی که مکلفین می‌توانند در مشی عملی خود داشته باشند، مطرح می‌شود، ملاحظه می‌کنیم که این طریق، عقلاً و شرعاً به شرطی مطلوب است که موجب اختلال نظام نشود.^{۲۹}
- در بحث منصب قضا، فقها برای اثبات مشروعیت این مطلب که برای رفع خصومت‌ها و جدال بین مردم، بایستی افرادی متصدی منصب قضاوت گردند، به قاعده عقلی حفظ نظام تمسک نموده‌اند و گفته‌اند که در غیر این صورت اختلال نظام پیش خواهد آمد.^{۳۰}
- در موضوع دایره اختیارات فقیه نسبت به امور حسبیه، برخی از فقها، یکی از دلایل تصدی فقیه بر امور حسبیه را حکم عقل به وجوب حفظ نظام دانسته‌اند.^{۳۱}
- در بحث مشروعیت حکومت مبتنی بر ولایت فقیه، برخی از فقیهان معاصر، هنگام بیان دلیل عقلی آن، از قاعده حفظ نظام یاد کرده‌اند.^{۳۲}
- فاضل آبی در مقدمه کتاب *کشف الرموز*، فلسفه تأسیس فقه را حفظ نظام اسلامی دانسته است.^{۳۳}
- در کتاب *حدود و دیات* به قاعده عقلی حفظ نظام اجتماعی برای اثبات ضرورت اقامه حد بر سارقین استدلال شده است.^{۳۴}
- در مورد وظیفه و سواس در اعمالش، عمل بر طبق احتیاط در کلمات برخی فقها به شدت نهی شده و دلیل آن، ایجاد اختلال در نظام رفتاری شخص و سواس عنوان شده است.^{۳۵}
- در بحث قاعده اعتبار ید^{۳۶} و نیز قاعده اصالة الصحة^{۳۷} و یا حجیت برخی از امارات عرفی،^{۳۸} برخی اصولیین به دلیل عقلی «قاعده لزوم نظم و قبح اختلال در نظام» استناد نموده‌اند و این چنین ادعا نموده‌اند که روایات مربوط نیز به همین قاعده اشاره دارند.

- در بحث «امر به معروف و نهی از منکر» یکی از فقهای معاصر این چنین اظهار نموده است: «...عقل مستقل، حکم به قبح ایجاد اختلال در نظام اجتماعی و لزوم حفظ نظم در اجتماع می‌نماید...»^{۴۹}

در دلیل انسداد، مرحوم شیخ انصاری^{۵۰} و نیز صاحب کتاب نفیس هدایةالمسترشدین،^{۵۱} برای اثبات لزوم عمل بر طبق ظن، در جایی که امکان کشف قطعی وجود نداشته باشد، این گونه استدلال نموده‌اند که در غیر این صورت، هرج و مرج و اختلال نظام پیش خواهد آمد و بدیهی است این امر عقلاً و شرعاً قبیح است.

(۱) در کتاب متاجر، بیش‌تر فقها، انجام معاملات و صناعات را جزء واجبات کفایی مسلمین دانسته‌اند و بر این مدعا به قاعده عقلی لزوم حفظ و برقراری نظام از طریق انجام معاملات بین مسلمین استناد نموده‌اند.^{۵۲}

(۲) در بحث «اخذ اجر بر واجبات»، برخی از فقها پس از تقسیم‌بندی واجبات به واجبات نفسی و مقدمی، حکم به جواز اجرت بر واجبات مقدمی را (مثل صناعات که برای امرار معاش مردم است) حکمی عقلی دانسته و برای اثبات آن، به قاعده لزوم حفظ نظام اجتماعی مسلمین استدلال نموده‌اند.^{۵۳} در این‌جا یادآوری این نکته ضروری است که دو مورد اخیر (معاملات و اخذ اجرت بر واجبات) شباهت‌های زیادی با بحث فعلی دارند؛ از این روی در ادامه بحث برای تقریب مطلب، آن‌ها را مورد عنایت بیش‌تری قرار خواهیم داد.

موارد یاد شده بالا، تصویر روشنی از قاعده لزوم حفظ نظام ارائه می‌دهد و با استفاده از این نمونه‌ها، می‌توان حدود و ثغور این قاعده را به درستی تشخیص داد. بر این اساس، هر جا که انجام یک عمل یا خودداری از آن، پایه‌های نظام اجتماعی را متزلزل و سست کند و نظم اجتماع را مختل سازد، عقل مستقل حکم می‌کند که بایستی جلوی آن گرفته شود و این حکم فرقی نمی‌کند که موضوع آن مربوط به کل جامعه باشد یا گروه خاصی از جامعه (همچون آشوبگران و سارقان). همچنین این قاعده نه تنها حاکم بر روابط اجتماعی است، بلکه دامنه آن، امور شخصی افراد را نیز در بر می‌گیرد (مانند نهی از احتیاط نمودن و سواس در امر طهارت و نجاست).

پس از اثبات کبراه، حال نوبت به بررسی صغرای این قضیه می‌رسد. در این راستا بایستی بینیم آیا می‌توان به کمک این قاعده، نظام حقوق رایانه را مشروعیت بخشید؛ به عبارت دیگر، آیا عدم رعایت نظام حقوقی که در صنعت رایانه ترسیم شده است، نظام نوین اجتماعی را تهدید نکرده و در آن اختلال ایجاد نمی‌کند.

مقدمه دوم استدلال: اثبات صغرای قضیه

بر کسی پوشیده نیست که امروزه وضعیت نرم‌افزار بسیار متفاوت با دو دهه پیشین خود است.

شاید بتوان بدون اغراق ادعا که نرم‌افزار در حال حاضر، در تمامی عرصه‌های زندگی بشر نفوذ پیدا کرده است. از صنعت و تجارت گرفته تا پزشکی و سایر علوم بشری، در موقعیت فعلی همگی تحت تأثیر شدید این پدیده نوظهور قرار گرفته‌اند. به جرئت می‌توان گفت تا یک دهه دیگر، نرم‌افزار در معنای عام خود یکی از عناصر و لوازم اصلی جدایی‌ناپذیر ملت‌ها و جوامع انسانی به شمار خواهد رفت و برنامه‌ریزان نظام‌های اجتماعی دنیا، قطعاً این پدیده را به عنوان یکی از موضوعات کلیدی در برنامه‌ریزی‌های کلان خود مورد توجه قرار خواهند داد.

تجربه دو دهه پیشین به روشنی نشان داده است که موج پیش‌رفت‌ها و نوآوری‌های نرم‌افزاری که معمولاً سرمنشأ آن ایالات متحده آمریکا است، به طور متوسط پس از گذشت دو سال به کشورهای پیش‌رفته آسیایی، همچون امارات متحده عربی و تایوان رسیده و تقریباً دو سال بعد تأثیر این موج در جو حاکم بر فضای نرم‌افزاری کشورهایی همچون ایران آشکار می‌گردد.^{۵۴} در تأیید این مطلب، می‌توان به دو نمونه همگانی شدن استفاده از CD به عنوان یک رسانه اصلی جهت ضبط اطلاعات و درایورهای سخت‌افزاری مربوطه، و گرایش عمومی به استفاده از شبکه جهانی اینترنت اشاره نمود. از این رو شاید بتوان وضعیت جاری نرم‌افزار در آمریکا را معیار و الگوی مناسبی بر پیش‌بینی وضعیت آتی پیش‌رفت‌های این صنعت در سایر کشورها به شمار آورد. بر این اساس، در دهه گذشته، تب استفاده از رایانه در جنبه‌های مختلف زندگی مردم آمریکا به ویژه در زمینه نرم‌افزارهای آموزشی به ۹۴ درصد میزان خود رسیده است^{۵۵} و هم‌اکنون موج دیگری با شتاب در حال شکل‌گیری است و آن همگانی شدن و استفاده آسان از شبکه اینترنت در جامعه آمریکا است.^{۵۶} طبق بررسی‌های انجام شده، سازمان‌های مخابراتی آمریکا هم‌اکنون در حال پیاده‌سازی طرح عظیم شبکه فیبر نوری بین ایالت‌ها و شهرهای مختلف آمریکا هستند.^{۵۷} ثمره این طرح، سرعت فوق‌العاده ارتباط از طریق اینترنت و تبادل سریع اطلاعات بین شهرهای آمریکا است. از نتایج مستقیم این طرح، تولید انفجار آمیز اطلاعات در تمامی سطوح زندگی اجتماعی خواهد بود که در نتیجه تأثیر شگرفی در ایجاد تحولی عظیم در علوم و فنون بشری و در نهایت ایجاد نظم نوین اجتماعی خواهد گذاشت. با توجه به تأثیرپذیری کشورهای مختلف جهان از این فرآیند، خواه ناخواه در آینده نه چندان دور، این تحولات، سرانجام نظام اجتماعی سایر کشورها را دگرگون خواهد ساخت. بدیهی است کشور ایران نیز از این امر مستثنا نخواهد بود.

افزون بر آن، اگر در قرن پیش روابط تجاری محدود به مرزهای جغرافیایی بود، اما امروزه به برکت وسایل ارتباط جمعی نوین همچون شبکه اینترنت، زمینه‌های ارتباطی بین اشخاص در سرتاسر جهان بیش از پیش فراهم گشته و باعث شده تا در روابط اقتصادی، مرزهای جغرافیایی نادیده گرفته شوند و تجارت و معاملات، مفهومی جهانی پیدا کند و بدین‌سان نظام حاکم بر تجارت تعریف دیگری یابد. بدون شک فن‌آوری اطلاعات و نرم‌افزار در تدوین نظام جدید تجارت بین‌الملل بالاترین نقش را ایفا نموده است.

بایستی توجه داشت، گرچه مفهوم «لزوم ثبات یا عدم اختلال در نظام اجتماعی» حکمی است ثابت که مورد پذیرش تمامی عقلای عالم بوده و اختصاص به عصر خاصی ندارد، اما این حکم عقلی، مصداقاً در هر عصر و دوره‌های متفاوت با دوره پیشین خود بوده و نیز احتمالاً در هر جامعه‌ای متفاوت با جامعه دیگر می‌باشد.

با عنایت به مطالب یاد شده، شکی باقی نمی‌ماند که برای حفظ نظام اجتماعی و جلوگیری از ایجاد اختلال در آن و یا فروپاشی آن، بایستی نرم‌افزار به عنوان یک موضوع اساسی و کلیدی مورد عنایت قرار گیرد.

از طرفی دیگر، اثبات خواهیم نمود که نرم‌افزار به خاطر ویژگی‌های اختصاصی‌اش به گونه‌ای است که وجود و بقای آن مستلزم تحقق نظم حقوقی حاکم بر آن است. به عبارت دیگر، شرط لازم بر این‌که نرم‌افزار به عنوان یک صنعت ملی، مطرح شده و در درآمدت ثبات داشته باشد، این است که نظام حقوقی رایانه نیز به همراه آن تدوین و به طور دقیق اجرا شود. دلیل اصلی مطلب این است که نرم‌افزار بر خلاف بیش‌تر کالاهای صنعتی، محصولی است که به سرعت و با کم‌ترین هزینه‌ای تکثیر می‌شود. و در دیدی جامع‌تر طبیعت فیزیکی نرم‌افزار به گونه‌ای است که می‌توان به آسانی و به اشکال گوناگون از این کالا سوء استفاده نمود؛ بدون این‌که بتوان سوء استفاده کنندگان را ردیابی و یا شناسایی کرد. چه بسا زحماتی که یک شرکت نرم‌افزاری در طول سالیان سال و با صرف هزینه‌های بسیار سنگین و گزاف، برای تولید و عرضه یک نرم‌افزار نموده است، تنها در ظرف چند ثانیه با انجام کپی غیرمجاز از نرم‌افزار به هدر رفته و شرکت متحمل ضررهای هنگفت و غیرقابل جبرانی شود.

به رغم این‌که شرکت‌های بی‌شماری در سطح جهان در صدد ایجاد موانع فیزیکی بر کپی غیرمجاز نرم‌افزار و ایجاد تضمین و امنیت خاطر بر سازندگان نرم‌افزار بوده‌اند، اما متأسفانه تاکنون قادر به انجام موفقیت‌آمیز این کار نشده‌اند. تجربه نشان داده است که تمامی قفل‌هایی که بر روی نرم‌افزارها گذاشته می‌شود، در اندک زمانی شکسته شده، شیوع پیدا کرده و بی‌اعتبار می‌گردند.

این قابلیت انعطاف، به خاطر ماهیت نرم‌افزاری این کالاها است و بدین خاطر است که نرم‌افزار وابستگی شدیدی به حمایت‌های قانونی یافته است؛ به طوری که یکی از عوامل اصلی موفقیت این صنعت در هر کشوری، مرهون اجرای دقیق و اهتمام شدید به اجرای نظام کپی‌رایت است که بخش مهمی از حقوق رایانه را تشکیل می‌دهد. واقعیت این است که در هر کشوری که نظام حقوقی رایانه، به طور جدی رعایت شده، صنعت نرم‌افزار رشد قابل توجهی کرده و برعکس، در کشورهایی که این نظام به دلایلی مورد حمایت جدی دولت قرار نگرفته و جامعه خود را ملتزم به آن ندیده، این صنعت دچار رکود و افت شدیدی شده است. آمریکا، هند و ایران سه شاهد این مدعا هستند.

در آمریکا، تحت شرایطی، حتی برای نرم‌افزار، ورقه حق اختراع (که بیش‌تر از نظام کپی‌رایت، شخص را تحت حمایت قانونی قرار می‌دهد) صادر می‌شود و از این‌رو سازندگان نرم‌افزار به خاطر

حمایت‌های قانونی فراوان دولت از آن‌ها، کم‌تر به ایجاد موانع فیزیکی (مثل قفل‌های سخت‌افزاری) می‌اندیشند و بدین خاطر است که این کشور بالاترین سطح رشد تولید نرم‌افزار را دارا است.^{۵۸} هند اگرچه در تقسیم‌بندی‌های جهانی، جزء کشورهای جهان سوم محسوب می‌شود، اما یکی از موفق‌ترین کشورهای جهان در زمینه نرم‌افزار است.^{۵۹} در بررسی‌های صورت گرفته توسط کارشناسان، معلوم شده است که یکی از دلایل اصلی این امر، توجه ویژه دولت به نظام حقوق رایانه و اجرای دقیق آن در طی ده سال گذشته بوده است.^{۶۰}

پیش‌رفت‌ها، نه تنها در زمینه نرم‌افزار، بلکه در ارتباط با دیگر موضوعات مربوط به مالکیت فکری، همچون کتاب نیز بسیار چشم‌گیر بوده است. هند که از سال ۱۹۸۴ معاهده کپی‌رایت را امضا نموده است، هم‌اکنون از بزرگ‌ترین کشورهای تولیدکننده کتاب در جهان و پس از آمریکا و انگلستان، سومین کشور تولیدکننده کتاب به زبان انگلیسی است و با بیست هزار عنوان کتاب در سال، یکی از پانزده کشور جهان از نظر تعداد عناوین است و این‌ها همگی به جهت توجه و اهتمام فراوان قانون‌گزاران و دولت‌مردان به نظام کپی‌رایت است.^{۶۱}

گرچه ورود نرم‌افزار به ایران، هم‌زمان با کشورهایی نظیر هند بوده و نیز صنعت نرم‌افزار به خاطر عدم نیاز به امکانات فراوان و تجهیزات سخت‌افزاری پیش‌رفته و اتکای بیش‌تر آن به نیروی انسانی خلاق و مبتکر، با ساختار اجتماعی و اقتصادی ایران که دارای پتانسیل بالای نیروی جوان و مستعد می‌باشد، هم‌خوانی و سنخیت زیادی دارد، اما متأسفانه این صنعت، نه تنها رشد قابل توجهی نکرده است، بلکه بسیاری از شرکت‌های نرم‌افزاری ایرانی در طول این ده سال، پس از ورود به بازار، در مدت زمان کوتاهی غالباً به علت مشکلات اقتصادی به وجود آمده از کپی غیرمجاز محصولات نرم‌افزاریشان، عقب‌نشینی کرده، از صحنه رقابت حذف شده‌اند. به دیگر سخن، یکی از دلایل عدم موفقیت ایران در این زمینه، سهل‌انگاری و بی‌توجهی فراوان دولت‌مردان در اجرای نظام حقوق رایانه و عدم اهتمام جامعه به التزام عملی به این نظام است. هر عقل سلیمی گواهی می‌دهد که اگر حمایت‌های قانونی از نرم‌افزار صورت نگیرد، هیچ سرمایه‌گذاری تمایل به سرمایه‌گذاری در تولید نرم‌افزار از خود نشان نمی‌دهد و به طور طبیعی، انگیزه و رغبتی بر تقویت و رشد این صنعت به وجود نخواهد آمد و در نتیجه تولید این محصول مهم و حیاتی، دچار وقفه و رکود خواهد شد.

برخی از فقها در بحث معاملات، لزوم توجه به حرفه خیاطی را به عنوان یکی از مظاهر حفظ نظم اجتماعی دانسته‌اند؛ به طوری که هر عاملی را که باعث ایجاد اختلال در این حرفه شود، از نظر عقلی و شرعی قبیح و غیرمجاز دانسته‌اند.^{۶۲} اگر قرار باشد، شغل خیاطی از چنین جایگاهی در مباحث فقهی برخوردار باشد، آیا نرم‌افزار در موقعیت فعلی کم‌تر از حرفه خیاطی است؟!

جالب این‌جا است که برخی از فقها، در بحث اجرت بر واجباتی چون طبابت پزشک، نه تنها پرداخت اجرت پزشک را روا دانسته‌اند، بلکه با بیانی استدلالی، پرداخت آن را بر مریض واجب کرده‌اند. نکته قابل توجه این‌که شیوه استدلال آن‌ها بر این مطلب، دقیقاً شبیه آن چیزی است که ما

در بحث فعلی متعرض آن شده‌ایم. دلیل آن‌ها بر مطلب این است که اگر پرداخت اجرت بر مریض واجب نباشد، هیچ کس رغبت نمی‌کند تا وارد حرفه پزشکی گردد و یا هیچ پزشکی، حتی اگر بداند که خودداری وی از عمل معصیت است، باز هم تمایلی به انجام عمل طبابت نخواهد یافت.^{۶۳}

برخی از فقیهان معاصر، برای اثبات لزوم رعایت قوانین راهنمایی و رانندگی، به همین دلیل عقلی که ما در بحث جاری به آن استناد نموده‌ایم (یعنی دلیل عقلی لزوم حفظ نظم اجتماعی) استدلال نموده‌اند.^{۶۴} بنا بر این با توجه به اشتراک ملاک بین قوانین راهنمایی و رانندگی و قوانین مربوط به فن‌آوری اطلاعات، قاعدتاً آن‌ها نیز بایستی به وجوب رعایت نظم حقوق رایانه پای‌بند گردند.

استنباط و نتیجه‌گیری

از مطالب بالا نتیجه می‌گیریم که نظام حقوقی از لوازم جدایی‌ناپذیر صنعت نرم‌افزار است و اگر نرم‌افزار به عنوان یکی از ضرورت‌های نظام اجتماعی مسلمین تلقی گردد، بدون شک بایستی به لوازم آن نیز ملتزم شد و از آن‌جایی که اثبات کردیم که نرم‌افزار عنصری کلیدی در حیات آینده بشر به شمار خواهد رفت، بنا بر این بایستی ناگزیر به پذیرش «نظام حقوق رایانه» شویم و این همان مطلبی است که ما در پی اثبات آن بودیم.

• اشکال‌های وارد شده بر راه‌حل هشتم (نظر برگزیده)

این نظریه گرچه ممکن است از جهاتی قانع‌کننده باشد، اما از جهات دیگر دارای اشکالاتی است که بایستی به بررسی و نقد آن‌ها بپردازیم.

الف. قاعده عقلی یاد شده، در تعارض با مسائل شرعی دیگری است و بنا بر این حجیت و اعتباری ندارد. به عنوان مقدمه این اشکال، یکی از مراجع و فقیهان معاصر^{۶۵} در بحث اجرای حدود الهی می‌فرماید: گرچه حکم به اجرای حدود، برای ریشه‌کن کردن ظلم و فساد، حکمی است عقلی، اما اگر طریق، شیوه و چگونگی اجرای حد را شارع خود تعیین کرده باشد، نبایستی از حکم عقل پیروی نمود؛ هرچند این‌که تشخیص داده باشد که مثلاً حبس بهتر از بریدن دست سارق است. به بیان دیگر، در تعارض حکم عقل و حکم شرع، حکم عقل ساقط و بی‌اعتبار می‌شود.^{۶۶}

اما بیان اصل مطلب این‌که اگر حقوق مالکیت‌های معنوی، همچون کپی‌رایت نرم‌افزار یا کتاب، معتبر اعلام شود، لازمه‌اش این است که بهره‌برداری از علم و صنعت، منحصرأ در اختیار شخص خاصی (مالک اثر) باشد و این مانع از گسترش و انتشار علم است و این در حالی است که تأکید اسلام به یادگیری علم و دانش و انتشار آن، از ضروریات قطعی بین مسلمین است. بنا بر این هر امری که در تضاد با مسلمات و مصالح قطعی شرعی باشد، گرچه حکم عقلی باشد، مردود و از درجه اعتبار ساقط است. پاسخ اشکال: طرح این اشکال، جای بسی شگفتی است و ظاهراً از این امر ناشی شده است که کُنه و فلسفه اصلی وضع کپی‌رایت، به درستی شناخته نشده است؛ زیرا جعل حق مالکیت معنوی نسبت

به کالاهای فکری همچون نرم‌افزار و کتاب، نه تنها مانع از پیش‌رفت نمی‌شود، بلکه دقیقاً در خلاف جهت آن موجب اعتلا و پیش‌رفت علم و صنعت و هنر خواهد شد. همان‌گونه که در مباحث پیشین نیز گذشت، اصولاً فلسفه وضع قانون کپی‌رایت امریکا، مطابق نص قانون اساسی امریکا، در راستای اعتلا و ارتقای علم و صنعت و هنر است. ماده اول از بخش هشتم این قانون مقرر داشته است که برای ارتقای سطح پیش‌رفت‌های علمی و هنری، این اجازه به کنگره داده می‌شود که قوانین مربوط به کپی‌رایت را وضع و تصویب نماید.^{۶۷}

از این رو است که می‌بینیم حق کپی‌رایت دایمی نبوده و از نظر زمانی، مدت آن محدود شده است؛ به طوری که پس از گذشت آن مدت، در اختیار عموم^{۶۸} قرار گرفته و دیگر هیچ‌کس حقی اختصاصی نسبت به آن نخواهد داشت.

ب. این اشکال، کلیت قاعده عقلی یادشده را مورد تردید قرار می‌دهد. توضیح اشکال این‌که: همان‌گونه که در توضیح این قاعده اشاره شد، شرط اعتبار حکم عقلی این است که عقلای عالم، همگی به آن حکم نمایند و این در حالی است که در حال حاضر، نظام حقوقی مالکیت فکری نرم‌افزار، تنها مورد تأیید کشورهای پیش‌رفته صنعتی و معدودی از کشورها است؛ پس نمی‌توان این نظام را جزء عناصر جدایی‌ناپذیر یک نظام اجتماعی به حساب آورد. در تأیید این مطلب گفته شده که کشور چین که به تنهایی یک‌پنجم جمعیت جهان را تشکیل می‌دهد، تا سال ۱۹۹۸ هنوز نظام کپی‌رایت نرم‌افزارها را محترم نشمرده بود.^{۶۹} و حال چگونه است که در این استدلال، از نظام حقوق رایانه، به عنوان نظامی که بر روابط عقلا در سراسر جهان سایه افکنده، یاد می‌شود.

پاسخ اشکال: پاسخ آن است که ما نیز با این مطلب موافق و هم‌رأی هستیم؛ اما ظاهراً، اشکال‌کننده جزئیات استدلال را مورد توجه قرار نداده است؛ چرا که در آن ادعا شده که روند نظم اجتماعی جهان، به سمتی پیش می‌رود که حداکثر تا ده سال آینده، در نظام اجتماعی کشورها، سیستم حقوق رایانه از اجزای اصلی آن نظام‌ها به شمار خواهد رفت؛ نه این‌که در صدد بیان وضعیت جاری نرم‌افزار در کشورهای جهان باشیم.

این کلام ممکن است اشکال دیگری را به وجود آورد و آن این‌که با توجه به وضعیت فعلی نرم‌افزار که مثلاً نقض حق کپی‌رایت نرم‌افزار، اختلال در نظام را موجب نمی‌شود، دلیلی بر اعتبار شرعی آن در زمان حاضر وجود ندارد؛ به عبارت دیگر، چه لزومی دارد که شتابان در صدد اعتبار شرعی این نظام حقوق رایانه باشیم؟ بلکه عاقلانه این است که صبر کنیم و پس از این‌که استفاده از نرم‌افزار، همگانی و ضروری شده، اعتبار شرعی این نظام را به تبع ملتزم شویم.

این اشکال را نیز می‌توان این‌گونه پاسخ داد که تثبیت نظام حقوق رایانه امری نیست که به یک‌باره انجام شود؛ بلکه اجرای این‌گونه سیستم‌ها در جامعه به گونه‌ای که فضای عمومی کشور را تحت‌الشعاع خود قرار دهد، به تدریج و در بستر زمان صورت می‌گیرد و از آن‌جایی که مطالب بالا به روشنی این مطلب را به اثبات رساند که در آینده نه چندان دور، صنعت نرم‌افزار از احتیاجات ضروری

انسان‌ها خواهد شد، پس لازم است به عنوان مقدمه واجب، این نظام در سیستم حقوقی کشور وارد شود تا به تدریج با خو گرفتن جامعه با آن، سیستم مزبور جذب بیکره نظام اجتماعی کشور شده، تثبیت گردد.

• برتری‌ها و محدودیت‌های نظر برگزیده

به رغم این‌که این نظریه در مقایسه با سایر راه‌های ذکر شده، دارای ویژگی‌ها و امتیازاتی است، اما نمی‌تواند نظام حقوقی رایانه را به طور کامل توجیه نماید. در ذیل به شرح این امتیازات و محدودیت‌ها می‌پردازیم:

الف. برتری‌های نظریه

۱. این نظریه، برخلاف نظریه‌های قبلی که به بنای عقلا تمسک نموده بودند، این برجستگی را دارد که به تأیید نظر شرع نیاز ندارد که این بنا را تا زمان معصوم (ع) امتداد دهد تا عدم ردع شارع را به عنوان تقریر معصوم (ع) و نشانه امضای شارع مقدس بداند؛ بلکه به مجرد اثبات حکم عقل مستقل، با استفاده از قاعده تلازم حکم عقل و شرع، حکم شرعی آن نیز اثبات می‌گردد.
۲. این نظریه احتیاج به آن ندارد که در رتبه پیشین، مالیت این حقوق را به اثبات برساند؛ در حالی که پاره‌ای از نظریات مطرح شده، مبتنی بر اثبات مالیت این حقوق بودند.

ب. محدودیت‌های نظریه

به‌رغم امتیازات یادشده، این نظریه با محدودیت‌های زیر روبه‌رو است و قادر نیست که تمامی زمینه‌های حقوق رایانه، همچون حقوق محرمانگی اطلاعات در اینترنت و حقوق اسرار تجاری را پوشش دهد. حتی این تئوری در بُعد مالکیت فکری نرم‌افزار نیز کامل نبوده و لااقل از نظر حقوق ایران، نمی‌تواند مبنای جامعی بر قانون حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار ایران به حساب آید. توضیح آن‌که قانون حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار، مانند دیگر قوانین مربوط به مالکیت معنوی، از سیستم حقوق نوشته فرانسه الهام گرفته است.^{۷۰} در این سیستم که مبتنی بر دکتترین حقوق فطری است، مالکیت فکری، دارای دو بُعد مادی و معنوی است. بر اساس آن، این حقوق ماهیتاً مال شمرده شده و در ردیف سایر اموال اند. از این‌رو به راحتی قابل نقل و انتقال هستند و حتی پس از مرگ می‌توانند مانند سایر حقوق مادی، به وراثت انتقال قهری پیدا کنند. افزون بر آن بر اساس این دکتترین، از لحاظ جنبه‌های معنوی، آثاری همچون حق انتساب دائمی نرم‌افزار به مؤلف آن‌ها، به عنوان ویژگی‌های اخلاقی یا معنوی این حقوق ثابت می‌گردد.

نقطه ضعف راه‌حل پیشنهادی چنین است: یک. این راه به هیچ وجه آثار معنوی حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزار را اثبات نمی‌کند؛ دو. به لحاظ این‌که از این طریق مالیت مال اثبات نمی‌شود، طبعاً امکان انتقال قهری آن به ارث نیز با استفاده از این تئوری میسر نخواهد بود. راه حل ارائه شده

فوق شباهت‌های زیادی با مبانی نظام مالکیت فکری کشورهای کامن‌لو همچون امریکا دارد که حقوق معنوی و نیز ویژگی انتقال قهری، به عنوان آثار این حقوق شمرده نشده‌اند^{۲۱} و تنها جنبه‌های مالی و اقتصادی این حقوق محترم شناخته شده‌اند. سرّ اصلی این مطلب در فلسفه تأسیس حقوق مالکیت معنوی در امریکا نهفته شده است. طراحان این قانون، تنها بدین سبب این حقوق را وضع نموده‌اند که رغبت و انگیزه کافی بر خلق آثار فکری و سرمایه‌گذاری در این راه‌ها را به وجود آوردند و از این طریق موجبات شکوفایی و ارتقای علم و صنعت و هنر بیش از پیش فراهم آید و به نظر آنان، تحقق این امر با حمایت از جنبه‌های مادی این‌گونه آثار به خوبی تأمین می‌گردد؛ سه. این مبنا نمی‌تواند حقوق رایانه را در زمینه‌هایی که ارتباطی با حفظ نظام ندارد، از نظر شرعی توجیه کند. به عبارت دیگر، نرم‌افزارهایی هستند که در راستای اهداف صرفاً تفننی، طراحی و ساخته می‌شوند و بود و نبود آن‌ها تأثیری در ثبات و یا اختلال نظام اجتماعی نمی‌گذارد (از قبیل سرگرمی‌ها و بازی‌های رایانه‌ای). این طریق نمی‌تواند حمایتی شرعی از آن‌ها به عمل آورد.

به هر حال، جامعه نرم‌افزاری کشور ما بی‌صبرانه در انتظار تنقیح بیش‌تر حقوق رایانه از سایر ابعاد و ارائه راه حل‌های نو و جامع فقهی و حقوقی، برای حمایت از شکوفایی این صنعت در کشور است و این، وظیفه فقیهان و حقوق‌دانان شنا به مبانی فقهی را بیش از پیش سنگین می‌کند.

پی‌نوشت‌ها

۱. گزیده‌ای از پایان‌نامه نویسنده، در مقطع کارشناسی ارشد، در دانشگاه مفید قم است که زیر عنوان مسئولیت حقوقی ناشی از فروش نرم‌افزارهای معیوب با راهنمایی دکتر پرویز ساورایی و مشاوره دکتر سید مصطفی محقق داماد تدوین شده است.
۲. گروه پژوهش خبرنامه، «بررسی وضعیت کامپیوترهای متوسط در ایران»، *خبرنامه انفورماتیک*، سال سیزدهم، اردیبهشت ۱۳۷۷، شماره مسلسل ۶۷ صص ۱۶-۲۱.
۳. دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک کشور (گروه بررسی حقوق مؤلفین نرم‌افزار)، ص ۴۲.
۴. همان، ص ۲۲.
۵. همان.
۶. همان، ص ۲۰.
۷. همان، صص ۲۱-۲۲.
۸. همان، ص ۲۲.
۹. همان، صص ۱۸۱-۱۸۳ و ۲۰۱-۲۰۲ و ۲۸۶-۲۸۷.
۱۰. روزنامه‌های رسمی، ۲۴ دی ماه ۷۹.
۱۱. دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک کشور (گروه بررسی حقوق مؤلفین نرم‌افزار)، ص ۲۹۸-۲۹۹.
۱۲. همان، ص ۳۰۴-۳۱۰.
۱۳. همان، صص ۲۳-۲۵.
۱۴. زهرا میرخانی، «اولین پرونده نرم‌افزاری در دادگستری تهران»، *ماهنامه علم الکترونیک و کامپیوتر*، سال بیست و چهارم، فروردین ۱۳۸۰، ص ۱۹.

17. <http://www.hci.or.ir/images>.

18. <http://www.hei.or.ir>

۱۹. امام خمینی، پیشین.
۲۰. از قبیل آیت‌الله خویی و آیت‌الله صافی.
۲۱. دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک کشور (گروه بررسی حقوق مؤلفین نرم‌افزار)، ص ۱۵ و ۲۷۴: بخش اخبار، قوه قضاییه و حقوق مؤلفین نرم‌افزار، *خبرنامه انفورماتیک*، سال هفتم، شماره ۵۲ دی و اسفند ۱۳۷۱.
۲۲. ناصر کانونیان، *تحولات حقوق خصوصی: مجموعه مقالات اهلبانی به استاد سید حسن امامی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۹، مقدمه کتاب، ص ۲.
۲۳. سید حسن امامی، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ هفدهم، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۴.
۲۴. سید حسن امامی، پیشین، ص ۵.
۲۵. در کشورهای همچون فرانسه.
۲۶. در کشورهای همچون آمریکا.
27. Common Law.
۲۸. امام خمینی، پیشین، ص ۱۳۳.
۲۹. وهبة الزحیلی، *الفقه الاسلامی فی اسلوبه الجدید*، دمشق، انتشارات دارالفکر، چاپ دوم، ۱۹۸۹م، ج ۳، ص ۱۱: وهبة الزحیلی، *اصول الفقه الاسلامی*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۶، ج ۳، صص ۷۵۲-۷۵۷: سید علی نقی حیدری، *اصول الاستنباط*، تهران، دارالکتب الاسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۴، ص ۳۲۷.
۳۰. امام خمینی، *تحریر الوسیله*، قم، دارالعلم، ۱۳۶۵ ق، چاپ دوم، ج ۲، ص ۶۲۵.
۳۱. «... لا یحل لاحد ان یتصرف فی مال غیره بغیر اذنه...».
۳۲. شیخ حر عاملی، *وسائل الشیعه*، بیروت، دار احیاء التراث الاسلامی، ۱۳۷۶ق، ج ۶ ص ۳۷۷.
۳۳. «... لا یحل دم امرء مسلم و لا ماله الا بطیبة نفس منه...».
۳۴. شیخ حر عاملی، پیشین، ج ۳، ص ۴۲۳.
۳۵. سید کاظم حائری شیرازی، *فقه اهل بیت*، سال ششم، شماره ۲۳، پاییز ۷۹، صص ۹۵-۱۰۳.
۳۶. محمدرضا مظفر، *اصول الفقه*، (قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۷۰)، ج ۱، ص ۲۱۷.
۳۷. محمدرضا مظفر، پیشین، ج ۱، ص ۲۱۰.
۳۸. محمدکاظم خراسانی (مرحوم آخوند)، *کفایه الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البتی (ع)، ۱۴۱۰، صص ۲۷۵، ۳۱۳، ۳۵۴.
۳۹. سید ابوالقاسم خویی، *التنقیح فی شرح العروة الوثقی*، قم، دارالهادی للمطبوعات، چاپ سوم، ج ۱، صص ۶۵، ۱۷۵.
۴۰. محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۹۲ ق، ج ۴، ص ۴۰.
۴۱. سید محمد آل بحر العلوم، *بانة الفقیه*، تهران، مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۲۹۰.
۴۲. امام خمینی، *کتاب البیوع*، قم، نشر اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۴۶۱. «... یقضی بضرورة الحكومة... مع ان حفظ النظام من الواجبات الاکیده و اختلال امور المسلمین من الامور المبنوضه و لا یقوم ذا و لا بسده عن هذا الا بوال و حکومت...».
۴۳. فاضل آبی، *کشف الرموز*، قم، مؤسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق، ج ۱، ص ۹.
۴۴. سید ابوالقاسم خویی، *تکملة الصهاج*، قم، انتشارات علمیة، چاپ دوم، ۱۳۹۶، ج ۴۲، ص ۲۲۵.
۴۵. سید ابوالقاسم خویی، پیشین، ج ۳.
۴۶. سید ابوالقاسم خویی، *اجود التقريرات*، صیدا، مطبعة الرفان، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۴۴۵. «... ظاهر روایة حفص ان اعتبار الید من جهة لزوم اختلال النظام من عدمه كما هو ظاهر قوله (ع) و لو لا ذلك لما بقى للمسلمین سوق».
۴۷. محمدعلی کاظمی، *فوائد الاصول*، (تقریرات ثانیه)، قم، مؤسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۶۵۲.
۴۸. سید مصطفی محقق داماد، *قواعد الفقهیة*، سید حسن بجنوردی، تهران، نشر صدر، چاپ دوم، ج ۵، ص ۲۳۰.

۴۹. «...و علی الجملة فالعقل مستقل بقیح الاخلال من النظام و منعه و لزوم حفظه و بقاءه...» [سید محمد رضا گلپایگانی، *الدر المنصور فی احکام الحدود*، قم، ناشر دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۱۵۴].
۵۰. شیخ محمد تقی، *هدایة المسترشدین*، قزوین، چاپ سنگی، ۱۲۹۶، ص ۴۱۲.
۵۱. «...ان وجوب الصنایع انما هو لحفظ النظام و انما ستقیم النظام بالتکسب بها...».
۵۲. [شیخ] محمدحسین اصفهانی، *بحوث فی الفقه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین، چاپ دوم، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۲۱؛ محمدحسین آشتیانی، *کتاب القضاء*، قم، انتشارات دارالبحر، چاپ دوم، ۱۴۰۴، ص ۲۶.
53. http://econ۶۱.berkeley.edu/maer_online/ms/eh۵/de۱۲۸۴۸۷_eh۰۵.pdf.
54. <http://web.gmu.edu/news/gazette/۹۸۰۳/jelly.html>.
<http://www.msep.edte.utwente.nl/sitesml/extern/comped/fr۲/fr۲ehap۳.htm>.
<http://www.childrenspartnership.org/pub/pbte/stand.html>.
55. <http://www.hoise.com/primeur/۹۹/articles/contentsmonthlyoct۹۹.html>.
56. http://biz.yahoo.com/bw/۰۱۱۰۲۹/۲۹۰۰۷۸_۱.html.
57. <http://www.delhiinfo.com/new/indiansoftware.htm>.
۵۸. محمدتقی فقیهی نژاد، *برنامه ریزی استراتژیک صادرات نرم افزار*، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته مهندسی سیستم‌های اقتصادی - اجتماعی، دانشگاه علم و صنعت، ۱۳۷۹، صص ۴۳-۴۹.
59. <http://www.indian-express.com/ie/daily/۱۹۹۹۱۱۰۳/ibu۰۳۰۰۹p.html>.
<http://www.dhan.com/news/۹۹۱۱۰۳,۱-news.html>.
<http://www.vertexsoft.com/website/infocenter/softindia/marketsbottom.htm>.
۶۰. گروه علمی روزنامه، «صنعت نشر در دیگر کشورهای جهان»، *روزنامه ایران*، سال هفتم، شماره مسلسل ۱۸۹۷، سه‌شنبه ۱۳ شهریور، ۱۳۷۰، ص ۱۲.
۶۱. محمدحسین اصفهانی، پیشین، ج ۳، ص ۲۱۰.
۶۲. مرتضی انصاری، پیشین، ص ۶۳.
۶۳. امام خمینی، *استفتائات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۴۷، ۶۰، ۱۴۷؛ محمدعلی اراکی، *استفتائات از محضر آیت‌الله اراکی*، قم، چاپ الهادی، (۱۳۷۳)، ص ۲۵۸؛ سیدعلی حسینی سیستانی، *الفقه المقربین*، قم، انتشارات دفتر آیت‌الله سیستانی، ۱۴۱۹ق، ص ۱۸۰.
۶۴. آیت‌الله سید محمد رضا گلپایگانی.
۶۵. آیت‌الله سید محمد رضا گلپایگانی، پیشین، ج ۱، صص ۱۵۴-۱۵۵.
66. <http://www.loc.gov/copyright>
67. Public Domain
68. <http://msanews.mynet/booklet.html>
۶۹. گفتنی است بسیاری از کشورهای عربی که از حقوق نسبتاً منسجمی برخوردارند، همچون کشور مصر، درباره قوانین مربوط به مالکیت معنوی نیز از حقوق فرانسه تأثیر پذیرفته‌اند. عبدالرزاق احمد السنهوری، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ۱۹۹۸، ج ۸، ص ۲۷۹.
70. <http://www.rbs۲.com/moral.htm>.