

Spark of Creativity or Judgement: Originality Standards

Mehdi Zahedi*

Associate Professor of Public and International Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Shirin Sharifzadeh Tadi

Ph.D. Candidate in Private Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Abstract

Originality is an essential requirement for the copyrightability of any artistic and literary work. Creative works are afforded copyright protection only if they are original. Originality has yet to be defined by international or national laws including Iranian Laws. The judicial interpretation of national laws also differs from one another and there is no consensus on the concept of Originality. Under the traditional approach, Originality is often referred to as to "labor and effort" or "self-expression" of the author, whereas the modern approach is that of "creativity" and exercise of "skill and judgment". However, all legal systems recognize that the work must be independent and not copied from another work. The main question of this article is which approach can strike a balance between authors' rights and public interest to cheaply and easily access artistic works. This article examines originality under different jurisdictions and concludes that the Canadian definition is the more appropriate approach to the said question. Finally, it suggests that the Iranian legislature shall replace the term "creativity" with "skill and judgment" in article 1 section 14 of the copyright bill.

Keywords: Originality, Creativeness, Labor & effort, Skill & Judgement.

* Corresponding Author: M_zahedi@atu.ac.ir

بارقه‌ای از خلاقیت یا انتخابی آگاهانه: معیارهای احراز اصالت

مهدی زاهدی *

دانشیار، گروه حقوق عمومی بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ایران

شیرین شریف‌زاده طادی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

چکیده

اصالت شرط ضروری حمایت از آثار ادبی و هنری است. با این حال هیچ‌یک از مقررات ملی یا بین‌المللی از جمله قوانین ایرانی، اصالت را تعریف نکرده‌اند. رویه قضایی کشورها نیز در ارائه مفهوم و قلمرو اصالت با یکدیگر اتفاق نظر ندارند و معیارهای مختلفی را برای احراز و به وجود آمدن اصالت معرفی می‌نمایند. معیارهای سستی، اصالت را مساوی «کار و تلاش» و یا «تجلی روح و شخصیت خالق» در خلق اثر می‌دانند و معیارهای نوین، آن را به حداقلی از «خلاقیت و ابتکار» و «مهارت و انتخاب آگاهانه» پدیدآورنده مرتبط می‌سازند. با این حال تمامی نظام‌های حقوقی بر کپی نبودن اثر از آثار قبلی اتفاق دارند. سؤال اصلی مقاله آن است که کدام‌یک از معیارهای مطرح شده می‌تواند میان حقوق جامعه در دسترسی آسان و ارزان به آثار و حقوق خصوصی پدیدآورندگان تعادل ایجاد کند. این مقاله ضمن تحلیل این معیارها به این نتیجه دست می‌یابد که معیار کاندایی «مهارت و انتخاب آگاهانه»، معیاری مناسب برای پاسخ به سؤال اصلی این پژوهش است و پیشنهاد می‌دهد که قانون‌گذار در هنگام تصویب لایحه حمایت از مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط، در بند ۱۴ ماده ۱ در تعریف اصالت به جای کلمه «خلاقیت» از عبارت «مهارت و انتخاب آگاهانه» استفاده نماید.

کلیدواژه‌ها: اصالت، خلاقیت، کار و تلاش، مهارت و انتخاب آگاهانه.

مقدمه

اصالت عامل تعیین‌کننده قابلیت کپی‌رایت (حق نشر) آثار ادبی و هنری است. اصالت شرط لازم برای ورود اثر به گستره‌ی حمایت قانون‌گذار است. یک اثر ادبی و هنری دارای بخش‌های متعددی است، اما ممکن است تمام این بخش‌ها مورد حمایت قرار نگیرد؛ زیرا تنها بخشی از اثر مورد حمایت قرار می‌گیرد که بدیع مؤلف باشد. اصالت گاهی به معنی جدید^۱ و قبلاً انجام نشده تلقی می‌شود. با این حال حداقل پنج مفهوم دیگر از اصالت در قوانین و تفسیرهای قضایی دیده شده است. «خلق مستقل»^۲ یا تولید دست‌اول و نه کپی و تقلیدشده، «کار»^۳ به نحوی که اثر حاصل دسترنج، کار و تلاش پدیدآورنده با صرف هزینه باشد. از این مفهوم به معیار «عرق پیشانی»^۴ هم تعبیر شده است. «مهارت»^۵ یا به کارگیری دانش برای خلق اثر توسط پدیدآورنده، «انتخاب»^۶ که منعکس‌کننده‌ی گزینش‌های خلاقانه پدیدآورنده در جریان تولید اثر است و «تجلی روح خالق»^۷ که اثر را بازتابی از شخصیت خاص و منحصر به فرد پدیدآورنده می‌داند.^۸

تلاش برای دستیابی به مفهومی مشترک از اصالت، سالیان متمادی است که رویه قضایی کشورهای مختلف را به خود مشغول ساخته است. در فقدان تعریف واحد از مفهوم اصالت توسط قانون‌گذاران ملی و بین‌المللی، وظیفه‌ی قضات در هر حوزه قضایی برای تفسیر مفهوم اصالت، اهمیت بیشتری پیدا کرده است.

تمامی دادگاه‌ها معتقدند برای این که اثری اصیل باشد نباید تقلید و کپی باشد، اما این برداشت به معنای ضرورت جدید بودن اثر نیست. اصالت در کپی‌رایت به معنای پدیده‌ای مستقل و منحصر به فرد تعبیر می‌شود. صرف نظر از شایستگی‌های ادبی، زیبایی‌شناختی، ابتکار و ارزش کیفی، اثر باید به طور مستقل توسط نویسنده ایجاد شده باشد. برخی به دلیل اختلاف در ماهیت و طبیعت آثار ادبی و هنری معتقدند اصالت یک مفهوم نسبی است که

1. Novelty

2. Independent Creation

3. Labor

4. Sweat of the brow

5. Skill

6. Choice

7. Self-expression

8. Fisher, W. William, "Recalibrating Originality", *Houston Law Review*, vol. 54: 2 (2016), p. 449.

معانی مختلف بسته به ماهیت اثر مورد نظر دارد، مثلاً اصالت برای عکس‌ها و نقشه‌ها از اصالت برای آثار ادبی متفاوت است و همه این‌ها با اصالت مورد نیاز برای آثار موسیقائی تفاوت دارند؛ لذا اصالت مفهومی فرار و وابسته به اثر است.^۱ با این حال این سؤال مطرح می‌گردد که علی‌رغم تفاوت در آثار آیا می‌توان معیارهایی مشترک و اساسی برای همه آثار در نظر گرفت؟ بررسی رویه قضایی در سال‌های اخیر نشان می‌دهد، هرچند تقریباً هیچ کشوری، تازگی را معیار اصالت قرار نداده است و تمامی دادگاه‌ها معیار خلق مستقل را پذیرفته‌اند، اما برای احراز اصالت آن را به تنهایی کافی نمی‌دانند. به عبارت دیگر شاید بتوان گفت تمامی دادگاه‌ها در همه حوزه‌های قضایی به مفهوم مشترکی از اصالت، خلق مستقل اثر توسط پدیدآورنده نائل آمده‌اند، اما برای این که اثری را اصیل بدانند، این معیار به تنهایی نمی‌تواند کفایت کند؛ بلکه به کارگیری معیارهای دیگر را هم لازم می‌دانند. اختلاف میان نظام‌های حقوقی از همین جا آغاز می‌شود. آمریکا، هلند، بلژیک، فرانسه، ژاپن و چین معیار خلق مستقل را در کنار معیارهای «انتخاب» و «تجلی روح خالق»، کانادا و هند آن را همراه با معیارهای «مهارت» و «انتخاب»، انگلیس «کار»، «مهارت» و «انتخاب» و آفریقای جنوبی و نیوزلند همراه با معیارهای «کار» و «مهارت» لازم می‌دانند و تنها کشور سوئیس است که اصالت را با خلق مستقل اثر همراه با نوآوری و جدید بودن آن، احراز می‌کند.

در کانادا و قبل از سال ۲۰۰۴ معیار «کار» برای احراز اصالت کافی بود، اما دیوان عالی کانادا در این سال روش دیگری را درپیش گرفت. از نظر این دادگاه برای احراز اصالت، خلق یک اثر توسط پدیدآورنده باید همراه با مهارتی مبتنی بر به کارگیری دانش و استعداد تکامل یافته‌ی خالق باشد. هم‌چنین وی باید از بین گزینه‌های مختلف بر اساس قدرت انتخاب و توانایی شخصی‌اش در تصمیم‌گیری گزینش کرده باشد. از نظر دیوان عالی کانادا معیار «مهارت و انتخاب» باید یک تلاش فکری را دربرگیرد. با این حال این دادگاه تأکید می‌کند برای احراز اصالت نه تازگی و جدید بودن لازم است و نه خلاقیت. رویکرد سنتی انگلیس، استرالیا، نیوزلند، هند و آمریکا برای احراز اصالت این بود که فقط ضابطه مهارت و کار کافی است، اما دادگاه عالی آمریکا در سال ۱۹۹۱ اعلام نمود که

1. Versteeg, Russ, "Rethinking Originality", *William & Mary Law Review*, Vol 34 (1993), pp. 804-805.

خلاقیت در حقیقت جزئی از معیار احراز اصالت است.^۱ به نظر این دادگاه، یک اثر ادبی ممکن است حاصل تلاش مستقل پدیدآورنده باشد، اما اگر بخواهد مورد حمایت کپی‌رایت قرار گیرد باید حداقلی از خلاقیت برخوردار باشد؛ بنابراین برای احراز اصالت نه تنها ورود مستقل مؤلف نسبت به اثر لازم است، بلکه اثر باید دارای یک درجه‌ی خلاق نیز باشد؛ یعنی حدی از خلاقیت هرچند ناچیز در ماهیت اثر وجود داشته باشد. دادگاه‌های استرالیا نیز تا قبل از سال ۲۰۰۹ کار و تلاش قابل توجه را برای احراز اصالت کافی می‌دانستند، اما دادگاه عالی استرالیا در این سال از این موضع عدول و اعلام نمود اصالت بر اساس انتخاب‌های خلاقانه که نویسنده در اثر به کار می‌برد و نه بر اساس مهارت و کار وی در تصمیم‌گیری احراز می‌شود.

نظام حقوق نوشته به طور سنتی پذیرفته است که برای احراز اصالت، اثر باید بازتاب شخصیت و روح مؤلف باشد، اما در طول سالیان اخیر دادگاه‌ها در این کشورها نیز فرآیند مشابهی با کشورهای نظیر آمریکا و کانادا را طی نمودند. در رویکرد جدید، احراز اصالت علاوه بر خلق مستقل، منوط به احراز دو موضوع مرتبط دیگر می‌باشد: ۱- اثر منعکس‌کننده‌ی خلاقیت فکری خود نویسنده باشد و ۲- از آنجایی که خالق در هنگام ایجاد اثر قادر به انتخاب‌های نامحدود است، بنابراین تأثیر شخصی خود را بر اثر باقی گذارد. در چنین شرایطی می‌توان گفت اثر بازتاب شخصیت و خلاقیت خردمندانه‌ی مؤلف بوده و لذا شایسته‌ی حمایت قانون است.^۲

قانون حمایت از مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ ایران، بدون آن که اصالت را تعریف کرده باشد آثاری را اصیل و قابل حمایت می‌شمارد که از راه دانش یا هنر و یا ابتکار پدید آمده باشد.

این مقاله کوشش می‌نماید تا با بررسی و تجزیه و تحلیل آرای صادره از حوزه‌های قضایی مختلف در خصوص معیارهای احراز اصالت به این سؤال پاسخ دهد که کدام‌یک از معیارهای اتخاذشده بهتر می‌تواند میان منافع عمومی جامعه در استفاده بیشتر از آثار تولیدشده و منافع خصوصی پدیدآورندگان و بنگاه‌های پخش آثار ایجاد تعادل نماید تا

1. Hariani, Krishna and Hariani, Anirudh, "Analyzing Originality in Copyright Law: Transcending Jurisdictional Disparity", *IDEA-The Intellectual Property Law Review*, Vol. 51 (2011). P 497.

2. Fisher, W. William, Op.Cit, p 443.

ضمن تشویق و ترغیب پدیدآورندگان آثار به تولید بیشتر محصولات فکری ادبی و هنری، آحاد جامعه و عموم مردم بتوانند دسترسی آسان و ارزان به محصولات فرهنگی داشته باشند و همچنین با استفاده از دستاوردهای این تحقیق قانون‌گذار ایرانی را در پذیرش معیارهای قابل قبول‌تر برای احراز اصالت تشویق نمود.

۱. اهمیت و مفهوم اصالت

۱-۱. اهمیت اصالت

خالقان و آفرینندگان واقعی (در معنای مالکیت فکری) محدود هستند. انسان‌ها به دلیل طبیعت وجودی، از بدو تولد متفاوت می‌باشند. برخی قوی هستند، برخی ضعیف، برخی از هوشی برخوردارند که مادر طبیعت از دادن آن به دیگران خودداری کرده است. برخی نوآورند و برخی درگیر تکرار نوآوری دیگران. برخی برخوردار از تخیلی هستند که برای نگارش یک متن ادبی، نواختن و ساخت یک قطعه موسیقی یا انجام یک اختراع آن را به کار می‌گیرند، در حالی که دیگران از دیدن، شنیدن، خواندن یا استفاده از آن‌چه که دیگران ساخته‌اند یا انجام داده‌اند لذت می‌برند. برخی به دنبال فعالیت خلاق هستند برخی فقط می‌خواهند لذت مصرف را حس کنند، با این حال هیچ کدام از این دو گروه از دیگری جدا نیستند؛ زیرا فعالیت خلاق، تنها در حضور مصرف‌کننده معنا می‌یابد. شاید زندگی بدون حضور خالقان ادامه پیدا کند، اما کافی است جهانی را بدون شعر، موسیقی، چرخ، کامپیوتر، هواپیما، تلویزیون و دارو تصور کنید. تصور زندگی در چنین جهانی بسیار دشوار است.

آثاری که محصول فعالیت فکری انسان هستند، نتیجه‌ی یک تلاش آگاهانه می‌باشند، تلاش آگاهانه‌ای که مخرج مشترک هر عمل خلاقانه‌ای قلمداد می‌شود. عمل آگاهانه‌ی خلقت، مخصوص هر انسانی است که معنای تناسب را می‌داند و صداهای دل‌نشین، گوش او را می‌نوازد. انسانی که به زیبایی پاسخ می‌دهد، توانایی تحقیق و اختراع، توانایی تقابل با مفاهیم نظری و درک پدیده‌های پیرامونی را دارد، انسانی که از ظرفیت و توانایی لازم برای این که بتواند طبیعت را در خدمت به خود وادار سازد، برخوردار است.

این تلاش آگاهانه‌ی خلق برای آن که مورد حمایت کپی‌رایت قرار گیرد باید اصیل باشد. تاجایی که مدنظر حقوق آفرینش‌های ادبی و هنری است، اصیل بودن یک اثر به

معنای طرح شخصیت فرد، تبلور تخیل او در قالب حروف، نقش‌ها، نُت‌ها، تصاویر و به‌طور کلی هر چارچوبی است که شخص برای بیان ایده‌هایش انتخاب می‌کند؛ به عبارت دیگر می‌توان اصالت را به‌عنوان بسط یگانگی و شخصیت خالق قلمداد کرد؛ زیرا هر آن‌چه توسط حقوق مالکیت ادبی و هنری حمایت می‌شود، عین شخصیت خالق است که به‌واسطه‌ی اصالت او در اثر متجلی می‌شود.^۱

اصالت تجلی‌گاه ویژگی‌های فردی پدیدآورنده است و از این‌رو به خلاقیت فکری مخصوص پدیدآورنده توصیف می‌شود.^۲

از همین‌رو تمامی نظام‌های حقوقی ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی به‌صورت صریح یا ضمنی، شرط اصالت را به‌عنوان شرط اصلی ماهوی جهت حمایت آثار ادبی و هنری تعیین نموده‌اند.

آثار برخوردار از اصالت، حمایت کامل حقوق مالکیت ادبی و هنری را دریافت می‌کنند حتی زمانی که این اصالت بسیار کم باشد. تمام پدیدآورندگان آثار، از آثار دارای سطح بالای اصالت تا آثار با اصالت کم، این اختیار را دارند که دیگران را از کپی کردن آثارشان منع کنند و در قبال چنین کپی‌کردنی خسارت دریافت کنند.^۳

۱-۲. تعریف اصالت

با این که اصالت شرط لازم برای برخوردارگی از حقوق قانونی در آثار ادبی و هنری است و این الزام در قانون‌گذاری کشورهای مختلف، منعکس و همواره بر این مهم تأکید شده که تنها آثار و بیاناتی مشمول حمایت قانونی هستند که اصیل باشند، با این وجود هیچ‌یک از این مقررات، اصالت را تعریف نمی‌کنند. در نتیجه در هر حوزه قضایی تعریف و قلمرو اصالت با توجه به تفسیر قضایی قابل درک است. هرچند رویه‌ی قضایی کشورهای مختلف در ارائه مفهوم و قلمرو اصالت با یکدیگر اتفاق نظر ندارند، لیکن درک مشترکی از مفهوم

1. Ros, Vioral and Livadariu, Andreea, "Originality-Condition for Protection of Scientific Works, Challenging of the Knowledge Society. Intellectual Property Law", *Nicolae Titulescu University House Romania*, Vol. 4 (1), (2014), p. 464.

۲. محمدی، پژمان، «نقد یک رأی در مورد مالکیت ادبی و هنری»، مفهوم معیارهای اثر و نقض حقوق مالی آن»، فصلنامه

حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۱، ص ۲۷۶.

3. Parchomosky, Gideon, Stein, Alex, "Originality", *Virginia Law Review*, Vol. 95 (2009), p. 1533.

اصالت در میان تمامی نظام‌های حقوقی وجود دارد و این درک بر این اساس است که اثر باید از نویسنده آغاز شود.^۱

برای احراز اصالت، ضروری است که خالق اثر، مستقل عمل کند. قانون معمولاً اصالت را ترکیبی از مهارت^۲، کوشش^۳ و انتخاب^۴ می‌داند. پدیدآورنده باید برخی مهارت‌ها و تلاش‌های خود را در اثر منعکس کند و اگر از آثار دیگران استفاده کرده نشان دهد که این استفاده به صورت حداقلی بوده و اثر او با بیانی مستقل خلق گردیده است؛ بنابراین هنگام مقایسه اثر با کارهای پیشین که خالق از آن آگاه بوده باید «تفاوت قابل تشخیص»^۵ احساس شود و بتوان به این نتیجه رسید که اثر بر مبنای تلاش مستقل وی به وجود آمده است. این که چه حدی از تنوع و تغییر لازم است سؤالی است که پاسخ به آن دشوار است و نمی‌توان آن را به نحو قطعی مشخص کرد.^۶

از آن جایی که قوانین و رویه قضایی مربوط به مالکیت ادبی و هنری، اصالت را به روشنی تعریف نکرده‌اند، امروزه نگرش واحدی درباره‌ی اصالت وجود ندارد و مفهومی مبهم تلقی می‌شود. قانون‌گذاران و دادگاه‌ها علاوه بر ناتوانی در ارائه تعریف کاملی از اصالت، استانداردهای دقیق و مشخصی نیز برای تعیین معیارهای احراز اصالت وضع ننموده‌اند. برخی در پی آن بوده‌اند که نشان دهند، اصالت مفهومی نسبی است و معانی مختلفی بسته به ماهیت اثر دارد. مثلاً تعریف اصالت برای نقشه‌ها، عکس‌ها، ادبیات، موسیقی با یکدیگر متفاوت است، حال آن‌که برخی دیگر معتقدند بر اساس مبانی و ماهیت حقوق مالکیت ادبی و هنری، اصالت نباید مفهومی فرار و وابسته به ماهیت اثر باشد، بلکه باید برای همه‌ی مصادیق آثار یک معنای محوری و اساسی را در برگیرد.^۷

علی‌رغم عدم تعریف دقیق اصالت، دادگاه‌ها برای احراز اصالت دو نکته را در نظر می‌گیرند. نخست آن که اصالت از تازگی متفاوت است. برای اصیل بودن، اثر باید حاصل خلاقیت مستقل باشد و کپی از آثار دیگران نباشد. دوم آن که اثر باید دارای ویژگی‌های

1. Hariani, Krishna and Hariani, Anirudh, Analyzing, Op.Cit. P 492.

2. Skill

3. Labor

4. Judgment

5. Distinguishable variation

6. Ibid. p 494

7. Versteeg, Russ, Op.Cit. p. 804.

فردی و شخصی پدیدآورنده باشد و تفاوت قابل تشخیصی را با سایر آثار داشته باشد. به عبارت دیگر پدیدآورنده باید چیزی بیش از تغییرات پیش‌پا افتاده و بدیهی ایجاد کند، چیزی که مربوط به خود او تلقی گردد.^۱

اصالت نیازمند فکر نو و یا شایستگی زیبایی‌شناسانه نیست. کلمه و اصطلاح «اصالت» در زبان انگلیسی مشتق از اصطلاح «مبدأ»^۲ است تا زمانی که اثر از نویسنده آغاز شود، حقوق مالکیت ادبی و هنری آن را به‌عنوان «اصیل» در نظر می‌گیرد. برای احراز اصالت تنها این نکته در نظر گرفته می‌شود که در خلق اثر آیا تلاش مستقلی از سوی پدیدآورنده صورت گرفته است یا خیر؟

اصالت دارای مفهومی کیفی و در عین حال یک مفهوم کمی نیز هست. بسیاری از بیانات کوتاه مانند کلمات، عناوین، جملات و شعارها مشمول حمایت حقوق مالکیت ادبی و هنری نمی‌شوند؛ زیرا برای احراز اصالت، میزان سهم مستقل خالق نمی‌تواند ناچیز باشد. اصالت همچنین دارای مفهوم کیفی است، اما معیارهای کیفی بسیار ذهنی هستند و هیچ معیار و ابزاری برای سنجش و اندازه‌گیری کیفیت در حقوق مالکیت ادبی و هنری وجود ندارد. اثری که یک قاضی ممکن است فاقد کیفیت تشخیص دهد ممکن است دیگران (عموم یا کارشناسان) دارای کیفیت بالایی بدانند یا بالعکس.^۳

۱-۳. وجوه اشتراک و افتراق نظام‌های حقوقی در ارائه‌ی مفهوم اصالت

با این که در تمامی نظام‌های حقوقی ملی، یک اثر در صورتی واجد شرایط حمایت است که دارای اصالت باشد، اما تفسیر هر یک از این نظام‌ها از مفهوم اصالت با یکدیگر متفاوت است.

در قوانین ملی کشورهای مختلف، اثر اصیل اثری است که به‌طور مستقل ایجاد شده و از آثار دیگران کپی نشده باشد. در مورد این ویژگی، هیچ مناقشه‌ای وجود ندارد و تمامی نظام‌های حقوقی آن را پذیرفته‌اند، لیکن برخی کشورها این ویژگی را به‌تنهایی کافی نمی‌دانند و شرط دیگری را برای احراز اصالت الزامی می‌دانند. در رویه قضایی این نظام‌ها پذیرفته شده که اثر علاوه بر این که نباید کپی از آثار پیش از خود باشد باید حداقلی از

1. Ibid, p 807

2. Origin

3. Hariani, Krishna, Op.Cit. p. 497.

خلاقیت و نوآوری را نیز داشته باشد. این ویژگی الزامی برای احراز مفهوم اصالت، اختلافات قابل توجهی را میان نظام‌های حقوقی به وجود آورده است. بیست‌ونهم سال پیش، کشورهای مختلف در خصوص نوع و میزان مشارکت پدیدآورندگان در به وجود آوردن آثار جهت برخورداری از حمایت نظام مالکیت فکری، نظرات مختلفی داشتند. کشورهای دارای سیستم قضایی کامن‌لا، معمولاً معیارهای ملایم‌تری را اعمال می‌کنند. در حالی که حوزه‌های قضایی مبتنی بر نظام رومی-ژرمنی، سخت‌گیرتر بوده‌اند. مثلاً در ایالات متحده و سایر کشورهای کامن‌لا، تقریباً تمام عکس‌ها، از جمله عکس‌های فوری که توسط افراد غیرحرفه‌ای و با دوربین‌های غیرحرفه‌ای گرفته شده بودند، به اندازه کافی اصیل در نظر گرفته می‌شدند و در نتیجه مورد حمایت قرار می‌گرفتند. در حالی که در کشوری مانند اتریش، عکس‌ها فقط در صورتی مورد حمایت نظام مالکیت ادبی و هنری بودند که از عکس‌های قبلی متفاوت می‌بودند، اما در دهه‌ی ۱۹۹۰ با صدور تفسیری که دادگاه عالی آمریکا در قضیه «فیست»^۱، ارائه داد چندین حوزه قضایی، تفسیرهای خود را از الزامات مربوط به مفهوم اصالت یا شفاف کردند به گونه‌ای که میزان اختلاف به طور قابل توجهی کاهش یافت. نظر مشهور قاضی اوکانر^۲ در قضیه فیست، دکترین ایالات متحده را از دو منظر شفاف نمود. ابتدا اوکانر تبیین کرد که برای احراز اصالت حداقلی از خلاقیت ضروری است و از این روی اصطلاح مشهور «عرق جبین» را رد نمود، اصطلاحی که برخی از دادگاه‌های تالی از آن برای حمایت از کارهایی که در کل خلاقانه نبودند ولی کار و تلاش برای تولید آن‌ها لازم بود، استفاده می‌کردند. دوم این که او به وضوح اعلام کرد که برای احراز اصالت، درجه خلاقیت مورد نیاز در اثر نباید لزوماً زیاد باشد و حداقلی از خلاقیت کافی است: «سطح بسیار کمی از خلاقیت مورد نیاز است و حتی مقدار کمی از آن نیز کافی خواهد بود»^۳.

بعدها و در سال ۲۰۰۴ دکترین فیست توسط دیوان عالی کانادا در پرونده کانون و کلای اُنتاریو علیه شرکت کانادایی با مسئولیت محدود سی سی اچ^۴ به شرح ذیل تعدیل شد: «به

1. Fiest publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499US.340 (1991)

2. O'connor

3. Fisher, W. William, Op Cit, pp. 438-439.

4. CCH Canadian Ltd v. Law Society of upper Canada (2004)1SCR 339 (CCH)

در مورد این پرونده به طور مفصل در بخش ۲-۴ بحث خواهد شد

منظور احراز اصالت، خلق یک اثر باید شامل مهارت و انتخاب^۱ باشد. دیوان «مهارت» را به عنوان استفاده از دانش فرد و یا توانایی مبتنی بر ممارست در تولید یک اثر و «انتخاب» را ارزیابی از طریق مقایسه‌ی گزینه‌های مختلف در تهیه‌ی اثر توصیف کرد.^۲ بر طبق این رأی و برای احراز اصالت هر دو عنصر ضروری است، عناصری که مستلزم تلاش فکری می‌باشند و صرف انجام اقدامات فنی مثل تغییر شکل و فونت کلمات را شامل نمی‌شود. با این حال خلاقیت، نوآوری و پیچیدگی برای خلق یک اثر لازم نیست. پس از صدور این حکم، دادگاه‌های کانادایی در زمان احراز اصالت بر این نکته توجه دارند که اثر تا چه میزان با انتخاب‌های عمدی و آگاهانه‌ی پدیدآورنده به وجود آمده است و از اصطلاح «خلاقیت» استفاده نمی‌کنند.^۳

در کشورهای اروپایی، دیوان دادگستری اروپا^۴ فرآیند مشابهی برای شفاف‌سازی در مفهوم اصالت و هماهنگی میان کشورهای عضو به وجود آورده است. تصمیم‌گیری‌های بین سال‌های ۲۰۰۹ و ۲۰۱۲، تعریف جدیدی از اصالت ارائه و در آرای مختلف تصریح شد. ریشه‌ی اصلی این رویکرد جدید، دستورالعمل‌های تعیین استانداردهای اصالت مربوط به نرم‌افزارهای کامپیوتری، عکاسی و پایگاه‌های داده بود که جهت یکسان‌سازی و هماهنگی میان کشورهای اروپایی صادر شده بود و به همه‌ی آثار مشمول حقوق مالکیت ادبی و هنری تسری یافت. به موجب رویکرد جدید برای آن که اثری واجد شرایط برای حمایت گردد علاوه بر خلق مستقل بایستی واجد دو ویژگی ضروری دیگر نیز باشند: ۱- اثر باید منعکس‌کننده‌ی خلاقیت فکری خود پدیدآورنده باشد و ۲- پدیدآورنده در هنگام ایجاد اثر به دلیل توانایی بر انتخاب‌های نامحدود، تأثیر شخصی خود را بر اثر گذاشته باشد. استاندارد جدید به طور گسترده‌ای برای ایجاد مصالحه بین قوانین سخت‌تر که قبلاً در بسیاری از کشورها وجود داشته و رویکرد ملایم‌تر که قبلاً در ایرلند و انگلستان استفاده می‌شد، مورد توجه قرار گرفت.^۵

1. Skill and Judgment

2. Hutchison, Cameron, "Insight from Psychology for copyright's originality doctrine", *The Intellectual Property Review*, vol. 52 (2012), p. 110.

3. Fisher, W. William, Op.Cit, p 441.

4. The European Court of Justice

5. Ibid, p 443.

با این حال بریتانیا، تنها کشور اروپایی است که رویکرد آن به اصالت تا حدی متفاوت از استاندارد پیش گفته است. در دهه‌های گذشته، انگلستان به روشنی از معیار «عرق جبین» استفاده می‌کرد. در چند سال گذشته، فشارهایی بر این کشور جهت هماهنگی با نظام حقوقی اتحادیه‌ی اروپا به وجود آمد که اکنون و در آستانه‌ی خروج انگلستان از اتحادیه، به نظر می‌رسد دادگاه‌های انگلیس می‌توانند اگر بخواهند اعتبار موضع سنتی خود را تأیید و بر رویکرد خود پافشاری نمایند. بر مبنای این معیار، هر اثر ادبی و هنری صرف نظر از این که پدیدآورنده انتخاب‌های آگاهانه و خلاقانه را انجام داده باشد یا نه به صرف این که حاصل تلاش و سعی خالق آن باشد، قابل حمایت است. در مجموع می‌توان گفت در بیست و پنج سال گذشته، تعاریف و الزاماتی که برای اصیل بودن یک اثر توسط رویه قضایی لازم شمرده شده، توانسته اختلافات بین حوزه‌های قضایی را کاهش دهد. با این حال این اختلافات همچنان باقی است. برخی از کشورهای کامن‌لایی استانداردها و معیارهای خود را سخت‌تر کرده‌اند و کشورهای پیرو نظام رومی ژرمنی، معیارهای خود را تا اندازه‌ای تضعیف نموده‌اند، اما همچنان توجه و تأکید خاصی بر این نکته دارند که اثر باید نشان‌دهنده‌ی شخصیت خالق باشد. علاوه بر این، همه کشورها در روند هماهنگ‌سازی شرکت نکرده‌اند. حداقل در حوزه قضایی کامن‌لا، معیار «عرق جبین» همچنان اعمال می‌شود. دادگاه‌ها در نیوزلند همچنان بر این موضع پافشاری می‌کنند که هیچ چیز بیش از حداقل مهارت و تلاش برای احراز اصالت لازم نیست. به طور مشابه در آفریقای جنوبی، دادگاه‌ها معتقدند که اصالت به مهارت اشاره دارد و به خلاقیت نیازی ندارد. آنان به صراحت از پیروی از ایالات متحده آمریکا خودداری می‌کنند.^۱

۲. معیارهای احراز اصالت

درک متفاوت قانون‌گذاران ملی در تعریف و ارائه‌ی مفهوم واحدی از اصالت و معیارهای احراز آن موجب تشتت آراء در رویه قضایی و دکترین حقوقی گردیده است. همچنین کنوانسیون‌ها و مقررات بین‌المللی ضمن پذیرش لزوم اصیل بودن اثر برای برخورداری از حمایت قانونی، از تعریف و ارائه معیارهای احراز آن اجتناب ورزیده‌اند و آن را به

1. Ibid, p 447.

قانون‌گذاران ملی واگذار کرده‌اند. در این مبحث به بررسی، تجزیه و تحلیل و نقد معیارهای شناخته‌شده در کشورهای مختلف برای احراز اصالت می‌پردازیم.

۱-۲. معیار عرق پیشانی

به‌طور سنتی دادگاه‌های انگلیس معیار عرق پیشانی را برای احراز اصالت در آثار ادبی و هنری در نظر می‌گیرند. از نظر دادگاه‌های این کشور، تمامی آثار نشأت گرفته از پدیدآورنده که حاصل مهارت، کار، تلاش^۱، صرف هزینه^۲ و انتخاب خود پدیدآورنده باشد، حمایت کپی‌رایت را به دست می‌آورند. البته لازم نیست همه‌ی این معیارها با هم وجود داشته باشند. رویه‌ی قضایی انگلیس تأکید می‌کند که برای احراز اصالت لازم نیست اثر دربردارنده‌ی اصالت هنری^۳، نبوغ^۴، خلاقیت^۵ و یا تازگی^۶ باشد.^۷

معیار عرق پیشانی از مهارت و کار به‌عنوان پیش‌شرط‌های اساسی برای احراز اصالت یاد می‌کند. در بریتانیا این استاندارد ابتدا در دعوی والتر علیه لین^۸ به کار گرفته شد. در این دعوا خبرنگار لین، سخنرانی یک سیاستمدار را در روزنامه چاپ نمود. این متن تندنویسی شده، بدون کسب اجازه از لین توسط روزنامه والتر استفاده شد، در دعوی که متعاقباً لین علیه والتر مطرح نمود، خواننده در مقام دفاع ادعا نمود که اثر خواهان فاقد اصالت لازم برای حمایت کپی‌رایت است، ولی مجلس اعیان در حکم نهایی خود تصریح نمود که با توجه به کار و مهارت گزارشگر، این اثر مشمول حمایت کپی‌رایت می‌باشد. اگرچه این پرونده در زمان حکومت قانون قدیمی انگلستان (مصوب ۱۸۴۲) که در آن معیارهایی برای ارزیابی و حمایت کپی‌رایت وجود نداشت، مورد رسیدگی قرار گرفت با این وجود، حتی پس از تصویب قانون ۱۹۰۹ که حامی کپی‌رایت و دربردارنده معیارهای

1. Effort

2. Expenses

3. Artistic originality

4. Ingenuity

5. Creativity

6. Novelty

7. Rahmatian, Andreas, "Originality in UK Copyright Law: the old Skill & Labour Doctrine under Pressure", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 44 (2013), P 12.

8. *Walter v. Lane* AC 539 (1900)

حمایتی بود، دادگاه‌ها همچنان معیار عرق پیشانی یا همان عنصر «تلاش و مهارت» را بدون نیاز به خلاقیت، مدنظر قرار می‌دهند.^۱

در پرونده روزنامه اکسپرس علیه شرکت انگلیسی با مسئولیت محدود اخبار^۲ دادگاه در سال ۱۹۹۰ مدت‌ها پس از تصویب قانون کپی‌رایت ۱۹۰۹، اذعان داشت که تصمیم اتخاذشده در دعوی والتر علیه لین هنوز قاعده و منبع مناسبی برای تصمیمات مشابه است و در نتیجه بیانات اشخاص در مصاحبه‌ها نمی‌تواند توسط مجله‌های رقیب مورد استفاده قرار گیرند. این رأی در سال ۱۹۹۰ نشان داد که رویکرد بریتانیا در احراز اصالت همانند اوایل دهه‌ی ۱۹۰۰ باقی مانده است. این رویکرد حاکی از آن است که وقتی شخصی کارآمد، اطلاعات واقعی را جمع‌آوری می‌کند و سپس این اطلاعات را به نوعی ویرایش می‌نماید، بیانات وی به صورت اصیل در نظر گرفته می‌شود و تحت حمایت کپی‌رایت قرار می‌گیرد.^۳

همان‌طور که گفته شد در نظام حقوقی انگلستان، یک اثر هنگامی اصیل تلقی می‌شود که آن اثر از مهارت، کار و انتخاب پدیدآورنده و با صرف هزینه نشأت گرفته باشد. با این حال حقوق مالکیت ادبی و هنری انگلستان از صرف کار - در صورتی که اثر تماماً کپی از آثار دیگران باشد - حمایت نمی‌نماید. کار صرف قابل حمایت نیست، بلکه ضروری است که کار با مهارت پدیدآورنده توأم و به اندازه کافی توسط وی برای به وجود آوردن اثر هزینه (اعم از مال و وقت) شود تا اثر ادبی و هنری از برخی کیفیت‌ها و ویژگی‌های خاص بهره‌مند شود به نحوی که اثر به وجود آمده از مواد خام استفاده شده برای آن متمایز باشد.^۴

از منظر عدالت و انصاف، حق یک پدیدآورنده بر اثرش از جمله حقوق طبیعی است. پذیرش معیار عرق پیشانی خالق در حقوق انگلیس از این منظر دارای اهمیت زیادی است و تصور می‌شود این دیدگاه می‌تواند راه‌حلی برای مقابله با بی‌عدالتی، استفاده و

1. Fenzel, Cristin, "Still Life With "Spark" and "Sweat": The Copyright Ability of Contemporary Art in the United State and United Kingdom", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 24 (2007), P 571.

2. Express Newspaper PLC v. News (UK) ltd (1990) 1 WLR 1320.

3. Hariani, Krishna, Op.Cit, P. 498.

4. Langwallner, David, "Originality in Copyright Law after Feist and CCH Canadian", *2IBLQ* (2007).

بهره‌برداری ناروا از آثار دیگران توسط کسانی که خود، محصول را نکاشته‌اند، در حقوق کپی‌رایت باشد. تصمیم‌گیری مجلس اعیان در دعوی والتر علیه لین، مثالی ملموس از چنین رویکردی است. موضوع دعوی درباره‌ی سخنرانی‌های عمومی متعدد انجام‌شده توسط کنت زبربی^۱ بود. روزنامه‌نگاران در این سخنرانی‌ها شرکت می‌کردند و آن‌ها را با جزئیات در روزنامه‌ی تایمز گزارش می‌کردند. مدتی پس از چاپ و انتشار این گزارش‌ها، خواننده کتابی حاوی آن سخنرانی‌ها منتشر کرد که از یادداشت‌های روزنامه شکل گرفته بود. روزنامه تایمز برای نقض کپی‌رایت توسط لین اقامه دعوی نمود. اگرچه دادگاه بدوی رأی به نفع روزنامه تایمز صادر کرد، لیکن دادگاه تجدیدنظر این رأی را نقض کرد. متعاقباً تایمز از مجلس اعیان^۲ درخواست فرجام‌خواهی کرد. کمیته قضایی مجلس اعیان که از پنج قاضی تشکیل شده بود چهار رأی خود را (کنت هالسبری^۳، لرد جیمز هرفورد^۴، لرد دیوی^۵ و لرد برامپتون^۶) به نفع خواهان صادر نمود، اما قاضی پنجم لرد روبرستون^۷ رأی مخالف داد.

دادگاه تجدیدنظر که دادنامه بدوی را نقض کرده بود اعتقاد داشت، گزارش مکتوب یک سخنرانی مشمول حمایت کپی‌رایت نمی‌باشد؛ زیرا گزارش‌گران، نویسنده و پدیدآورنده محسوب نمی‌شوند، اما کمیته قضایی مجلس اعیان این نظر را نپذیرفت. از نظر قاضی هالسبری، رأی دادگاه تجدیدنظر بر اساس تفسیری بسیار مضیق و گمراه‌کننده از واژه «مؤلف» شکل گرفته است. از نظر وی معنای عادی یا عمومی «مؤلف» هر چه باشد گزارش‌گران را نمی‌تواند از شمول حمایت کپی‌رایت مستثنی سازد. از نظر هالسبری با توجه به اهداف کپی‌رایت هیچ تمایز معناداری میان مؤلف و نویسنده و به همان نسبت تألیف و اثر وجود ندارد. از نظر او هدف کپی‌رایت، حمایت از کار خاص پدیدآورندگی نیست، بلکه بیشتر حمایت از خلق اثر است. آن‌چه که در خطر است

1. Earl of Rosebery
2. House of Lords
3. Earl of Halsbury L.C
4. Lord James of Hereford
5. Lord Davey
6. Lord Brampton
7. Lord Robertson

بی‌عدالتی دردناک در استفاده نادرست از زحمات فردی دیگر و برداشت از چیزی است که دیگری کاشته است.^۱

لرد جیمز اگرچه در نهایت با لرد هالسبری موافق است، اما از دیدگاه او، گزارش سخنرانی موضوعی متفاوت و فراتر از خود سخنرانی است. لرد جیمز این «چیز متفاوت» و مرموز را هنر گزارشگر می‌داند. نوشتن کلمات سخنران مخصوصاً یک سخنرانی سریع نیازمند آموختن مهارت‌هایی است که گزارشگران کم‌مهارت از اعمال دقیق آن عاجزند. لرد جیمز نتیجه می‌گیرد بر اساس این مهارت یک «گزارشگر سخنرانی» شایسته این حق است که با توجه به اهداف قانون کپی‌رایت، یک نویسنده تلقی شود. این در حالیست که به عقیده‌ی لرد روبرستون، یک گزارشگر در شکل‌گیری مبحث اصلی اثر دخالت ندارد، بلکه به‌عنوان یک گردآورنده، عمل می‌کند. از نظر روبروستون، برای آن که شخصی مؤلف یا نویسنده تلقی شود باید دارای استعداد یا مهارتی باشد که به‌واسطه‌ی آن افکارش در اثر تجلی پیدا کند. به‌عبارت‌دیگر تألیف، فرآیند ساختاری درج تفکرات است. این تفسیر از نویسندگی با ملاک‌های ارائه‌شده در قانون کپی‌رایت نیز کاملاً هماهنگ است. لرد روبرستون حق کپی‌رایت را به‌عنوان شناسایی قانونی رابطه‌ای خاص میان پدیدآورنده و اثرش می‌داند. از نظر وی هرچند گزارش‌گران هم نوعی رابطه‌ی خاص با گزارششان دارند و هیچ‌چیزی لزوماً ما را از احترام به این رابطه باز نمی‌دارد، اما این رابطه نمی‌تواند موجب حمایت کپی‌رایت گردد؛ زیرا آن‌چه که موجب حمایت کپی‌رایت می‌گردد رابطه‌ی خاص پدیدآورندگی میان پدیدآورنده و اثر است ولی رابطه‌ی خاصی که میان گزارش‌گران با گزارش و تندنویسان با اثر وجود دارد، هر چه باشد پدیدآورندگی نیست؛ لذا تندنویس، نویسنده و پدیدآورنده محسوب نمی‌شود.^۲

1. Drassinower, Abraham, "Sweat of the brow, creativity and authorship: on originality in Canadian copyright law", *University of Ottawa law & technology journal*, vol. 1 (2003-2004), P 113.

2. Ibid. P 114-115

۲-۲. معیار جرقه

در سال ۱۹۹۱ شرکت خدمات تلفن فیست^۱، یک دفترچه راهنمای جامع با صفحات سفید^۲ که شامل ۱۱ خدمت تلفنی متفاوت در منطقه شمال غربی کانزاس آمریکا بود منتشر کرد. او از بین ۱۱ شرکت تلفن، اجازه ۱۰ شرکت را برای استفاده از فهرست محلی آن‌ها گرفت تا یک دفترچه راهنمای همه‌جانبه حاوی مشخصات چهل و هفت هزار فرد را به وجود آورد. شرکت خدمات تلفنی رورال^۳ درخواست فیست برای کپی از ۷۷۰۰ فهرست تلفن خود را نپذیرفت. علی‌رغم عدم اخذ اجازه، شرکت فیست از ۱۳۰۹ فهرست آن شرکت استفاده کرد که در نتیجه شرکت رورال تحت عنوان نقض کپی‌رایت در دادگاه منطقه‌ای فدرال علیه فیست طرح دعوی نمود.^۴ شرکت فیست در دادگاه به استفاده و کپی از برخی فهرست‌های شرکت رورال اذعان نمود. دادگاه بدوی با استناد به رویه گسترده محاکم برای حمایت از کسانی که زمان و نیروی کار خودشان را برای ایجاد تألیفات و آثار واقعی صرف می‌کنند، به نفع خواهان حکم صادر نمود، اما دادگاه عالی این حکم را نقض و اظهار نظر نمود که صفحات سفید دفترچه تلفن رورال اصیل نیستند و به هیچ‌وجه قابل حمایت نمی‌باشند. در مورد تألیفات، دادگاه تصریح می‌کند که حمایت کپی‌رایت در آثار گردآوری شده فقط نسبت به گزینش، هماهنگ‌سازی و تنظیم داده‌ها و اطلاعات تسری پیدا می‌کند و محتوای اثر قابل حمایت نخواهد بود؛ زیرا آن‌ها در حوزه‌ی عمومی قرار دارند. از نظر دادگاه، گزینش، هماهنگ‌سازی و تنظیم این داده‌ها فقط در صورتی قابل حمایت هستند که نحوه‌ی تنظیم و گزینش آن‌ها پیش‌پاافتاده نباشد و حداقل درجه‌ای از خلاقیت را داشته باشد. در مورد لیست‌های رورال، چون این لیست‌ها بر اساس حروف الفبا تنظیم شده بود و تنظیم به این صورت روشی سنتی، قدیمی و خالی از هرگونه خلاقیت می‌باشد، نمی‌تواند حمایت قانونی را به دست آورد و بنابراین نقض آن‌ها مصداق نقض اثر

1. Fiest

2. White pages

پیش از به وجود آمدن اینترنت، اگر شخصی نیاز به شماره تلفن یک شخص حقیقی یا یک بنگاه تجاری یا اداری داشت به راهنمای تلفن متوسل می‌شد. صفحات سفید راهنمای تلفن فهرست اسامی اشخاص حقیقی همراه با شماره تلفن و آدرس محل سکونت و کد پستی بود. صفحات زرد راهنمای تلفن برای مشاغل، مؤسسات و بنگاه‌ها بود که لیست اسامی آن‌ها معمولاً بر اساس طبقه‌بندی شغلی تنظیم می‌گردید، مثلاً دندان‌پزشکان، حسابداران و ...

3. Rural

4. Fiest Publications, Inc v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).

و کپی‌رایت نمی‌باشد. دیوان عالی تأکید نمود که انتخاب، هماهنگی و تنظیم داده‌ها لازم نیست نوآورانه یا غافلگیرکننده باشد، اما نمی‌تواند بسیار مکانیکی، عادی و فاقد هرگونه خلاقیت باشد.^۱

این تحلیل دادگاه از شرط اصالت که وجود مقداری اندک از خلاقیت را برای حمایت از اثر، ضروری می‌دانست به معیار «جرقه» معروف شد و همان‌گونه که پیش‌تر از این گفتیم در دادگاه‌های آمریکا و برخی دیگر از کشورها به‌عنوان معیار احراز اصالت به کار می‌رود. برخی معیار جرقه در حقوق ایالات متحده را با شرط عدم بدیهی بودن^۲ در حق اختراع مقایسه نموده‌اند و بر این نکته تأکید دارند که هم شرط اصالت در حقوق مالکیت ادبی و هنری و هم شرط بدیهی نبودن در نظام حقوقی حق اختراع بر این موضوع تأکید دارند که اثر ایجادشده نباید کپی از آثار قدیمی و صرفاً نتیجه‌ی آگاهی پدیدآورنده از علم پیشین و سنت‌های جاری باشد. در حقوق ایالات متحده با توجه به معیار جرقه، حقوق کپی‌رایت زمانی از آثار حمایت می‌نماید که پدیدآورندگان بتوانند اثبات کنند که در هنگام خلق اثر، از زمینه‌های تکراری، نوعی و سنتی در دیگر آثار مشابه فاصله گرفته‌اند و اثر از حداقلی از خلاقیت برخوردار است. با این حال برخلاف حقوق مالکیت صنعتی، جدید و بی‌سابقه بودن اثر برای کسب حمایت ضروری نیست. در نتیجه کسانی که متهم به نقض حقوق پدیدآورندگان آثار مورد حمایت هستند نخواهند توانست (آن‌گونه که در حقوق مالکیت صنعتی امکان‌پذیر است) با اثبات این موضوع که این آثار قبلاً خلق گردیده‌اند اصالت آن‌ها را مورد تردید قرار دهند و حمایت قانون را خنثی نمایند.^۳

منطق و مبنای اصلی رأی فیست آن است که حقایق توسط کپی‌رایت حمایت نمی‌شوند؛ زیرا حقایق ابتکار هیچ نویسنده‌ای نیست، بلکه توسط نویسندگان کشف شده‌اند. محروم کردن عموم جامعه از استفاده از این حقایق می‌تواند رشد جامعه و آموزش افراد را مختل کند، مانع گسترش ایده‌ها شود و گفتمان عمومی را نابود سازند.^۴

1. Langwallner, David, Op.Cit , p 19.

2. Non-obviousness

3. Miller, Joseph Scott, "Hoisting Originality", *Cardozo Law Review*, vol. 31 (2), (2009), p 486.

4. Samuelson, Pamela, "The Originality Standard for Literary Works Under U.S Copyright Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42 (1994), p 400.

از منظر قضات ایالات متحده هدف اولیه‌ی کپی‌رایت این نیست که به زحمت و کار مؤلف پاداش دهد، بلکه هدف اصلی ارتقاء فرهنگ، ادبیات و هنر در یک جامعه می‌باشد. به همین دلیل تأکید دادگاه فیست بر آن بود که صاحبان اصلی حقوق آفرینش‌های ادبی و هنری در درجه‌ی اول عموم مردم هستند و منافع آن در درجه‌ی دوم به نویسنده برمی‌گردد.^۱

از نظر دادگاه دستیابی به منابع اطلاعات به طور یکسان برای همگان آزاد می‌باشد و همه می‌توانند با اعمال استعدادها و مهارت‌های خود با استناد به این منابع آثار مشابهی را تولید کنند. به عنوان مثال نقشه یک کشور را در نظر بگیرید، واضح است که به میزان دقت در ترسیم، هر یک از این نقشه‌ها ممکن است شبیه یا متفاوت از یکدیگر باشند. حال فرض کنید که شخصی زمان، مهارت و توجه خود را بر روی این کار صرف کرده و مجموعه عظیمی از پیمایش‌های توپوگرافی را ایجاد کرده است تا نقشه‌ای کامل و بدون نقص ایجاد کند و در نتیجه نقشه‌ای فاخر نسبت به نقشه‌های هم‌رده خود ایجاد کرده باشد. مبرهن است که علی‌رغم این تولید، او نمی‌تواند هیچ شخص دیگری را در استفاده از همان ابزار، همان پیمایش‌ها و تلاش‌ها برای ایجاد نقشه‌ای مشابه منع نماید. از طرف دیگر این هم کاملاً واضح است که هیچ‌کسی حق ندارد بدون هیچ تلاش و پیمایشی و به سهولت کل نقشه‌هایی را که تا آن زمان به واسطه‌ی مهارت و تلاش دیگران ایجاد شده، کپی نماید.^۲

پذیرش معیار جرعه با چالش‌های سخت و جدی مانند چگونگی احراز خلاقیت و نحوه‌ی ارزش‌گذاری آثار ادبی و هنری، روبه‌روست. پس از رأی فیست، پدیدآورندگان نه تنها باید اثبات کنند آثارشان را به‌طور مستقل خلق کرده‌اند، بلکه همچنین آن‌ها را با درجه‌ای از خلاقیت، ثمره‌ای از کار فکری و یا فن شخصی خودشان خلق کرده‌اند. با این حال مشکل اصلی در این معیار آن است که خلاقیت یک مفهوم شدیداً ذهنی است و نمی‌توان برای آن معیار دقیقی قرار داد. اندازه‌گیری خلاقیت و ترسیم دقیق و تعیین یک وجه ممیزه بین تلاش‌های خلاقانه کافی و ناکافی گاهی ناممکن است.^۳

1. Hsiao, I-H, Jerry, Wango, Wei-Ling, "Originality as SINE QUA NON for derivative works: the basis for copyright protection and avoiding infringement liability", *ALB.L.J.SCI & TECH*, vol. b24b (2), (2014), p 266.

2. Olson, P Dale, "Copyright Originality", *Missouri law Review*, vol. 48 (1983), p 36.

۳. Reytblet, Julia, "Is originality in Copyright Law a Question of Law or a question of fact: The Fact Solution", *CARDZO Arts & Entertainment*, Vol. 17 (1999), p 185.

احراز و تشخیص خلاقیت ادبی و هنری در آثار برای اشخاصی که تحصیلاتشان صرفاً در زمینه‌ی حقوق بوده، مسلماً بسیار دشوار و بعضاً غیرممکن است خصوصاً زمانی که این افراد با تمامی محدودیت‌های علمی، ادبی و هنری خود را قاضی نهایی در زمینه‌ی ارزش‌گذاری آثار هنری و ادبی بدانند. در برخی موارد، احتمال زیادی وجود دارد که ارزش واقعی آثار که از نبوغ فراوانی برخوردار هستند توسط چنین افرادی نادیده گرفته شوند. سبک‌های نوین ادبی و هنری تا زمانی که این سبک‌ها مورد پذیرش جامعه ادبی و هنری قرار نگرفته، حقوقدان را مجبور به عدم پذیرش آن‌ها خواهد نمود. هم‌چنین ممکن است آثاری که در دیدگاه عموم مردم جذاب هستند در نظر قضات شایستگی لازم برای حمایت کپی‌رایت را نداشته باشند؛ بنابراین ارزیابی عنصر خلاقیت، بدون آن که روحیات و خصوصیات شخصی پدیدآورنده آثار، مورد بررسی قرار گیرد، مستلزم ارزیابی آثار بر اساس ذائقه‌ی زیبایی‌شناسی نوعی است. از این رو تعدادی از آثار، هرچند ارزشمند، ممکن است غیرقابل قبول ارزیابی و مورد حمایت قرار نگیرند.^۱

به کارگیری معیار جرقه، قربانیان دیگری نیز دارد. شاید مهم‌ترین آن‌ها صنعت نقشه‌کشی باشد. نقشه‌کش‌ها عموماً زمان، انرژی و هزینه‌ی زیادی را در تهیه و ارائه‌ی دقیق کارشان صرف می‌کنند. هنگامی که نقشه‌برداری آنان به پایان رسید، جبران سرمایه‌گذاری مادی آنان بستگی زیادی به میزان حمایت کپی‌رایت و حذف تکثیر و کپی غیرمجاز دارد. متأسفانه نقشه‌ی یکی از کم‌اصالت‌ترین فعالیت‌های محافظت‌شده تحت معیار فیست است. اگرچه حجم زیادی از هزینه‌ها، کار و زحمت برای خلق نقشه‌ها سرمایه‌گذاری می‌شود، اما یک نقشه‌ی خوب معمولاً اصیل نیست. برعکس یک فرد می‌تواند با تغییرات طنزآمیز از یک نقشه‌ی واقعی مثلاً نقشه‌ای که خیابان‌ها را به صورت پودینگ و مدارس را به شکل میوه ترسیم کرده، اصیل تلقی گردد. همچنین ممکن است تصمیم برای اسم‌گذاری خاصی بر روی خیابان‌ها و یا استفاده از یک مقیاس یا حروف چینی ویژه بتواند نقشه‌ای را مشمول حمایت کپی‌رایت سازد، اما نقشه‌ای که احتمالاً مفیدترین نقشه است و نقشه‌برداری آن به صورت استاندارد انجام شده و الزامات ترسیم آن گاهی به وسیله‌ی قانون دیکته می‌شود بر اساس معیار فیست اصیل تلقی نمی‌شود.^۲

1. Miller, Scott, Joseph, Op.Cit , pp 476-477.

2. Heald J.Paul, "The vices of originality", *The Supreme Court Review* (1991), p 162.

از دیگر چالش‌های پیش‌روی فیست، پخش‌های زنده رادیو و تلویزیونی است. هنگامی که یک بازی فوتبال توسط چهار دوربین تلویزیونی پوشش داده می‌شود و کارگردانی وجود دارد که فعالیت‌های چهار دوربین را رهبری کرده و تصمیم می‌گیرد که کدام یک از تصاویر الکترونیکی بر روی پخش رفته و با چه ترتیبی به نمایش درآیند، شکی وجود ندارد که آن‌چه فیلم‌بردار و کارگردان انجام می‌دهند، یک کار تألیفی است. اگرچه گزارش بازی در حال انجام به‌عنوان یک واقعیت خارجی مثل پخش وقوع یک طوفان یا زلزله دارای حق کپی‌رایت نیست، اما برخی عناصر پخش می‌تواند به‌اندازه کافی اصیل باشند. پخش کل یک بازی برای داشتن اصالت در رویه قضایی از اجماع قانونی برخوردار است، اما در مورد این که آیا تکه‌ها و بخش‌هایی از یک بازی مثل حقایق زندگی یک فرد در یک اثر تألیفی، حمایت می‌شوند یا خیر، شک وجود دارد. الزام معیار خلاقیت در فیست می‌تواند راه‌گزینه‌های خوبی برای استفاده از کلیپ‌های غیر اصیل از عملکرد ورزشکاران بدون کسب اجازه از پخش‌کنندگان به دست دهد.^۱

مطالعه تأثیر رأی فیست بر حمایت از برخی دیگر از مصادیق آثار ادبی و هنری همچون صفحات زرد دفترچه‌های راهنمای تلفن، برنامه‌های کامپیوتری و... از دامنه‌ی این مقاله فراتر است، اما مسلم است که اعمال معیار جرعه در مورد آثار تألیفی تنها به محافظت از انتخاب‌ها، هماهنگی‌ها و گزینش‌ها می‌پردازد. این محدوده اندک از محافظت اغلب می‌تواند تنها کمی بیشتر از فتوکپی کردن و رونویسی را پوشش دهد.^۲

۲-۳. معیار تجلی روح خالق

معیار سنتی احراز اصالت در فرانسه معیار تجلی روح خالق در اثر است. بر اساس نظریه فرانسوی، اثر باید بیان‌کننده یا منعکس‌کننده‌ی شخصیت خالق باشد. تئوری کلاسیک فرانسوی، اثر را زمانی اصیل می‌داند که حاوی مشخصه‌ای از شخصیت خالقش باشد و پدیدآورنده ویژگی مشخصی را به آن‌چه خلق شده اعطاء کند. دادگاه‌ها در این مورد

1. Ibid, p 165.

۲. زاهدی، مهدی و شریف‌زاده، شیرین، «اصالت و آثار گردآوری‌شده»، پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، شماره ۶۰، پاییز ۱۳۹۷، صص ۵۸-۵۹.

عباراتی چون «مهر شخصیت خالق»^۱، «مهر استعداد خلاقانه شخصی»^۲ و «علامت شخصیت خالق»^۳ را به کار برده‌اند. دادگاه عالی فرانسه^۴ به روشنی بیان داشته که «تلاش» به تنهایی کافی نیست، اصالت تنها از انتخاب‌های خلاقانه (در مقابل نمونه‌ها یا عملکردهای مکانیکی و دیکته شده) به دست می‌آید.^۵

دکترین پذیرفته شده در دادگاه‌های بلژیک، هلند و سوئیس نیز همانند فرانسه است. حقوق دانان مالکیت ادبی و هنری سوئسی بر این عقیده‌اند که آن چه به صورت اصیل خلق می‌شود حاصل انتخاب‌های اتخاذ شده به وسیله‌ی خالق است که به واسطه‌ی عرف یا رویه به او دیکته نشده است. اصطلاح «اثر» آن گونه که از حقوق آفرینش‌های ادبی آلمان فهمیده می‌شود اشاره بر خلق‌های فکری شخصی دارد. ماده ۱ از قانون ۱۹۶۵^۶ بیان می‌دارد که آثار خالقان آثار ادبی، علمی و هنری از حمایت قانون بهره‌مند می‌شوند و در ماده ۲/۲ آمده است که تنها خلق‌های فکری شخصی^۷ در مفهوم قانونی، اثر تلقی می‌شوند. این مقرر «اصل خلق» را به عنوان اصل بنیادی حقوق خالقان آلمانی، مورد حمایت قرار می‌دهد.^۸

امروزه نیز معیار سنتی تجلی روح خالق در حقوق کشورهای رومی ژرمنی، پیروان فراوانی دارد. بحث و جدال در خصوص آینده حقوق آفرینش‌های ادبی و هنری در اتحادیه‌ی اروپا در هیچ زمانی مثل امروزه داغ نبوده است. تنها در سال ۲۰۱۰ دو سند بسیار مهم در این خصوص منتشر شد: یکی قانون کپی‌رایت اتحادیه اروپا که پیش‌نویس آن توسط گروهی از دانشگاهیان تهیه و در گروهی به نام ویتیم^۹ بازنگری شد و دیگری «گزارش مونتی»^{۱۰} که دربرگیرنده‌ی راهکارهای جدیدی به منظور ارائه خدمت به اقتصاد و جامعه‌ی بازار مشترک اتحادیه اروپاست. در صورتی که این دو مقرر لازم‌الاجرا می‌شد یک اجماع کلی برای کلیه کشورهای عضو اتحادیه‌ی اروپا در خصوص حقوق مالکیت ادبی و هنری به وجود می‌آورد، اما به زودی این

1. Imprint of the personality of the author
2. Imprint of creative personal talent
3. Seal of the personality of the author
4. Court de Cassation
5. Langwallner, David, Op.Cit, p 23.
6. The German Copyright act (Urheberrechtsgesetz, UrhG) Came into force on September 9, 1965 and was last amended by the act of December 7, 2008.
7. Personliche gestige schopfungen
8. Ibid, p 24.
9. Wittem
10. Monti Report

نتیجه حاصل شد که رسیدن به یک وفاق عمومی در خصوص قوانین یکپارچه مالکیت ادبی و هنری برای تمامی دولت‌های عضو اتحادیه بعید است.^۱

علی‌رغم این موضوع، دیوان دادگستری اتحادیه اروپا^۲ نگرش فعالانه‌ای را نسبت به حقوق آفرینش‌های ادبی و هنری اتخاذ کرده است این دیوان از طریق تفسیر قضایی از اصول بنیادین مالکیت ادبی و هنری تلاش می‌کند به هدف هماهنگ‌سازی دست یابد. برای مثال دیوان در تفسیر قضایی خود از شرط اصالت در پرونده‌ی اینفوپک^۳ چنین بیان داشت که یک اثر اگر مخلوق ذهنی خود خالق باشد اصیل محسوب می‌شود.^۴ این تفسیر از مفهوم اصالت در واقع تأیید مفهوم سنتی از معیار اصالت در کشورهای رومی ژرمنی می‌باشد.

1. Rosati, Eleonora, "Originality in a work or a work of Originality the effect of Infopaq decision", *Journal of the copyright society of USA*, vol. 58 (2010), p 816.

2. Court of justice of the European Union (CJEU)

۳. اینفوپک یک کسب‌وکار نظارت و تجزیه‌وتحلیل رسانه‌ای را هدایت می‌کند که شامل تهیهی خلاصه مقالات انتخاب‌شده از روزنامه‌ها و مجلات دانمارکی است. انتخاب محتوای موضوعات با توافق کاربران و با استفاده از یک فرآیند ضبط اطلاعات انجام می‌شود. در این فرآیند ابتدا نشریه‌ی مربوطه به‌صورت دستی توسط کارکنان اینفوپک در یک پایگاه ثبت الکترونیکی ثبت می‌شود سپس نشریات اسکن شده و یک فایل تصویری برای هر صفحه از نشریه ایجاد می‌شود. در ادامه این فایل تصویری به یک فایل متنی تبدیل می‌شود و در نهایت فایل تصویری اصلی حذف می‌شود. هر بار که یک چالش برای یافتن کلمه‌ای ایجاد می‌شود، نشریه مربوطه، بخش و شماره صفحه مربوطه و در صد این که این کلمه تا چه اندازه در متن یافت می‌شود را نشان می‌دهد. به‌علاوه به جهت تسهیل یافتن مکان کلمه جست‌وجوشده در متن، پنج کلمه پیش و پس از آن آورده می‌شود (جمعاً ۱۱ کلمه). در پایان یک سند برای هر صفحه از نشریه چاپ می‌گردد که کلمه جست‌وجوشده در آن یافت می‌شود. این سند شامل یازده کلمه است. در سال ۲۰۰۵، انجمن حرفه‌ای روزنامه‌نگاری دانمارک ((Danske Dagblades Forening (DDF)) به اینفوپک هشدار داد که برای انجام فعالیت‌های خود به اجازه از صاحبان حق مؤلف نیاز دارد. اینفوپک برای حق استفاده از داده‌ها بدون رضایت انجمن و اعضای آن، دادخواستی به دادگاه داد که رد شد. در تجدیدنظرخواهی از دادگاه عالی دانمارک، این دادگاه دادرسی را متوقف و سؤالات زیادی را به دیوان دادگستری اروپایی (CJEU) ارجاع داد. مهم‌ترین سؤال مرتبط با بحث ما در این مقاله آن است که «آیا مفهوم بازتولید به معنای جزئی با توجه به معنای آورده شده در دستورالعمل‌های اروپایی شامل یک خلاصه متن متشکل از یازده کلمه می‌شود یا خیر؟» در این رابطه CJEU نظر داد که یک عمل در طول فرآیند ضبط داده‌ها رخ می‌دهد که شامل ذخیره یک خلاصه از یک اثر حفاظت‌شده شامل یازده کلمه می‌شود و چاپ آن خلاصه، همان عناصر بازتولید بیانی از «خلق فکری خالق» خود خواهد بود که قابل حمایت است و نقض آن ممنوع است.

4. Ibid, p 817

۲-۴. معیار مهارت و انتخاب آگاهانه^۱

در سال ۲۰۰۴ دادگاه عالی کانادا در پرونده‌ی جامعه حقوقی انتاریو علیه شرکت کانادایی سی‌سی‌اچ^۲ (با مسئولیت محدود) تفسیر جدیدی از حقوق کپی‌رایت ارائه داد. این تفسیر، تمرکز حقوق مالکیت ادبی و هنری را از خالق اثر به سمت مصرف‌کننده اثر تغییر داد. برخی مفسران معتقدند رأی دادگاه در این پرونده به‌عنوان یکی از آرای حقوقی قابل استناد به‌منظور حمایت قوی از مصرف‌کنندگان آثار ادبی و هنری رتبه‌بندی می‌شود.^۳

پرونده سی‌سی‌اچ شامل دادخواستی بود که به‌وسیله سه ناشر مطالب حقوقی^۴ علیه کانون وکلای انتاریو به ادعای نقض حقوق مالکیت ادبی و هنری اقامه گردید. جامعه حقوقی یک بنگاه خدمات حقوقی و همچنین کتاب‌خانه گریت^۵ را در آنتاریو و تورنتو اداره می‌کرد. کتاب‌خانه گریت به صورت غیرانتفاعی خدمات فتوکپی مشتریان را به اعضای جامعه حقوقی، قضات و دیگر محققان مانند دانشجویان عرضه می‌نمود. اخذ فتوکپی از مطالب حقوقی و مواد قانونی برای مشتریان کتابخانه با ایمیل یا فکس ارسال می‌شد. ناشران ادعا کردند که کتاب‌دار جامعه حقوقی با فتوکپی کردن مطالب حقوقی، آراء دادگاه‌ها، خلاصه پرونده‌ها، قوانین، مقررات یا انتخاب بخش‌هایی از مطالب چاپ شده توسط ناشران و عرضه آن به مراجعین مرتکب نقض حقوق مالکیت ادبی و هنری شده است.^۶

درحالی که دادگاه فدرال و دادگاه تجدیدنظر کانادا به نفع خواهان‌ها رأی صادر کردند، اما دیوان عالی کانادا در رسیدگی نهائی آراء صادره را تأیید نکرد. دیوان این سؤال اساسی را مطرح ساخت که آیا آثار فتوکپی و توزیع شده توسط کتاب‌دار کتاب‌خانه در مفهوم قانون کپی‌رایت کانادا اصیل تلقی می‌شوند یا خیر؟

1. Skill and Judgment

2. CCH Canadian Ltd v. Law Society of upper Canada.

امروزه اسم این تشکل حقوقی به Law Society of Ontario تغییر یافته است.

3. Esmail, parveen, "CCH Canadian Ltd v. law society of upper Canada: case comment on a landmark copyright case", *Review of current law and law reform*, vol.13 (2005), p 15.

4. Canada Law Book Inc, Thomason Canada Ltd, CCH Canadian Ltd.

5. Great

6. Langwallner, David, Op.Cit, p.21.

به موجب بخش ۵(۱) قانون کپی‌رایت کانادا، کپی‌رایت، تنها آثار هنری، موسیقایی، دراماتیک و ادبی اصیل را شامل می‌شود.^۱ این در حالی است که در این قانون اصالت تعریف نشده است. پیش از صدور رأی دیوان عالی در پرونده سی‌سی‌اچ، دادگاه‌های کانادایی تفاسیر متعددی از کلمه‌ی «اصیل» در آرای خود ارائه می‌دادند. برخی دادگاه‌ها اثر اصیل را اثری می‌دانستند که کپی از اثر دیگری نباشد. از نظر اینان، کار و تلاش حتی بدون وجود خلاقیت و نوآوری، می‌تواند موجب پیدایش اثر اصیل شود. از سوی دیگر برخی دادگاه‌ها باور داشتند که بدون وجود خلاقیت، ایجاد اصالت امکان‌پذیر نیست. از نظر ایشان برای این که اثری مشمول حمایت کپی‌رایت شود، باید هم کپی نباشد و هم حداقلی از خلاقیت را دارا باشد. این تفسیر از اصالت، از حقوق آمریکا به حقوق کانادا وارد شده بود.^۲

در قضیه‌ی سی‌سی‌اچ، دیوان عالی کانادا رویکردی بینابین از میان دو رویکرد بالا اتخاذ کرد. در حکم دیوان آمده بود برای این که اثری اصیل تلقی شود باید توسط خالق در خلق آن مهارت و انتخاب به کار رود. دیوان «مهارت» را به عنوان استفاده از دانش فرد، مهارت توسعه یافته یا توانایی مبتنی بر ممارست در تولید یک اثر، توصیف می‌کند. از منظر دادگاه منظور از «انتخاب» استفاده از ظرفیت فکری فرد برای تشخیص یا توانایی شکل دادن به یک ایده و یا ارزیابی از طریق مقایسه‌ی گزینه‌های مختلف در تهیه اثر است. به کارگیری معیار «مهارت و انتخاب آگاهانه» که برای تولید اثر ضروری است نباید جزئی و بی‌اهمیت یا صرفاً فنی باشد.^۳

در مقایسه این سه معیار می‌توان گفت، معیار «مهارت و انتخاب آگاهانه» می‌تواند موجب حمایت بهتر و در عین حال دست‌یافتنی‌تری برای خالقان آثار شود؛ زیرا از یک طرف معیار «جرقه» موجب اعمال سلیقه قضات و محرومیت بخشی از آثار از حمایت کپی‌رایت می‌شود و از طرف دیگر معیار «عرق پیشانی» می‌تواند انحصار طولانی‌مدت به آثاری اعطا نماید که نتیجه‌ی صرف به کار بردن تلاش یدی و مکانیکی بودند.^۴

1. 5(1) subject to this act, copyright shall subsist in Canada, for the term here in after mentioned, in every original literary, dramatic, musical and artistic work.

2. Drassinower, Abraham, Op.Cit, p.108.

3. Hutchison, Cameron, Op.Cit, p.111.

4. Esmail, parveen, Op.Cit, p.17.

در نهایت دیوان عالی کانادا در پرونده سی‌سی‌اچ با این استدلال که خواهان (ناشران) فقط اطلاعات واقعی اولیه درباره‌ی پرونده‌های قضایی مانند تعداد اعضای هیأت منصفه، جلسات مشاوره، قوانین و نقل‌قول‌ها را با هم ترکیب کرده‌اند و در خلق اثر مهارت و انتخابی به کار نبرده‌اند به کار نبرده‌اند که آن را شامل تغییرات بالاتر از حد ناچیز نماید، این آثار را مستحق حمایت کپی‌رایت ندانست و رأی به نفع خواننده (جامعه حقوقی) صادر کرد.^۱

۲-۵. معیار ابتکار و خلاقیت

پیش از این گفتیم که نظام‌های مختلف حقوقی، معیارهای متفاوتی را در احراز اصالت به کار می‌برند. این معیارها مبتنی بر مبانی فلسفی حمایت از مالکیت فکری در این کشورهاست. در کشورهای رومی ژرمنی و بر اساس دیدگاه فیلسوفانی چون کانت و هگل، حمایت از مالکیت‌های فکری ریشه در حمایت از شخصیت انسان دارد. از نظر ایشان آن‌چه از فکر انسان نشأت می‌گیرد، از شخصیت او جدا نیست. بر اساس این دیدگاه، اصیل بودن اثر، معادل ترجمان شخصی مؤلف و نشأت گرفته از شخصیت او تعریف شده است. به همین علت در این نظام‌ها حقوق معنوی اهمیتی بیش از حقوق مادی می‌یابد و حمایت از اثر نیاز به تشریفات خاصی ندارد. در مقابل و متأثر از اندیشه‌ی فیلسوفانی چون جان لاک، عده‌ای منشأ مالکیت (به‌طور کلی) از جمله مالکیت فکری را کار می‌دانند و حاصل آن هرچه باشد متعلق به شخصی می‌دانند که کار را انجام داده است. این کار اعم از کار جسمی یا فکری است و نتیجه‌ی آن می‌تواند عینی یا ذهنی و انتزاعی باشد. در کشورهای کامن‌لا این دیدگاه بر حمایت از آثار ادبی و هنری حکم فرماست. بر اساس این مبانی فکری، اصیل بودن اثر معادل کار و تلاش تعریف می‌شود و حمایت از حقوق مادی اهمیت بیشتری می‌یابد. در برخی از کشورها همچون ایالات متحده آمریکا، هدف اصلی در حمایت از اموال فکری نه حمایت از شخصیت مؤلفان است و نه پاداش دادن به کار آن‌ها بلکه مبنای اصلی، کمک به اشاعه دانش و هنر است. مسلم است که تلاش‌های مؤلف شایسته‌ی پاداش است، ولی این پاداش و امتیاز جنبه استثنائی دارد، محدود بوده و وسیله‌ای برای افزایش گنجینه‌ی دانش عمومی است؛ لذا در این نظام‌ها برای حمایت، تشریفات

1. Langwallner, David, Op.Cit, p.23.

خاصی وجود دارد، حقوق مادی ارزش بیشتری از حقوق معنوی دارد و به اثر بیشتر از مؤلف اثر توجه می‌شود.^۱

در نظام حقوق کانادا، اعتقاد بر آن است که به کارگیری مهارت و انتخاب یک معیار عملی و منصفانه است. از نظر اینان رویکرد عرق پیشانی برای احراز اصالت بسیار کم است و تعادل مورد نظر در حمایت از مالکیت فکری یعنی توازن میان حقوق جامعه و حقوق خصوصی پدیدآورنده را تا حد زیادی به نفع پدیدآورنده اثر تغییر می‌دهد. از طرفی این رویکرد قادر به حمایت از منافع عمومی جامعه برای به حداکثر رساندن تولید و انتشار آثار ذهنی نیست. معیار جرعه نیز بسیار متعالی است به نحوی که این معیار به مفاهیم جدید بودن و غیربدیهی بودن که در حقوق مالکیت صنعتی وجود دارد، نزدیک می‌شود. معیار کانادایی «مهارت و انتخاب آگاهانه» سنت‌های حقوق کامن‌لا و حقوق نوشته را در هم می‌ریزد و تعارض اهداف حقوق مالکیت فکری، حفظ حقوق عمومی جامعه در افزایش آثار ادبی و هنری و علمی و حفظ حقوق خصوصی پدیدآورنده را در یک روش تعدیل شده و هماهنگ مورد استفاده قرار می‌دهد.^۲

در حقوق ایران، قانون‌گذار به مفهوم اصالت با عنوان ابتکاری بودن اثر توجه کرده است. در قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸، درباره‌ی برخی آثار به شرط ابتکاری بودن اشاره شده و در مورد برخی دیگر از مطلق اثر حمایت شده است. ماده ۱ این قانون اعلام کرده به آن‌چه از راه دانش یا هنر یا ابتکار پدید آید «اثر» اطلاق می‌شود و قانون از این اثر حمایت می‌کند. در این ماده ابتکار یکی از منابع ایجاد اثر به‌شمار رفته و درباره‌ی این که آیا در آثاری که از راه دانش یا هنر ایجاد می‌شوند، ابتکاری بودن شرط است یا نه سخنی به میان نیامده است. در ماده‌ی ۲ که اثرهایی که قانون از آن‌ها حمایت می‌کند، نام برده شده‌اند، درباره‌ی برخی آثار همچون کتاب و نمایش‌نامه، به ابتکاری بودن به‌عنوان شرط حمایت، اشاره‌ای نشده است. در حالی که در بند ۵ درباره‌ی نقاشی، تصویر و نظایر آن، بند ۸ درباره‌ی عکاسی، بند ۹ درباره‌ی هنرهای دستی یا صنعتی و امثال آن، بند ۱۰ درباره‌ی آثار فولکلوریک، بند ۱۱ درباره‌ی آثار فنی و بالاخره بند ۱۲

۱. انصاری، باقر، «شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۵، بهار و تابستان ۱۳۸۶، صص ۱۰۱-۱۰۷.

2. Langwallner, David, Op.Cit, p.23.

درباره‌ی آثاری که از ترکیب سایر آثار ایجاد می‌شوند، به ضرورت ابتکاری بودن اثر به صراحت اشاره گردیده است.^۱

در ایران ابتکاری بودن همچنین در خصوص نرم‌افزارهای رایانه‌ای نیز لازم دانسته شده است. ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی مواد ۲ و ۱۷ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۳ هیأت وزیران در این باره می‌گوید: «پدیدآورنده نرم‌افزار، شخص یا اشخاصی هستند که بر اساس دانش و ابتکار خود کلیه‌ی مراحل مربوطه اعم از تحلیل، طراحی، ساخت و پیاده‌سازی نرم‌افزار را انجام داده و کلیه‌ی نظام‌های نرم‌افزاری را در ایجاد و توسعه‌ی آن لحاظ کنند.»

بر اساس آنچه پیش از این گفته شد در نظام‌های مختلف حقوقی بر اساس مبانی فلسفی حقوق مالکیت فکری، معیار حداکثری، حداقلی و یا متعادل برای اصالت آثار در نظر گرفته شده است، لیکن فقدان منابع کافی، رویه قضایی و عدم تعریف و تبیین اصالت در قوانین و نظام حقوقی ایران، باعث شده که معیار دقیق اصالت در ایران مشخص نگردد. تفاسیر مختلفی که از کلمه‌ی «ابتکار» به دست می‌آید می‌تواند آن را گاهی به معیار «جرقه» و گاهی به معیار کانادایی نزدیک کند. گرچه حقوق‌دانان ما نظریات متفاوتی از این تفسیر ارائه نموده‌اند. یکی از حقوق‌دانان ایرانی حوزه‌ی حقوق مالکیت ادبی و هنری در این باره می‌گوید: «عبارت پردازی ماده ۱ قانون یادشده به نحوی است که ناخودآگاه ذهن را به سمت شخصیت افراد یادشده در این بند می‌اندازد. می‌توان گفت، دیدگاه قانون‌گذار ایران، همان معیار شخصیت در کشورهای حقوق نوشته است. از این رو هرچند در قوانین ایران در مورد اصالت و مفهوم آن سخنی به میان نیامده، ولی زمان تصویب قانون با توجه به تأثیرپذیری از نظام حقوقی فرانسه، مؤید این ادعاست. دلیل دیگر این است که مفهوم عرفی مؤلف، مصنف و هنرمند، انصراف به اشخاص حقیقی دارد.»^۲

به نظر نویسندگان مقاله حاضر با توجه به مجموعه قواعد و روح جاری در قانون حمایت حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸ و قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان

۱. زرکلام، ستار، «تبیین مفهوم اصالت در حقوق اصالت در حقوق مالکیت ادبی و هنری»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۲۲، بهار و تابستان ۱۳۸۶، ص ۴۵.

۲. شبیری، سیدحسن و دهقانی، سیداحمد، «مطالعه تطبیقی شرط منحصره‌فرد بودن در طرح‌های صنعتی و مقایسه‌ی آن با شرط اصالت»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴، ص ۹۱.

نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۸۳ و همچنین رویه قضایی محاکم دادگستری در مواجهه با نقض آثار ادبی و هنری و وجدان عمومی جامعه و گرایش آن به اشاعه‌ی دانش و هنر، مفهوم اصالت در نظام حقوقی ایران معادل ابتکار و خلاقیت می‌باشد و آثاری اصیل قلمداد می‌شوند که علاوه بر این که محصول تلاش و کار پدیدآورنده باشد با ابتکار و خلاقیت ناشی از عمل او نیز توأم باشد. از آن جایی که مفهوم «ابتکار» نمی‌تواند هم‌عرض «دانش» و «هنر» باشد و در نتیجه به تنهایی از منابع ایجاد اثر به‌شمار نمی‌روند. به نظر می‌رسد کلمه «یا» باید «با» تفسیر و خوانده شود و این امر را ناشی از مسامحه قانون‌گذار دانست؛ بنابراین طبق این ماده از نظر این قانون آن چه از راه دانش یا هنر و با ابتکار پدیدآورنده پدید می‌آید بدون در نظر گرفتن... اثر اطلاق می‌شود. بندهای مختلف ذیل ماده ۲ که در مواردی به ابتکار تصریح داشته خصوصاً بند ۱۲ که در مقام بیان آثار گردآوری شده به «هرگونه اثر مبتکرانه دیگر» اشاره دارد و همچنین بند ۱۴ ماده ۱ و ماده ۴ لایحه جامع حقوق مالکیت فکری که در مرحله تصویب نهایی توسط قانون‌گذار است همگی دلالت بر این امر دارد که در نظام حقوقی ایران معیار ابتکار و خلاقیت پذیرفته شده است و از این جهت به معیار جرقه آمریکایی نزدیک شده است.

نتیجه

اگر هدف اصلی حقوق کپی‌رایت، ایجاد یک فرهنگ متنوع و پویا است به نحوی که همه افراد ضمن دسترسی آسان به آثار پیشین به نوبه خود بتوانند استعداد و توانایی‌های خود را در خلق اثر جدید به اثبات رسانند، نظریه‌های مختلف برای احراز اصالت باید هم‌سو با این اهداف اصلاح گردند. معیارهای پذیرفته شده برای احراز اصالت به‌عنوان پیش‌شرط حمایت کپی‌رایت بر گستردگی یا محدودیت حمایت از آثار در هر جامعه تأثیر مستقیم دارد. چنانچه معیارهای پذیرفته شده متعدد و شدید باشند، آثار کمتری مورد حمایت قرار می‌گیرند و حقوق صاحبان آثار نادیده انگاشته می‌شود و اگر این معیارها سهل و آسان باشند، حمایت گسترده‌تر است و آثار بیشتری را در برمی‌گیرد که این خود موجب تحدید حقوق جامعه در دسترسی آسان و ارزان به آثار می‌گردد.

سیر وقایع و آرای محاکم در کشورهای مختلف این حقیقت را بر ما آشکار می‌سازد که معیار آمریکایی «جرقه خلاق» معیاری بسیار سختگیر و معیار انگلیسی «کار و تلاش» معیاری به‌غایت سهل‌گیرانه است. رویکرد آمریکایی موجب می‌گردد بسیاری از آثار از

دایره حمایت خارج شوند و انگیزه خلق کاهش یابد، اما رویکرد انگلیسی عرق جبین اگرچه نسبت به پدیدآوردندگان بسیار سخاوتمندانه است، لیکن به ضرر منافع عمومی می باشد. به نظر نویسندگان این مقاله معیار کانادایی «مهارت و انتخاب آگاهانه» در مقایسه با سایرین معیاری معتدل به نظر می رسد. این معیار کوششی است برای ایجاد تفاهم میان قوانین سخت تر که قبلاً در بسیاری کشورها اعمال می گردید با قوانین ملایم تر که در کشورهایی نظیر ایرلند و انگلیس مورد توجه بوده است. معیار کانادایی «مهارت و انتخاب آگاهانه» بر این نکته تأکید دارد که اثر تا چه حد با انتخاب های عمدی و آگاهانه خالق به وجود آمده است. در این معیار اثر حاصل تلاش فکری مستقل پدیدآورنده است که او با به کارگیری مهارت و تلاش شخصی اش، تنوعی قابل تشخیص در تولید اثر نمایان ساخته است. او در هنگام تولید اثر با انتخاب های متعدد و گاهی نامحدود روبه رو بوده است، لیکن با مهارت شخصی دست به انتخاب زده و بدین ترتیب اثری آفریده که نتیجه ای آن انعکاسی از تأثیر شخصی اوست. با این حال می توان گفت معیار کانادایی به لحاظ عملکردی مشابه معیار آمریکایی است به این دلیل که هر دو نیازمند مؤلفی است که تا حدی خلاق باشد. آنچه اخیراً دادگاه های فرانسه و آلمان پذیرفته اند «خلاقیت خردمندانه» نیز تا حدود زیادی شبیه معیار کشورهای کامن لا است.

لایحه حمایت از حقوق مالکیت فکری کتاب اول- مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط در ماده ۴ آثار را به صرف داشتن اصالت به شرطی که مغایر شرع نباشند مورد حمایت قرار داده است و در بند ۱۴ ماده ۱ اصالت را تعریف نموده است. از نظر این لایحه، اصالت عبارت است از این که اثر از خلاقیت پدیدآورنده ناشی شده باشد و برگردان از اثر دیگری نباشد هرچند از لحاظ موضوع، محتوا یا شکل جدید نباشد؛ بنابراین قانون گذار ایرانی ضمن هماهنگی با تمامی نظام های حقوقی در خصوص این که اثر هنگامی اصیل محسوب می شود که به طور مستقل توسط پدیدآورنده خلق شده باشد برای احراز اصالت به معیار جرعه آمریکایی نزدیک شده است و خلق مستقل را هنگامی واجد وصف اصالت می داند که همراه با خلاقیت پدیدآورنده باشد. با توجه به دست آوردهای تحقیق حاضر پیشنهاد می شود به جای کلمه «خلاقیت» از عبارت «مهارت و انتخاب آگاهانه» استفاده شود تا امکان حمایت از آثار ادبی و هنری بیشتری فراهم گردد و آثار پدیدآورندگان جوان و

مبتدی نیز بتواند در زیر چتر حمایتی قانون‌گذار قرار گیرد و در عین حال افراد جامعه دسترسی آسان به آثار ادبی و هنری بیشتری داشته باشند.

منابع

- انصاری، باقر، «شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۵ (۱۳۸۶).
- زاهدی، مهدی‌زاهدی و شریف‌زاده، شیرین، «اصالت و آثار گردآوری‌شده»، *پژوهش حقوق عمومی*، سال بیستم، شماره ۶۰ (۱۳۹۷).
- زرکلام، ستاره، «تبیین مفهوم اصالت در حقوق اصالت در حقوق مالکیت ادبی و هنری»، *پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۲۲ (۱۳۸۶).
- شیرینی، سیدحسن و دهقانی، سیداحمد، «مطالعه تطبیقی شرط منحصر به فرد بودن در طرح‌های صنعتی و مقایسه‌ی آن با شرط اصالت»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، شماره ۲ (۱۳۹۴).
- محمدی، پژمان، «نقد یک رأی در مورد مالکیت ادبی و هنری، مفهوم معیارهای اثر و نقض حقوق مالی آن»، *فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۲ (۱۳۹۱).

References

- Ansari, Bagher, Protectable Subject Matters of copyright, *Legal Research Quarterly*, vol 10, Issue 45 (2007) [In Persian]
- CCH Canadian Ltd v. Law Society of upper Canada (2004) 1SCR 339 (CCH) [case]
- Drassinower, Abraham, Sweat of the brow, creativity and authorship: on originality in Canadian copyright law, *university of Ottawa law & technology journal*, vol. 1 (2003-2004)
- Esmail, parveen, CCH Canadian Ltd v. law society of upper Canada: case comment on a landmark copyright case, *Review of current law and law reform*, vol.13 (2005)
- Express Newspaper PLC v. News (UK) ltd (1990) 1 WLR 1320 [case]
- Fenzel, Cristin, "Still Life With " Spark" and " Sweat": The Copyright Ability of Contemporary Art in the United State and United Kingdom", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol.24 (2007)
- Fiest publications , Inc.,v.Rural Telephone Service Co.,499US.340(1991) [case]
- Fisher, W.William, Recalibrating Originality, *Houston Law Review*, vol.54:2 (2016)

- Hariani, Krishna and Hariani, Anirudh, Analyzing "Originality" in Copyright Law :Transcending Jurisdictional Disparity", IDEA-The Intellectual Property Law Review, Vol.51, No.3 (2011)
- Heald J. Paul, The vices of originality, The Supreme Court Review (1991)
- Hsiao, I-H, Jerry, Wango, Wei-Ling, Originality as SINE QUA NON for derivative works: the basis for copyright protection and avoiding infringement liability, ALB.L.J.SCI & TECH, vol.24:2 (2014)
- Hutchison, Cameron, Insight from Psychology for copyright's originality doctrine, The Intell-Property Review, vol.52 (2012)
- Langwallner, David, Originality in Copyright Law after Feist and CCH Canadian, 2IBLQ (2007)
- Miller, Scott, Joseph, Hoisting Originality, Cardozo Law Review, vol.31:2 (2009)
- Mohammadi, Pejman, The Analysis of One Verdict on Copyright: The Concept of Work and Its Economic Rights Infringement, Private Law Studies Quarterly, vol 42, Issue 2 (2012) [In Persian]
- Olson, P Dale, Copyright Originality, Missouri law Review, vol.48 (1983)
- Parchomosky, Gideon, Stein, Alex, Originality, Virginia Law Review, Vol 95 (2009)
- Rahmatian, Andreas, Originality in UK Copyright Law: the old " Skill & Labour" Doctrine under Pressure, IIC, International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol.44 (2013)
- Reytle, Julia, Is originality in Copyright Law a Question of Law or a question of fact: The Fact Solution, CARDOZO Arts & Entertainment, vol.17(1999)
- Ros, Vioral and Livadariu, Andreea, Originality-Condition for Protection of Scientific Works", Challenging of the Knowledge Society. Intellectual Property Law, Nicolae Titulescu University House Romania, Vol 4 (1) (2014)
- Rosati, Eleonora, Originality in a work or a work of Originality the effect of Infopaq decision, Journal of the copyright society of USA, vol.58 (2010)
- Samuelson, Pamela, The Originality Standard for Literary Works Under U.S Copyright Law, The American Journal of Comparative Law, Vol.42(1994)
- Shobeiri Zanjani, Seyed Hasan, Dehghani, Seyed Ahmad, Comparative Study of Individual Character in Industrial Designs Law and Its Comparison with the Condition of Originality, Comparative Law Researches, vol 19, No 2 (2015) [In Persian]
- Versteeg, Russ, Rethinking Originality, William & Mary Law Review, Vol 34 (1993)
- Walter v. Lane AC 539 (1900) [case]
- Zahedi, Mehdi, Sharifzadeh, Shirin, Compilation Works and Originality, Journal of Public Law, vol 20, No 60 (2018) [In Persian]
- Zarkalam, Sattar, Explaining the Notion of Originality in the Literary and Artistic Property Law, Law and Politics Research Journal, vol 9, No 22 (2007) [In Persian]