

Jurisprudence and Private Law Quarterly, Vol. 2, No. 3, (Serial 7), Autumn 2025

## Reflecting the jurisprudential and legal foundations of unfair terms in contracts of literary and artistic works

Fatemeh Zolfaghari Laghab<sup>1</sup>  
Mohsen Sadeqi<sup>2</sup>

### Abstract:

Determining consideration and remuneration in contracts for the transfer of literary and artistic works is invariably accompanied by significant ambiguity and difficulties due to the intellectual, qualitative, and intangible nature of such works. Consequently, in the practical sphere of these contracts, creators confront one-sided and unfair terms imposed by the economically dominant party more frequently than in other transactional domains. Owing to the absence of specific protective regulations in the Iranian legal system, this anomalous phenomenon severely disrupts the economic equilibrium of contracts, ultimately leading to frustration and a decline in the creative motivations of authors and artists over the long term. Adopting a descriptive-analytical methodology with the aim of providing a coherent framework for assessing these terms, this study examines the protective instruments within jurisprudence (Fiqh) and positive law to counter contractual unfairness. The research findings indicate that Imami jurisprudence possesses dynamic capacities—such as the rule of La Darar (no harm), principles of contractual equilibrium, the necessity of observing commutative justice, and the prohibition of exploitation—to safeguard the rights of the weaker party to a contract. Concurrently, to enrich the comparative analysis, this study casts a brief look at the protective approaches of Sunni jurisprudence in suppressing oppressive terms. Furthermore, although no specific legislation has been enacted in Iranian positive law, countering contractual unfairness remains feasible through a reinterpretation of the general rules of contracts and existing foundations, including economic public policy, the rule of La Darar, the theory of abuse of circumstances (distress), and particularly anti-monopoly rules and regulations. These legal foundations can serve as a doctrinal basis for declaring the invalidity of such terms and restoring economic balance to publishing contracts.

**Keywords:** Jurisprudential foundations, Unfair terms, Contract, literary and artistic works.

- 
1. Master's degree in Intellectual Property Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, I.R.Iran (Corresponding author).  
Fatemehzolfaghari.laghab@gmail.com
  2. Associate Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, I.R.Iran.  
Sadeghilaw@ut.ac.ir

فصلنامه فقه و حقوق خصوصی

سال دوم، شماره سوم (پیاپی ۷)، پاییز ۱۴۰۴  
(صص. ۸۳-۱۰۴)

## بازتاب مبانی فقهی و حقوقی شروط غیرمنصفانه در قراردادهای آثار ادبی و هنری

فاطمه ذوالفقاری لقب<sup>۱</sup>

محسن صادقی<sup>۲</sup>

### چکیده:

تعیین ثمن و دستمزد در قراردادهای واگذاری آثار ادبی و هنری به دلیل ماهیت معنوی، کیفی و غیرمادی این آثار همواره با ابهام و دشواری‌های فراوانی همراه است؛ به همین دلیل، در فضای عملی این نوع قراردادها، پدیدآورندگان بیش از سایر حوزه‌های معاملاتی با شروط یک‌طرفه و غیرمنصفانه از سوی طرف مسلط اقتصادی مواجه می‌شوند. این پدیده نامتعارف به دلیل نبود مقررات خاص و حمایتی در نظام حقوقی ایران، موازنه اقتصادی قراردادها را به شدت برهم می‌زند و در درازمدت موجب سرخوردگی و کاهش انگیزه‌های خلاقانه مؤلفان و هنرمندان می‌گردد. این پژوهش با اتکا به روش توصیفی تحلیلی و با هدف ارائه چهارچوبی منسجم جهت سنجش این شروط، به بررسی ابزارهای حمایتی در فقه و حقوق موضوعه برای مقابله با غیرمنصفانگی قراردادی می‌پردازد. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که در فقه امامیه ظرفیت‌های پویایی مانند: قاعده لاضرر، اصول موازنه قراردادی، لزوم رعایت عدالت معاوضی و نفی استثمار برای صیانت از حقوق طرف ضعیف عقد وجود دارد؛ در کنار آن، پژوهش حاضر جهت غنای مباحث تطبیقی، نگاهی گذرا نیز به رویکردهای حمایتی فقه عامه در سرکوب شروط جانزانه داشته است. در حقوق موضوعه ایران نیز هرچند قانون خاصی در این زمینه تصویب نشده؛ اما مقابله با غیرمنصفانگی قراردادی از طریق بازخوانی قواعد عمومی قراردادها و مبانی موجود از جمله نظم عمومی اقتصادی، قاعده لاضرر، نظریه سوءاستفاده از وضعیت اضطرار و به‌ویژه مقررات و ضوابط ضدانحصار امکان‌پذیر است که این مبانی حقوقی می‌توانند مستند اعلام بی‌اثری این شروط و بازگرداندن توازن اقتصادی به قراردادهای نشر باشند.

**کلیدواژه‌ها:** مبانی فقهی، شروط غیرمنصفانه، قرارداد، آثار ادبی و هنری.

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، جمهوری اسلامی ایران (نویسنده مسئول).  
Fatemehzolfaghari.laghab@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، جمهوری اسلامی ایران.  
Sadeghilaw@ut.ac.ir

## مقدمه

حقوق مالکیت فکری یک مفهوم نوین حقوقی است که دامنه حمایت و استفاده از پدیده‌ها و آفرینش‌های فکری انسان‌ها را مشخص می‌کند. این حقوق به خلاقیت‌های ناشی از دانش، ابتکار و هنر پدیدآورنده در زمینه‌های صنعتی، علمی، ادبی و هنری اختصاص دارد که موضوع آن، نه اشیای مادی بلکه اثری فکری و غیر ملموس است و هدف غایی آن، ترغیب و ایجاد انگیزه برای استمرار این آفرینش‌هاست (نوروزی، ۱۳۸۱: ۱۹-۲۰).

حقوق مالکیت فکری در یک تقسیم‌بندی کلان به دو شاخه اصلی تقسیم می‌شود: نخست حقوق مالکیت ادبی و هنری (کپی‌رایت) که تمامی آثار کتبی و غیرکتبی مانند: کتاب، رمان، نمایشنامه، فیلم، مجسمه و دیگر آثار ادبی و هنری، آثار شفاهی (مانند سخنرانی) و نرم‌افزارهای رایانه‌ای را شامل می‌شود (محمدزاده وادقانی، ۱۳۹۰: ۴۶-۵۲). دوم، حقوق مالکیت تجاری و صنعتی که خود دارای زیرشاخه‌هایی فرعی مانند حق اختراع، حقوق بر مشتری مانند حق تاجران و صنعتگران نسبت به نام، علائم تجارتي و صنعتی و اسرار تجاری و طرح‌های صنعتی است (صفایی، ۱۳۸۲ ج ۱: ۲۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۳).

در حوزه مالکیت ادبی و هنری، نظام قانونی از «فکر نو» مجرد حمایت نمی‌کند بلکه ملاک حمایت، شکل بیان، تجسم مادی و ارائه خارجی آن است؛ به بیانی دیگر، پدیدآورنده زمانی از حمایت قانونی و حقوق مادی برخوردار می‌شود که اثر وی وجود خارجی یافته و عرضه عمومی شده باشد.

در فقه اسلامی، مالکیت فکری از مسائل مستحدثه و نوظهور به‌شمار می‌رود که در میان فقهای متقدم سابقه بحث ندارد. در بین فقهای معاصر نیز این مسئله اختلافی است؛ برخی از فقها مانند: امام خمینی (خمینی، ۱۳۷۹: ۹۹۱)، میرزا جواد تبریزی (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج ۵: ۲۱۸)، قائل به عدم مشروعیت این حقوق هستند؛ و برخی دیگر مانند: مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۲۱۰) و مرعشی شوشتری (مرعشی، ۱۳۷۶: ۲۳۸-۲۳۹)، بر مشروعیت این حقوق تأکید دارند.

امروزه پیروان ادیان مسیحی، زرتشتی و یهودی همه برای این حقوق ارزش قائلند و بنابر قاعده (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع) هرگاه حکم عقل به تحقیق (عقلا بما هم عقلا) وارد شده شارع مقدس هم همان را می‌گوید (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸، ج ۹: ۶۱). اما ذکر این نکته ضروری است که تمسک به قاعده ملازمه در این پژوهش به معنای بداهت عقل پیشینی نیست بلکه بدین معناست که عقل پس از واکاوی سیره عقلای معاصر و درک لزوم حفظ نظم عمومی و قبح ظلم و اضرار به حقوق پدیدآورنده، حکم به لزوم حمایت از این حقوق می‌نماید. در واقع، قاعده

ملازمه در اینجا به عنوان ابزار کشف حکم شرعی برای آن دسته از فقهای که قائل به مشروعیت هستند عمل می کند و منافاتی با وجود ابهام یا اختلاف ابتدایی در موضوع ندارد.

قراردادهای آثار ادبی و هنری، اگرچه از حیث ماهیت حقوقی با قواعد عمومی قراردادها همسان هستند؛ اما به دلیل جنس مبیع که ماهیتی معنوی، فکری و غیر ملموس دارد، واجد ویژگی های خاصی می باشند؛ به طوری که در یک تابلوی نقاشی یا اثر تالیفی، آنچه مورد معامله قرار می گیرد، نمود افکار و هنر پدید آورنده است، نه ابزار مادی به کاررفته در آن. این ماهیت خاص، تعیین ثمن معامله (مانند حق التألیف) را دشوار ساخته و زمینه ساز بروز چالش های قراردادی می شود. به بیان دیگر در این نوع قراردادها برون داد افکار و هنر افراد مورد معامله قرار می گیرد؛ بنابراین در ماهیت حقوقی آن تفاوتی با سایر قراردادها ندارد بلکه تفاوت آن صرفاً در ماهیت و جنس مبیع است.

از سوی دیگر، نویسندگان و هنرمندان برای نشر و تجاری سازی آثار خود به حمایت مالی صاحبان سرمایه نیاز دارند؛ این نیازمندی ساختاری، پدید آورندگان را در موضع ضعف اقتصادی و نابرابری در قدرت چانه زنی قرار داده و بستر را برای تحمیل شروط غیرمنصفانه از سوی صاحبان سرمایه فراهم می سازد (کریمی، ۱۳۹۹: ۱).

در قوانین ایران مهم ترین معیار برای حمایت قانونی از آثار ادبی و هنری مبتکرانه بودن اثر است؛ یعنی باید چیزی از قریحه و خلاقیت و ابتکار هنرمند در اثر او منعکس شود تا بتواند مدعی مالکیت بر آن اثر باشد. با توجه به اینکه حقوق مالکیت فکری از مباحث نوظهور در جوامع اسلامی است، کمبود مباحث جامع فقهی و حقوقی پیرامون آن ها موجب برهم خوردن نظم عمومی و مغبون شدن یکی از طرفین قرارداد می شود. از همین رو باید از ظرفیت های نهفته در فقه و حقوق استفاده کنیم تا خلأ موجود در این ناحیه برطرف شود.

اگرچه به مقتضای اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده، تمایل بدوی بر صحت این عقود است؛ اما انعقاد قرارداد باید متضمن محافظت عادلانه از منافع طرفین باشد. درج شروط غیرمنصفانه که مصداق بارز سوءاستفاده از حق و بهره برداری از استیصال و ناچاری شخص فرودست است، نظم عمومی را به مخاطره می اندازد؛ بنابراین مداخله قانون گذار جهت اعلام بطلان این شروط و در صورت لزوم، سرایت آن به اصل قرارداد، برای برقراری عدالت قراردادی ضروری است.

در نظام حقوقی ایران، مقررات پراکنده ای در حوزه مالکیت فکری وجود دارد<sup>۱</sup>، در زمینه حق

۱. از جمله «قانون ثبت علائم و اختراعات» مصوب ۱۳۱۰ و آیین نامه اصلاحی آن مصوب ۱۳۳۸ به حق مخترع و مالکیت فکری در حوزه صنعت و تجارت می پردازند. یک پیمان بین المللی معروف به «اتحادیه پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی و تجاری و

مؤلف و هنرمند نیز قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۵۰ در کنار «قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی» مصوب ۱۳۵۲ از منابع قانونی در حقوق ایران در این زمینه است (صفایی، ۱۳۸۲ ج ۱: ۲۲۸). اما در خصوص «شروط غیرمنصفانه در قراردادهای نشر آثار ادبی و هنری» تاکنون مطالعه تحلیلی و عمیقی صورت نگرفته و دکتربین حقوقی عمدتاً به کلیات بسنده کرده است. تبیین مفهوم شروط غیرمنصفانه در این پژوهش از آن جهت اهمیت دارد که به‌عنوان معیار سنجش مشروعیت، مرز میان شروط معتبر و شروط تحمیلی ناشی از نابرابری ساختاری را مشخص کرده و امکان ابطال، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد آن‌ها را ارزیابی می‌کند. در این مقاله که با روش توصیفی - تحلیلی به نگارش درآمده، به واکاوی مبانی فقهی منع این شروط با تمسک به قواعدی همچون لاضرر، غبن، سوءاستفاده از حق و تحلیل ظرفیت‌های فقه تطبیقی می‌پردازد.

تبیین مفهوم شروط غیرمنصفانه در این پژوهش از آن جهت اهمیت دارد که مبنای تحلیل وضعیت حقوقی و فقهی شروط تحمیلی در قراردادهای نشر آثار ادبی و هنری قرار می‌گیرد. به‌بیان‌دیگر، روشن‌سازی این مفهوم، امکان تشخیص مرز میان شروط معتبر قراردادی و شروطی که به سبب عدم تعادل ساختاری و سوءاستفاده از موقعیت اقتصادی یا اطلاعاتی یکی از طرفین، ماهیت غیرمنصفانه پیدا می‌کنند را فراهم می‌سازد. از این‌رو، مفهوم شروط غیرمنصفانه در این مقاله نقش معیار سنجش مشروعیت و اعتبار شروط قراردادی را ایفا می‌کند و مبنای ارزیابی امکان بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد آن‌ها در نظام حقوقی ایران قرار می‌گیرد.

### ۱. مفهوم‌شناسی شروط غیرمنصفانه

شروط غیرمنصفانه<sup>۱</sup> در دکتربین حقوقی، به شروطی اطلاق می‌شود که بدون فرایند مذاکره آزاد و واقعی، به‌دلیل نابرابری فاحش در قدرت چانه‌زنی یا عدم تقارن اطلاعاتی، از سوی طرف مسلط بر طرف ضعیف تحمیل می‌گردند (امانی و حسنی، ۱۳۹۶: ۶۱). شاخصه اصلی این شروط، ایجاد یک «عدم توازن شدید و توجیه‌ناپذیر» میان حقوق و تعهدات طرفین به زیان مصرف‌کننده یا پدیدآورنده است؛ به‌طوری‌که مفاد شرط به‌طور فاحش با اصول حُسن نیت قراردادی و عدالت معاوضی تعارض دارد. اصولاً طرف قوی‌تر با بهره‌گیری از موقعیت مسلط و ساختار نابرابر چانه‌زنی، مفاد عقد را به‌گونه‌ای تنظیم و تحمیل می‌کند که بدون توجیه قانونی، تعادل قرارداد را

کشاورزی» مصوب ۱۸۸۳ که ایران در سال ۱۳۳۷ به آن ملحق شده، از دیگر اسناد قانونی ایران در این زمینه است. در همین زمینه قانون ثبت اختراعات مصوب سال ۸۶ و قانون حمایت از مالکیت صنعتی مصوب ۱۴۰۳ از اهمیت به‌سزایی برخوردار است.

1. Unfair Terms

نقض کرده و به طرف دیگر ضرر فاحش و غیرقابل اغماضی وارد سازد؛ امری که اجرای آن در وجدان عدالت طلب جامعه، منصفانه تلقی نمی‌شود.

به بیان دیگر شروط غیرمنصفانه، شروطی هستند که به واسطه عدم توازن قدرت یا اطلاعات میان طرفین، به گونه‌ای در قرارداد تحمیل می‌شوند که تعادل حقوق و تعهدات را به طور ناموجه به زیان طرف ضعیف برهم می‌زنند و با اصول انصاف و حُسن‌نیت در قراردادهای تعارض دارند. شرط غیرمنصفانه را می‌توان شرطی دانست که عمدتاً مورد گفتگو قرار نگرفته است و اصولاً طرف قوی‌تر با بهره‌گیری از آن، قراردادی را به صورت ناروا به طرف دیگر تحمیل می‌نماید (ضیغم‌زاده و بیاتی، ۱۳۹۶: ۷۸) و تعادل قرارداد و لزوم توازن نسبی و معقول بین منافع طرفین را نقض می‌کند و بدون توجیه قانونی به یکی از طرفین ضرر فاحش و غیرقابل اغماضی وارد می‌سازد که مسلماً هیچ وجدان عدالت‌طلبی اجرای این گونه شروط را منصفانه نمی‌پندارد.

با این حال، در ارائه تعریف و احراز این مفهوم نباید به صورت مطلق بحث کرد بلکه باید نسبی بودن مفهوم انصاف را مدنظر قرار داد؛ چه بسا شرطی در یک قرارداد کاملاً غیرمنصفانه جلوه کند و در قرارداد دیگری با لحاظ ظروف، احوال و تکالیف حاکم بر آن، عین انصاف باشد. از این رو، برای تشخیص موضوعی و تفکیک شروط منصفانه از غیرمنصفانه، دکنترین حقوقی و فقهی سه معیار اساسی را ارائه می‌دهد:

۱- معیار شکلی (فرایندی): این معیار به نحوه انعقاد قرارداد و فرایند چانه‌زنی توجه دارد؛ اینکه آیا طرف ضعیف فرصت واقعی برای بررسی، فهم بندهای قرارداد و امکان تغییر آن را داشته یا قرارداد از قبل تنظیم شده، عمدتاً مورد گفتگو قرار نگرفته و در قالب قاعده «یا به‌پذیر یا رها کن» به وی تحمیل شده است؟

۲- معیار ماهوی (محتوایی): این معیار به خود مفاد شرط و خروجی نهایی آن می‌نگرد؛ بدین معنا که آیا مفاد شرط ایجاد عدم توازن فاحش در ارزش عوضین یا تکالیف ناشی از عقد می‌کند و لزوم توازن نسبی و معقول بین منافع را برهم می‌زند؟ (مانند اسقاط کامل حقوق مادی و معنوی به صورت ابدی در برابر ثمنی ناچیز) (عادل و شمس الهی، ۱۳۹۷: ۲۲۴).

۳- معیار حُسن‌نیت و عرف صنفی: در این مرتبه ارزیابی می‌شود که آیا شرط مندرج، با رفتار متعارف، منصفانه و حُسن‌نیت رایج در صنف مربوطه همخوانی دارد یا به صورت غافلگیرکننده و خارج از حدود متعارف چیده شده است؟ (عادل و شمس الهی، ۱۳۹۷: ۲۰۹ و ۲۱۹).

## ۲. خاستگاه شروط ضمن عقد در فقه اسلامی در مقایسه با حقوق موضوعه

تحلیل تعهدات و شروط در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی از دو مبنای متفاوت آغاز می‌شود.

حقوق موضوعه کلیه قراردادها را به شرح ماده ۱۰ قانون مدنی که مقتبس از حقوق اروپایی است، مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». این حکم منطبق با نظر غیرمشهور فقهی است؛ چراکه نظر مشهور فقهای امامیه، صرفاً عقود با نام (معین) را معتبر و لزوم وفای به آن‌ها را واجب می‌داند و اجازه انعقاد قراردادهای بی‌نام را نمی‌دهد؛ زیرا این دسته از تعهدات را تعهد یا شرط ابتدایی تلقی کرده و الزام‌آور نمی‌داند (امامی، ۱۳۶۲: ۲۶۷).

در نتیجه، فقه امامیه برای مشروعیت بخشی به این دست قراردادها، آن‌ها را یا به استناد حدیث شریف نبوی (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) «... والصلح جائز بین المسلمین الا صلحا أحل حراما او حرم حلالا» (حرعاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۳: ۱۶۴) در قالب عقد صلح مورد استفاده قرار می‌دهد، یا به استناد حدیث مروی از امام علی (علیه‌السلام) مبنی بر «... فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالا او احل حراما» (ابن بابویه، ۱۳۶۳، ج ۲۳: ۳۲)، به‌عنوان شرط، ضمن یکی از عقود با نام درج و مورد بهره‌برداری قرار می‌دهد. به‌همین دلیل، عموم فقها مبحث شرط ضمن عقد را به‌عنوان ظرفی پذیرا مطرح کرده و بحث‌های گسترده، دقیق و وسیعی پیرامون آن ارائه داده‌اند (اگرچه تا زمان شیخ مرتضی انصاری مبحث مستقلی به شرط اختصاص نیافته بود)؛ امری که نشان می‌دهد در تحلیل فقهی، پدیده غیرمنصفانگی قراردادی را باید مستقیماً در مبحث شروط ضمن عقد واکاوی نمود.

در حقوق موضوعه ایران، واژه شروط غیرمنصفانه در دو قانون به کار رفته است: نخست، قانون تجارت الکترونیکی و دوم، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (بخش نهم مربوط به تسهیل رقابت و منع انحصار. بند «ط» از ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی یکی از مصادیق رفتارهای ضد رقابتی را سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط دانسته «تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه» را ممنوع اعلام کرده است.

با وجود این، در مقررات فوق صرفاً به ذکر ممنوعیت تحمیل این شروط اکتفا شده و به وضعیت حقوقی و ضمانت اجرای مدنی آن‌ها اشاره‌ای نشده است؛ به‌همین سبب مشخص نیست شروطی که بر اثر سوءاستفاده یکی از طرفین به دیگری تحمیل می‌شود، از نظر حقوقی چه سرنوشتی دارند؟ آیا این منع برای بطلان شروط کافی است یا تأثیری بر بطلان آن ندارد؟ از منظر دکترین حقوقی، با توجه به ممنوع بودن تحمیل شروط غیرعادلانه، تحمیل چنین شروطی غیرقانونی و نامشروع به حساب می‌آید؛ بنابراین تحت شمول حکم کلی قانون مدنی در مورد شروط نامشروع قرار گرفته و باطل محسوب می‌گردند؛ اما این بطلان تأثیری در اصل عقد ندارد و به صحت قرارداد لطمه‌ای نمی‌زند (عادل و شمس الهی، ۱۳۹۷: ۲۲۹).

البته در تبیین و اعمال ضمانت اجرای بطلان نسبت به این شروط، باید کاملاً محتاط بود؛ چراکه توجه به نظم قراردادی، اصل استحکام معاملات و احترام به اصل آزادی اراده طرفین (که مهم ترین عامل برای نفوذ قراردادهای شخص مضطر است) ضرورت دارد و نقض بی قاعده این اصول به ادعای غیرمنصفانه بودن قرارداد، موجب هرج و مرج در نظام معاملاتی جامعه می شود.

### ۳. مبانی فقهی مقابله با شروط غیرمنصفانه

به عقیده برخی فقیهان، حقوق مالکیت فکری به عنوان مصداقی جدید می تواند تحت شمول قواعد و ادله فقهی از جمله لاضرر، تسلیط، سبق، حرمت تصرف در مال غیر و... قرار بگیرد. شارع در این خصوص می گوید: مصداق ادله اثباتی بر عهده عرف است (محمدی و حسنی، ۱۳۹۳: ۱۳۷).

یکی از فقیهان معاصر در این رابطه می نویسد: «ما همواره موضوعات را از عرف می گیریم و احکام را از شرع... در مورد مالکیت های فکری نیز، مسئله همین گونه است. اسلام می گوید ظلم و ستم و تجاوز به حق دیگران، حرام است. این حکم از اسلام گرفته شده است؛ اما موضوعش یعنی ظلم و ستم و تجاوز به حق، موضوعی است از عرف گرفته می شود و امروز تقریباً همه عقلائی دنیا، این مسئله را به عنوان یک حق شناخته و سلب آن را ظلم می دانند. همچنین اسلام می گوید: «کسی حق ندارد در ملک دیگری بدون رضای او تصرف کند». این حکم نیز از اسلام گرفته شده است؛ اما موضوعش که انواع مالکیت است، از عرف گرفته می شود» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۲۱۰).

بر مبنای این رویکرد عقلایی، پیش از ورود به قواعد فقهی؛ انصاف، لاضرر، غبن و سوءاستفاده، می توان به دو قاعده بنیادین «تسلیط» و «سبق» برای تبیین حق پدیدآورنده استناد کرد. بر مبنای قاعده تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم و حقوقهم) (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶: ۳۸۱)، هنرمند بر برون داد فکری خود تسلط مطلق دارد؛ در نتیجه هرگونه شرطی که بدون رضایت واقعی و تحت شرایط انحصاری، این سلطه را به طور مطلق و ابدی سلب کند، نوعی تضييع سلطنت مالکانه و نامشروع است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲: ۱۳۹). همچنین طبق قاعده اولویت و تقدم شرعی (بر گرفته از مأثور نبوی: مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا) (نوری، ۱۴۰۸، ج ۳: ۱۴۹)، پدیدآورنده به دلیل تقدم در خلق اثر، واجد حق اولویت است و تحمیل شروط غیرمنصفانه ای که منجر به مصادره این حق تقدم بدون عوض عادلانه شود، مصداق بارز تجاوز به حق شرعی و عقلایی اوست. برای نفوذ این حقوق و ابطال شروط تحمیلی، قواعد فقهی ذیل قابل استناد است:

### ۳-۱. انصاف به منزله قاعده فقهی

در نظام حقوقی موضوعه مادام که در موردی نص قانونی وجود دارد، تمسک به قاعده فقهی لزومی ندارد و تنها در مواردی که قوانین ساکت، ناقص، مجمل یا متعارض باشند، قواعد فقهی می‌توانند در یافتن حکم شرعی مستند قرار گیرند. چنان‌که براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی موظف است که کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به هیچ بهانه‌ای از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز بیان داشته است که دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانون در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند.

اما در باب اینکه آیا انصاف خود یک قاعده فقهی است و می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، باید پاسخ منفی داد؛ زیرا، اولاً، بسیاری از آنچه تحت عنوان قواعد فقهی آورده می‌شود، صلاحیت استناد انفرادی در مقام قضا و حتی افتا را هم ندارد و به‌تنهایی مشکل فقیه را در صدور فتوا و یا قاضی را در صدور حکم برطرف نمی‌کند و به تعبیر برخی مؤلفان، قواعد فقه را نمی‌توان به‌عنوان دلیل در استنباط یا در صدور رأی قضائی مورد استناد قرارداد و لازم است که در هر مورد به ادله خاص مسئله توجه کافی داشت (عمید زنجانی، ۱۳۹۰: ۱۰۶). ثانیاً، اگرچه فهرستی جامع و مانع از تمام قواعد فقهی در دسترس نیست؛ اما با رجوع به تألیفات مرتبط، قاعده‌ای تحت این عنوان یا دارای مفهومی مشابه مشاهده نگردید. کما اینکه استاد فقید عمید زنجانی که بیش از ۶۰ قاعده فقهی حقوق خصوصی را برشمرده‌اند، اشاره‌ای به چنین قاعده‌ای نکرده‌اند و در بین قواعد فقهی اهل تسنن نیز چنین مفهومی به چشم نمی‌خورد (عمید زنجانی، ۱۳۹۰: ۴۱).

استناد به آیات قرآنی از جمله آیه شریفه «ان الله یأمر بالعدل» (نحل / آیه ۹۰) یا روایات معصومین (علیهم‌السلام) نیز مفید وجود قاعده‌ای خاص تحت این عنوان نیست. قدر مسلم امر به عدل و انصاف در تمامی امور مورد نظر شارع بوده و عدالت از منظر اسلام در زمره بزرگ‌ترین صفات و حسنات اخلاقی آمده است؛ اما در هیچ موردی ضمانت اجرای خاصی برای صرف عدم رعایت انصاف ذکر نشده است. در آثار فقهای متأخر نیز تنها در خلال دیگر مباحث، اشارات اجمالی به عدل و انصاف دیده می‌شود و تبیین شفاف‌تری از آن به‌عنوان قاعده‌ای مستقل به عمل نیامده است؛ از این روی، برخی از اساس منکر وجود چنین قاعده‌ای شده‌اند و برخی دیگر جریان آن را

منوط به وجود دلیل خاص نموده‌اند (دادخواه، ۱۳۹۰: ۲۶۱). به تعبیر دقیق‌تر، از موازین فقهی به روشنی نمی‌توان استنباط کرد که عدالت به‌عنوان یک اصل کلی مستقل و اصطیادی، حاکم بر تمام احکام و قراردادها مورد توجه بوده باشد (قنوتی، ۱۳۸۹، ش ۸۵/۱: ۱۵۷).

### ۳-۲. قاعده لاضرر

از مشهورترین قواعد فقهی که در بیشتر ابواب فقه به آن استناد می‌شود تا آنجا که بسیاری در تألیفات و تقریرات خود رساله مستقلی به آن اختصاص داده‌اند، قاعده لاضرر است. اگرچه نصوص شرعی متعددی به‌عنوان مدرک این قاعده مورد استناد فقها واقع شده است؛ اما بدون تردید قبح ضرر و حُسن جلوگیری از آن و در نتیجه نهی از اضرار از مستقالات عقلیه است که عقل به مدلول آن بدون نیاز به حکم شرع می‌رسد (محقق داماد، ۱۳۷۰: ۳۱).

به‌عبارت‌دیگر این قاعده از قواعد مبتنی بر انصاف است که عقل صرف نظر از متون شرعی یا ادله نقلی به آن حکم می‌کند؛ البته آیاتی از قرآن کریم و روایاتی از ائمه معصومین (علیهم‌السلام) در تأیید قاعده موجود است؛ برای نمونه خداوند متعال در آیه ۱۲ سوره نساء می‌فرماید: «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ». اهمیت این قاعده به حدی است که حتی از کلام برخی فقها همچون شیخ طوسی و علامه حلی برمی‌آید که قائل به اجماع در مورد حجیت قاعده لاضرر بوده‌اند هرچند که در علم اصول فقه این نوع اجماع خصوصاً در مواردی که موضوع مورد بحث مستند به آیات و روایات باشد معتبر شمرده نمی‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۱۱۰).

با توجه به اینکه فقها در مباحث مختلف متعرض قاعده لاضرر شده‌اند و همچنین نظرهای مختلفی در مورد معانی، محتوا و مضمون آن بیان شده است که قدر متقین آن است که شارع از ارتکاب فعل ضرری نهی کرده است. شروط غیر منصفانه با قاعده لاضرر از آن جهت قابل بررسی است که طرف ضعیف‌تر قرارداد هنگام پذیرش قرارداد در یکی از این دو حالات علم یا جهل نسبت به شرط غیر منصفانه قرارداد قرار داشته است. در فرضی که طرف ضعیف‌تر قرارداد به موضوع قرارداد جهل داشته باشد مسئله به‌خیر غبن برمی‌گردد که مشهور فقهای امامیه آن را یکی از مستندات قاعده لاضرر می‌دانند. در فرض عالم بودن طرف ضعیف بحث تعارض قاعده لاضرر و قاعده اقدام پیش می‌آید که با وجود اقدام بر ضرر جای تمسک به قاعده لاضرر نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۷۹).

در مقام پاسخ و گره‌گشایی از این بن‌بست تحلیلی باید تبیین کرد که اقدام پدیدآورنده در این‌گونه قراردادها ناشی از اراده آزاد و انتخاب واقعی نیست بلکه برخاسته از «اضطرار و استیصال

اقتصادی» در بازار انحصاری نشر است. در فقه منقح و پویا، اقدامی که بر پایه اضطرار شدید، احتیاج مفرط و نبود گزینه جایگزین متعارف شکل بگیرد، مصداق اسقاط ارادی حق نیست و مانع از جریان قاعده لاضرر نمی‌شود.

از نظر امکان استناد به قاعده لاضرر<sup>۱</sup> باید گفت همچنان که هر جا لزوم قرارداد موجب ورود ضرر غیرمتعارف گردد، حکم لزوم برداشته و قرارداد قابل فسخ می‌شود (انصاری، ۱۳۸۸: ۳۷۳). همان طور که در زمان وفای به شروط ضرری نیز قاعده لاضرر، «حکم به لزوم قرارداد» (موضوع ماده ۲۱۹ قانون مدنی) را در موضعی که منجر به ضرر فاحش و هدم حقوق مادی و معنوی هنرمند می‌شود، مرتفع می‌سازد. در نتیجه، تأثیر قاعده لاضرر در این مقام، برداشتن وصف لزوم وفای به شرط و هموار کردن مسیر دادگاه برای بطلان، حذف یا تعدیل قضائی شرط غیرمنصفانه است تا ضرر غیرمتعارف نفی گردد.<sup>۲</sup>

### ۳-۳. غبن

غبن در اصطلاح فقهی عبارت است از بهم خوردگی تعادل ارزش عوضین به ضرر یکی از عاقدین، بدون اینکه متضرر در زمان عقد به آن رضایت داده باشد (خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۱: ۵۲۲). خیار غبن برای مغبون در فقه امامیه، نشانگر اهمیت برقراری عدالت معاوضی و حمایت از طرف ناآگاه است. اهدافی که کاملاً با فلسفه جلوگیری از نفوذ شروط غیرمنصفانه همخوانی دارد.

با وحدت ملاک قرارداد غبن شاید بتوان به هنگام خلأ قانونی در جهت برقراری عدالت گام برداشت. ملاک عرفی غبن فاحش در ماده ۴۱۷ قانون مدنی را نیز می‌توان در مورد شرط غیرمنصفانه جاری و ساری دانست ضرورت ناآگاهی مغبون از ارزش واقعی مورد معامله باعث ایجاد مشکل می‌شود.

با این حال، انطباق قاعده غبن بر شروط غیرمنصفانه در نگاه دکترین سنتی با چالش‌های جدی مواجه است؛ چراکه در حقوق مدنی ایران، شرط یک تعهد فرعی و تبعی است که در ردیف

۱. این حدیث به سه نحو روایت شده است: لاضرر و لاضرار - لاضرر و لاضرار فی الاسلام - لاضرر و لاضرار علی مومن؛ آنچه مسلم و متواتر و در سه نوع قرانت مشترک است نحوه اول است و دو نحوه دیگر به حد تواتر نرسیده است (محمدی، ۱۳۷۳: ۱۴۳).

۲. گروهی بر خلاف عقیده فوق گفته‌اند: اینکه در ما نحن فیه امکان استناد به قاعده لاضرر فراهم باشد، محل تردید است؛ چه آنکه پشتوانه اصلی قاعده لاضرر همان بنای عقلا و احراز امضای آن از طریق عدم ردع است. بنای عقلا همان طور که ضرر را مردود می‌داند، برقراری عدالت و انصاف را نیز مطلوب می‌پندارد؛ اما به نظر می‌رسد همچنان که صرف رجحان انصاف مجوزی برای رهایی از قید شروط غیرمنصفانه نیست، پس باید گفت ضرورت نفی ضرر نیز فی نفسه دارای چنین خصیصه‌ای نخواهد بود (تقی‌زاده و احمدی، ۱۳۹۶: ۲۸).

تعهدات اصلی قرار نمی‌گیرد و مابه‌ازای مستقیم یکی از عوضین فرض نمی‌شود (خندان، ۱۳۸۲: ۱۰۶). به همین دلیل، ارتباطی که بین تعهدات اصلی از حیث حق حبس وجود دارد، در تعهدات تبعی جاری نیست. علاوه بر این، «عدم آگاهی از قیمت» شرط تحقق خیار غبن است، در حالی که در شروط غیرمنصفانه، پدیدآورنده غالباً از وجود شرط آگاه است؛ اما به دلیل نابرابری در قدرت چانه‌زنی، «فرصت واقعی برای مذاکره مستقیم» را نداشته است؛ بنابراین عدم مذاکره، یک ضابطه کمکی برای تشخیص غیرمنصفانگی است، نه لزوماً عدم آگاهی. افزون بر این، خیار غبن به موجب ماده ۴۴۸ قانون مدنی به راحتی ضمن عقد قابل اسقاط است که این امر کارایی آن را در قراردادهای تحمیلی کاهش می‌دهد.

اما در تحلیل نوین و پویا از شروط غیرمنصفانه، این شروط اگرچه قالب تبعی دارند؛ اما مستقیماً بر ارزش مادی و معنوی مبیع (مال فکری) اثر می‌گذارند؛ به طوری که تحمیل یک شرط غیرمنصفانه (مانند سلب مطلق و ابدی حق تجدید چاپ یا واگذاری به غیر)، ارزش اقتصادی مابه‌ازای هنرمند را به شدت کاهش داده و مصداق بارز یک «غبن فاحش پنهان» در قرارداد می‌شود. هر چند طبق نظر مشهور فقها، ضمانت اجرای غبن صرفاً ایجاد حق فسخ برای کل قرارداد است؛ اما با اتکا به دیدگاه برخی فقیهان معاصر، در مواردی که فسخ قرارداد به دلیل سرمایه‌گذاری صورت گرفته به ضرر بیشتر پدیدآورنده بینجامد، دادگاه می‌تواند به استناد ملاک قاعده غبن و لزوم حفظ عدالت معاوضی، حکم به بطلان شرط ضرری یا الزام طرف مسلط به پرداخت مابه‌التفاوت (ارش قراردادی) نماید تا توازن نسبی بین منافع طرفین برقرار شود.

### ۳-۴. قاعده منع سوءاستفاده از حق

اصولاً اعمال هر حقی همراه است با محروم کردن دیگری از آن حق. به عبارت دیگر استفاده از هر حقی مستلزم حرمان شخص دیگری است. سوءاستفاده از حق در معنی عام شامل هر عملی است از صاحب حق که با هدف اخلاقی یا غایت اجتماعی تأسیس آن حق منافات داشته باشد (موحد، ۱۳۹۷: ۱۸).

در تعریف حق می‌توان گفت سلطه و اختیاری است که یک فرد در برابر دیگر افراد دارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۵۵). در این تعریف این واقعیت نهفته است که حتی در هر صورت متضمن محدودیت‌ها و در بعضی از مواقع زیان‌هایی برای دیگران است؛ بنابراین هر حقی دارای این ماهیت است که برای صاحب آن امتیاز به شمار آید و مستلزم محدودیت‌ها و در بعضی موارد متضمن ضررهایی به دیگران است. در چنین وضعی صاحبان حق به علت امتیازی که دارند، دارای موقعیتی هستند که می‌تواند با بهره‌گیری از آن موقعیت حق خود را به زبان دیگران به کار برده و یا

حتی ممکن است بدون آنکه قصد سوئی داشته باشند، اقدامشان با منظور قانون گذاری از اعطای این منافات داشته باشد؛ زیرا قصد قانون گذار از شناختن این حق برای افراد تأمین عدالت در جامعه است و هرگز راضی نیست که با پدید آمدن تضییقات شدید برای دیگران، عدالت در جامعه به خطر افتد. در اصطلاح حقوقی، حق سلطه و اختیاری است که فرد در برابر دیگر افراد جامعه دارد. یکی از نویسندگان این تناقض را با ذکر این مثال شرح می‌دهد: «مالکی که در قلمرو سند مالکیت ساختمانی برپا می‌کند، به ظاهر حق خویش را به کار می‌بندد، لیکن اگر هدف او اضرار به همسایه باشد، از این حق سوءاستفاده کرده است یا به تعبیر مخالفان این اصطلاح، حق مالکیت او حاوی حق اضرار به همسایه نیست. در هر حال، کار چنین مالکی نامشروع است و برای او مسئولیت به بار می‌آورد. پس، باید دست از نزاع لفظی کشید و در پی آن بود که معیار تمیز اجرای حق و سوءاستفاده از آن چیست؟ آیا دادرسی می‌تواند به سلیقه خویش حق را ناحق سازد یا اجرای این اختیار خطرناک و درعین حال مفید باید در قالب خاصی صورت گیرد؟ پاسخ به این پرسش است که معنی «سوءاستفاده از حق» و کاربرد آن را در حقوق کنونی روشن می‌سازد» (کاتوزیان، ۱۳۵۸: ۱۰۴).

لازمه پذیرفتن خطا برای کسی که حق خود را اعمال می‌کند، این است که دادگاه بتواند حقی را که قانون گذار برای او شناخته است در مواردی گوناگون و بدون داشتن ضابطه معین، محدود سازد و آزادی فردی را از بین ببرد. پس اشخاص باید نسبت به امتیازهایی که قانون به آنان داده است، احساس امنیت کنند. اختیار دادرسی در زمینه مقصر شناختن کسی که در مقام اجرای حق است، این امنیت را از بین می‌برد و این احتمال را به وجود می‌آورد که کاری را که قانون گذار مباح شمرده است، دادگاه تقصیر اعلام کند. پس، باید صاحب حق را آزاد گذارد تا از امتیاز قانونی، چنان که دلخواه او است بهره بگیرد و از بازرسی دادگاه بیمی به دل راه ندهد (کاتوزیان، ۱۳۵۸: ۱۰۳).

این اعتقاد وجود دارد که سوءاستفاده از حق در مواردی روی می‌دهد که حقی به طور قانونی وجود داشته باشد و در طبیعت و ذات این حق امکان سوءاستفاده وجود داشته باشد؛ مانند حق فسخ قرارداد و اعتصاب. در این موارد یک حق قانونی و ذاتی وجود دارد و در درون این حق امکان سوءاستفاده نیز به طور طبیعی وجود دارد، یعنی می‌توان مواردی را به خاطر آورد که در کنار استفاده قانونی از این حق امکان استفاده ناشایست نیز وجود دارد (علی عسگری، ۱۳۸۶: ۳۵). مثالی که برای تبیین جهت مخالف این امر استفاده شده است، بحث استفاده از چاقو است که در صورت قتل نمی‌توان گفت سوءاستفاده از حق روی داده است چون در استفاده از چاقو هیچ نوعی از حق وجود ندارد و این نوع از استفاده کلاً و تحت هیچ شرایطی مجاز نیست (کاتوزیان، ۱۳۵۸: ۱۰۵).

از آغاز قرن بیستم، نظریات حقوق دانان و جامعه‌شناسان در رابطه با مفهوم حق تا حدودی تغییر کرد و به‌نوعی پذیرفته شد که مفهوم حتی با مبانی و سازوکارهای اجتماعی می‌تواند محدود شود، هیچ حقی مطلق نیست و دارنده حق نمی‌تواند اعمال این حق را وسیله‌ی اضرار به دیگران قرار دهد و در اعمال این حق به‌گونه‌ای عمل کند که در دید عرف ناهنجار تلقی شود. به‌بیان‌دیگر، اجرای نادرست و نیرنگ‌آمیز حق و یا سوءاستفاده از حق ممنوع است (کاتوزیان، ۱۳۵۸: ۱۰۲).

در کامن‌لا مانند دیگر مکاتب حقوقی شرق و غرب نظریه سوءاستفاده از حق در یکی دو قرن اخیر عنوان شده و تا قبل از آن چنین مفهومی شناسایی نشده بود و اصول قابل‌اعمال در نظر آنان همان اصول و ضوابط مربوط به مسئولیت مدنی بود، جایی که بیشترین بحث‌ها را در ارتباط با این مبحث در خود جای داده بود، بحث «اختیار قانونی» بود آن‌هم در مواردی که این اختیار در جهت اضرار به دیگران اعمال می‌شد. در حقوق فرانسه نسبت به حقوق انگلستان مفهوم سوءاستفاده از حق به نحو روشن‌تری مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است و در این خصوص حقوق فرانسه از مبانی قوی‌تری برخوردار است. در فرانسه نیز نظریه سوءاستفاده از حق، ساخته رویه قضائی است، دکترین حقوقی نیز کوشیده‌اند تا از تحلیل احکامی که برای جلوگیری از اضرار به غیر صادر شده است، نظریه عمومی در این خصوص فراهم آورند، در فرانسه نیز اختلاف نظرها بسیار است، ولی آنچه مسلم به نظر می‌رسد این است که مسئولیت صاحب حق که به شیوه‌ای نامشروع آن را اجرا می‌کند و به منافع دیگران لطمه می‌زند، از قواعد مسلم حقوقی کشور فرانسه محسوب می‌شود و برای دادگاه اختیار بازرسی در چگونگی احراز حق را شناخته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴۱۱).

در فقه امامیه، سوءاستفاده از حق نیز قلمرو وسیعی دارد و مورد اعمال آن تقریباً تمام ابواب فقه اعم از عبادات و معاملات است. بدین لحاظ سوءاستفاده از حق در فقه امامیه معنا و کاربردی وسیع‌تر از مفهوم مصطلح در حقوق شرق و غرب دارد، در میان فقهای ما ملاک و مبنایی به‌عنوان سوءاستفاده از حق وجود ندارد بلکه ملاک آن‌ها ضرری است که از اعمال ناروای حق به دیگری وارد می‌شود؛ بنابراین، در فقه ما با توجه به ضرری که به فرد وارد می‌شود، ضابطه سوءاستفاده از حق نیز متفاوت بود (حاجی‌پور، ۱۳۸۸: ۱۱۱).

لازم به ذکر است که در حقوق اسلام فقها تحت عنوان «سوءاستفاده از حق» متعرض موضوع نشده‌اند، ولی این مفهوم را به‌عنوان یکی از مصادیق قاعده لاضرر همواره مورد بحث قرار داده‌اند. این مسئله همیشه توسط قانون‌گذار مورد نهی قرار گرفته و با استناد به آن در حقوق اسلام موضوعات مختلفی مطرح شده است؛ یکی از موضوعات داستان نهی پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) به سمرة بن جندب است که مصداق بارز سوءاستفاده از حق محسوب شده است (حرعاملی،

۱۴۱۶ق، ج ۲۵: ۴۲۷-۴۲۹) و براساس آن قاعده «لاضرر و لااضرار» وضع شده و در بیشتر ابواب فقه مانند عبادات و معاملات (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۱۳۱) و... به آن استناد می‌شود؛ اما باید توجه داشت که بین این قاعده و سوءاستفاده از حق تفاوت‌هایی وجود دارد از جمله در لاضرر، شرط ضرر هست؛ اما در سوءاستفاده الزاماً چنین نیست. ثانیاً، در سوءاستفاده (به معنی اروپایی آن)، معمولاً باید تقصیر باشد؛ اما در لاضرر چنین نیست.

به تبعیت از فقه امامیه در حقوق موضوعه ایران نیز با متونی برخورد می‌کنیم که متعرض موضوع منع سوءاستفاده از حق در برابر دیگران شده است. اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت اعلام می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». این اصل به عنوان یک قاعده آمره حاکم بر سایر قوانین است. همچنین بند ۵ اصل ۴۳ قانون اساسی نیز صراحتاً اضرار به غیر را منع می‌کند. براین اساس، معیار سوءاستفاده از حق در حقوق ایران، استفاده نامتعارف از حق و ورود زیان به دیگری است؛ این ملاک متعارف بودن در ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز تجلی یافته است، چراکه تصرفات مالکانه مستلزم تضرر همسایه را جز به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر ممنوع ساخته است.

#### ۴. انطباق قاعده منع سوءاستفاده بر شروط غیرمنصفانه و سوءاستفاده از اضطرار

بنا بر اصل حاکمیت اراده، طرفین یک قرارداد در تعیین مفاد، شروط و نتایج عقد آزادند و در این مسیر هریک به دنبال دستیابی به سود بیشتر هستند. این وضعیت در عقودی که طرفین آن در موقعیت نابرابر اقتصادی قرار دارند، بستر تحمیل اراده را فراهم می‌سازد؛ طرفی که از موقعیت اقتصادی برتری برخوردار است، عقد را به گونه‌ای تنظیم و تحمیل می‌نماید که طرف مقابل توان مخالفت با آن را ندارد. در این گونه موارد که شرطی غیرمنصفانه در قرارداد درج می‌شود، طرف مسلط از حاکمیت اراده خود که یک حق قانونی است، سوءاستفاده کرده تا منافع انحصاری خود را تأمین کند. نتیجه این اقدام، تحت فشار قرار گرفتن طرف ضعیف‌تر (پدیدآورنده) است که به علت استیصال و شرایط خاص اجتماعی مجبور به پذیرش شرط شده است. در این موارد به حکم قاعده منع سوءاستفاده از حق، از اجرای شروط غیرمنصفانه جلوگیری به عمل خواهد آمد و شرط تحمیلی قابلیت اجرایی نخواهد داشت. برخی نویسندگان معیار تشخیص سوءاستفاده را قصد اضرار می‌دانند (اکبرینه، ۱۳۹۱: ۲۵)؛ اما با توجه به روح اصل ۴۰ قانون اساسی، ملاک اصلی، استفاده نامتعارف و ورود زیان فاحش به دیگری است، خواه قصد اضرار متمایز وجود داشته باشد و خواه خیر.

این تحلیل، چالش فقهی و حقوقی معاملات اضطراری را نیز مرتفع می‌سازد. قانون مدنی حکم

صحت معاملات اضطراری را به صورت مطلق بیان کرده و اگر به همین اطلاق اکتفا شود می توان از آن چنین برداشت کرد که معاملات اضطراری در صورتی که از اضطرار شخص مضطر سوءاستفاده شده باشد صحیح است. این مسئله سبب اختلاف در وضعیت حقوقی معاملاتی که در آن یکی از طرفین از اضطرار طرف دیگر سوءاستفاده می کند، شده است. برخی حقوق دانان قائل به صحت مطلق معاملات اضطراری هستند حتی در صورتی که اضطرار در نتیجه عمل طرف معامله ایجاد شود و یا وی از این وضعیت سوءاستفاده کرده باشد (امامی، ۱۳۶۲: ۱۹۶).

در مقابل برخی دیگر از حقوق دانان سوءاستفاده از اضطرار را در صورتی که با علم به وضعیت اضطراری رخ دهد در حکم اکراه دانسته و قراردادهایی را که این گونه منعقد می شوند غیرنافذ می دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۷). در مواردی که حق انتخاب نادیده گرفته شده است در صورتی که طرف قرارداد از وضعیت اضطراری وی سوءاستفاده نموده باشد امکان عدم نفوذ عقد یا حذف شرط گزاف به فرض پذیرش وجود دارد.

این رویکرد حمایتی در نظام تقنینی ایران نیز ورود یافته است؛ به طوری که بند «ط» ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶، یکی از مصادیق رفتارهای ضدرقابتی را سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط دانسته و «تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه» را ممنوع اعلام کرده است. اگرچه در این ماده به ضمانت اجرای مدنی اشاره نشده؛ اما با توجه به این نهی قانونی، تحمیل چنین شروطی غیرقانونی و نامشروع محسوب شده و تحت شمول حکم کلی ماده ۲۳۲ قانون مدنی، باطل تلقی می شوند، هرچند این بطلان تأثیری در صحت اصل عقد ندارد (عادل و شمس الهی، ۱۳۹۷: ۲۲۹).

##### ۵. نقش کارشناس به عنوان معیار موضوعی احراز سوءاستفاده

از آنجا که مبیع در قراردادهای ادبی و هنری، پدیده ای فکری، غیر ملموس و دارای ابعاد پیچیده معنوی است، تعیین ارزش واقعی (ثمن) و سنجش میزان ابتکار آن از توان توده عرف خارج بوده و الزاماً نیازمند ارجاع به کارشناس متخصص کپی رایت و مالکیت فکری است. افزون بر این، در مقام تشخیص غیرمنصفانه بودن یک شرط و ارزیابی ورود ضرر فاحش و نامتعارف، قاضی یا داور نمی تواند به سلیقه شخصی عمل کند؛ در اینجا نیز کارشناس رسمی با سنجش متعارف بودن شروط در صنف نشر، میزان سودآوری اثر، و مقایسه قرارداد با نمونه های استاندارد، نقش بازوی مشورتی دادگاه را جهت احراز سوءاستفاده از وضعیت مسلط اقتصادی یا اضطرار هنرمند ایفا می کند؛

بنابراین، نظر کارشناس به‌عنوان معیار موضوعی<sup>۱</sup> برای خروج از اجمال عرفی در تبیین مال فکری و احراز عدم توازن عادلانه در شروط قراردادی شناخته می‌شود.

## ۶. شروط غیرمنصفانه از منظر فقه عامه

**فقه حنبلی (نظریه منع اجحاف):** در این مذهب، اگرچه اصل اولیه بر آزادی قراردادها و صحت شروط است؛ اما «ابن قدامه مقدسی» تبیین می‌کند شروطی که منجر به جهل، فریب (غرر) یا «اجحاف» یعنی بی‌عدالتی شدید، فاحش و یک‌طرفه علیه یکی از طرفین شود، باطل و بی‌اثر هستند (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۴: ۲۲۴).

**فقه حنفی (نظریه شرط فاسد):** «علاءالدین کاسانی» مطرح می‌سازد شروطی که مقتضای طبیعی قرارداد نیستند و صرفاً یک منفعت بی‌دلیل و یک‌طرفه برای طرف قوی‌تر ایجاد می‌کنند، به‌دلیل ایجاد نابرابری شدید و شائبه ربا، تحت عنوان «الشرط الفاسد» ممنوع و باطل هستند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵: ۱۶۹).

**فقه مالکی (نظریه سد ذرایع و رفع ضرر):** مالکیان در تحلیل شروط قراردادی رویکردی واقع‌گرایانه دارند. «ابن‌رشد قرطبی» تبیین می‌کند که شروط فاسد در قراردادها اصولاً به‌دلیل بازگشت به غرر یا ضرر ممنوع هستند. وی با تکیه بر قواعد عمومی فقه مالکی و لزوم دفع ضرر از روابط مالی جامعه، مطرح می‌سازد هرگاه یک شرط قراردادی منجر به اضرار، الغای مقتضای عدالت معاوضی یا سوءاستفاده از وضعیت طرف ضعیف گردد، مصداق شرط نامشروع بوده و محکوم به بطلان است؛ حتی اگر طرف ضعیف در ظاهر و از روی ناچاری به آن رضایت داده باشد (ابن‌رشد، ۱۹۹۵م، ج ۲: ۱۲۹).

**فقه شافعی (نظریه بطلان شروط زائد بر مقتضای عقد):** مکتب شافعی در مواجهه با شروط قراردادی رویکردی به‌شدت تزییقی و انقباضی دارد. در این مذهب، اصل بر بطلان هر شرطی است که مقتضای ذات عقد نباشد یا مصلحتی متعارف برای عوضین ایجاد نکند. «ابوزکریا نووی» با استناد به آراء امام شافعی تبیین می‌کند که تحمیل شروطی که بار اضافی بر یکی از طرفین بار کند یا موازنه اقتصادی عقد را برهم زند، به‌دلیل ایجاد جهل و غرر در معاوضه، از مصادیق شروط فاسد بوده و باطل و مفسد عقد است (نووی، بی‌تا، ج ۱۳: ۱۷۳). بنابر این دیدگاه، شروط غیرمنصفانه در فقه شافعی اصولاً به‌دلیل خروج از چهارچوب مقتضای عقد، فاقد مشروعیت اولیه هستند.

**دکترین معاصر فقه عامه (تعدیل قراردادهای تحمیلی):** فقهای معاصر اهل سنت با بررسی قراردادهای مستحدثه، بستر فقهی استواری برای مقابله با شروط غیرمنصفانه فراهم کرده‌اند. «دکتر وهبه زحیلی» در موسوعه الفقه الاسلامی وأدلته، ذیل تبیین ماهیت «عقد التأمین» (قرارداد بیمه) به‌عنوان مصداق پیشرفته عقود الحاقی (عقود الإذعان)، صراحتاً تحمیل شروط یک‌طرفه را مصداق سوءاستفاده از نیاز طرف ضعیف می‌داند. از نظر وی، هرگاه در این قراردادها شروطی ظالمانه (شروط جائره) بر تعهدات طرف ضعیف بار شود، شریعت اسلامی بر پایه قواعد عمومی «نفی ضرر» و «لزوم تحقق عدالت»، به قاضی و دادگاه حق می‌دهد که برای رفع ظلم، در قرارداد مداخله کرده و آن شروط را حذف یا تعدیل کند (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۵: ۳۴۲۰).

بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که ممنوعیت شروط غیرمنصفانه و لزوم بی‌اثرکردن آن‌ها، بر مبنای قواعد عمومی «نفی ضرر» و «رعایت عدالت در مبادلات»، مورد اتفاق گسترده فقه اسلامی (اعم از امامیه و اهل سنت) است و این همگرایی فقهی، بستر مناسبی را برای مشروعیت‌زدایی از شروط تحمیلی در قراردادهای نشر فراهم می‌آورد.

### نتیجه‌گیری

همان‌گونه که بیان شد، در قراردادهای آثار ادبی و هنری با توجه به نوع مبیع و معنوی بودن آن، تعیین ثمن امری دشوار است، به‌همین دلیل در این نوع قرارداد در مقایسه با سایر قراردادها بیشتر با شروط غیرمنصفانه مواجه می‌شویم.

شروط غیرمنصفانه در قراردادهای ادبی و هنری می‌تواند به تضعیف حقوق مؤلفان و هنرمندان منجر شود و در نهایت، انگیزه‌های خلاقانه آن‌ها را کاهش دهد. با توجه به مبانی فقهی و حقوقی، لازم است تا چهارچوب‌های قراردادی به گونه‌ای تنظیم شوند که حقوق طرفین، به‌ویژه طرف ضعیف‌تر، به‌طور کامل رعایت شود. این پژوهش نشان داد که استفاده از اصول فقهی همچون لاضرر و عدالت در کنار قواعد حقوق موضوعه می‌تواند راهگشای شناسایی و اصلاح شروط غیرمنصفانه باشد.

در زمینه مقابله با شروط غیرمنصفانه در قراردادهای نشر آثار ادبی و هنری، در ایران قانون یا مقررات خاصی پیش‌بینی نشده است و برای جلوگیری از این شروط، فقط می‌توان به قواعد کلی فقهی همچون قاعده لاضرر، تسلیط، غبن و سوءاستفاده از حق استناد نمود.

در حقوق ایران نیز تا زمانی که مداخله جدی تقنینی محقق نشده، مقابله با غیرمنصفانگی در قراردادهای نشر آثار ادبی و هنری از طریق توسل به مبانی موجود و قواعد عمومی قراردادها امکان‌پذیر است که این مبانی عبارت‌اند از: استناد به نظم عمومی، قاعده لاضرر و سوءاستفاده از

وضعیت اضطرار. پذیرش چنین راهکاری منجر به اعمال ضمانت اجرای بطلان در صورت مخالف بودن شرط غیرمنصفانه با نظم عمومی اقتصادی بوده، در فرض تعارض آن با قاعده لاضرر نیز همین راهکار اعمال خواهد شد. عدم نفوذ قرارداد در فرض تحقق سوءاستفاده از وضعیت اضطرار، ضمانت اجرای غیرمنصفانگی شرط در حقوق ایران خواهد بود.

پیشنهاد می‌شود که در راستای حل این موضوع قوانین مرتبط با حقوق مؤلفان و هنرمندان به گونه‌ای تنظیم شود که از وقوع شروط غیرمنصفانه جلوگیری کند و همچنین آموزش حقوق قراردادها و نحوه شناسایی شروط غیرمنصفانه به مؤلفان و هنرمندان می‌تواند به کاهش سوءاستفاده‌های قراردادی کمک کند.

تعیین ثمن و دستمزد در قراردادهای واگذاری آثار ادبی و هنری به دلیل ماهیت معنوی، کیفی و غیرمادی این آثار همواره با ابهام و دشواری‌های فراوانی همراه است؛ به همین دلیل، در فضای عملی این نوع قراردادها، پدیدآوردگان بیش از سایر حوزه‌های معاملاتی با شروط یک‌طرفه و غیرمنصفانه از سوی طرف مسلط اقتصادی مواجه می‌شوند.

### پیشنهادها

- ۱- قوه مقننه لایحه جامع حمایت از حقوق مالکیت ادبی و هنری را به سرانجام برساند و فصلی مجزا به «قراردادهای بهره‌برداری» اختصاص دهد و به صراحت شروط غیرمنصفانه رایج (مانند سلب ابدی حق واگذاری) باطل و بلااثر اعلام شود.
- ۲- در پرونده‌های دعاوی کپی‌رایت، با تکیه بر امارات قضائی و ارجاع امر به کارشناسان رسمی، مفاد قرارداد را با نمونه قراردادهای استاندارد مقایسه کرده و در صورت احراز عدم توازن فاحش، به استناد مواد ۹۷۵ قانون مدنی و ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، از اجرای شروط غیرمنصفانه خودداری نمایند.

### منابع

#### قرآن کریم.

- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۶۳). *من لا یحضره الفقیه*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن رشد، محمد بن احمد (۱۹۹۵م). *بدایة المجتهد و نهایة المقتصد*. بیروت: دارالفکر.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۰۵ق). *المعنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل الشیبانی*. بیروت: دارالفکر.
- اکبرینه، پروین (۱۳۹۱). منع از سوءاستفاده از حقوق عینی در قانون مدنی. *فصلنامه فقه و مبانی*

- حقوق اسلامی، ۴(۱۲-۱۳)، ۱-۲۳.
- امامی، حسن (۱۳۶۲). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.
- امانی، مسعود و حسینی، محمد مهدی (۱۳۹۶). مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیر منصفانه. فصلنامه قضاوت، ۱۷(۹۱)، ۶۱-۸۸.
- انصاری، علی (۱۳۸۸). تئوری حسن نیت در قراردادها. تهران: انتشارات جنگل.
- تبریزی، جواد (۱۴۲۷ق). صراط النجاه. قم: دارالصدیقه الشهیده.
- تقی زاده، ابراهیم و احمدی، افشین (۱۳۹۶). جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۳(۱۰)، ۹-۴۲.
- حاجی پور، مرتضی (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی اصل حسن نیت در حقوق قرارداد. رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- حراملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- حراملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام).
- خمینی، سید روح الله (۱۳۷۹). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه چاپ و نشر عروج.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۹۰ق). تحریر الوسیله. نجف: دار الکتب العلمیه.
- خندانی، پدram (۱۳۸۲). حمایت از مصرف کننده در قانون تجارت الکترونیک. رساله دکتری، حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.
- دادخواه، علی (۱۳۹۰). بررسی فقهی، حقوقی قاعده عدل و انصاف. پایان نامه کارشناسی ارشد، با راهنمایی علی مظهر ملکی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران.
- زحیلی، وهبه (۱۴۰۹ق). الفقه الإسلامی وأدلته. دمشق: دارالفکر، طبعه الرابعه.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی. ج اول: اشخاص و اموال، تهران: میزان.
- ضیغم زاده، مسعود و بیاتی، محمد حسین (۱۳۹۶). بررسی مصادیق شروط ناعادلانه قرارداد. دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، ۷(۷)، ۷۵-۹۳.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۰). حاشیه المکاسب. قم: موسسه اسماعیلیان.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی. الطبعة الثانیة، بیروت: موسسه الأعلمی للمطبوعات.
- عادل، مرتضی و شمس الهی، محسن (۱۳۹۷). شروط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف کننده. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، (۲۵)، ۲۰۵-۲۳۳.

- علی عسگری، الهه (۱۳۸۶). بررسی مبانی فقهی منع سوءاستفاده از حق. پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد تهران مرکز.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۰). قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی. تهران: سمت.
- قنواتی، جلیل (۱۳۸۹). اصل آزادی قرار دادی، قراردادها و شروط غیر عادلانه. فصلنامه مطالعات اسلامی، فقه و اصول، ۴۲(۲)، ۱۳۵-۱۵۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). گامی به سوی عدالت. تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). ستایش قرارداد، یا اداره آن. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۵۲(۲۵-۲۶)، ۱۱۱-۱۳۵.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از حقوق مصرف‌کننده. فصلنامه حقوق خصوصی (حقوق سابق)، ۳۸(۳)، ۳۲۷-۳۴۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۵۸). سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۲۱(۱۴۶)، ۱۰۳-۱۱۵.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت. تهران: میزان.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود (۱۴۰۶). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دارالکتب العلمیه، الطبعة الثانية.
- کریمی، هدیه (۱۳۹۹). شروط غیر منصفانه در قراردادهای بهره‌برداري آثار ادبی - هنری. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق مالکیت فکری، دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۰). قواعد فقه، بخش مدنی. تهران: اندیشه‌های نو در علوم انسانی.
- محمدزاده وادقانی، علیرضا (۱۳۹۰). اصول بنیادین حقوق مؤلف و حقوق مجاور در جهان. تهران: میزان.
- محمدی، قاسم و حسنی، محمدمهدی (۱۳۹۳). اعتبار حقوق مالکیت فکری از منظر شرع. مجله پژوهش‌های حقوق خصوصی، ۲(۳)، ۱۳۷-۱۵۰.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۳). قواعد فقه. تهران: اطلاعات.
- مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن (۱۳۷۶). دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام. تهران: نشر میزان.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰). قواعد فقهیه. قم: مدرسه الامام علی ابن ابیطالب (علیه السلام).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۱). نظر چند تن از فقهاء و آیات عظام پیرامون حقوق مالکیت فکری در حقوق مالکیت‌های فکری. به اهتمام وحید اشتیاق، فصلنامه رهنمون، ۲(۳)، ۱۹۳-۲۲۷.
- موحد، محمدعلی (۱۳۹۷). حق و سوءاستفاده از آن. تهران: کارنامه.

موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.  
موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۸). مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی. تهران:  
پژوهشکده امام خمینی (رحمت الله علیه) و انقلاب اسلامی.  
نوروزی، علیرضا (۱۳۸۱). حقوق مالکیت فکری (حق مؤلف و مالکیت صنعتی). تهران: چاپار.  
نوری، حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.  
نووی، ابوزکریا محیی الدین (بی تا). المجموع شرح المذهب (مع تکملة محمد نجیب المطیعی).  
بیروت: دارالفکر.

