

## پاسداشت بومیان: درآمدی بر حقوق سنتی مردم بومی

سعید حبیبی\* - بهنام حبیبی\*\*

(تاریخ دریافت: ۸۸/۱۰/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۸۹/۱/۳)

### چکیده

در اصطلاح لغوی، واژه فولکلور به معنی فرهنگ عامه و فرهنگ مردم ذکر شده است. جلوه‌ها یا نمادهای فولکلور نیز شامل تولیدات، آثار، خلاقیت، عقاید و سنن گروه یا جامعه‌ای معین است که با شیوه‌های ملموس و غیرملموس و در قالب اشکال هنری (اعم از اجرایی و غیراجرایی) و ادبی یا به صورت دانش بومی (شامل دانش طبی، کشاورزی و زیست‌محیطی) منابع طبیعی و زیست‌محیطی تبلور یافته و عامل شناسایی اجتماعات و شناسنامه فرهنگی، زیستی و تاریخی این جوامع است. مقاله حاضر، ضمن بیان مفهوم و پیشینه تاریخی جلوه‌های فولکلور، به ویژه دیرینگی، اختصاص داشتن به قلمرو معین و جمعی و گروهی بودن این جلوه‌ها اشاره کرده و در ارتباط با ماهیت آن و از میان نظریات «حق مخصوص»، «حق انتفاع» و «حق مالکیت»، قائل به حق مالکیت (جمعی) بوده و اعتباری بودن علقه مالکیت میان پدیدآورندگان و صاحبان با جلوه‌های فولکلور را قابل پذیرش می‌داند.

کلیدواژگان: فولکلور، جلوه‌های فولکلور، مالکیت فکری جمعی

---

\* نویسنده مسئول، دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی و رئیس مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران  
habiba@ut.ac.ir

\*\* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی از دانشگاه تهران و وکیل دادگستری  
drhabibi1361@yahoo.com

## مقدمه

هر کشوری مدعی است که میراث فرهنگی آن، بخش عظیمی از تمدن جهان را تشکیل داده و عامل شکوه و سرافرازی آن شده است. فولکلور نیز تحقیقاً بخش عمده میراث فرهنگی یک ملت محسوب می‌شود.<sup>۱</sup> این جلوه‌ها آینه‌وار، اسناد فرهنگی یک ملت را نشان داده و به عنوان یک مبنا در شناسایی فرهنگ و جامعه لحاظ می‌شوند. همه ملت‌های جهان به ارزش میراث فرهنگی و جلوه‌های فولکلور و قوف کامل داشته و با تعصب خاصی درباره مدیریت این منبع ثروتی و ارزشی موضع‌گیری می‌کنند. در اواخر قرن بیستم و به دنبال بهره‌برداری نامشروع از انواع مختلف جلوه‌های فولکلور، سازمان‌های بین‌المللی و قانونگذاران داخلی کشورها به فکر حمایت از این جلوه‌ها افتادند. تصویب قوانین مختلف در زمینه نشانه‌های جغرافیایی، صنایع فرهنگ بومی، ابزارها، شیوه‌ها و الگوهای طبابت بومی، دانش سنتی و هنرهای بومی و غیره، نشانگر اهمیت موضوع حقوق فولکلور و ضرورت توجه به آن‌ها و موضع‌گیری‌های حقوقی و اجتماعی - فرهنگی است. حقوق فولکلور دارای ادبیات ناشناخته است و فقدان مطالعات با صبغه حقوقی در آن مشهود است. این رشته از مطالعات علوم انسانی دارای ماهیت میان‌رشته‌ای بوده و بیش از آنکه به حقوق مالکیت فکری (فردی) مصطلح شباهت داشته باشد زیرمجموعه حقوق فرهنگی و مشخصاً دارای عنوان «حقوق فرهنگ عامه» بوده و نسبت به دارندگان این جلوه‌ها نوعی «مالکیت فکری جمعی» تلقی می‌شود.

در مقاله حاضر، ضمن تبیین مفهوم و پیشینه تاریخی جلوه‌های فولکلور، به ماهیت و ویژگی‌های آن نیز اشاره خواهد شد.

## ۱. مفهوم اصطلاحی و حقوقی جلوه‌های فولکلور

## ۱-۱. مفهوم اصطلاحی

فولک<sup>۲</sup> به معنی مردم، جماعت، توده مردم، عامه مردم، محلی و عامیانه آمده و لور<sup>۳</sup> به معنی دانش و آگاهی ذکر شده است و به لحاظ لغوی «فولکلور»<sup>۴</sup> معادل «فرهنگ مردم» و «فرهنگ عامه» است.<sup>۵</sup> در بعضی از فرهنگ‌های معتبر فارسی کلمه «فولکلور» به معنی «علم به آداب و

1. kutty, 1987, 4.

2. folk

3. lore

4. folklore

5. دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۵). فرهنگ دهخدا. چاپ اول از دوره جدید، جلد ۶، تهران: مؤسسه لغت‌نامه دهخدا، ص ۹۱۱۶.

رسوم توده مردم و افسانه‌ها و تصنیفات عامیانه» و «توده‌شناسی» آمده است.<sup>۱</sup> در فرهنگ عمید<sup>۲</sup> علاوه بر اشاره به توده‌شناسی و فرهنگ عامه، به مجموعه عقاید، اندیشه‌ها، قصه‌ها، آداب و رسوم، ترانه‌ها و هنرهای ساده و ابتدایی یک ملت در تعریف فولکلور اشاره شده است. در برخی از فرهنگ‌های زبان انگلیسی<sup>۳</sup> کلمه «فولکلور» به معنی آداب و رسوم و سنت و داستان‌های یک کشور یا جامعه تعریف شده است و بعضی فرهنگ‌ها نیز فولکلور را شامل رسوم و سنن مردم یک منطقه یا ناحیه ویژه دانسته‌اند.<sup>۴</sup> لکن بعد از عبارت آداب و رسوم «و...» علامت etc گذاشته‌اند که بیان‌کننده تمثیلی مصادیقی از فولکلور در تعریف لغوی آن است. برخی از حقوق‌دانان<sup>۵</sup> معتقدند که در آغاز از این لفظ، «سنت‌ها و مفاهیم واپس‌مانده» را درمی‌یافتند و به زندگی و زمان گذشته و ادامه آن در زمان حال نظر داشتند اما به مرور، «فولکلور» معنی دومی به خود گرفت و دامنه‌ای وسیع‌تر یافت و دربرگیرنده کلیه اموری شد که جزء زندگی عامه مردم به حساب می‌آید.

اصطلاح «فولکلور» نخستین بار توسط ویلیام تامز<sup>۶</sup> در سال ۱۸۴۶ به کار رفت. وی در نامه خود خطاب به مردم اهل آتن نوشت که به جای «آداب و رسوم عامه»<sup>۷</sup> و «ادبیات عامه»<sup>۸</sup> لفظ «فولکلور» (folk – lore) به کار رود که «فولک» به معنی مردم و «لور» به معنی دانستی‌ها و علم بود.<sup>۹</sup> اما بعداً این خط به مرور ترک شد و فولکلور (folklore) بدون فاصله و در کنار یکدیگر در نوشته‌ها معمول شد. به‌طور خلاصه، فولکلور منظور ویلیام، دربردارنده آگاهی‌ها و دانستی‌های مردم بود. پیش‌تاز بودن کار ایشان باعث افزایش آگاهی درباره مشخصه‌های فولکلور شد و سبب شد تا در نیمه قرن ۱۹ و پیرو مطالعات گسترده دانشمندان درباره مبانی و مصادیق فولکلور، «فرهنگ لغات استاندارد فولکلور»<sup>۱۰</sup> توسط خانم ماریا لیچ که دربردارنده ۲۱ تعریف از «فولکلور» بود، انتشار یابد.<sup>۱۱</sup>

۱. معین، محمد. (۱۳۷۹). فرهنگ معین. جلد ۲، تهران: امیرکبیر، ص ۲۵۸۷.

۲. عمید، حسن. (۱۳۶۲). فرهنگ عمید. تهران: امیرکبیر، ص ۷۷۰.

3. Hornsby, 2002, 600

4. Longman, 2003, 558

۵. حبیبی، حسن. (۱۳۶۷). در آینه حقوق. تهران: کیهان، ص ۳۰۸.

6. William Thams.

7. Popular Antiquities.

8. Popular literature.

9. Kutty, 2000, 3

10. The Standard Dictionary of Folklore.

11. kutty, op. cit, p. 5

در هیچ کدام از قوانین مربوط به مالکیت فکری و مجموعه مقررات راجع به میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری، واژه «فولکلور» به کار نرفته است و صرفاً در بند ۱۰ از ماده ۲ قانون مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب سال ۴۸، بعد از بیان عبارت «فرهنگ عامه»، و داخل پرانتز، عبارت «فولکلور» به کار رفته است و معنای مضیق و محدود و ادبی و لغوی آن در این قانون اراده شده است. البته باید اذعان داشت که برخی از جلوه‌های فولکلور در قوانین متعدد آمده است مثل صنایع دستی، هنرهای اجرایی و غیراجرایی، گردشگری و دانش سنتی و غیره.

در مقررات بین‌المللی نیز برای اولین بار و به‌طور رسمی واژه «فولکلور» و «جلوه‌های فولکلور» در مقررات نمونه ۱۹۸۲ سازمان وایپو و یونسکو بیان شده است که باز از فولکلور، تعریفی به‌میان نیامده است، هر چند که از جلوه‌های فولکلور، تعریف مضیق صورت گرفته است.<sup>۱</sup>

#### ۱-۲. مفهوم حقوقی

تعریفی که بتواند تمام ابعاد «فولکلور» و «جلوه‌های فولکلور» را نشان دهد ممکن نیست. لکن باید به این نکته توجه کرد که ارائه تمام ابعاد جلوه‌های فولکلور در تعریف، نه میسر است و نه منطبق با اصول علمی، زیرا تعریف، ارائه مفهوم و بیان طبیعت یک نهاد حقوقی است نه این که بخواهد تمام ابعاد و احکام مترتب بر یک نماد را معرفی کند. به عبارت دیگر، تعریف در صدد تبیین موضوع احکام است نه این که بخواهد تمام احکام مترتب بر یک موضوع را بیان کند.

به علت گونه‌گونی ماهیت فولکلور و انواع مختلف آن و منابع وسیع طبیعی و انسانی فولکلور و نمادهای ملموس و غیرملموس آن، شایسته می‌نماید که تعاریف ارائه‌شده از جلوه‌های حقوق فولکلور در یک تقسیم‌بندی به مفهوم حقوقی خاص و مفهوم حقوقی عام در نظر گرفته شود.

#### الف. مفهوم حقوقی خاص (مضیق)

این مفهوم از معنای لغوی فولکلور زیاد دور نیست و بیان اصطلاح فولکلور را با تسامح، همان ادبیات عامه و فرهنگ عامه می‌داند. به‌عنوان مثال، فولکلور مورد نظر ویلیام تامز شامل رفتارها و منش‌ها، آداب و رسوم و سنن، خرافات و موهوم‌پرستی، سروده‌ها و ترانه‌های محلی، داستان‌های منظوم، ضرب‌المثل‌ها و اموری از این قبیل است.<sup>۲</sup> اگرچه تاکنون تعریف قانونی و رسمی از واژه

1. ibid

2. kutty,op.cit,p. 4

«فولکلور» به عمل نیامده است مقررات نمونه وایپو و یونسکو، در بخش دوم، از «جلوه‌های فولکلور» تعریفی ارائه داده است که به موجب آن، «جلوه‌های فولکلور، مجموعه‌ای از تولیدات مشتمل بر عناصر ممتاز یک جامعه معین است که از طریق حفظ و بقا گسترش یافته‌اند یا جلوه‌های هنری بومی و سنتی چنین جوامعی را انعکاس داده‌اند». در این تعریف، «فولکلور حقوقی» را می‌توان شامل موارد ذیل دانست:

- جلوه‌های شفاهی از قبیل داستان‌های بومی، شعر و افسانه‌های بومی و محلی، خط، الفاظ و کلمات، سمبل‌ها و علائم ویژه.

- جلوه‌های موسیقایی از قبیل آوازهای بومی و ابزارآلات موسیقی.

- جلوه‌های ناشی از اعمال مردم بومی از قبیل رقص‌های بومی، شکل‌های هنری و بازی‌های بومی، خواه در قالب مشخصی باشد یا نباشد.

- جلوه‌های ملموس از قبیل تولیدات هنر بومی به‌ویژه نقاشی‌های بومی و سنتی، طرح‌ها، منبت‌کاری‌ها، مجسمه‌سازی، سفالینه، ساخت خانه‌هایی با شکل و معماری بومی، موزاییک، سبدهافی، صنایع دستی، ارائه مدل و الگوی البسه، فلزات مخصوص مردم بومی و محلی و غیره.

- شکل‌های مهندسی و معماری بومی و محلی.

برخی از حقوق‌دانان نیز فولکلور حقوقی را به معنی حقوق عرفی در نظر گرفته و در تعریف آن بیان می‌کنند «فولکلور حقوقی، مجموعه وضعیت‌های حقوقی و نیز بررسی و مطالعه وضعیت‌هایی است که در زمان گذشته در یک قوم یا گروه‌های مختلف این قوم وجود داشته‌اند و در حال حاضر، به هر دلیل، به صورت عرف، نزد عامه مردم به زندگی خود ادامه می‌دهند»<sup>۱</sup> در این تعریف به دو عنصر اساسی فولکلور حقوقی تأکید شده که عبارت است از «زندگی عامه» و «قانون یا حقوق عامه مردم». حقوق زنده (در مقابل حقوق رسمی یا دولتی) محسوب می‌شود. این برداشت از فولکلور حقوقی بسیار محدود بوده و معادل معنای لغوی آن است و صرفاً به یکی از انواع جلوه‌های فولکلور که همان اعتقادات و آداب و رسوم و سنن باشد تکیه دارد و عاری از اشتغال بر دانش سنتی (اعم از دانش طبی، کشاورزی و زیستی) و نشانه‌های جغرافیایی و سایر عناصر متشکله جلوه‌های فولکلور است. برخی دیگر از حقوق‌دانان<sup>۲</sup> فولکلور حقوقی را به دو نوع فولکلور نظریات (اعتقادات) و فولکلور با موضوعات فیزیکی و

۱. حبیبی. پیشین. ص ۳۰۹.

2. botkin, 1959, 64

عینی تقسیم کرده‌اند که همان عناصر ملموس و غیرملموس فولکلور است. ویلیام باسکوم<sup>۱</sup> فولکلور را به عنوان «هنر کلامی» تعریف می‌کند و در عین حال به ویژگی‌های بارز آن از جمله «ماهیت گفتاری»، «ویژگی‌های گروهی» و «شیوه انتقال» آن‌ها اشاره می‌کند. تئودور گاستور<sup>۲</sup> در تعریف فولکلور می‌نویسد: «فولکلور، آن بخشی از فرهنگ مردم است که حفظ و نگهداری شده، آگاهانه یا ناآگاهانه و در عقاید و اعمال، آداب و رسوم و چارچوب‌های معمولی، در افسانه‌ها و داستان‌ها تبلور دارد و در هنرها و صنایعی که خلق و خو و استعدادها گروهی را می‌طلبد وجود دارد. از آنجا که فولکلور، منبع سنت‌های مردمی و جزء جدایی‌ناپذیر آن‌ها است، منبع ثابت و دائمی ادبیات و هنر به شمار می‌رود و اساساً از خود مردم، با مردم و برای مردم است.<sup>۳</sup> باتکین<sup>۴</sup> نیز ضمن تعریفی مشابه، مزیت «تواتر» را نسبت به جلوه‌های فولکلور بیان می‌دارد.

اسپینوزا<sup>۵</sup> موضوعات مربوط به فولکلور را اکثراً «موضوعات مردم‌شناسی اجتماعی» دانسته و آن را به عنوان «دانش جمعی یک جمعیت هم‌جنس و غیرپیشرفته» قلمداد می‌کند که نه تنها با پیوندهای فیزیکی، بلکه با پیوندهای عاطفی به هم متصل شده‌اند.

نتیجه این که در مفهوم حقوقی مضیق، یا فولکلور را معادل فرهنگ عامه و ادبیات بومی و محلی دانسته‌اند یا این که علاوه بر دربرگیرنده معنای لغوی، شامل هنرها، اعتقادات و سنن و نوع زندگی مردم بومی نیز دانسته‌اند که تعریف ارائه شده در مقررات نمونه وایپو و یونسکو (۱۹۸۲) و توجه به ماده ۲ قانون مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۴۸، مفهوم مضیق از فولکلور و جلوه‌های آن را ارایه داده‌اند.

#### ب. مفهوم حقوقی عام (موسع)

جلوه‌های فولکلور به معنی عام شامل تولیدات، آثار، خلاقیت و عقاید و سنن گروه یا جامعه‌ای معین است که با شیوه‌های ملموس و غیرملموس و در قالب اشکال هنری (اعم از اجرایی و غیراجرایی) و ادبی یا به صورت دانش بومی (شامل دانش طبی، دانش کشاورزی و دانش زیست‌محیطی) منابع طبیعی و زیست‌محیطی و منابع ژنتیک تبلور یافته و به یک معنی

1. Leach, 1959, 256  
 2. Teodor H. Gastor.  
 3. Marie, 1995, 35  
 4. botkin, op. cit, p. 291  
 5. Leach, 1959, 257

عامل شناسایی اجتماعات و شناسنامه فرهنگی و زیستی این جوامع است که در طول قرن‌ها میراث فرهنگی و تمدن ملت‌ها را شکل داده است.<sup>۱</sup>

قانون حقوق مردمی بومی فیلیپین<sup>۲</sup> این مفهوم را برگزیده و در بخش‌های متفاوت، موارد ذیل را اختیار کرده است.<sup>۳</sup>

- در بخش سوم با عنوان «جوامع دارای فرهنگ بومی و مردم بومی» آن را شامل گروهی از مردم یا جامعه معینی می‌داند که عوامل فرهنگی، مذهبی، سیاسی، سرزمینی یا اشتراکات زبانی، قومی، نژادی و غیره، آن‌ها را به هم مرتبط می‌کند و وجه ممیز و شاخصه آن گروه یا جامعه به شمار می‌آید. بخش ۳۲ از فصل سوم، ضمن تکیه بر انسجام و یکپارچگی فرهنگی و شناخت فرهنگ بومی و محلی در کنار فرهنگ ملی به «مالکیت فکری جامعه» در ارتباط با جلوه‌های فولکلور از یک سو و وظیفه دولت در شناسایی، حفظ، احیا، توسعه و مستندسازی این جلوه‌ها از سوی دیگر تأکید دارد. بخش ۳۴ در پی شناسایی «حقوق مربوط به سیستم‌ها و رویه‌های دانش بومی»<sup>۴</sup> و حقوق مربوط به توسعه علوم و فناوری بومی علاوه بر پیش‌بینی مالکیت کامل این عناصر نسبت به دارندگان آن‌ها و لزوم کنترل و نظارت مؤثر دولت در قالب نهاد یا ارگان‌های متولی به احصاء علوم و فناوری بومی می‌پردازد که از این قبیل است:

- فناوری‌های مربوط به منابع ژنتیک انسانی و غیرانسانی
- طبابت بومی و سنتی و آداب و شیوه‌های مربوط به کسب و حفظ سلامت
- شناسایی و حفظ حیوانات و گیاهان محلی و بومی
- سیستم‌های مربوط به دانش بومی
- ادبیات و هنرهای صوتی و اجرایی و طرح‌های بومی
- سنت‌های شفاهی

بخش ۳۵ این قانون هم ضمن تأکید بر حمایت از منابع زیستی و ژنتیکی، در ادامه به نشانه‌های جغرافیایی، موقعیت سرزمینی و زیست‌محیطی و معادن و ... اشاره می‌کند و وجوه ناشی از این منابع را از آن مردمان بومی و در راستای سرمایه‌گذاری و بهره‌برداری از این منابع بیان می‌کند.

۱. الماسی، نجادعلی؛ حبیبی، بهنام. (۱۳۸۵). بررسی مفهوم، جایگاه و نمادهای حقوق فولکلور. نامه مفید حقوقی. ش ۵۸، ص ۴.

2. The Indigenous People Rights Act of 1997 (IPRA).

3. valsala, 2002, 39

4. Indigenous Knowledge.

پروفسور کوتی<sup>۱</sup> بیان می‌کند که تصور فولکلور و جلوه‌های آن بدون بررسی و تفکر و اندیشه مردمان خاص یک جامعه یا منطقه ویژه و تأثیر سرزمین در به وجود آمدن و استمرار برخی از عناصر فولکلور امکان‌پذیر نیست. وی با تأکید بر ویژگی گروهی و سرزمینی جلوه‌های فولکلور، آن را «حقوق فکری جامعه» قلمداد کرده و لزوم کنترل، گسترش و حمایت را پیشنهاد و این حقوق را به دو بخش تقسیم می‌کند: بخش نخست، حقوقی که ساختار شکلی و ماهوی فرهنگی یک جامعه را شکل می‌دهد که از آن جمله است باستان‌شناسی، مکان‌های تاریخی و مذهبی، هنرهای دستی، طرح‌های البسه و معماری بومی، جشن‌های بومی، فناوری بومی و ادبیات عامه که دارایی‌های فکری و اخلاقی مردم بومی را شکل می‌دهد. بخش دوم، علوم و فناوری بومی از قبیل دانش بومی (سنتی)، شیوه‌های مدیریت منابع، فناوری‌های مربوط به طبابت و کشاورزی، حیوانات و مواد کانی و معدنی و غیره و همچنین شیوه‌های انعقاد قرارداد و حل اختلافات، شیوه‌های آموزش و تدریس و ... در محدوده فولکلور حقوقی (به معنای وسیع) قرار می‌گیرند.

«حقوق فولکلور» از دیدگاه یونسکو شامل انواع ادبیات و کارکردهای هنری - حتی آینده - از قبیل موسیقی، رقص محلی، آواز، آداب و رسوم و عرف مسلم متداول، سمبل‌ها و طرح‌ها، داستان‌ها و شعر و همچنین دربرگیرنده دانش بومی کشاورزی، صنعتی و فنی و زیست‌محیطی در کنار استفاده سنتی از گیاهان دارویی، جانوران محلی و نحوه تعامل افراد و انعقاد قراردادها و تشریفات مذهبی و ... است.<sup>۲</sup>

در یکی از فرهنگ‌ها<sup>۳</sup> واژه «فولکلور» چنین تعریف شده است «بخشی از فرهنگ عامه به ارث رسیده و حفظ‌شده در اذهان و عقاید و حرف و آداب و رسوم که همراه با شهرت عمومی آشکار در زمینه اسطوره‌ها، افسانه‌ها و داستان‌ها و صنایع و فنون است که ویژه خوی و مزاج و نبوغ یک طایفه یا گروه یا جامعه مشخص بوده و منبع پایدار و همیشگی و قالب انعکاس سنت عمومی و عنصر مکمل و لازمه هنر و ادبیات است».

قوانین کپی‌رایت در اکثر کشورهای آفریقایی از جمله غنا (۱۹۸۵)، نیجریه (۱۹۸۸)، کنگو

(۱۹۸۲) و ... از فولکلور، مفهوم وسیع آن را لحاظ کرده‌اند.<sup>۴</sup>

1. kutty,op.cit,p. 40

2. Weiner, 1987, 26

3. Leach, 1959, 15

4. puri,1995,p.5



## ۲. پیشینه تاریخی

اهمیت و ضرورت توجه به جلوه‌های فولکلور و لزوم حمایت اثباتی و پیشگیرانه از آن و لحاظ جنبه‌های اخلاقی و اقتصادی این جلوه‌ها باعث شکل‌گیری برخی اقدامات ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی شده که به ترتیب ذیل، سیر تاریخی حمایت از جلوه‌های فولکلور بیان می‌شود.

- در سال ۱۹۶۷ اصلاحیه‌ای نسبت به کنوانسیون برن در راستای حمایت از کارکردهای ادبی و هنری صورت گرفت و سازوکاری را جهت حمایت از کارها و آثار انتشارنیافته<sup>۱</sup> و گمنام<sup>۲</sup> در سطح بین‌المللی پیش‌بینی کرد. طبق ماده (۴) ۱۵ از این کنوانسیون، کشورهای متعاقد، هیئت‌های شایسته‌ای انتخاب می‌کنند تا مؤلفین گمنام آثار منتشرنشده را معرفی کرده و سازمان جهانی مالکیت فکری<sup>۳</sup> را از صلاحیت و اعتبار این هیئت‌ها آگاه کنند<sup>۴</sup> بنابراین کشورها می‌توانند از این مقررره برای تأسیس سازمانی با مجوز حمایت از جلوه‌های فولکلور استفاده کنند. از این ماده همچنین لزوم «حمایت بین‌المللی» از جلوه‌های فولکلور استنباط می‌شود.<sup>۵</sup>

با وجود این، در اعمال این مقررره نسبت به جلوه‌های فولکلور، تردیدهایی وجود دارد<sup>۶</sup> نخست این که در اصلاحیه کنوانسیون برن صراحتاً به «فولکلور» اشاره نشده است. دوم این که حقوق فولکلور دارای ابعاد بسیار گسترده و متنوعی است و شامل حقوق اجتماعی هم می‌شود، درحالی که کنوانسیون‌ها و مقررات مربوط به مالکیت فکری، «شخص‌گرا» بوده و بر حسب «حقوق فردی» تنظیم و تصویب شده‌اند و نهایت این که تا این تاریخ، هیچ کشوری واپس‌را از تشکیل این هیئت‌های شایسته آگاه نکرده است.

- در سال ۱۹۷۶ قانون نمونه تونس<sup>۷</sup> که مشتمل بر حمایت از «جلوه‌های فولکلور» بود طبق رژیم ویژه<sup>۸</sup> برای قانونگذاری کشورهای درحال توسعه تصویب شد. این قانون دو مزیت دارد: نخست این که حمایت از جلوه‌های فولکلور در آن نامحدود است و دوم این که علاوه بر توجه به حقوق اخلاقی و اقتصادی ناشی از جلوه‌های فولکلور، به حمایت در قالب سیستم مستقل (از مقررات مالکیت فکری) اشاره شده است.

1. Unpublished.
2. Anonymous
3. WIPO
4. Wiener, op. cit, p. 4

۵. الماسی؛ حبیبی. پیشین. ص ۳.

6. puri, op. cit, 45
7. Tunis Model Law.
8. Sui Generies Regime.



- در سال ۱۹۷۳ دولت بولیوی در قالب پروتکل کنوانسیون کپی‌رایت جهانی،<sup>۱</sup> تقاضایی را از مدیر کل سازمان یونسکو با موضوع «حمایت از جلوه‌های فولکلور» به عمل آورد. در پی این پیشنهاد و در نشستی در سال ۱۹۸۰ با همکاری دو سازمان وایپو و یونسکو به طرح مطالعه و بررسی و تدوین مقررات نمونه،<sup>۲</sup> که الگویی برای قانونگذاری داخلی باشد، پرداخته شد و نهایتاً به سال ۱۹۸۲، مقررات نمونه جهت قوانین داخلی برای حمایت از جلوه‌های فولکلور در مقابل استعمار نامشروع و دیگر اعمال زیان‌آور<sup>۳</sup> به تصویب رسید.<sup>۴</sup>

این مقررات اصول زیر را دنبال می‌کند:

- شناسایی «جلوه‌های فولکلور» و فهرست‌بندی منطقی آن‌ها جهت وضع قوانین ویژه (بخش ۲)
- ارایه یک الگوی قانونی (مستقل از مالکیت فکری) برای قانونگذاری داخلی کشورها (مقدمه و بخش نخست)
- پیش‌بینی امکان حمایت از جلوه‌های فولکلور در قالب موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای و بین‌المللی (بخش ۱۴)

پیرو مقررات نمونه ۱۹۸۲ در سال ۱۹۸۴ «گروه کارشناسان» با همکاری سازمان‌های وایپو و یونسکو شکل گرفت که هدف از آن تلاش برای حمایت بین‌المللی از جلوه‌های فولکلور است.<sup>۵</sup>

- در دسامبر سال ۱۹۹۶ اعضای وایپو در ضمن معاهده راجع به مجریان و فونوگرام‌ها<sup>۶</sup> حمایت از اجرای مربوط به «جلوه‌های فولکلور» را پذیرفتند و در آوریل سال بعد (۱۹۹۷) «انجمن جهانی وایپو-یونسکو جهت حمایت از جلوه‌های فولکلور» در کشور تایلند به وجود آمد.

- در طی سال‌های ۱۹۹۸ و ۱۹۹۹ به همت وایپو یک گروه حقیقت‌یاب<sup>۷</sup> به وجود آمد. فلسفه تشکیل این گروه کاری، بحث در رابطه با «دانش سنتی و جلوه‌های فولکلور» بود که تقریباً ۲۸ کشور مورد مطالعه واقع شدند. اعضای این گروه را افرادی به‌عنوان نمایندگان جوامع بومی و محلی، سازمان‌های غیردولتی، نمایندگان دولت‌ها، دانشگاهیان و محققین تشکیل می‌دادند که بیش از سه هزار نفر بودند. نتایج عملکرد و بحث‌های این گروه به‌وسیله

1. Universal Copyright Convention.

2. Model Provisions.

3. Model Provision for National Laws on The Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Actions, 1982.

4. kutty,op.cit,p. 12

5. ibid

6. WPPT.

7. Fact – Finding Missions.

وایپو در قالب گزارشی با عنوان «مالکیت فکری، نیازها و انتظارات صاحبان - دارندگان - دانش سنتی»<sup>۱</sup> به چاپ رسید.

- در سال ۱۹۹۹ وایپو با اعمال تدبیر شایسته، اقدام به «تشکیل مشاوره منطقه‌ای» جهت «حمایت از جلوه‌های فولکلور» به ترتیب ذیل کرد:

تشکیل مشاوره منطقه‌ای در مارس ۱۹۹۹ در کشورهای آفریقایی و در آوریل همان سال در کشورهای آسیایی و منطقه اقیانوسیه. در ماه مه نیز گروه مشابهی را در کشورهای عربی به وجود آورد و همین اقدام در ماه ژوئن در میان کشورهای آمریکای لاتین و حوزه کارائیب صورت گرفت.<sup>۲</sup> این گروه مشاوران، ضمن شناسایی و تحلیل مفهوم، ماهیت و جلوه‌های فولکلور، قویاً بر حمایت از فولکلور توسط یونسکو و وایپو تأکید داشتند و در پایان کار خود به اتفاق آرا، خواهان برقراری یک «رژیم بین‌المللی مؤثر»<sup>۳</sup> در این رابطه شدند.

- در اواخر سال ۲۰۰۰ وایپو «کمیته فراملی» را بر مبنای مالکیت فکری و منابع ژنتیک، دانش سنتی و فولکلور به وجود آورد. این کمیته دو خط‌مشی عمده را دنبال می‌کرد: نخست کار ماهوی دنبال کردن سیاست حمایتی و شیوه‌های آن و دوم، تحلیل ارتباط بین سیستم مالکیت فکری و دارندگان و صاحبان فرهنگ سنتی و بومی.<sup>۴</sup>

طبق راهنمایی‌های کمیته فوق، وایپو «پرسشنامه‌های مفصلی» را مطابق تجربیات داخلی کشورهای عضو تنظیم کرد و بر مبنای این پاسخنامه و مطالعات موسع حول محور آن‌ها، «ابزارهای عملی» در ارتباط با شناسایی، توسعه و حمایت از جلوه‌های فولکلور شکل گرفت.<sup>۵</sup>

- به‌عنوان یک برنامه جامع و مستمر، فعالیت‌های وایپو در راستای حمایت از جلوه‌های فولکلور شامل موارد زیر نیز می‌شود:

برگزاری کارگاه‌های آموزشی<sup>۶</sup> و سمینارها، تشکیل گروه کاری تبلیغی با عنوان گروه کارشناسان حقیقت‌یاب، کمیسیون مطالعات موردی جلوه‌های فولکلور، تنظیم طرح‌های مناسب قانونی و آموزش، کارآموزی و تصمیمات مقتضی در ارتباط با جلوه‌های فولکلور.<sup>۷</sup>

1. Intellectual Property, Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, WIPO Publication, 1998- 1999.

2. Arewa, 2005, p. 20

3. The Development of an Effective International Regime.

4. ibid

5. Ibid

6. Workshops.

7. wipo/tk/cel/oo/inf.

- مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز در ۱۳ سپتامبر سال ۲۰۰۷ اعلامیه‌ای با عنوان اعلامیه حقوق بومیان جهان<sup>۱</sup> به تصویب رساند. در این اعلامیه به حقوق مردمان بومی و لزوم حمایت از آفرینش‌های جمعی و گروهی آن‌ها، به عنوان حق بشری، تأکید شده است.

### ۳. ماهیت و ویژگی‌های جلوه‌های فولکلور

#### ۳-۱. ماهیت جلوه‌های فولکلور

می‌توان شناخت جلوه‌های فولکلور و «حقوق فولکلور» را از طریق مفاهیم و ساختار نظام حقوقی تبیین کرد. از این رو در اینجا ضمن بیان مختصر عناوین مرتبط مثل حق و ملک، به ماهیت موضوعی حقوق فولکلور و ماهیت رابطه میان پدیدآورندگان و صاحبان جلوه‌های فولکلور پرداخته می‌شود:

#### الف. حق

حق در لغت، «نقیض»، «ضد» و «خلاف» باطل شمرده شده است.<sup>۲</sup> در ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده: «هر انسانی حق بهره‌برداری از نتایج فعالیت‌های علمی، ادبی، هنری و شغلی خود را داراست و نیز هر انسانی حق دارد از مصالح معنوی و اعتباری و مالی خود که از فعالیتش ناشی می‌شود، حمایت کند مشروط به این که آن فعالیت مخالف قانون نباشد». بعضاً حق را به «سلطنت بر مال» تعریف می‌کنند.<sup>۳</sup> بعضی دیگر از فقها نیز حق را مرتبه ضعیفی از ملک یا ملک نارس تلقی کرده‌اند.<sup>۴</sup> درباره ماهیت حق نیز نظرات واحدی وجود ندارد و نظریه‌هایی مثل سلطه، نظریه مطالبه، نظریه امتیاز و نظریه مصونیت را حقوق‌دانان ذکر کرده‌اند.<sup>۵</sup> بهترین تعریف حق آن است که گفته شود «حق امری است اعتباری که برحسب آن، شخص یا گروه خاصی قدرت قانونی پیدا می‌کند که نوعی تصرف خارجی یا اعتباری در شیء یا شخص دیگر انجام دهد و لازمه آن، امتیازی برای ذی‌حق بر دیگران و اختصاص متعلق حق به وی است که نوعی اضافه است. چنانچه لازمه دیگر

#### 1. Declaration on The Rights of Indigenous Peoples( UNDRIP).

۲. ابن منظور. (۱۹۸۸). لسان العرب المحيط. المجلد الاول، بیروت: داراللیل و داراللسان العرب. ص ۹۸۰.

۳. گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۸۱). مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. ش ۲۹، ص ۱۲۰.

۴. بحر العلوم، محمد. (۱۴۰۳). بلغه الفقیه. شرح و تعلیق محمد تقی آل بحر العلوم، الطبعة الرابعة، ص ۳۳.

۵. حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۳). مبانی نظری مالکیت فکری با تأکید بر فقه اسلامی. رساله دکتری دانشگاه تربیت مدرس، ص ۶۷.

آن، تحقق اضافه دیگری میان «من له الحق» و «من علیه الحق» خواهد بود که به موجب آن، «من علیه الحق» موظف به رعایت حق «من له الحق» و عدم تجاوز به آن است.<sup>۱</sup> بنابراین، حق یکی از سه ویژگی را باید داشته باشد. این ویژگی عبارت از قابلیت اسقاط، قابلیت انتقال اختیاری و قابلیت انتقال غیراختیاری است. حق از زوایای گوناگون تقسیم‌بندی‌هایی دارد به گونه‌ای که گاهی به حق مالی و غیرمالی تقسیم می‌شود و بعضاً به حق عینی، دینی و حقوق معنوی منقسم می‌شود و گاهی به حق خصوصی و عمومی.<sup>۲</sup> در ارتباط با تفاوت حق با حکم نیز باید گفت که هر دو از سنخ امور اعتباری هستند ولی حق به لحاظ مبنای اعتبار، ناشی از سلطنت صاحب حق بوده ولی حکم، ناشی از سلطنت شخصی نیست.

#### ب. ملکیت

در فقه تعاریف زیادی از ملکیت شده، از جمله شیخ انصاری فرموده‌اند:<sup>۳</sup> «ملکیت عبارت است از اعتبار عرفی یا شرعی که معتبر در هنگام تحقق اسباب آن، آن را ملاحظه می‌کند». بر اساس تعریف دیگر، «ملکیت حقی است که هر مالکی نسبت به انتفاع از ملک خود داراست و می‌تواند هر طور که بخواهد در آن تصرف نموده و از آن منتفع شود و احدی حق ندارد با انتفاع یا تصرف او معارضه نماید.<sup>۴</sup>

در قانون مدنی ایران، از مالکیت و ملکیت تعریفی صورت نگرفته است ولی در مواد ۲۹-۳۱ شناسایی آن به آثارش محول شده و در ماده ۲۹ قانون مدنی مالکیت، مختص به اعیان و منافع دانسته شده است. بنابراین «ملکیت یک نوع رابطه و علقه خاص میان مالک و مملوک بوده که مستلزم سلطنت مالک بر شیء باشد<sup>۵</sup> در ارتباط با ماهیت فلسفی ملکیت، احتمالاتی وجود دارد. گروهی عرضی بودن ملکیت را مطرح می‌کنند.<sup>۶</sup> و اذعان دارند که مالکیت را نمی‌توان در مقوله جوهر جای داد زیرا مالکیت رابطه‌ای است میان مالک و شیء که بدون تصور رابطه مالکیت، شخص مالک و

۱. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه (۱۳۶۴). درآمدی بر حقوق اسلامی. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ص ۵۲.

۲. رحیمی، مرتضی (۱۳۸۴). بررسی مبانی فقهی و حقوقی مالکیت معنوی. رساله دکتری دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد، ص ۶.

۳. الشیخ الانصاری، مرتضی (۱۴۱۵). کتاب المکاسب. تحقیق لجنه التحقیق، جلد ۴، الطبعة الاولى، قم، ص ۶۳.

۴. مرتضوی، حسن (۱۳۴۴). مالکیت و تحدید آن در اسلام. کتابفروشی مصطفوی بوذرجمهری، ص ۵۲.

۵. حکمت‌نیا. پیشین. ۸۱.

۶. ربانی گلپایگانی، علی (۱۳۷۴). ایضاح الحکمه. جلد اول، انتشارات اشراق، ص ۴۴۳.

شیء وجود دارد و اینها در وجود خود، نیاز به این علقه ندارند. گروهی دیگر، دیدگاه اعتباری بودن ملکیت را در ماهیت ملکیت قائل شده‌اند.<sup>۱</sup> شهید مطهری معنای اعتباری را در علوم اجتماعی، «قراردادی» دانسته‌اند. بنابراین ملکیت، یک امر قراردادی است. البته باید گفت که ملکیت مراتبی دارد از قبیل ملکیت حقیقی یا تام، ملکیت ذاتی، ملکیت مقولیه یا جده و ملکیت اعتباری<sup>۲</sup> که مرتبه چهارم یعنی ملکیت اعتباری در اینجا مورد نظر است و در تعریف آن گفته شده که «ملکیت اعتباری ملکیتی است که خردمندان به خاطر وجود مصالحی آن را برای شخص اعتبار می‌کنند».<sup>۳</sup>

در تعریف دیگری آمده «ملکیتی است که شارع یا عقلا آن را برای شخص خاص به دلیل مصلحت ذاتی که دارد اعتبار می‌کنند».<sup>۴</sup> (به نظر، تعریف نخست به جهت مطابقت با تعریف شهید مطهری مطلوب می‌نماید. سنه‌وری از حقوق دانان عرب در بیان ملکیت به عناصر ملکیت که شامل حق استعمال، حق استغلال و حق تصرف است و به خصوصیات ملکیت که عبارت از جامعیت، مانعیت و دوام است اشاره می‌کند.<sup>۴</sup> و بعضی از حقوق دانان<sup>۵</sup> مؤلفه‌های ملکیت را به مؤلفه‌های گستره ملکیت و مؤلفه‌های رابطه ملکیت تقسیم می‌کنند و در مؤلفه‌های گستره ملکیت به حق استعمال، حق استغلال (استثمار) و حق تصرف اشاره دارند و در مؤلفه‌های رابطه ملکیت به جامع بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن اشاره کرده‌اند.

### ۲-۳. ماهیت موضوعی جلوه‌های فولکلور

یافتن جایگاه موضوعات جدید در نظام‌های حقوقی، کار آسانی نیست و بستگی به مفاهیم و تقسیمات، ساختار، سیر تحول، مبانی و زیرساخت‌ها و بسیاری امور دیگر دارد. در اینجا احتمالات گوناگون بررسی می‌شود.

#### الف. شیء غیر مادی بودن به عنوان موضوع

در نظام حقوقی کامن‌لا، مالکیت فکری، به‌طور کلی زیر عنوان، Chose in action، آورده شده که از آن در زبان فارسی به «حق دینی» یا «حق بالقوه» معنی شده است<sup>۶</sup> و «حالتی است که

۱. مطهری، مرتضی. (۱۳۷۴). شرح منظومه. مجموعه آثار، جلد پنجم، چاپ چهارم، انتشارات صدرا. ص ۳۶۳.

۲. رحیمی. پیشین. ۶۸.

۳. حکمت‌نیا. پیشین. ۸۷.

۴. السنه‌وری، عبدالرزاق احمد. (بی تا). الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد ۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۴۹۶.

۵. حکمت‌نیا. پیشین. ۹۱.

۶. پدفیلد، سی. اف. *law made simple*، (۱۳۸۲). ترجمه: اسماعیل صغیری. چاپ دوم، تهران: میزان، ص ۴۴۵.

شخص نسبت به چیزی که عملاً در دست او نیست حقی داشته باشد.<sup>۱</sup> این تقسیم‌بندی نه تنها منطقی نبوده و تاریخی است و به حقوق روم برمی‌گردد بلکه معیار حق دینی را باید از مصادیق آن شناخت نه تعریف واژه‌ها.<sup>۲</sup> نتیجه سخن این که اشیاء و حقوق غیرمادی ناظر به موضوع نیست تا به راحتی بتوان بتوان اصول فکری را زیر عنوان اشیاء و حقوق غیرمادی آورد.

جلوه‌های فولکلور نیز دارای عناصر ملموس و غیرملموس است و از منابع انسانی که همان تراوش‌های فکری جمعی باشد و عناصر طبیعی و سرزمینی شکل گرفته است و نمی‌توان در رابطه انواع مختلف آن، ماهیت غیرمادی قائل بود. بنابراین به فراخور نوع جلوه‌های فولکلور باید ماهیت آن را شناخت و تقسیم حقوق به عینی و دینی و لزوم قرار گرفتن موضوعات جدید در یکی از آن‌ها مهجور و نامطلوب می‌نماید. البته ممکن است نسبت به صورت بالفعل و تحقق‌یافته جلوه‌های فولکلور قائل به «نظریه صورت»<sup>۳</sup> شد که یک نظریه فلسفی است یا نسبت به مثلاً ادبیات عامه «نظریه ارسال پیام»<sup>۴</sup> را راجح دانست که این پیام اصولاً در ادبیات عامه شکل شگله شفاهی دارد و می‌تواند با شناسایی، مستندسازی و طبقه‌بندی به صورت مکتوب درآید.

#### ب. موضوع فرضی یا اعتباری

کلمه اعتباری معمولاً در مقابل کلمه حقیقی یا واقعی به کار برده می‌شود. امور اعتباری در علوم اجتماعی به معنی امور قراردادی و فرضی است. این امور در میان خردمندان مطرح بوده و دست خردمندان در اعتبار باز است. در ظرف اعتبار، هیچ چیز ممتنع تلقی نمی‌شود مگر این که اعتبار آن لغو و بدون اثر قلمداد شود.<sup>۵</sup> البته عقلاً ممکن است در امر اعتباری به اموری توجه کنند که این امور امور اعتباری و عینی است لکن اینها منشأ اعتبار تلقی می‌شود. مثلاً وقتی گفته می‌شود «مالیت یک شیء» اعتباری است، این امر بدان معنا نیست که خردمندان به صورت تصادفی و بدون هیچ غرضی برای چیزی مالیت قائل شده‌اند بلکه مالیت یک شیء به خاطر این است که شیء دارای اثر بوده و به خاطر آن اثر مورد رغبت خردمندان واقع شده است.<sup>۶</sup> هگل در کتاب «عناصر فلسفه حق»

۱. کشاورز، بهمن. (۱۳۷۶). فرهنگ حقوقی. چاپ ششم، تهران: امیرکبیر، ص ۴۲.

۲. حکمت‌نیا. پیشین. ص ۱۰۸.

۳. مطهری. پیشین. ص ۴۰۹.

۴. کانت، ایمانوئل. (۱۳۸۰). فلسفه حقوق. ترجمه: منوچهر صانعی دره‌بیدی. انتشارات نقش و نگار، ص ۱۴۰.

۵. السیدالخمینی، مصطفی. (۱۳۷۶). تحریرات فی الاصول. جلد ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، ص ۲۴۶.

۶. حکمت‌نیا. پیشین. ص ۱۱۶.

می‌نویسد: «دستاوردهای فکری، دانش‌ها، هنرها حتی برگزاری مراسم مذهبی، اختراعات و مانند اینها، موضوع پیمان قرار می‌گیرند. در شیوه‌ای که ضمن آن این امور خرید و فروش می‌شوند یا مورد معاملات دیگری قرار می‌گیرند، با این امور به گونه‌ای مشابه با چیزهایی که به‌عنوان «چیز» شناخته شده‌اند رفتار می‌شود»<sup>۱</sup>. شیء اعتباری در مالکیت فکری (جمعی) به لحاظ این که ریشه در اندیشه و امور فکری دارد، منتسب به پدیدآورندگان آن است و می‌تواند فرهنگ و ادبیات عامه و هنرها و اعتقادات مربوط به جلوه‌های فولکلور را توجیه کند.

### ۳-۳. ماهیت رابطه میان پدیدآورندگان و جلوه‌های فولکلور

در ارتباط با چیستی رابطه میان پدیدآورندگان و پدیده فکری و صاحبان جنبه‌ها و عناصر سرزمینی و طبیعی جلوه‌های فولکلور نظریات مختلفی ابراز شده است که از آن جمله است «نظریه حق مخصوص»، «نظریه انتفاع» و «نظریه مالکیت» که اتخاذ هر کدام از این نظریات، مبانی مربوط به حمایت از جلوه‌های فولکلور را نیز جهت می‌دهد.

#### الف. نظریه حق مخصوص

برخی از اندیشمندان چون پیکارد<sup>۲</sup> نتوانسته‌اند ماهیت مالکیت فکری (جمعی) را با هیچ کدام از نهادهای حقوقی تطبیق دهند. از این رو آن را «حق با طبیعت مستقل» قلمداد کرده‌اند.<sup>۳</sup> وی با بررسی نهادهای حقوقی انگلستان، مالکیت فکری را خارج از نهادهای حق بر زمین، حق عینی و حق دینی دانسته و نتیجه گرفته است که مالکیت فکری دارای «ماهیت خاص» است (همان). برخی از مکتب‌های حقوقی نیز، به‌سان حقوق بشر، در فرمان‌های خود، صرفاً به چنین حقی که حاصل تلاش جمعی و به ارث رسیده است و باعث تأمین معیشت افراد و عامل سازنده تعاملات اجتماعی است، تأکید دارند و آن را یک حق قانونی با مبنای طبیعی می‌دانند. لذا قانونگذار داخلی کشورها باید آن‌ها را شناسایی و امضا نماید. بنابراین با تکیه بر حقوق مخصوص اگرچه امکان وجود ریشه‌های سایر نظریه‌ها مثل حق مالکیت و حق انتفاع می‌رود ولی مزیت آن در تحت پوشش قرار دادن تمامی جلوه‌های ارزشمند فولکلور است.

۱. هگل، گئورگ؛ ویلهلم، فریدریش. (۱۳۷۸). عناصر فلسفه حق. ترجمه: مهید ایرانی‌طلب. تهران: انتشارات پروین، ص ۷۶.  
2. Picard

۳. حکمت‌نیا. پیشین. ص ۱۲۰.



## ب. نظریه حق انتفاع

استاد سنهوری در تبیین مالکیت، حق مالکیت فکری (جمعی) را به حق انتفاع نزدیک تر دانسته است تا حق مالکیت<sup>۱</sup>. برخی از حقوق دانان<sup>۲</sup> نیز قائل به این نظریه هستند و در توجیه آن بیان می کنند که جلوه های فولکلور، هر چند اصولاً تقلیدی بوده و به ارث می رسد ولی «حق» حافظان و دارندگان آن ها محسوب می شود تا از اعتقادات و ارزش های خود از یک سو و تولیدات هنری و ادبی خود از سوی دیگر و همچنین از موقعیت طبیعی و زیست محیطی سرزمین خود، که سرزمین آبا و اجدادی آن هاست، انتفاع معنوی و مادی ببرند.

بنابراین نظریه انتفاع، نه به معنی حق انتفاع در قانون مدنی است<sup>۳</sup> بلکه با تشریح و تحلیل جلوه های متنوع فولکلور، امکان بهره برداری و انتفاع از این جلوه ها وجود دارد و باید این حق مورد حمایت واقع شود.

## ج. نظریه حق مالکیت

نظریه مالکیت از مهم ترین دیدگاه ها در مورد ماهیت رابطه میان پدید آورندگان و پدیده فکری است<sup>۴</sup>. مناسب ترین شیوه و راه حل نسبت به ماهیت جلوه های فولکلور، به خصوص دانش سنتی، هنرهای اجرایی و غیراجرایی و ادبیات عامه و منابع ثابت سرزمینی فولکلور، قائل شدن به «مالکیت جمعی»<sup>۵</sup> است. این مالکیت، ریشه در عدالت و انصاف دارد.<sup>۶</sup> قانون اساسی هند در اصل ۲۹ از جلوه های فولکلور به عنوان «حق اساسی»<sup>۷</sup> و بنیادی نام برده و لزوم استقرار و شناخت «مالکیت جمعی» را به قوانین عرفی تفویض کرده است.<sup>۸</sup> قانون حقوق مردم بومی کشور فیلیپین (مصوب ۱۹۹۷)<sup>۹</sup> ضمن توجه به مردم بومی، «مالکیت جمعی» آن ها را به رسمیت شناخته است. در مقررات نمونه، هر چند صریحاً به حق مالکیت اشاره نشده است از بخش ۱۴ و مقدمه آن می توان چنین حقی را استنباط کرد. همچنین «کارگروه منطقه اقیانوس آرام جهت حمایت از

۱. السنهوری. پیشین. ص ۲۸۰.

2. kuruk, op. cit, p.50

۳. ماده ۴۰ به بعد قانون مدنی.

4. Chambers, 1983, p. 310

5. Collective Ownership.

۶. حبیب، سعید. (۱۳۸۵). حمایت از دانش سنتی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. ش ۷۲، ۱۴۴.

7. Fundamental Right.

8. valsala, op. cit, p.

9. The Indigenous Peoples Rights Act of 1997 (IPRA).

دانش سنتی و جلوه‌های فرهنگی<sup>۱</sup> مصوب سال ۲۰۰۲ از «مالکین سنتی»<sup>۲</sup> سخن به میان آورده و استفاده از جلوه‌های فولکلور منوط به رضایت آنهاست که در رأس آن نهاد متولی قرار دارد.<sup>۳</sup> باید اذعان داشت که وجه فرهنگی و اخلاقی جلوه‌های فولکلور و ارزش‌های اعتقادی مردمان، دارای اصالت بوده و این مالکیت فرهنگی باید مورد احترام واقع شده و حمایت‌های قانونی مناسب، به خصوص از نوع پیشگیرانه صورت گیرد. همچنین نسبت به جنبه‌های اقتصادی و تجاری جلوه‌های فولکلور، خاصه نسبت به دانش سنتی و هنرها و گونه‌های گیاهی محلی و غیره باید قائل به «مالکیت جمعی» شد و حمایت‌های پیشگیرانه و اثباتی از این دارایی‌های ارزشمند به عمل آورد.

یک مثال، موضوع را به خوبی روشن خواهد نمود. دانش مربوط به کشت زعفران به عنوان یک محصول با ارزش بالای اقتصادی اختصاص به استان خراسان دارد. این دانش سنتی سالانه میلیون‌ها تومان درآمدزایی دارد و از نقطه نظر اشتغال، هزاران نفر را مشغول نموده و پایه معیشتی زندگانی تعداد وسیعی از شهروندان و روستاییان استان خراسان است. اما متأسفانه حقوق شهروندان خراسانی، هم در عرصه ملی، از طریق دست‌اندازی سایر شهرهای ایران به این حق، بدون پرداخت حقوق مالکان حق، و هم تجاوز پاره‌ای از کشورها مانند افغانستان تضييع می‌شود.<sup>۴</sup> فرش و گیاهان و حیوانات محلی و غیره نیز مقوله دیگری محسوب می‌شوند.

#### ۴. ویژگی‌های جلوه‌های فولکلور

##### ۴-۱. دیرینگی

کشورهای دارای تمدن، فولکلور و جلوه‌های آن را بخش مهم از میراث فرهنگی خود دانسته و عنصر لازم زندگی بشری می‌دانند. این عناصر، اطلاعات، آگاهی‌ها، فنون، هنرها و منابعی است که به طور عملی، مستمر و مداوم و اصولاً به صورت شفاهی و نسل اندر نسل، در طی قرون، انتقال یافته است و معرف عقبه فکری جوامع و شناسنامه فرهنگی اجتماعات است.<sup>۵</sup>

1. Pacific Regional Framework for Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture, 2002.

2. Traditional Owners.

3. Ibid

۴. حبیبی، پیشین. ص ۱۴۵.

5. Wiener, op. cit, p. 56

تاریخ طولانی و قدمت داشتن جلوه‌های فولکلور از جمله ویژگی‌های بارز این جلوه‌هاست که در بخش دوم از مقررات نمونه بدان اشاره شده است. این جلوه‌ها نمادهای اصیل و روح‌بخشی است که خرد جمعی را نشان می‌دهند و چکیده آثار، فعالیت‌ها، ابتکارات و دانش و هوش و قریحه مردمان بومی و محلی هستند.<sup>۱</sup> به‌عنوان مثال در کشوری مثل هندوستان، زمانی می‌توان از فولکلور و عناصر آن سخن گفت که بتوان فرهنگ و عقاید و سنن و ارزش‌های آن کشور را به‌دقت بررسی کرد.<sup>۲</sup> این ویژگی نسبت به آثار ناشی از فکر جمعی که اصولاً حالت تقلیدی دارند، در تمامی ابعاد فولکلور از قبیل هنر بومی و محلی، ادبیات، دانش و فناوری بومی و ... از یک‌سو و همچنین منابع موجود سرزمینی و موقعیت خاص زیستی و زیست‌محیطی از قبیل گیاهان و جانوران بومی، مواد معدنی و کانی، موقعیت ویژه آب‌وهوایی و صنعت گردشگری و ... از سوی دیگر مشهود است. پوری<sup>۳</sup> در کتاب «مالکیت فرهنگی و حقوق مالکیت فکری» توضیح می‌دهد که «فولکلور بومی» مشتق از روابط پیچیده میان نسل‌ها و سرزمین آن‌هاست. وی در ادامه بیان می‌کند که همه ابعاد فولکلور، با پذیرش مردم و با روند بازآفرینی آن‌ها به‌صورت دائمی تکرار می‌شوند و یک «محصول گروهی» را به‌وجود می‌آورند<sup>۴</sup> لغت‌نامه وبستر، وجه بارز فولکلور را دیرینگی آن تعریف کرده که در میان مردمان حفظ شده است و باتکین<sup>۵</sup> هم مزیت مهم فولکلور را «تواتر» آن می‌داند.

#### ۴-۲. اختصاص داشتن به قلمرو معین

فولکلور عبارت است از آثار خلق‌شده گروهی از مردمی که متعلق به یک فرهنگ و منطقه خاص هستند بدون ملاحظه این که محل سکونت این افراد، شهر، شهرک یا روستا باشد. بعضی از اندیشمندان<sup>۶</sup> آثار فولکلور را سهم عمومی منشعب از زیستگاه<sup>۷</sup> و فرهنگ<sup>۸</sup> می‌دانند؛ تولید مردمی مردمی که در یک منطقه جغرافیایی ویژه‌ای زندگی می‌کنند و دارای آداب و رسوم و عادات و اشکال و شیوه‌های زندگی مشخص و معین هستند که خصیصه متمایز جوامع و عامل شناسایی

1. tenant, 1985, p. 321
2. ibid
3. Puri
4. puri, op.cit, p.
5. Botkin
6. weiner, op.cit, p. 12
7. Habituation.
8. Culture



اجتماعات از یکدیگر است. به عبارت بهتر، فولکلور حاصل عقاید خلاق و فروزان مردمی است که به صراحت این آثار ماندگار را در قالب اشکال شفاهی هنری یا مادی ابراز می‌دارند و با ابزارهای مختلف از نسلی به نسل دیگر انتقال می‌دهند. این آثار متعلق به مردم روستایی یا شهری یا جوامعی خاص در یک سرزمین معین است. بخش سوم از ماده ۱۹ قانون حقوق مردم بومی فیلیپین مصوب سال ۱۹۹۷ مقرر می‌دارد: «افراد بومی شامل گروهی از مردمی است که هماهنگ با یکدیگر در جامعه‌ای معین و مشخص بوده و با توسل به عوامل همبستگی موجود در درون جامعه، به طور مستمر و با حدود و ثغور معین و تعریف شده زندگی می‌کنند».

بنابراین ملاحظه می‌شود که «قلمرو معین»، یکی از ویژگی‌های فولکلور محسوب می‌شود که بعضی از حقوق دانان و جامعه‌شناسان نیز بدان تمسک جسته‌اند.<sup>۱</sup> لکن با تدقیق بیشتر در عقاید دانشمندان جامعه‌شناسی و نوشته‌های آنان و با بررسی نمادها و اصطلاحات و ماهیت دقیق فولکلور، این ویژگی رنگ «نسبیت» به خود گرفته و نمی‌تواند در همه جوانب، حقوق فولکلور به عنوان ویژگی مطلق به حساب آید. لذا عبارت «قلمرو معین» لزوماً قلمرو فیزیکی و جغرافیایی نیست.

جلوه‌های فولکلور (هم جلوه‌های مربوط به خلاقیت جمعی و آثار فکری و هم جلوه‌های ثابت و سرزمینی فولکلور مثل گیاهان ویژه یک منطقه معین) ممکن است متعلق به چند منطقه یا حتی کشور باشند. به عنوان مثال قانون کپی‌رایت غنا<sup>۲</sup> در خصوص کنترل ملی نسبت به واردات غیرمجاز تولیدات و آثار فولکلوریک در خارج از غنا و قلمداد کردن آن به عنوان آثار فولکلوریک غنا آن را جرم تلقی کرده است. این در واقع حمایت از آثار فولکلوریک خارجی است. در مقررات نمونه وایو و یونسکو نیز مورد توجه واقع شده است. باین حال، قبیله ایو<sup>۳</sup> در دو طرف مرز غنا - توگو واقع واقع است. بنابراین ویژگی قلمرو معین در ارتباط با جلوه‌های فولکلور، علاوه بر نسبی تلقی کردن آن باید تفسیر منطقی و متعارف شود.<sup>۴</sup> در این رابطه می‌توان پارچه «کنت» را که برای دوخت پوشاک، کراوات، کلاه، کیف و ... به کار برده می‌شود و در کشورهایایی مثل آمریکا، به طور گسترده مورد استفاده قرار می‌گیرد، مثال آورد که توسط جوامع آشانتی، ایو و نزیما تولید می‌شود که در غنا، ساحل عاج و توگو هستند. بنابراین جلوه‌ای از فولکلور می‌تواند متعلق به حتی چندین کشور باشد.<sup>۵</sup>

1. palvan, 1992, 31

2. Copyright Law (Ghana), Article 46 (1).

3. ewe

4. Kuruk, op.cit, p.57

5. ibid

## ۳-۴. جمعی و گروهی بودن

سازمان بین‌المللی کار<sup>۱</sup> (ILO) و شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل<sup>۲</sup> (Ecosoc) دو مؤسسه بین‌المللی پیشتاز در ارائه آثاری هستند که با مردمان بومی محلی سروکار دارد. «کنوانسیون ۱۶۹»<sup>۳</sup> در سال ۱۹۸۹ شکل گرفت. این کنوانسیون، تنها کنوانسیون بین‌المللی است که از حقوق مردمان بومی و آثار فکری جمعی آنها حمایت می‌کند.<sup>۴</sup> این کنوانسیون، افراد بومی و صاحبان جلوه‌های فولکلور را در ارتباط با تصمیم‌گیری در مورد اولویت پیشرفتی خودشان و کنترل پیشرفت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی‌شان تضمین می‌کند. کنوانسیون از دولت‌ها درخواست می‌کند که جهت حفاظت از مؤسسات، اموال، فرهنگ و محیط بومیان، تدابیر خاصی اندیشه کنند و اهمیت خاص فرهنگ‌ها و ارزش‌های معنوی افراد در روابط آنها با زمین‌ها و قلمروشان ... که تصرف کرده‌اند یا به‌نحوی از آن استفاده می‌کنند و خصوصاً جنبه‌های اجتماعی این رابطه را محترم بشمارند (ماده (۱) ۱۳).

در کنوانسیون ۱۶۹ مصوب ۱۹۸۹ به آثار و تولیدات جمعی و گروهی اشاره شده بود. در سال ۱۹۸۲ شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل، گروه کاری جمعیت‌های بومی را به وجود می‌آورد که فعالیت آن متوجه تهیه اعلامیه جهانی حقوق افراد محلی و بومی است. در پیش‌نویس این اعلامیه ضمن بیان ویژگی جمعی و گروهی جلوه‌های فولکلور تأکید شده است که صاحبان و دارندگان این جلوه‌ها برای حمایت از جلوه‌های فرهنگی و سنتی خود از قبیل ادبیات، طراحی، هنرهای دیداری و اجرایی، منابع ژنتیک، داروها و دانش بومی و همچنین حمایت از جانوران و گیاهان ویژه آن سرزمین و منطقه خاص تدابیر پیشگیرانه و حمایتی را اتخاذ کنند.

هارمون<sup>۵</sup> که «ویژگی‌های گروهی» فولکلور و عدم انفرادی بودن آن را مورد بحث قرار می‌دهد، اشاره می‌کند که جلوه‌های فولکلور، اصولاً برای اهداف اقتصادی و تجاری به وجود نیامده‌اند و اهمیت فرهنگی و اخلاقی این جلوه‌ها که مجموعه‌ای از ارزش‌های مذهبی و عرفی، آداب و رسوم و ... است، باعث به‌وجود آمدن خرد جمعی و تشکیل خرده‌فرهنگ‌های اجتماعی شده است.<sup>۶</sup> وی در ادامه با تحلیل جلوه‌های فولکلور و لزوم توجه به ابعاد اقتصادی آنها به

1. International Labor Organization.
2. The United Nations Economic and Social Council.
3. Convention 169.
4. ibid. 68
5. Harmon
6. alfredsson, 1989, p.27

«مالکیت فکری جمعی»<sup>۱</sup> و «مالکیت فرهنگی» اشاره کرده و جمعی بودن تولیدات و آثار این مردمان را مستحق حمایت و جزء حقوق آنان می‌داند.

### نتیجه

حقوق فولکلور که جزء حقوق فرهنگی است، دارای عناصر ملموس و غیرملموس بوده و علقه بین نمادهای این جلوه‌ها با دارندگان آن از نوع مالکیت جمعی و اجتماعی است. اگرچه با تدبیر در قوانین بین‌المللی و داخلی مربوطه و همچنین توجه به کتب و مقالات راجع به جلوه‌های فرهنگ عامه، ملاحظه می‌شود که قانون‌گذاران و دکتربین حقوقی در مقام اصرار بر قیاس این نمادها با اصول پذیرفته شده مالکیت فکری فردی هستند باید حقوق فولکلور را مستقل کنکاش کرده و نقش فعال سازمان‌های فرهنگی و حفاظتی دولتی را در این راستا متذکر شد. پیشنهاد استقرار سازمان حمایت از حقوق فولکلور در سازمان میراث فرهنگی و همچنین قانون‌گذاری مستقل در قوه مقننه جهت حمایت اثباتی و پیشگیرانه از جلوه‌های فولکلور، حاصل نتیجه مقاله حاضر قلمداد می‌شود.

۱. در ارتباط با توجه به «مالکیت جمعی و گروهی» دارندگان جلوه‌های فولکلور می‌توان در رویه قضایی کشورهای مختلف نمونه‌هایی را مثال زد. مثلاً در استرالیا پرونده yumbulu علیه شرکت RB (که مربوط به کتابی در ارتباط با اسرار یک قبیله معروف استرالیایی بود) و پرونده کانادایی r علیه sparrow که در آن، دیوان عالی از دانش کشاورزی بومیان حمایت کرده است. (الماسی. پیشین. ۲۱)

## منابع

## - فارسی

- الماسی، نجادعلی؛ حبیبی، بهنام. (۱۳۸۵). بررسی مفهوم، جایگاه و نمادهای حقوق فولکلور. نامه مفید حقوقی، ش ۸
- پدفیلد، سی. اف. *law made simple*. (۱۳۸۲). ترجمه: اسماعیل صغیری. چاپ دوم، تهران: میزان.
- حبیبی، سعید. (۱۳۸۵). «حمایت از دانش سنتی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۷۲.
- حبیبی، حسن. (۱۳۶۷). در آینه حقوق، تهران: کیهان.
- حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۳). مبانی نظری مالکیت فکری با تأکید بر فقه اسلامی. رساله دکتری دانشگاه تربیت مدرس.
- دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. (۱۳۶۴). درآمدی بر حقوق اسلامی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۵). فرهنگ دهخدا. مؤسسه لغت‌نامه دهخدا، چاپ اول از دوره جدید، جلد ۶.
- رحیمی، مرتضی. (۱۳۸۴). بررسی مبانی فقهی و حقوقی مالکیت معنوی. رساله دکتری دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد.
- عمید، حسن. (۱۳۶۲). فرهنگ عمید. تهران: امیرکبیر.
- کانت، ایمانوئل. (۱۳۸۰). فلسفه حقوق. ترجمه: منوچهر صانعی دره‌بیدی. تهران: انتشارات نقش و نگار.
- کشاورز، بهمن. (۱۳۷۶). فرهنگ حقوقی. چاپ ششم، تهران: امیرکبیر.
- گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۸۱). «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۲۹.
- مرتضوی، حسن. (۱۳۴۴). مالکیت و تحدید آن در اسلام. کتابفروشی مصطفوی بوذرجمهری.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۷۴). شرح منظومه. مجموعه آثار، جلد پنجم، چاپ چهارم، انتشارات صدرا.
- معین، محمد. (۱۳۷۹). فرهنگ معین. جلد ۲، تهران: امیرکبیر.

- هگل، گئورک؛ ویلهلم، فریدریش. (۱۳۷۸). عناصر فلسفه حق. ترجمه: مهبد ایرانی طلب. تهران: انتشارات پروین.

#### - عربی

- ابن منظور. (۱۹۸۸). لسان العرب المحيط. المجلد الاول، بیروت: داراللیل و دارالسان العرب.
- بحر العلوم، محمد. (۱۴۰۳). بلغه الفقیه. شرح و تعلیق محمد تقی آل بحر العلوم، الطبعة الرابعة.
- ربانی گلپایگانی، علی. (۱۳۷۴). ایضاح الحکمه. جلد اول، انتشارات اشراق.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد. (بی تا). الوسیط فی شرح القانون المدنی، جلد ۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- السید الخمینی، مصطفی. (۱۳۷۶). تحریرات فی الاصول. جلد ۲، الطبعة الاولى، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی.
- الشیخ الانصاری، مرتضی. (۱۴۱۵). کتاب المکاسب. تحقیق لجنه التحقیق، جلد ۴، الطبعة الاولى، قم.

#### - لاتین

- Bascom, R. William, "Definition of Folklore, in Dictionary of Folklore", 1959.
- Botkin, A. "Definition of Folklore, in dictionary of folklore", 1959.
- Chambers, R. "Rural Development: Putting The Last First", Longman, New York, 1983.
- Colin, Pal Van, "Aboriginal Art Land the Protection of Indigenous Cultural Right", WIPO Publication, 1992.
- Gudmundur, Alfredson. "International Discussion of the Concerns of Indigenous Peoples", 30 Current Anthropology Presses, 1989.
- Hornsby, P. "Oxford Advanced Learners Dictionary", Sixth Edition, Oxford University Press. 2002.
- Kuruk, Paul, "Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes", University of Ghana Press, 1987.
- Kutty P.V., "National Experiences with the Protection Of Expressions Of Folklore", Publication WIPO, ۱۹۸۷.
- "Longman Advanced American Dictionary", Four Editions, Longman Corpus Network, 2003.





- Maria, Leach, “**Standard Dictionary Of Folklore**”, 1995.
- Niedzielska, Marie, “**Intellectual Property Aspects of Folklore Protection**”, 16 Copyright Monthly Reviews, 1995.
- Olufunmilayo, Arewa, “**TRIPES and Traditional Knowledge**”, Harvard Law School, 2005.
- Puri, kamal. “**Cultural Ownership and Intellectual Property Rights**”, IPR Journal, 1995.
- Tenant “**Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights**”, University of Toronto Press”, 1985.
- Valsala, P. “**National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore**”, WIPO Publication, 2002.
- Wanji, Susan, “**Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions Folklore**”, WIPO Publication, 2003.
- Webster's ninth new collegiate dictionary, 1984.
- weiner, J. “**Protection of Folklore: A Practical and Legal Challenge**”, International Review of Industrial Property and Copy Right Law, 1987.