

## Intellectual Property Rights for Magic Tricks: Studying the U.S Law and Providing a Solution in the Iranian Considering the Imamiyah Jurisprudence

Sayyed Mohammad Hadi Ghabooli Dorafshan<sup>1</sup>

Mostafa Bakhtiarvand<sup>2</sup>

Akram Aghamohammadi<sup>3</sup>

Sayyed Mohammad Saleh Ghabooli Dorafshan<sup>4</sup>

Received: 23/11/2020; Accepted: 12/05/2021

### Abstract

Magicians entertain spectators by using some tricks. Creating such tricks sometimes requires spending a lot of time and money by magicians which makes this group expect protecting their intellectual endeavor and preventing their imitation and unauthorized exploitation. The advent of digital technology, with the ability of mass and rapid copying and dissemination of the tricks, has doubled the necessity of this protection. This paper, written through a descriptive-analytic method, has concluded that in Imamiyah jurisprudence, there is no obstacle to the legitimacy and consequently, the protection of magic tricks. Under the Iranian and U.S laws, granting intellectual property rights in the form of copyright, patent, trademark and trade secrets to the magicians is a probable solution to protect this group, each having advantages and disadvantages. As an alternative solution, self-regulating rules of magicians' unions may provide a relative protection for this group.

**Key words:** Trick, Intellectual Property Rights, Witchcraft, Magic, Self-Regulating Rules.



- 1 Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Shahid Motahari Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad (Corresponding Author); Email: h.ghaboli@um.ac.ir
- 2 Associate Professor, Department of Private and Intellectual Property Law, Faculty of Law, University of Qom.
- 3 Ph.D. Candidate in Private Law, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina University.
- 4 Ph.D. Student in Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Shahid Motahari Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad.



## حقوق مالکیت فکری در شعبه‌بازی: مطالعه در حقوق آمریکا و ایران با ملاحظه فقه امامیه

سید محمد هادی قبولی درافشان<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت ۹۹/۰۹/۰۳ - تاریخ پذیرش ۱۴۰۰/۰۲/۲۲ مصطفی بختیاروند<sup>۲</sup>

اکرم آقامحمدی<sup>۳</sup>

سید محمد صالح قبولی درافشان<sup>۴</sup>

### چکیده

شعبه‌بازان با استفاده از ترفندهایی موجبات سرگرم شدن تماشاگران را فراهم می‌کنند. ایجاد ترفندهای مذکور، گاه، مستلزم صرف وقت و هزینه زیادی توسط شعبه‌بازان است که سبب می‌شود این گروه، توقع حمایت از تلاش فکری خود و جلوگیری از تقلید و بهره‌برداری غیرمجاز از آن را داشته باشند. ظهور فناوری دیجیتال، با امکان کپی‌کردن و انتشار انبوه و سریع ترفندها، ضرورت این حمایت را دوچندان کرده است. در این مقاله، که به روش توصیفی تحلیلی نگاشته شده، این نتیجه به دست آمده است که در فقه امامیه، مانعی برای مشروعیت و در نتیجه، حمایت از ترفندهای شعبه‌بازی وجود ندارد. در حقوق آمریکا و ایران، حمایت از شعبه‌بازان از طریق حقوق مالکیت فکری در قالب‌های حق مؤلف، حق اختراع، علامت تجاری و اسرار تجاری، امکان‌پذیر است که هر یک مزایا و معایبی دارند. به عنوان راهکاری جایگزین، قواعد خودتنظیمی اتحادیه‌های صنفی شعبه‌بازان می‌تواند حمایت نسبی را از این گروه تأمین کند.

**واژگان کلیدی:** ترفند، حقوق مالکیت فکری، سحر، شعبه، قواعد خودتنظیمی.



۱ استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی شهید مطهری، دانشگاه فردوسی مشهد

(نویسنده مسئول)؛ رایانامه: h.ghaboli@um.ac.ir

۲ دانشیار گروه حقوق خصوصی و حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق، دانشگاه قم.

۳ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا همدان.

۴ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی شهید مطهری، دانشگاه فردوسی



## مقدمه

شعبده، شعبده‌بازی و شعبده‌باز اصطلاحاتی هستند که بارها آنها را شنیده‌ایم و حتی گاهی، خود، شاهد اجرای ترفندهای شعبده‌بازی بوده‌ایم. برای برخی، شعبده یک سرگرمی است، برای بعضی دیگر یک تجارت متشکل از ساخت، انتشار یا آفرینش و برای دیگران یک حرفه است که هنرمندان آن را اجرا می‌کنند (Beckman, 2015: 159).

یکی از ویژگی‌های اساسی ترفندهای شعبده‌بازی، اجرای آنها در حضور دیگران است. امری که افشای رموز به کار رفته در آنها را محتمل‌تر می‌کند. در مواردی، افراد عادی هم تلاش می‌کنند فنون شعبده‌بازی را بیاموزند و اجرا کنند. به‌علاوه، در عصر دیجیتال، ترفندهای شعبده‌بازی در زمان اجرا ممکن است به راحتی ضبط و جهت مشاهده همگانی، در فضای مجازی، به اشتراک گذاشته شوند. با آنکه این امر زمینه افزایش مخاطب و شهرت شعبده‌بازان را فراهم می‌کند، خطر افشای اسرار شعبده‌بازان را بیش از پیش افزایش می‌دهد. به عنوان مثال، تارنمایی مانند «Theory11.com» فیلم‌های آموزش اسرار ترفندهای شعبده‌بازی محبوب مردم را تولید می‌کنند و می‌فروشند که در سراسر جهان قابل دریافتند؛ بدین ترتیب تلاش و وقت و هزینه صرف‌شده شعبده‌بازان برای خلق ترفندهای خود به‌هدر می‌رود زیرا هرکسی می‌تواند مهارت شعبده‌باز را بیاموزد و از آن بهره‌برد. شعبده‌بازانی نظیر هودینی<sup>۱</sup> سال‌های زیادی را صرف خلق ترفندهای خود کرده‌اند و حرفه آنها به حفاظت از اسرارشان متکی است. درحالی‌که حقوق مالکیت فکری، به ویژه به دلیل تهدیدهای عصر دیجیتال، حمایت اندکی از شعبده‌بازان به‌عمل می‌آورد (Markely, 2020: 113). با وجود اهمیت و ضرورت فزاینده حمایت قوانین مالکیت فکری از ترفندها و شیوه‌های شعبده‌بازی، این نوع حمایت‌ها به‌اندازه کافی به قشر شعبده‌باز در حفظ ایده‌ها و



ابداعاتشان یاری نمی‌رساند؛ زیرا حقوق مالکیت ادبی و هنری اگرچه ممکن است از کپی-کردن برخی اجراهای شعبده‌بازی جلوگیری کند، اما نمی‌تواند مانع سرقت یا افشای شیوه‌های انجام آن شود. حق اختراع باوجود امکان منع سرقت شیوه‌های مذکور، نمی‌تواند مانع شود که روش‌های مذکور در معرض افشا قرار گیرند (Loshin, 2007: 25). حیل‌های فریبنده و اصیل شعبده‌بازان، واجد شرایط حمایت تحت قانون حق اختراع آمریکا است. بااین‌حال، جهت کسب حمایت، شعبده‌بازان مجبورند چگونگی انجام کار را به‌دقت توضیح دهند. بدین ترتیب علی‌رغم تلاش این گروه برای پنهان کردن قانونی اسرار خود و برخورداری از حمایت قانونی، به‌دلیل طبیعت خاص حمایت از راه حق اختراع، اسرار آنها در دسترس عموم مردم و سایر رقبا قرار می‌گیرد (Sherlock, 2015: 3). در نهایت، حقوق اسرار تجاری اگرچه ممکن است مانع سرقت و افشای فنون اختصاصی شود اما قابلیت جلوگیری از افشای ترفندهای عمومی را بدون از بین بردن رویه مفید اشتراک‌گذاری فنون که در بین شعبده‌بازان رایج است ندارد (Loshin, 2007: 25).

در سال‌های اخیر، حقوق مالکیت فکری دامنه حمایت خود را به دارایی‌های نامحسوس بیشتری توسعه داده است. یکی از مواردی که در این سال‌ها چالش‌هایی را در خصوص اعطای این حقوق ایجاد کرده، بحث حمایت از روش‌های کسب‌وکار است (قبولی درافشان، بختیاروند و آقامحمدی، ۱۳۹۵: ۶۶۴). فعالیت در فضایی که حمایت در آن وجود ندارد، فعالان حوزه شعبده‌بازی را با مسایل داخلی و بین‌المللی بی‌شماری روبرو کرده است.

طرح موضوع حمایت از شعبده‌بازی در حقوق ایران تازگی دارد و پژوهشی که به‌طور همزمان، جنبه‌های حقوق مالکیت فکری و فقهی شعبده‌بازی در آن بررسی شده باشد یافت نشد. ضرورت انجام این پژوهش، گستردگی فعالیت شعبده‌بازان و فنون و ترفندهای آنها و مبهم بودن نحوه حمایت حقوقی از این قشر در کشور است که نویسندگان را برآن داشت ضمن مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، که خاستگاه عمده طرح این مسأله است، موضع حقوق ایران را بیان کنند. البته پیش از ورود به این مباحث، ضرورت اقتضا کرد که حکم





شعبده در فقه امامیه بررسی شود زیرا هرگاه، شعبده از دیدگاه فقه امامیه مباح باشد، مانعی برای حمایت حقوقی از آن در حقوق ایران وجود نخواهد داشت.

فرضیه مقاله این است که اعطای حقوق مالکیت فکری، شیوه نسبتاً مناسبی برای حمایت از شعبده‌بازی است که البته در همه موارد، کارآمد نیست. تهیه قواعد حرفه‌ای توسط انجمن‌های شعبده‌بازان، در مواردی مؤثر به نظر می‌رسد. با عنایت به آنچه گفته شد در این مقاله، ابتدا مفهوم شعبده‌بازی را تبیین و در ادامه، شعبده را از دیدگاه فقه امامیه بررسی می‌کنیم تا با اثبات مباح بودن آن، زمینه برای بحث در مورد حمایت‌پذیری آن در حقوق ایران فراهم شود. سپس به بررسی و تحلیل قالب‌های حقوقی محتمل حمایت از شعبده‌بازی در حقوق آمریکا و ایران خواهیم پرداخت.

## ۱. تعریف

در این قسمت ابتدا مفهوم لغوی و سپس مفهوم اصطلاحی شعبده را توضیح می‌دهیم.

### ۱-۱. مفهوم لغوی شعبده

طبق فرهنگ لغت کمبریج، شعبده<sup>۱</sup> عبارت است از مهارت اجرای ترفندهایی برای سرگرم کردن مردم، مانند ظاهر و ناپدید کردن اشیا و تظاهر به نصف کردن یک نفر.<sup>۲</sup> بعضی از علمای لغت (زییدی، ۱۴۱۴: ۳۷۴؛ ابن‌سیده، ۱۴۲۱: ۳۵۴) شعبده را به معنای حرکت سریع و بعضی دیگر (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۲۴۴) آن را به معنای تردستی دانسته‌اند. برخی (فیومی، ۱۴۱۴: ۳۱۴) نیز شعبده را بازی معنا کرده‌اند که انسان در آن، آنچه را که حقیقت ندارد مشاهده می‌کند. برخی دیگر (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۹۵) شعبده را عملی شبیه سحر معرفی کرده که با انجام آن بیننده آنچه را که اصل اشیا نیست به وسیله اعمال عجیب مشاهده می‌نماید. با توجه به بیان این دسته از لغویون، شعبده گرچه قریب به سحر است اما از اقسام سحر شمرده نمی‌شود. این درحالی‌است که بعضی از علمای لغت

1 Magic

2 <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/magic> (visited: 8/7/2020).





(عسکری، ۱۴۰۰: ۲۵۱) شعبده را قسمی از اقسام سحر دانسته‌اند که با سرعت صورت می‌پذیرد.

### ۲-۱. مفهوم اصطلاحی شعبده در فقه امامیه

شعبده (شعبده، شعوذه) در کتب فقها در دو معنا به کار رفته است. عده‌ای از فقیهان امامی (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳۹۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۶۷؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ۱۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۲۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۶۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۸۱) شعبده را مجموعه حرکات سریعی دانسته‌اند که سبب می‌شود تفاوت حقیقت یک چیز با شبیه آن، نزد حواس پوشیده بماند. لازم به ذکر است که تعریف مذکور از تعریف لغوی شعبده اخذ شده است. بعضی دیگر از اندیشمندان فقه (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۲۷) بر این اعتقادند که شعبده امری است که موجب تصرف در قوه خیال و ایجاد توهم چیزی می‌شود.

### ۳-۱. بررسی حکم شعبده در فقه امامیه

بعضی از اندیشمندان فقه امامی (انصاری، ۱۴۱۰: ۱۱۷) حکم فقهی شعبده را در پایان مباحث سحر بیان و آن را عملی فی‌نفسه حرام تلقی کرده و در شمار مکاسب محرمه دانسته‌اند. فقیهانی (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۹۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۴) که به حرمت شعبده حکم داده‌اند، در مجموع به چهار دلیل استناد کرده‌اند و دلایل آنها توسط فقیهان دیگر مورد مناقشه قرار گرفته است. در ذیل ادله و مناقشات قائلان به حرمت شعبده تبیین می‌شود.

۱. نخستین دلیل معتقدان به حرمت شعبده (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۹۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۴) وجود اجماع منقول و محصل بر حرمت شعبده است. بعضی از محققان (خوئی، ۱۴۱۲: ۲۹۸؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۱۴؛ سبحانی، ۱۴۲۴: ۵۰۱) در رد دلیل مذکور چنین بیان کرده‌اند که اجماع، تعبدی نیست و محتمل‌المدرک است و حجیت ندارد. البته این در حالی است که بعضی از فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۲۳۹) در مورد مذکور، از اجماع به عنوان مؤیدی قوی یاد کرده‌اند.

۲. دلیل دوم قائلان به حرمت شعبده (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۹۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۴)، قرار گرفتن آن ذیل عناوین محرمی چون باطل و لهو است. برخی فقیهان (ایروانی، ۱۴۰۶: ۲۸؛ خوئی، ۱۴۱۲: ۲۹۸؛ سبحانی، ۱۴۲۴: ۵۰۱) در پاسخ به استدلال مذکور گفته‌اند





که عناوین باطل و لهُو بر شعبه انطباق ندارد زیرا بر شعبه غرض عقلایی مترتب است و بر فرض انطباق عناوین یاد شده نیز، جمیع اقسام لهُو و باطل به نحو مطلق حرام نیست.

۳. بعضی از فقها (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۴) با استدلال به فقره (و نَوْعٌ آخَرٌ مِنْهُ خَطْفَةٌ وَ سُرْعَةٌ وَ مَخَارِيقٌ وَ خِفَّةٌ) از حدیث احتجاج (طبرسی، ۱۴۰۳: ۳۴۰) که بیانگر امتیازات شعبه است و با انضمام اینکه حرمت سحر از ضروریات است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۷) نهایتاً در مورد شعبه نیز که در حدیث از اقسام سحر شمرده شده است، به حرمت حکم داده و اجماع را جابر ضعف حدیث دانسته‌اند. بعضی از فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۲۳۹) در رد استدلال مذکور، چنین استدلال کرده‌اند که تعبیر از شعبه به سحر، تعبدی نیست و بر اساس تفسیر معنای عرفی از سحر است. توضیح بیشتر این قسمت ذیل دلیل چهارم مطرح خواهد شد. بعضی از محققان (خوئی، ۱۴۱۲: ۲۹۸) نیز با عدم پذیرش اجماع یادشده، جبران ضعف حدیث را با آن، ضم غیرحجت به مثل آن دانسته‌اند. بعضی دیگر از اندیشمندان فقه (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۱۵) اگرچه جبران ضعف سند به وسیله عمل اصحاب را امکان پذیر دانسته‌اند اما معتقدند که در جبران ضعف، باید استناد عمل اصحاب به روایت محل بحث احراز شود، حال آن که این مهم در محل بحث به جهت وجود مدارک و احتمالات دیگر که می‌تواند عمل اصحاب به آن مستند شود، روشن نیست.

۴. آخرین دلیل ادعا شده بر حرمت شعبه توسط بعضی از فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۴) صدق تعاریف و معیارهای سحر بر شعبه است. از دیدگاه بعضی فقها (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۲۳۹) به بعد) شاید مهم ترین دلیل قائلین به حرمت شعبه این باشد که شعبه یکی از مصادیق سحر است و این مهم را روایت احتجاج نیز تأیید می‌کند و در نتیجه اطلاقات حرمت سحر شامل شعبه نیز می‌شود. برای توضیح بیشتر نسبت به انطباق موضوعی سحر بر شعبه لازم است ابتدا سحر و معیارهای آن روشن شود تا در نتیجه صدق موضوعی سحر بر شعبه احراز شود. بعضی اندیشمندان فقه (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۴) سحر را امری عرفی دانسته و بیان کرده‌اند که سحر در نظر عرف، عبارت است از ایجاد هر چیزی که بر آن آثار عجیب و غیرعادی مترتب باشد و بدون دارا بودن مستند شرعی، عمل ساحر شباهت به کرامات و معجزات داشته باشد. از دیدگاه بعضی دیگر از







محققان (خوئی، ۱۴۱۲: ۲۸۵) از مجموع تعاریف علمای لغت از سحر، چنین نتیجه گرفته می‌شود که سحر عبارت است از تبدیل چیزی از صورت اصلی خودش به طریق نیرنگ و همراه با عملی مخفیانه به نحوی که ساحر، لباس حق به باطل بپوشاند و امری غیر واقعی را به صورت واقع و به نحوی خارق‌العاده جلوه دهد. با توجه به تعریف مذکور، بعضی از فقها (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۲۳۹ به بعد) معتقدند که معیارهای موجود در سحر (خرق عادت، اسباب خفیه و نیرنگ) در غالب موارد شعبده وجود داشته و از این جهت صدق عنوان سحر بر شعبده را ممکن دانسته و البته بیان داشته‌اند که در صورت تصریح شعبده باز به انجام عمل، صرفاً به وسیله تردستی و سرعت حرکات و عدم وجود فریب که از جمله معیارهای سحر است، می‌توانیم موارد یاد شده از شعبده را از مصادیق سحر خارج بدانیم. قائل به این نظر روایت احتجاج بیان شده در استدلال سوم را مویدی بر تطبیق عنوان سحر بر شعبده دانسته‌است. در مقابل، برخی از دانشیان فقه امامی (خوئی، ۱۴۱۲: ۲۹۸؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۱۴) رابطه بین سحر و شعبده را تباین می‌دانند. بر این اساس نظر مذکور، هیچ یک از مصادیق سحر و شعبده هم‌پوشانی پیدا نخواهد کرد. بعضی از فقیهان (خوئی، ۱۴۱۲: ۲۸۶ به بعد) رابطه تباین بین سحر و شعبده را اینگونه تبیین کرده‌اند که سحر امری است که موجب تخیل بینندگان نسبت به تغییر امور واقعی می‌شود، بدون اینکه تصرف حقیقی در عالم تکوین اتفاق افتد؛ به این صورت که مثلاً ساحر با تصرف در نگاه بیننده، خشکی را در دید وی دریایی پر تلاطم به نظر می‌آورد. بنابراین امتیاز اصلی سحر این است که نتیجه آن رخداد امری وهمی در نظر بیننده است بر خلاف شعبده که در آن امر متعارفی در نظر بیننده اتفاق می‌افتد اما سرعت حرکات و غفلت بیننده، اتفاق امری تعجب برانگیز را رقم می‌زند. به عنوان مثال، نقل و انتقال از مکانی به مکان دیگر که امر متعارفی است، به جهت سرعت شعبده‌باز و غفلت بینندگان به امری غیرمنتظره تبدیل می‌شود. به اعتقاد بعضی از فقیهان (سبحانی، ۱۴۲۴: ۵۰۲) ساحر سعی در تصرف حواس و قلب سحر شده دارد به صورتی که موجب عدم رؤیت حق به سبب تضعیف قوای ادراکی انسان می‌شود. در مقابل، شعبده‌باز بر نبوغ و مهارت خود در هنری که انجام می‌دهد، متکی است بدون آنکه به تضعیف مدرکات طرف مقابل نیاز داشته باشد. بعضی از اندیشمندان فقه (مکارم شیرازی





۱۴۲۶: ۲۳۹ به بعد) بنا بر فرض عدم صدق عنوان سحر بر شعبده و خروج موضوعی آن از ذیل سحر، به الحاق حکمی شعبده به سحر قائل شده و از این طریق در صدد اثبات حرمت آن برآمده اند. لازم به ذکر است که بعضی از فقیهان (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۷) در توجیه وجه الحاق حکمی نسبت به مواردی که صدق عنوان سحر بر آنها ممکن نیست، بیان کرده اند که همه کارهای مشابه با معجزه از جمله سحر و کارهای مشابه سحر با خرق عادت توأم بوده و از آنجا که این امر به ایجاد اختلال در معجزات و به تبع آن مقام نبوت می شود، سبب شده شارع متعال به دلیل وجود این مفسده، به حرمت افعال مذکور حکم دهد. در مقابل، برخی دیگر از اندیشمندان فقه (انصاری، ۱۴۱۰: ۷۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷: ۲۱۱) معتقدند که دلیلی بر لحوق حکمی شعبده به سحر وجود ندارد و در نتیجه شعبده را از این جهت نیز از سحر قابل تفکیک دانسته اند.

از بررسی دیدگاه‌های فقیهان می توانیم به این نتیجه دست یابیم که ادله قائلان به حرمت شعبده کافی نیست زیرا سه دلیل نخست بیان شده برای حرمت شعبده، دارای مناقشات جدی هستند و نیز مهم ترین دلیل حرمت شعبده یعنی دلیل چهارم علیرغم دفاع بعضی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۲۳۹ به بعد) از آن، به سبب عدم وجود دلیل بر لحوق حکمی مخدوش است. در نتیجه به اعتقاد نگارندگان و چنانکه بعضی از اندیشمندان فقه (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۵) بیان کرده اند، در صورت عدم احراز عنوان سحر بر شعبده، به لحاظ حکمی مشکوک الحرمه صدق می کند و مسیری جز تمسک به اصل برائت نسبت به حرمت نیست و تمسک به اصل مذکور، نتیجه ای جز اباحه شعبده نخواهد داشت.

## ۲. نحوه حمایت از شعبده بازی در قالب حقوق مالکیت فکری

به طور کلی، قالب های حمایتی مالکیت فکری محتمل برای حمایت از آثار شعبده بازان عبارتند از حق مؤلف، حق اختراع، اسرار تجاری و علامت تجاری که در ادامه به بررسی آنها می پردازیم.



## ۲-۱. حق مؤلف

اولین حوزه مالکیت فکری که حمایت از شعبده را در قالب آن بررسی می‌کنیم، حقوق مالکیت ادبی و هنری است. طبق قانون حق مؤلف فدرال ۱۹۷۶ آمریکا، حمایت حق مؤلف به آثار اصیلی تعلق می‌گیرد که در یک واسط فیزیکی تثبیت شده باشند.<sup>۱</sup> این بدان معناست که شعبده‌بازان می‌توانند برای متون، دستورالعمل‌های مکتوب اجرای صحنه‌ای یا فیلم‌های ضبط شده اجرای خود حمایت کپی‌رایت را اخذ و بدین ترتیب از اجراهای عمومی که شباهت اساسی با اجرای آثار آنها دارد جلوگیری کنند (Loshin, 2007: 19). در حقوق ایران، برای اینکه یک آفریده فکری مورد حمایت حق مؤلف قرار گیرد باید اثر به مفهوم مندرج در ماده یک قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۴۸ (قانون ۴۸) باشد. طبق این ماده: «... به آنچه از راه دانش یا هنر و یا ابتکار آنان پدید می‌آید بدون در نظر گرفتن طریقه یا روشی که در بیان و یا ظهور و یا ایجاد آن به کار رفته «اثر» اطلاق می‌شود». برخی نویسندگان شرایط عمده حمایت از آثار را اصالت، تجسم خارجی اثر و عدم تغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه دانسته‌اند (محسنی، قبولی درافشان، ۱۳۹۴: ۵۱ به بعد). آنچه در بحث ترفندهای شعبده‌بازی برای ما اهمیت دارد، شرط اصالت است که در ادامه به آن می‌پردازیم.

نو بودن یا فقدان هرگونه سابقه مشابه یک اثر برای اصیل محسوب شدن آن اثر لازم نیست، بلکه اثر باید به گونه‌ای باشد که از مؤلف آن نشأت گرفته باشد (زرکلام، ۱۳۸۷: ۴۵؛ انصاری، ۱۳۸۶: ۱۱۳-۱۱۲). این شرط به معنای جدید یا منحصر بفرد بودن اثر نیست که جهت حمایت از اختراع ضرورت دارد. اگر چه در نگاه اول ممکن است به نظر رسد که در غالب موارد چون یک ترفند یا سایر فنون شعبده‌بازی از آثار دیگران الهام گرفته است ازینرو اصیل نیست و مشمول حمایت حق مؤلف نمی‌شود. اما این حکم در همه موارد صادق نیست و بسیاری از آثار شعبده‌بازی حاصل تفکر خلاقانه خود شعبده‌باز است. البته نمی‌توانیم انکار کنیم که گاهی مؤلف در تهیه اثر خود از اثر یا آثار سابق بهره می‌گیرد؛





این استفاده گاهی جنبه متعارف (منصفانه) دارد و نمی‌توانیم اثر دوم را کپی یا مشتق شده از اثر قبلی محسوب کنیم. در حالت کپی بودن، بی‌تردید حق مؤلف نقض شده است. اما اگر اثر جدید شعبده‌بازی، مبتنی بر اثر قبلی باشد و در عین حال بتواند اثر اصیلی محسوب شود از آن تحت عناوینی چون اقتباسی، «ثانوی، مشتق و یا اشتقاقی یاد می‌شود. این نوع آثار شامل اقتباس، ترجمه، جنگ در زمینه ادبی و تنظیم در زمینه موسیقی و تبدیل در زمینه هنرهای پلاستیکی (تجسمی) می‌شود» (محمدزاده وادقانی، ۱۳۸۷: ۳۲۶). قانون حق مؤلف آمریکا اثر اقتباسی را اثری می‌داند که مبتنی بر یک یا چند اثر قبلی باشد. بدیهی است که، به تبعیت از قواعد عمومی حقوق مالکیت ادبی و هنری، پدیدآورنده ترفندهای شعبده‌بازی مشتق شده از ترفندهای دیگر، باید اذن این کار را داشته باشد و حقوق پدیدآورنده اثر اصلی را رعایت کند (زرکلام، ۱۳۸۷: ۱۷۳؛ محسنی، قبولی درافشان، ۱۳۹۴: ۸۰). به عنوان اصل، جز اصالت اثر، شرط دیگری برای حمایت از آن وجود ندارد (صادقی، علامه، ۱۳۹۴: ۶۵۲) و حمایت نباید تابع هیچ تشریفاتی باشد (شاکری، ۱۳۹۳: ۱۱۱). اما، همانطور که گفتیم، مطابق قانون کپی‌رایت آمریکا برای اینکه یک اثر مشمول حمایت کپی‌رایت قرار بگیرد باید در یک واسط فیزیکی تثبیت شود. اجرای شعبده‌بازی ممکن است به روش‌های مختلفی تثبیت شود. شاید ساده‌ترین راه تثبیت اجرا، تهیه فیلم از آن باشد، هر چند یک دستورالعمل نوشته شده یا توصیف دقیق یک حیل شعبده‌بازی نیز می‌تواند کافی باشد (Dougherty, 2018: 6-7). ولی خود اجراها به عنوان اثر حمایت نمی‌شوند (Geravis, 2015: 127). در حقوق ایران، همانطور که به‌درستی گفته شده است، صرف تجسم خارجی اثر صرف‌نظر از طریقه یا روش بیان یا ظهور اثر کفایت می‌کند (محسنی، قبولی درافشان، ۱۳۹۴: ۶۲). با عنایت به اینکه در حقوق ایران، شرط تثبیت در رسانه ملموس مقرر نشده است، اگر اجرای زنده شعبده‌باز را یک اثر ادبی و هنری بدانیم مانعی در راه حمایت حق مؤلف از اجرای زنده وجود ندارد. هر گاه شعبده‌باز، اثر دیگران

۱ برای مطالعه بیشتر راجع به استفاده منصفانه نک. شاکری، ۱۳۹۴، ص ۲۰۷ به بعد.





را اجرا کند، مجری اثر و یکی از دارندگان حقوق مرتبط خواهد بود که در قوانین فعلی ایران، جز ماده (۶۲) قانون تجارت الکترونیکی، به‌طور صریح به رسمیت شناخته نشده است. در لایحه حمایت از مالکیت ادبی و هنری، حقوق اجراکنندگان در ماده (۵۸) پیش‌بینی شده است (برای مطالعه بیشتر در زمینه حقوق اجراکنندگان نک. صادقی، پورمحمدی، ۱۳۸۶: ۷۳ به بعد).

در حقوق آمریکا، کلمات یا عبارت کوتاه از قبیل عنوان اثر، وردهای کوتاه جادویی یا اسم شعبده‌باز یا یک شخصیت، در قالب حق مؤلف قابل حمایت نیستند (Dougherty, 2018: 6). به علاوه، حمایت حق مؤلف به روش‌ها، فرآیندها، سیستم‌ها، شیوه‌های عملکرد، مفاهیم، اصول یا اکتشافات بیان شده در یک اثر قابل تعمیم نیست؛ این موارد کاربردی می‌توانند موضوع حمایت حق اختراع باشند. کتاب توصیف‌کننده نحوه اجرای نمایش‌های شعبده‌بازی، خود، به‌طور بالقوه می‌تواند به عنوان یک اثر ادبی مورد حمایت حق مؤلف قرار گیرد. در عین حال، روش یا سیستم‌های خلق ترفندهای شعبده که در چنین اثری بیان می‌شوند مشمول حمایت حق مؤلف نیستند. شیوه‌های عملیاتی کردن ترفندها نیز قابل حمایت نیستند. برای نمونه، یک مجموعه رمزی از کلمات یا صداها که توسط دستیار برای کمک به ذهن خوان خوانده می‌شود تا چنین به نظر رسد که او ذهن خوانی می‌کند، احتمالاً به عنوان یک سیستم مفید تلقی خواهد شد و نه اثر خلاقانه (Dougherty, 2018: 8-9).

در حوزه شعبده‌بازی، معمولاً مبتکران روش‌های شعبده، مقالاتی را در مجلات یا کتب راجع به خلاقیت‌های نوآورانه خود می‌نگارند یا ویدیوهای آموزشی خود را از طریق تارنماها یا کانال‌های شبکه‌های اجتماعی یا فروشگاه‌های تخصصی عرضه می‌کنند. برخی از شعبده‌بازان بخش قابل توجهی از درآمد خود را از طریق انتقال اصول آموزشی به شعبده‌بازان دیگر به دست می‌آورند. به‌طور کلی، این دسته از شعبده‌بازان (شعبده‌بازان منشأ فنون) فقط زمانی مطالب ابتکاری خود را منتشر می‌کنند که مایل باشند اذن اجرای آنها را به دیگران بدهند. همچنین رویه کلی این است که شعبده‌بازان دیگر با این انتظار که





حق انجام ترفندهای توصیف شده را داشته باشند، مجلات، کتب یا فیلم‌های مذکور را خریداری می‌کنند. این کتب و ویدیوها که جزئیات اجرای شعبده را توضیح یا نمایش می‌دهند، امکان تثبیت اجرا را که شرط مقرر برای حمایت از آن است، فراهم می‌کنند. بنابراین، برخلاف انتظار ممکن است پدیدآورنده با نگارش کتاب یا تهیه فیلم، حق منع خریداران از اجرای ترفندهای ارائه شده را به دست آورد به شرط اینکه تقلید به اندازه کافی شبیه ترفند توصیف شده و حمایت هم موسع باشد. ازینرو، شعبده‌بازان دیگر مکلفند به پدیدآورنده مراجعه و اذن او را برای اجرای ترفند اخذ کنند و در غیر اینصورت، با خطر اقامه دعوای نقض مواجه خواهند بود (Crasson, 2012: 128).

در ادامه، پرونده معروفی<sup>۱</sup> در زمینه حمایت حق مؤلف از ترفندهای شعبده‌بازی ذکر می‌شود. تلمر شعبده‌باز معروف، علیه شعبده‌باز دیگری به نام داگه به خاطر بارگذاری دو فیلم در یوتیوب که انجام ترفندی شبیه ترفند وی موسوم به سایه‌ها را نمایش می‌داد و راز ترفند تلمر را برای فروش گذاشته بود اقامه دعوا کرد. موفقیت در دعوای نقض حق مؤلف متوقف بر اثبات دو عنصر است: نخست. خواهان دارنده یک حق مؤلف معتبر است؛ و دوم. خواننده، عناصر اصیل اثر را کپی کرده است. از آنجا که تلمر در سال ۱۹۸۳ بازی خود را به عنوان یک اثر نمایشی در اداره حق مؤلف آمریکا ثبت کرد بود، دادگاه وی را به عنوان خالق سایه‌ها معرفی کرد.

در پاسخ، داگه استدلال کرد که علیرغم ثبت اجرای تلمر، حق مؤلف وی معتبر نیست زیرا اجرائیش به عنوان یک اثر نمایشی ثبت شده است و نه ترفند شعبده‌بازی. دادگاه نیز پذیرفت که حیل‌های شعبده‌بازی مشمول حمایت حق مؤلف نیستند، اما اعلام کرد که آثار نمایشی و پانتومیم‌ها قابل حمایت از طریق حق مؤلفند و صرف این واقعیت که اثر نمایشی یا پانتومیم مشتمل بر یک ترفند شعبده‌بازی است یا حتی اینکه یک ترفند خاص، شاخصه اصلی اثر باشد مانع حمایت حق مؤلف از آن نمی‌شود. دادگاه توضیح داد که حیل‌ها و ترفندهای شعبده‌بازی فی‌نفسه مشمول حمایت حق مؤلف نیستند ولی اجرای آنها را می-



1 Teller v Dogge, Case 2:12-cv-00591-JCM-GWF.



توان به‌عنوان یک اثر نمایشی تلقی کرد که در قلمرو حمایت حق مؤلف قرار دارد و بنابراین قابل حمایت است. گواهی ثبت تلم، اجرای وی را به‌دقت چنین توصیف کرده است: «مجموعه‌ای از اجراهای صحنه‌ای که توسط یک مجری واحد بازی می‌شود، اجرای ترفند توسط او یک اثر نمایشی است که مشمول حمایت حق مؤلف قرار می‌گیرد». لذا، تلم توانست ثابت کند که دارنده یک حق مؤلف معتبر است و در نتیجه عنصر نخست ضابطه نقض حق مؤلف را اثبات کرد. بر اساس عنصر دوم، تلم باید ثابت می‌کرد که داگه مؤلفه-های اصیل اثر را کپی کرده است. دادگاه بررسی کرد که آیا هنگام مقایسه نسخه کپی و اصل، شباهت‌های قابل‌ذکری بین طرح داستان، زمینه‌ها، دیالوگ، حس، آهنگ، پویایی، شخصیت و رشته حوادث وجود دارد یا خیر. البته دادگاه یادآوری کرد که ایده‌ها، مفاهیم، موضوع‌ها و عناصر استاندارد ژانر به‌عنوان مؤلفه‌های قابل حمایت حق مؤلف محسوب نمی‌شوند. پس از تحلیل، دادگاه احراز کرد که اجراهای داگه و تلم تقریباً دوقلوهای یکسان هستند. لذا، تلم با اثبات دو عنصر فوق‌الذکر، نقض حق مؤلف را اثبات کرد (Markley, 2020: 115-116).

## ۲-۲. حق اختراع

مطابق قوانین ثبت اختراع، یک ابداع برای حمایت‌پذیر شدن باید سه شرط قانونی را دربرداشته باشد. این شروط که معمولاً در اغلب قوانین کشورهای مختلف مقرر شده عبارتند از: جدید بودن (تازگی)، غیربدیهی بودن (داشتن گام ابتکاری) و کاربرد صنعتی. برای مثال، بخش (۱۰۱) قانون حق اختراع آمریکا<sup>۱</sup> اختراع را زمانی قابل ثبت می‌داند که جدید و مفید باشد و مواد (۱۰۲) و (۱۰۳)، شرایط تازگی و غیربدیهی بودن را توضیح داده‌اند. همچنین، طبق ماده (۲) قانون ثبت اختراعات، علائم تجاری و طرح‌های صنعتی مصوب ۱۳۸۶ (قانون ۸۶) «اختراعی قابل ثبت است که حاوی ابتکار جدید و دارای کاربرد صنعتی باشد. ابتکار جدید عبارت است از آن که در فن یا صنعت قبلی وجود نداشته، برای





دارنده مهارت عادی در فن یاد شده معلوم و آشکار نباشد و از نظر صنعتی، اختراعی کاربردی شمرده شود که در رشته‌ای از صنعت قابل ساخت یا استفاده باشد».

ترفندها و حیل‌های شعبده‌بازان، در صورت داشتن شرایط اختراع، قابل حمایت خواهند بود (Dougherty, 2012: 2). هنگامی که شعبده‌باز، شخصی را ظاهراً نصف می‌کند، اگرچه مخاطبان می‌دانند که شخص واقعا به دو نیم تقسیم نشده است، اما آنها چگونگی اجرای این ترفند را نمی‌دانند. این چگونگی اجرا یا شیوه مخفی در ورای ترفند شعبده‌بازی، مشتمل بر اسراری است که به شدت حفاظت می‌شوند. این اسرار همیشه عنصر اساسی شعبده بوده‌اند که برخی آن را یکی از قدیمی‌ترین شکل‌های سرگرمی تلقی می‌کنند. قانون حق مؤلف آمریکا به طور مفصل، آثار مورد حمایت خود را بیان می‌کند. رازی که در پس نحوه حصول یک نتیجه (یعنی فرآیند انجام شده که این تصور را ایجاد می‌کند که شخص نصف شده است) قابلیت حمایت از طریق حق مؤلف را ندارد. لذا، فقط حق اختراع یا حقوق اسرار تجاری ممکن است شیوه اجرا را حمایت کند (Beckman, 2015: 361-362). ابزار مورد استفاده در ایجاد ترفندها، نظیر جعبه‌های آینه‌ای که موجد تصور ناپدید شدن هستند یا قطعات شیشه‌ای استفاده شده در زاویه‌های خاص برای ایجاد توهم احضار روح، ممکن است تحت نظام اختراع حمایت شوند (Dougherty, 2018: 10). برای مثال، شعبده‌باز معروف، گلدین، مبدع ترفند نصف کردن زن در آمریکا، ابزار به کاررفته جهت ااره کردن را به عنوان اختراع ثبت کرد. معذکک، شعبده‌بازان به ندرت اختراعات خود را ثبت می‌کنند (Crasson, 2012: 108). در واقع، حتی اگر ترفند شعبده‌باز شرایط ثبت در قالب اختراع را داشته باشد چون به عنوان بخشی از فرآیند ثبت، ویژگی‌های اختراع باید برای عموم، از جمله رقبای شعبده‌باز، افشا شود مخترعان شعبده‌باز ممکن است تمایلی به ثبت اختراع نداشته باشند (Dougherty, 2018: 2). توضیح اینکه مطابق بخش (۱۱۱) قانون حق اختراع آمریکا و ماده (۶) قانون ۸۶ ایران، راه‌حل فنی اختراع باید افشا شود تا دیگران قادر به دستیابی به اطلاعات مرجع باشند و در نهایت این امر موجب پیشرفت فناوری شود؛ حال آنکه افشای عمومی اسرار شعبده‌بازی به معنای مرگ هنر شعبده‌بازی است و هیچ شعبده‌بازی محور خلاقیت خود را افشاء نخواهد







کرد. علاوه بر این، حتی اگر ترفند شعبده‌بازی به عنوان اختراع ثبت شود، حق اختراع شعبده‌بازان را تنها از تقلید توسط دیگران مصون می‌دارد اما قادر به جلوگیری از افشای ترفند آن نخواهد بود (Jin, Ning, 2014). زیرا ترفند، توسط اداره حق اختراع منتشر شده و در دسترس عموم قرار گرفته است و حقوق انحصاری دارنده که در ماده (۱۵۴) قانون حق اختراع آمریکا و ماده (۱۵) قانون ۸۶ ایران، مقرر شده است دلالتی بر منع افشای اسرار ترفند ندارد. در یک پرونده،<sup>۱</sup> حق اختراع شعبده‌باز معروف گل‌دین به ضرر او تمام شد. وی که ابزار ترفند اهره کردن را به عنوان اختراع ثبت کرده بود علیه شرکت افشاکننده راز ترفندش اقامه دعوا کرد. دادگاه با رد دعوای رقابت غیر منصفانه اعلام کرد که شرکت هیچ چیز یا واقعیتهایی را که فرض شود عموم قبلاً از آن مطلع نبوده افشا نکرده است و او با دریافت حق اختراع، از راز خود اعراض کرده و آن را در اختیار عموم قرار داده است (Crasson, 2012: 109). دادگاه همچنین مقرر کرد که حق اختراع گل‌دین صرفاً اختراع استفاده شده برای اجرای ترفند را انحصاری می‌کند نه خود ترفند را (Markely, 2020: 121).

نکته دیگر اینکه مدت حمایت از اختراع محدود و برای مثال طبق قوانین آمریکا (ماده ۱۵۴ قانون حق اختراع) و ایران (ماده ۱۶ قانون ۸۶)، ۲۰ سال از تاریخ ثبت اظهارنامه است. در حقوق ایران با توجه به بند شش ماده دو قانون ۸۶، ترفند شعبده‌بازی، به عنوان اختراع، قابل ثبت نیست.

### ۲-۳. اسرار تجاری

در بیشتر موارد، شعبده‌بازان، اسرار زیادی دارند که از ارزش اقتصادی برخوردار است (Markely, 2020: 133). وقتی بحث حمایت از فوت‌وفن‌ها و اسرار محرمانه شعبده‌بازان مطرح می‌شود، اولین موضوعی که به ذهن خطور می‌کند حمایت در قالب اسرار تجاری است (Crasson, 2012: 105). به موجب بند چهار بخش نخست قانون فدرال اسرار تجاری آمریکا، سر تجاری اطلاعات محرمانه‌ای از قبیل فرمول، الگو، ترکیب، برنامه، ابزار، روش،





تکنیک یا فرآیند است که: نخست. به دلیل عدم آگاهی دیگران از آن، ارزش اقتصادی مستقل دارد و دوم. تلاش‌های متعارفی برای حفظ محرمانگی آن انجام می‌شود. شرح سوم رقابت غیرمنصفانه آمریکا سر تجاری را چنین تعریف کرده است: اطلاعاتی که در فعالیت یک کسب و کار یا بنگاه دیگر می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و برای ایجاد مزیت اقتصادی نسبت به دیگران، محرمانگی و ارزش کافی دارد. در حقوق ایران، ماده (۶۵) قانون تجارت الکترونیکی اسرار تجاری الکترونیکی را داده‌پیمای شامل اطلاعات، فرمول‌ها، الگوها و ... می‌داند که ارزش اقتصادی مستقل دارد و در دسترس عموم نیست و تلاش‌های متعارفی برای حفظ و حراست از آن انجام شده است؛ (بدیهی است که این ماده شامل اسرار تجاری غیر الکترونیکی نمی‌شود).

برخی نویسندگان، حقوق اسرار تجاری را به چند دلیل، مناسب‌ترین نظام مالکیت فکری برای شعبده‌بازان می‌دانند. نخست، شعبده‌بازان یک سر تجاری معتبر دارند زیرا از راز ارزشمندی بهره‌مندند که اقدامات متعارف برای حفاظت از آن را انجام می‌دهند. دوم، اسرار آنها برای عموم مردم ناشناخته هستند؛ امری که این باور را تقویت می‌کند که اسرار آنها معتبرند. سوم، حقوق اسرار تجاری از اسرار شعبده‌بازان در برابر افشاء یا استفاده غیرمجاز کسانی که با تعهد حفظ محرمانگی اسرار را در اختیار گرفته‌اند حمایت می‌کند؛ چهارم، حقوق اسرار تجاری از شعبده‌بازان در برابر اکتساب غیرقانونی اسرار آنها حمایت به عمل می‌آورد (Markely, 2020: 133). به دلایل پیش گفته می‌توانیم این نکته را بیفزاییم که حمایت قانونی از اسرار تجاری، برخلاف حق مؤلف یا حق اختراع، دوره معین قانونی ندارد که با سپری شدن چنین دوره‌ای، حمایت یادشده خاتمه یابد و در واقع حمایت از آنها به‌طور بالقوه دائمی است و مادامی که اسرار افشاء نشده‌اند حمایت می‌شوند.

البته، راهکار اسرار تجاری برای حفاظت از ترفندهای شعبده‌بازان با ایراداتی مواجه است. نخست. مسئولیت نقض اسرار تجاری فقط شامل کسانی است که آن را از طریق غیرقانونی به‌دست آورده باشند. این امر مستلزم سرقت اسرار است (Loshin, 2007: 23) و برای مثال، مهندسی معکوس را در برنمی‌گیرد. برای نمونه، اگر یک شعبده‌باز، فیلم اجرای شعبده‌باز دیگر را به‌دقت ببیند و متوجه شود ترفند چگونه اجرا می‌شود و آن را اجرا کند،





شعبده‌باز نخست نمی‌تواند علیه او اقامه دعوا کند. البته این نقص ممکن است شعبده‌بازان را به خلاقیت بیشتر تشویق کند تا با ارائه روش‌های پیچیده‌تر حتی مانع کشف راز ترفند توسط افرادی شوند که از طریق قانونی در پی کشف آن هستند (Markely, 2020: 135). طریق غیرقانونی می‌تواند نقض قرارداد محرمانگی باشد (Loshin, 2007: 23). بخش قابل-توجهی از اسرار شعبده‌بازی را می‌توان به وسیله قواعد حفظ محرمانگی یا حقوق قراردادهای مدیریت یا حمایت کرد. علت این است که این اقدامات می‌تواند به نحو مؤثری موجب حق انحصاری دائمی برای اطلاعات محرمانه باشد؛ به‌طور کلی، در جریان قرارداد مجوز بهره‌برداری از حقوق مالکیت فکری، ممکن است مجوزدهنده اطلاعاتی را افشاء کند که به دلایلی محرمانه محسوب می‌شود. در این صورت دریافت‌کننده اطلاعات (مجوزگیرنده یا نماینده قانونی وی) گاه ممکن است تصور کند تعهدی به حفظ اطلاعات محرمانه ندارد و به افشای آنها پردازد، گاهی نیز این عمل عمداً صورت می‌گیرد تا مزیتی که دارنده اطلاعات از آن برخوردار است از دست برود. ازین‌رو، بهترین راه عملی برای حفاظت از اطلاعات محرمانه در جریان قرارداد مجوز بهره‌برداری، انعقاد قرارداد حفظ محرمانگی است که به آن قرارداد عدم افشاء نیز اطلاق می‌شود (بختیاروند، آقامحمدی، ۱۳۹۵: ۳۸).

ایراد دوم اسرار تجاری برای حفظ اسرار شعبده‌بازان، لزوم تلاش دارنده اسرار برای حفاظت از آنها است. اگر یک روش در نشریات یا کتب تجاری شعبده‌بازان منتشر یا حتی به‌طور غیر رسمی در میان تعدادی از شعبده‌بازان به اشتراک گذاشته شده باشد در معرض از دست دادن قابلیت حمایت به‌موجب اسرار تجاری است (Loshin, 2007: 23-24). با توجه به اینکه شعبده‌بازی ممکن است در سالن‌ها و مکان‌های مختلفی اجرا شود، اجراکنندگان به ندرت می‌توانند دسترسی سایرین به پشت صحنه را کنترل کنند؛ به‌علاوه، شعبده‌بازان معمولاً نمی‌توانند کسانی را که با آنها کار می‌کنند به امضای قرارداد عدم افشاء ملزم کنند. در نتیجه، در اغلب موارد، اجرای اقدامات احتیاطی و حفاظتی که از نظر دادگاه اقدامات متعارف برای حفظ محرمانگی تلقی می‌شوند، برای این هنرمندان دشوار است (Crasson, 2012: 106).





## ۲-۴. علامت تجاری

نام یا عنوان نه تنها می‌تواند معرف شخصیت یک هنرمند مانند شعبده‌باز باشد بلکه ممکن است وسیله‌ای برای مخاطبان جهت به خاطر آوردن هنرمندی باشد که اجرای او را تماشا کرده‌اند و برای کارفرمایان بالقوه برای به یاد آوردن کسی که قصد دارند استخدامش کنند (Crasson, 2012:98). این همان کارکرد علائم تجاری است که «موجب تمایز محصولات تولیدکنندگان از کالاها و خدمات رقبا می‌شوند» (فصیحی‌زاده، مؤمنی تدرجی، باقرپور، ۱۳۹۵: ۶۲۸، بخش ۴۵ قانون لنهام آمریکا و ماده ۳۰ قانون ۱۸۶ ایران).

علائم تجاری و علائم خدماتی مرتبط با شعبده‌باز و اجراهای وی ممکن است تحت همین عنوان یا به موجب حقوق رقابت غیر منصفانه حمایت شوند. بدیهی است که، جز در موارد استثنایی (بختیاروند، اعرابی جشقانی، ۱۳۹۷: ۲۴)، کسی جز مالک، حق استفاده انحصاری از علامت را ندارد (حبیب، حسین‌زاده، ۱۳۹۳: ۳۵۲). حقوق علائم تجاری ممکن است از شعبده‌باز در برابر رقیبی که نام یا تصویر مرتبط با اجرای او را به‌طور گمراه‌کننده-ای به کار می‌برد حمایت کند اما حمایت چندانی از خود اجرا به‌عمل نمی‌آورد (Dougherty, 2018: 3). همچنین، حقوق علائم تجاری، احتمالاً برای حمایت از یک ابزار شعبده‌بازی به کار نخواهد آمد. مگر در اوضاع و احوال بسیار خاص، مثلاً هنگامی که یک ابزار منحصربفرد به عنوان معرف منع خدمات شعبده‌باز عمل کند. معذک، حقوق علائم تجاری ممکن است برندی را که تحت آن، شعبده‌باز خدماتش را ارائه می‌دهد حمایت کند و باید بتواند مانع تجارت کردن یک شعبده‌باز با استفاده از حسن شهرت و اعتبار دیگری، از طریق دعوی رقابت غیرمنصفانه شود (Tratos, Rabe, 2015: 4). جهت تبیین بهتر موضوع، پرونده‌ای<sup>۱</sup> را که در آن، یک شعبده‌باز مدعی نقض علامت تجاری خود شده است نقل می‌کنیم. در این پرونده، خواهان دعوی نقض علامت تجاری خود را مبتنی بر کامن لا و قانون لنهام طرح کرد. رابرت رایس، مالک یک ویدئو به نام «شعبده‌باز اسرارآمیز» علیه شبکه رسانه‌ای فاکس اقامه دعوا کرد و مدعی شد یک علامت تجاری



1 Rice v. Fox Broad. Co., 148 F. Supp. 2d 1029, 1037-38 (C.D. Cal. 2001).



مبتنی بر کامن لا نسبت به عنوان شعبده‌باز اسرارآمیز دارد و شرکت فاکس این علامت تجاری را نقض کرده است. رایس شعبده‌باز اسرارآمیز را به عنوان علامت ثبت نکرده بود و لذا ابتدا باید ثابت می‌کرد که علامت به قدر کافی تمایزبخش است. دادگاه مقرر داشت که علامت وی، حداکثر، توصیفی است و او را ملزم کرد جهت حمایت پذیر شدن، دلیلی مبنی بر اکتساب معنای ثانوی ارائه دهد. رایس نظرسنجی از مشتریان انجام نداد و ادله نشان می‌داد تبلیغ ویدئوی او به شدت محدود بوده است. بنابراین دادگاه حکم داد که رایس علامت قابل حمایتی در قالب عبارت شعبده‌باز اسرارآمیز نداشته و دعوی نقض علامت تجاریش را رد کرد. دادگاه با همین استدلال، ادعای دیگر رایس را رد کرد که مبتنی بر قانون لنهام و عبارت بود از اینکه «شعبده‌باز اسرارآمیز» در برابر توصیفات خلاف واقع راجع به منبع، وابستگی یا پشتیبانی کالاها یا خدمات از طریق استفاده غیرمجاز از علامت تمایزبخش دیگری حمایت می‌شود (Crasson, 2012: 100).

به منظور حمایت از شعبده‌بازان، حق شهرت نیز راهکار قابل تأملی است. حق شهرت، به مشاهیر اجازه می‌دهد استفاده تجاری از هویت خود را مدیریت کنند و مانع استفاده غیرمجاز از آن شوند (قبولی درافشان، بختیاروند، خوانساری، ۱۳۹۷: ۱۳۴؛ برای مطالعه بیشتر راجع به این حق نک. محمدی، صالحی مازندرانی، زاهدی، ۱۳۹۶: ۱۸۵ به بعد؛ جعفری، مختاری، ۱۳۹۵: ۵۱۱ به بعد). با آنکه حق شهرت از نظر فنی، یک حق مالکیت فکری محسوب نمی‌شود، اما می‌تواند برای حمایت از شعبده‌بازان معروف در مورد ترفندهای معروف آنها به کار رود. برای مثال اگر ابزار یا ترفند خاصی امتداد شخصیت شعبده‌باز تلقی شود به طوری که وی به وسیله ترفند یا ابزار مذکور قابل شناسایی باشد، استناد به حق شهرت قابل دفاع خواهد بود (Tratos, Rabe, 2015: 4).

#### ۱- قواعد خودتنظیمی؛ راهکاری جایگزین برای حقوق موضوعه مالکیت فکری

با توجه به اینکه هیچ یک از نظام‌های حقوق مالکیت فکری قادر به حمایت کامل از ترفندهای شعبده‌بازی نیستند، برخی نویسندگان مؤثرترین راه برای حمایت از هنر شعبده‌بازی را استفاده از قیدوبندها و ملاحظات اخلاقی می‌دانند. به عقیده این نویسندگان، کدهای اخلاقی توسط انجمن شعبده‌بازان باید تهیه و اعضا به رعایت آن ملزم شوند.





همچنین، نقض مقررات اخلاق حرفه‌ای باید با ضمانت اجرا همراه باشد (Jin, Ning, 2014). برای نمونه، اتحادیه بین‌المللی اخوت شعبده‌بازان<sup>۱</sup> و انجمن شعبده‌بازان آمریکا<sup>۲</sup> پیشنهاد کرده‌اند که همه شعبده‌بازان به کد اخلاقی مدنظر آنها ملحق شوند که از جمله به‌موجب آن، شعبده‌بازان باید با افشای عمدی اصول هنر شعبده‌بازی یا روش اجرای ترفندهای شعبده‌بازی مقابله کنند؛ از ابداع دیگران استفاده غیرمجاز نکنند؛ حقوق مبدعان، مخترعان، پدیدآورندگان و مالکان مفاهیم، نمایش‌ها، ترفندها و ادبیات این حرفه و حق آنها را در استفاده انحصاری و مجوز دادن به دیگران برای استفاده از چنین ابداعاتی به رسمیت شناخته و آن را رعایت کنند. تبلیغات خلاف واقع و گمراه‌کننده در زمینه شعبده‌بازی را منع کنند.<sup>۳</sup> به نظر بعضی از نویسندگان، کد اخلاقی فوق‌الذکر از شعبده‌بازان در برابر یکدیگر حمایت کافی به عمل نمی‌آورد و سرقت در بین این قشر به بالاترین حد رسیده است؛ به‌طوریکه بهترین مخترعان در این رشته، دیگر قادر نیستند از طریق ابداع تجهیزات انجام ترفندهای جدید و اعطای مجوز بهره‌برداری از آنها خود را تأمین کنند و به جای خلق و ارائه ایده‌های جدید، نوشتن کتاب را به‌صرفه‌تر تلقی می‌کنند. به‌علاوه، کدهای اخلاقی شعبده‌بازان را در برابر اشخاص ثالث خارج از جامعه شعبده‌بازان که ممکن است در افشای اسرار تجاری آنها نفعی داشته باشند حمایت نمی‌کند (Brancolini, 2014: 120).

### نتیجه

برخی فقیهان امامی، استدلال‌هایی بر حرمت شعبده‌بازی ارائه داده‌اند که هیچ‌یک اتقان کافی ندارد و مانع استناد به اصل اباحه نمی‌شود. لذا، در حقوق ایران، حمایت از ترفندهای شعبده‌بازان با شرع مقدس مغایرتی ندارد. ترفندهای شعبده‌بازی که حاصل خلاقیت شعبده‌باز و به تعبیر دیگر، اصیل باشد، قابلیت حمایت به موجب حق مؤلف را خواهد داشت. در حقوق آمریکا، بر خلاف حقوق ایران، به اجرای زنده شعبده‌باز، حق مؤلف تعلق نمی‌گیرد.

1 International Magicians Brotherhood Union

2 Society of American Magicians

3 Joint I.B.M. and S.A.M.Ethics Statement, available at: <https://www.magician.org/pdf/JointIBMAAndSamEthics.pdf>





در عین حال، در هر دو نظام حقوقی، فیلم تهیه شده از اجرای ترفند یا کتاب یا مقاله‌ای که ترفندها را توضیح می‌دهد قابلیت بهره‌مندی از حق مؤلف را دارد. اثر شعبده‌بازی مبتنی بر آثار قبلی، اگر عین یا به طور اساسی شبیه آنها نباشد، ممکن است به عنوان اثر اشتقاقی حمایت شود. ترفندهای شعبده‌بازی و وسایل و ابزار به کار رفته در اجرای ترفندها در صورت داشتن شرایط تازگی، گام ابتکاری و قابلیت کاربرد صنعتی می‌توانند در حقوق آمریکا، اختراع محسوب و تحت این عنوان حمایت شوند. در حقوق ایران، خود ترفندها به عنوان اختراع قابل ثبت نیستند. ایراد نظام حق اختراع در این زمینه، لزوم افشای برخی رموز شعبده‌بازی است که مانع می‌شود بتوانیم آن را راه‌حلی کامل برای حمایت از ترفندهای شعبده‌بازان به حساب آوریم. اسرار تجاری قالب نسبتاً مناسبی برای حمایت از ترفندهای شعبده‌بازی است که البته با ایراداتی از قبیل احتمال افشای اسرار در هنگام اجرای ترفندها و پی بردن دیگران به آنها مواجه است. علامت تجاری نیز، در مواردی، می‌تواند برای حمایت از اجراهای شعبده‌بازان و ابزار مورد استفاده آنها مؤثر واقع شود. با عنایت به ناتوانی نظام حقوق مالکیت فکری در فراهم کردن حمایتی جامع از ترفندهای شعبده‌بازان، قواعد خود تنظیمی تهیه شده توسط اتحادیه یا انجمن‌های صنفی این گروه ممکن است راهکار مطلوبی برای حمایت از آنها باشد.

### منابع

- (۱) ابن سیده، علی بن اسماعیل، ۱۴۲۱ ق، المحکم و المحيط الاعظم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ج ۱.
- (۲) ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ ق، لسان العرب، بیروت، دار الصادر، ج ۱.
- (۳) انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۰ ق، کتاب المکاسب (المحشی)، قم، مؤسسه مطبوعاتی دار الکتب.
- (۴) -----، ۱۴۱۵ ق، کتاب المکاسب (ط- الحدیثه)، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۱.





- (۵) انصاری، باقر، ۱۳۸۶ش، «شرایط اثر قابل حمایت در نظام مالکیت‌های ادبی و هنری»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۵.
- (۶) ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، ۱۴۰۶ق، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۱.
- (۷) بختیاروند، مصطفی، اعرابی جشوقانی، مطهره، ۱۳۹۷ش، «تقلید طنزآمیز از علامت تجاری دیگری؛ ناقض حقوق دارنده علامت یا مطابق اصل آزادی بیان؟»، مطالعه حقوق تطبیقی، ش ۱.
- (۸) جعفری، فیض‌الله، مختاری، مهرناز، ۱۳۹۵ش، «مطالعه تطبیقی حقوق تصویری ستارگان در تبلیغات تجاری»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲.
- (۹) حبیبیا، سعید، حسین‌زاده، مجید، ۱۳۹۳ش، «بررسی فرآیند تحصیل ملکیت اموال فکری»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲.
- (۱۰) حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- (۱۱) خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۷ق، مصباح الفقاهه، قم، موسسه انصاریان، ج ۱.
- (۱۲) روحانی، سید صادق، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ج ۱۴.
- (۱۳) زرکلام، ستار، ۱۳۸۷ش، حقوق مالکیت ادبی و هنری، تهران، سمت.
- (۱۴) سبحانی تیریزی، جعفر، ۱۴۲۴ق، المواهب فی تحریر أحكام المکاسب، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- (۱۵) شاکری، زهرا، ۱۳۹۳ش، «حمایت عاری از تشریفات؛ با تأکید بر کنوانسیون برن، نظام حقوق مالکیت ادبی و هنری ایران و امریکا»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱.







- (۱۶) -----، ۱۳۹۴ ش، «استفاده منصفانه از آثار ادبی و هنری؛ حقی برای جامعه؟!»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ش ۲.
- (۱۷) شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ ق، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ج ۳.
- (۱۸) صاحب جواهر، شیخ محمد حسن نجفی، ۱۴۰۴ ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ج ۲۲.
- (۱۹) صادقی، محمود، پورمحمدی، شیوا، ۱۳۸۶ ش، «حقوق مرتبط با حق مؤلف»، فصلنامه فقه و حقوق، ش ۱۳.
- (۲۰) صادقی، محمود، علامه، سارا، ۱۳۹۴ ش، «تحلیل رابطه حق مؤلف و محتوای اثر در آرای قضایی آمریکا، بریتانیا و کانادا»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲.
- (۲۱) طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ۱۴۱۸ ق، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ج ۸.
- (۲۲) طبرسی، احمد بن علی، ۱۴۰۳ ق، الاحتجاج، مشهد، نشر مرتضی، ج ۲.
- (۲۳) طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ ق، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۵.
- (۲۴) عسکری، حسن بن عبد الله، ۱۴۰۰ ق، الفروق اللغویه، بیروت، دار الافاق الجدیدة.
- (۲۵) علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۱۲ ق، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیه، ج ۱۵.
- (۲۶) فاضل مقداد سیوری، مقداد بن عبد الله، ۱۴۰۴ ق، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ج ۲.
- (۲۷) فراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۰۹ ق، کتاب العین، قم، نشر هجرت، ج ۱.





- ۲۸) فصیحی زاده، علیرضا، مؤمنی تدرجی، احسان، باقرپور، محمد، ۱۳۹۵ش، «بررسی تطبیقی شروط ماهوی علائم تجاری با تأکید بر علائم رنگی و سه بعدی»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲.
- ۲۹) فیومی، احمد بن محمد، ۱۴۱۴ ق، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، قم، موسسه دار الهجره، ج ۱.
- ۳۰) قبولی درافشان، سیدمحمد هادی، بختیاروند، مصطفی، آقامحمدی، اکرم، ۱۳۹۵ش، «حمایت از روش‌های کسب و کار در حقوق تطبیقی (بررسی رویکرد نظام‌های حقوقی آمریکا، هند، ژاپن، فقه امامیه، ایران و موافقت‌نامه تریپس)»، مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲.
- ۳۱) قبولی درافشان، سیدمحمد هادی، بختیاروند، مصطفی، خوانساری، سمانه، ۱۳۹۷ش، «حق شهرت؛ مطالعه در حقوق آمریکا، کوشش برای شناسایی در فقه امامیه و ساماندهی آن در حقوق ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ش ۱.
- ۳۲) کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر نجفی، ۱۴۲۲ ق، أنوار الفقاهة - کتاب المکاسب، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء.
- ۳۳) لنکرانی، محمد فاضل موحدی، ۱۴۲۷ ق، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - المکاسب المحرمة، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- ۳۴) محسنی، سعید، قبولی درافشان، سید محمد مهدی، ۱۳۹۴ش، حقوق ادبی و هنری، مشهد، مؤسسه انتشاراتی پژوهشکده مطالعات اسلامی در علوم انسانی.
- ۳۵) محمدزاده وادقانی، علیرضا، ۱۳۸۷ش، «تأملی در آثار مشترک و جمعی در حقوق مالکیت فکری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۲.





(۳۶) محمدی، عمید، صالحی مازندرانی، محمد و زاهدی، مهدی، ۱۳۹۶ش، «حمایت از حق شهرت در پرتو حقوق مالکیت فکری با رویکرد تطبیقی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۳.

(۳۷) مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، ۱۴۱۴ق، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار الفکر، ج ۶.

(۳۸) مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳ ق؛ مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۸.

(۳۹) مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۶ ق، أنوار الفقاهة - كتاب التجارة، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.

- 40) Beckman, Sydney, (2015). "A Rose by Any Other Name: How an Illusionist Used Copyright Law as a Patent", 14 J.MARSHALL REV.INTELL.PROP.L. 357.
- 41) Brancolini, Janna, Abracadabra!,(2013), "Why Copyright Protection For Magic Is Not Just An Illusion", 33 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 103.
- 42) Crasson , Sara J., (2012),"The Limited Protections of Intellectual Property Law for the Variety Arts: Protecting Zacchini, Houdini, and Cirque du Soleil", Vol. 19. SPORTS & ENT. L.J. 73.
- 43) Dougherty, F. Jay, (2018),"Now You Own it, Now You Don't — Or Do You?: Copyright and Related Rights in Magic Productions and Performances after Teller V. Dogge, available at: <https://ssrn.com/abstract=3151843>. (visited: 8/15/2020).
- 44) Gervais, Daniel, (2015), "The Protection of Performers Under U.S. Law in Comparative Perspective," IP Theory: Vol. 5: Iss. 1, Article 8. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ipt/vol5/iss1/8>. (visited: 8/15/2020).
- 45) <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/magic> (visited: 8/7/2020).
- 46) Loshin, Jacob, (2007), "Secrets Revealed: Protecting Magicians' Intellectual Property without Law, in LAW AND MAGIC: A COLLECTION OF ESSAYS 1 23, Yale Law School, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1005564>. (visited: 8/15/2020).



- 47) Markley, Marianna L.(2020), " Hocus Pocus: The Magic Within Trade Secret Law", 27 J. INTELL. PROP. L.
- 48) Sherlock, Jared R. (2015), "The Effects of Exposure on the Ecology of the Magic Industry: Preserving Magic in the Absence of Law," Cybaris®: Vol. 6 : Iss. 1 , Article 2. Available at: <https://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol6/iss1/2> (visited: 8/15/2020).
- 49) Tratos, Mark G. Rabe, Bethany L., (2015), "Magic, Pantomime, and Copyright: New Developments", American Bar Association, Section of Litigation Intellectual Property Litigation Committee.
- 50) Jin, Yang, Ning, Li,( 2014). "IP Protection for Magic Art: Reality and Possibility", (Translated by Li Guanqun), <http://www.chinaipmagazine.com/en/journalshow.asp?id=1047>, (visited: 3/24/2020).

