

ATATÜRK'ÜN 100. DOĞUM YILINA ARMAĞAN

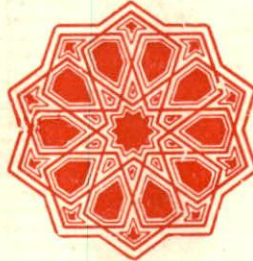


ANKARA ÜNİVERSİTESİ

# İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ  
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt : XXV



### Yayın Komisyonu

Prof. Dr. Hüseyin ATAY (Dekan)

Prof. Dr. Hüseyin YURDAYDIN

Doç. Dr. İsmet KAYAOĞLU

Doç. Dr. Beyza BİLGİN

Doç. Dr. Günay TÜMER

Doç. Dr. Rami AYAS

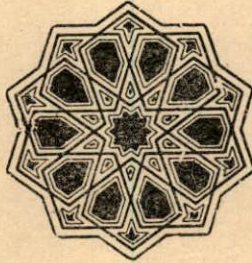
*Makalelerin bilim ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.*

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

# İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ  
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt : XXV





ANKARA ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ - ANKARA . 1981



## İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
Prof. Dr. Hüseyin ATAY, <i>Medreselerin Islahatı</i> .....	1
Prof. Dr. İsmail CERRAHOĞLU, <i>İbn Kesir ve Tefsiri</i> .....	45
Prof. Dr. İbrahim Ağâh ÇUBUKÇU, <i>Yunus Emre'nin Felsefesi</i>	71
Prof. Dr. Cavit SUNAR, <i>Aşk'ın Terbiyede Rolü</i> .....	95
Doç. Dr. Mehmet AYDIN, <i>The Ethics of Self-Realization With a Special Reference to Al-Fârâbi</i> .....	129
Zafer İslâm HAN, <i>Talmud'un Doğuşu ve Yahudiler Üzerindeki Te- siri, Çeviren: Mehmet AYDIN</i> .....	139
Macit FAHRÎ, <i>İslâm'da Allahın Varlığının Geleneksel Kanıtları, Çeviren: Mehmet DAĞ</i> .....	153
Mustafa FAYDA, <i>Hz. Ömer ve Ticaret Malları Vergisi Veya Uşûr</i> .	169
Doç. Dr. Ethem Ruhi FIĞLALI, <i>Mesih ve Mehdi İnancı Üze- rine</i> .....	179
E. TOFTBEK, <i>Kısa Dürzi İlmihâli, Çeviren: Ethem Ruhi FIĞ- LALI</i> .....	215
Doç. Dr. İsmet KAYAOĞLU, <i>Halife en-Nasır'ın Fütüvvete Gi- rişi ve Bir Fütüvvet Buyrultusu</i> .....	221
Doç. Dr. Abdulkadir ŞENER, <i>Dini ve Hukûkî Açından Bağışlama Üzerine Bir Sohbet</i> .....	229
Salahattin EN-NÂHÎ: <i>Çağdaş Mevzu Hukuklara ve İslam Huku- kuna Göre Telif Hakkı, Çeviren Abdülkadir ŞENER</i> .....	237
Ninian SMART, <i>Tarih Öncesine Ait Dinlerle İkel Dinler, Çeviren: Günay TÜMER</i> .....	297
Doç. Dr. Ahmet UĞUR, <i>Şükri-i Bitlisi ve Selim-Nâmesi</i> .....	325
Dr. Mehmet BAYRAKTAR, <i>İbn Al-Arabî'de Oluş ve Varoluşsal Çeşitlenme</i> .....	349



Dr. Mehmet BAYRAKTAR, <i>İbn Arabî'de "Varlığın Birliği"nin Onto-Lengustik Analizi</i> .....	359
Georges VAJDA, <i>Allah'ın Görülmesi (Rü'yetullah) Meselesi</i> Çeviren: Sabri HİZMETLİ .....	369
Yahyâ ibn 'Ali Yahyâ el-MÜNECCİM, <i>Kitâbu'n-Nağam</i> Çevirenler: Ruhi KALENDER-Necati AVCI .....	395
Prof. Dr. M. HAMİDULLAH, <i>Müslüman'ın Batı Aleminde ve Memleketine Dönüşünde Karşılaştığı Problemler</i> Çev: Dr. Münir KOŞTAŞ .....	419
Alber HAUTIN, <i>Hıristiyanlığın Kısa Tarihi</i> . Çev: Dr. Abdurrahman KÜÇÜK .....	437
Dr. Mustafa Sait YAZICIOĞLU, <i>Eş'arî'nin Hayatı</i> .....	457
Abdus-semi EL-MİSRİ, <i>İslâm'da Ticaret Âdâbı</i> . Çev: Ramazan ŞİMŞEK .....	477
<b>TANITMALAR</b>	
Ass. Münir ATALAR, <i>Arşiv ve Arşivcilik Bibliyografyası</i> .....	485



## ÇAĞDAŞ MEVZU HUKUKLARA VE İSLAM HUKUKUNA GÖRE TELİF HAKKI

(Çağdaş bir hukukuçunun verdiği yeni bir fetvâyı tenkid ve red)\*

Yazan : Dr. Salahaddin en-Nâhî  
Bağdad Üniversitesi Şeref Profesörü

Çeviren : Doç.Dr.Abdulkadir ŞENER

### GİRİŞ

Ürdünde yayımlanan sayın *Hedyu'l-İslam Dergisi* başyazarı;

İmdi değerli derginizin XXIII. cilt ve 5-6. sayılarında çıkan ve Şam Üniversitesinden Dr. Ahmed el-Haccî el-Kürdî tarafından çağımız İslâm hukuku ışığında "Telif, yayım, dağıtım ve tercüme hakları" konusunda verilmiş olan fetvâyı inceledim. Değerli doktor, bu fetvâsını, büyük yayım ve dağıtım evlerinden birisinin sorusu üzerine, yeni bir olayın hükümünü belirtmek amacıyla vermiştir. Bu fetvâcı, İslâmî tevâzu ve fetvâ verme kurallarına uyararak görüşlerinde bir hata bulan herkesin kendisine yazmasını da istemiştir. Ayrıca derginizin yazı heyeti de, okuyucularından bu fetvâyı gözden geçirdikleri zaman karşılaştıkları hususları kendilerine ulaştırmalarını rica etmiştir. Ben, es-Simmânî'nin *Ravdatu'l-Kudât* ve Ebu'l-Leys es-Semerkandî'nin *Uyûnu'l-Mesâil* adlı eserleri gibi bazı fıkıh metinlerini yayımlamaya başladığım vakitlerden beri İslam hukukunun güzelliklerinin zevkine vardım. Geçmiş yıllarda Bağdad el-Mustansiriyye Üniversitesinde özel bir konu olarak öğretim üyeliği uhdeme verilince de İslâm hukuk mirasına ve bu hukukun felsefesine yakından vâkıf olup *Nusûs Kânûniyye ve Şer'iyye* gibi eserleri telif ettim. Sonra İslâm yargı sistemini inceleyerek araştırmalarımı sürdürdüm.

\* Bu fetvâ, Dr. Ahmed el-Haccî el-Kürdî (Şam Üniversitesi) imzasıyla *Hedyu'l-İslâm* (Amman-Ürdün) *Dergisi*, c. XXIII, sayı 5-6 (1979), s.11-17'de "Hukmu'l-İslâm fi Hukûki't-Telif ve'n-Neşr ve't-Tevzi' ve't-Terceme" başlığı altında yayımlanmıştır. Ayrıca *Râbitatu'l-Alemi'l-İslâmî Dergisi*, sayı 18 (1979), s. 125-131'de neşredilen bu yazı, Ahmed Sabit tarafından Türkçeye çevirilmiş ve *Nesil Dergisi*, c. IV, sayı 47-48 (1980), s.26-29'da da çıkmıştır.

Çeviren



Böylece bu hukukun güzel yönleri, onun üstün adalet ve güzellik ölçüleri beni iyice sardı. Bu itibarla İslâm hukukuna ve İslâm adaletine hizmet etmek için mevzû hukuk esaslarına dayanarak, tarafsız bir şekilde, sade bir üslupla, eskilerin özetlediği “munâzara” kurallarına<sup>1</sup> uymayan kötü şeylerden uzak kalarak öfke, kibir ve mugâlatadan kaçınarak bu fetvâyı red ve tenkid etmeyi lüzumlu buldum.

Bu fetvâyı kaleme alan zat, telif hakkı kavramını, bu hakkın mahiyetini, sınırını, bu hakka saygıyı sağlayan sorumlulukları ve onunla ilgili şartları uygun bir şekilde ortaya koyan bir giriş yazmamıştır ki o sayede müellifin ferdi ve âlevî yararlarıyla içtimaî ve beşerî yararlarını birbiriyle bağdaştırabilsin. Fetvâsı, incelendiği zaman görüleceği gibi, bu unsur ve gerçeklerin bilinmezlikten gelindiğini veya bunların bilinmediğini, dolayısıyla ihtisas çağında onları iyice kavramadığı için kendisinin gaflete düştüğünü göstermektedir. Bundan dolayıdır ki onun bu fetvâsını red ve tenkid etmek için telif hakkı konusunda kısa bir giriş yapacağım ve bunu, telif hakkının İslâm tarihi çerçevesi içinde asr-ı saadetten başlayıp bu haklarla ilgili yeni kanunların çıkışına kadarki durumunu ele alan izah takip edecektir.

Telif hakları *malî zimmet*<sup>2</sup> in (yani mamelek'in) unsurlarından bir parça olan malî ve manevî (gayri maddî) haklardan olup son asırlarda taamül alanına girmiştir. Batı hukukları bu hakları kabul etmişler ve Osmanlı Devleti de bu haklarla ilgili Fransız kanununu hemen iktibas suretiyle onları kabul ve itiraf etmiştir. Gerçi Arap harfli matbaa Osmanlı topraklarına, Ermenice, Yunanca ve İbranca baskı yapan öteki matbaalardan geç girmiş; Ermeni, Yunan ve Yahudi azınlıklar, Türklerden önce kendi dilleriyle kitap basmaya başlamışlardır. Sözü editen Osmanlı kanununun çıkması ve bütün Osmanlı vilayetlerine yayılmasıyla telif hakkı hükümleri Osmanlı Devletinden ayrılan Arap ülkelerinde de tanınmıştır. Bu kanun, Arap ülkelerinin bir kısmında daha iyi ve daha kapsamlı yeni kanunlar çıkarılıncaya kadar yürürlükte kalmıştır. Bu yeni kanunlar, telif (müellif) hakkını geniş bir şekilde düzenlemiş, telif faaliyetiyle müellif hakkını koruma yollarını bir esasa bağlamaya çalışmıştır.

1 Râgıb el-İsfahanî'nin *Muhâdarâtul-Üdebâ'* adlı eserinde bu kurallara işaret edilmiştir.

2 Arapçada ve Fıkıh Usûlünde “Zimmet” terimi, çağdaş hukuklardaki zimmet kavramından daha geniştir; çünkü zimmet, sözlükte ahd (uhde) anlamına gelir. Fıkıh ve Fıkıh Usûlü terimi olarak zimmet ise borçtan doğan bütün ilişkileri içine alır. Bu ilişkiler, ister insanla insan arasındaki malî ilişkiler çerçevesinde, isterse insanla Tanrı arasında bir bağ olan *yemin* ve *adak* gibi kulile Yaradana arasındaki ilişkiler çerçevesinde olsun. Bu yüzden ki “zimmet”i, medenî hukuktaki anlamına bağlı kalarak “malî” sıfatıyla niteledim.



Avrupa ve Amerikadaki fikir ve sınaî kalkınma çağlarından itibaren ortaya çıkan mülkiyetlerden ikisi şunlardır: 1) Edebî mülkiyet, 2) Sınaî mülkiyet.

Bunlardan ilki, fikrî ve edebî buluşlarla güzel sanatlara ilişkin eserlerin mülkiyet hakkını içine alır. Bu buluş ve eserler, 1951 tarihli Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1. maddesinde yer alan ifade ile, müellif ve sahiplerinin kişilik özelliklerini ve ifade üsluplarını taşırlar.

İkincisi ise, sınaî ve teknik icat ve keşiflerle alameti farika (marka) haklarını içine alır.

Çağdaş Türk hukukunda "fikrî haklar" terimi iki anlama gelir:

1) Genel anlam: Yukarıda zikredilen iki mülkiyeti kapsar.

2) Özel anlam: Telif hakkıyla çeşitli güzel sanat eserlerine ilişkin hakları içine alan edebî mülkiyeti ifade eder.<sup>3</sup> Bu özel anlamıyla fikrî haklar terimine müellif (telif) hakkı deyimi de girer.

Özel anlamıyla bu hakkı; mahiyetine, kavramına, bağlı bulunduğu şart ve sınırlara işaret ederek kısaca açıklamakla yetineceğiz.

Müellifin eseri üzerindeki hakları, yeni mülkiyet çeşitlerinden olup söylediğimiz gibi "edebî mülkiyet"e girer. Bu, mahiyeti itibarıyla maddî olmayan bir mülkiyettir. Yani o, menkul ve maneî mülkiyetin bir çeşididir. Menkuldür; çünkü onun da öteki menkuller gibi bir yerden başka bir yere taşınması düşünülmektedir. Manevidir; çünkü onda, duylardan biriyle idrak edilmesi mümkün olan maddî menkulün özellikleri yoktur. Bizim idrakimiz ise, ancak cüz'î dokunulur, ve duyulurlardan soyut olan fikrî tasavvurla tamamlanmaktadır.

O halde edebî mülkiyet, tasavvura dayanan maneî bir mülkiyettir; fakat paraya çevrilebilir, kendisiyle yararlanılabilir, çeşitli medenî ve ticarî ilişkilere girilebilir. Bunun için de o, gerçek bir varlığa sahiptir. Yani o da, icarlanması mümkün olan insan ve maddî şeylerin menfaatleri gibi bu işlere elverişlidir. Aslında yazarın telif haklarıyla yalnız kendi başına yararlanma hakkı, bu hakların onun fikir ve emeğinin ürünlerinden olup düşüncesinin derinliklerinden doğduğu ve herhangi bir şekilde kendisinin şahsiyetine ait özellikleri taşıdığı gözönüne alınırsa, onu çok yakından ilgilendirdiği anlaşılır. Yazar, yayım akdiyle veya benzeri bir yolla başkası lehine bir ıvaz (bedel) mukabili, ya da karşılıksız olarak, bu haklardan yararlanma hakkından feragat edebilir. Ancak bu akit, âdî satım akdine benzemez; çünkü medenî ve ticarî sa-

3 İlhan Öztürk, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara 1971, s. 5-6.



tım akitlerinde mebi' (satılan şey)in mülkiyeti bir ıvaz karşılığında alıcıya geçer; bu mülkiyet intikal ettikten sonra satıcının mebi' üzerinde bir hakkı kalmaz. Yazarın ise eseriyle olan ilişkisi devam eder; bir ıvaz mukabili veya karşılıksız olarak ondan vazgeçmesiyle bu ilişki kesilmez. Zira yazarın eseri ile olan kişilik ilişkisi ve eseri üzerindeki şahsiyet damgası hiç bir şekilde feragatı kabul etmez. Bunun içindir ki sınaî ve ticarî yollarla eserden yararlanmadan vazgeçme, sadece eserin menfaatiyle ilgili olup basılmış ve yapılmış olan eserden müstakil olarak kalan asıl hakkın, yani *ana eser*'in korunması şartına bağlıdır. Bu eserin yazara (eser sahibine) olan nisbeti devam eder; eser, heder olmaktan, çalınmak (intihal) tan, bozulmaktan, çeşitli yollarla gasp ve taklit edilmekten korunmaya hak kazanır. Mülkiyeti nakleden akitlerle başkasına geçen maddî şeylerin mülkiyeti ise böyle değildir. Bunların mülkiyeti, vazgeçenden lehine vazgeçilen şahsa tam olarak intikal eder; eski mâlikin şahsiyetiyle nakledilen mal arasındaki ilginin kesildiği gözönüne alınırsa, eski mâlik için bu şeylere sahip olma, bunlardan yararlanma veya onların şekillerini koruma gibi haklardan hiçbir şey kalmaz.<sup>4</sup>

Müellif hakkı terimi, insanî fikirle ve fikrî yaratıcılık melekesiyle ilgili bütün haklara şâmindir; isterse bu haklar telif, ilim ve sanat eserleri yazma, tercüme etme, musikî ve tiyatro eserleri gibi çeşitli güzel sanat ve fikir ürünleri ile sanatkâr, yazar, ressam, heykeltıraş vb.nin özelliğini taşıyan şeyler olsun. Fakat bu haklar, maddî mülkiyet hakkı gibi müebbet değildir; çünkü müellifin ölümünden sonra mirasçılara intikalle ilgili belli bir süre geçince nihayet bulur. Bu hakların kanunca tayin edilen süreleri sona erince, mirasçılardan bunlar üzerindeki hakları sâkit olur ve onlar, hiç kimseye hasredilmeksizin yararlanılan nimetler arasına girerler.

Bu fikrî-manevî ürünlerin hepsi, eser sahibinin şahsiyetiyle, onun düşünce ve özel anlatım niteliği ile sıkı bir şekilde ilgili oluşlarıyla başka ürünlerden ayrılırlar. Çünkü bunlar, tabîi ve kazanılmış aklın ürünleridir. Kazanma ve alışmanın, aklın melekelerini artırmada rolleri ve açık etkileri vardır. Bunun içindir ki müellifin damgasını taşıyan, şahsiyeti, fikir ve tasavvuru ile yakından ilgili olan ana eserle çeşitli yapım ve yayım yollarıyla ondan çıkarılarak elde edilen nüshayı birbirinden ayırmak lazımdır. Meselâ, basılmış bir nüshadan müşterinin dilediği gibi yararlanma hakkı vardır. Fakat onu çalma (intihal) hakkı yoktur; yazarının adını değiştiremez, görüşlerinde tasarruf edemez, onu bozamaz, kitabı kendi adıyla veya ibarelerini değiştirerek ve müellifin şöhre-

4 İlhan Öztrak, age. s.4.



hini lekeleyecek tarzda görüşlerinde tasarruf ederek yazarının adıyla basamaz; çünkü *yazma* veya basılmış bir *nüsha*, bir ıvaz mukabili veya karşılıksız olarak onu elde eden kimsenin malıdır. Fakat *ana eser*, müellifin mülkiyetinde olup ondan yararlanmadan, ticaret ve sanat yoluyla ondan gelir sağlamadan feragat etme, ticarî ve sınaî yollarla bu yararlanma ve gelir sağlama hakkından vazgeçmeden başka bir anlama gelmez. Teşbih caiz ise, bu, maddî mallardaki çıplak mülkiyete benzetebileceğimiz *ana eser*'den vazgeçme demek değildir.

Hukuk, eserle müellif arasındaki şahsiyet özelliğini takdir ederken, bu ilgiyi belirleyen ölçünün değişmesine göre farklı yorumlar getirmektedir; çünkü bu ölçülerden kimisi söz konusu ilgiyi daraltarak, yazarın emek ve işinde (eserinde) yaratıcı olmasını şart koşar. Kimisi de onu genişletir ve yazarın şahsiyetinin özellikleriyle anlatım ve fikrî faaliyet üslubunu taşıyan bir kısım çabaların bulunmasıyla yetinir.<sup>5</sup>

İşte kısaca telif hakkı budur; milletlerarası antlaşmalara, millî ve devletlerarası seviyede bu hakkı düzenleyen ve hükümlerini tesbit eden çeşitli hukuk ve kanunlara göre onun mahiyet ve sınırları da bundan ibarettir. Bu hakların gerçek nitelikleri, mahiyet ve sınırları açısından bu basit hakikatı kavramadan telif hakkıyla ilgili hükümleri, İslâm hukukunun genel ilkeleriyle sözleşme esasları yönünden mukayese etmek imkânı yoktur. Medenî ve kültürel gelişmelerin sonucu olan yeni hukukî düşünce ve tasavvurları eski kalıplara dökmek ve sokmak, kabûlü imkânsız olan semeresiz ve haksız bir iştir. Ancak burada önemli olan, bu gibi düşünce ve ilkeleri karşılaştırmada ve hukukun yüksek amaçlarına göre onların meşrûluğunu takdir etmedir. Yani bu düşünce ve ilkelerin İslâm hukukunun genel esasları, gayeleri, felsefesi ve amaçlarının ışığı altında ele alınması gerekir; zira yeni hukukî nizamların meşrûluğunu takdir edebilmek için onları eski fikhî kalıplara uydurmada ileri gitmek ve aklın kabul ettiği bu yola başvurmak şarttır. Meselâ, Hanefîler, menfaatleri tasavvur ederken, onları aslında hukukî muameleye elverişli olmayan arzular olarak kabul etmişlerdir Eskiden müctehitler, bu kurallara çağlarındaki medeniyetin ışığı altında, fikrî, kültürel ve felsefî seviyelerine göre ulaşmışlardır. Bu konuda öyle büyük ihtilaflara düşmüşlerdir ki, bazan bu ihtilaflar, tamamıyla çelişik durumları sergilemişlerdir. Söz konusu karşılaştırmayı yaparken ve yeni nizamların meşrûluğunu takdir ederken bizim için gerekli olan, sadece İslâm hukukunun ilkelerini ve yüksek gayelerini keşfetmede o günkü çabaların ortaya

5 İlhan Öztrak, age. s. 16.



koyduğu kalıplaşmış kuralları dikkat ve eleştirici bir tahlille, eskilerin bilmedikleri ve tasavvur etmelerine de imkân olmayan yeni olay ve gerçeklerin ışığı altında ele almak gerekir.

İşte kısaca telif hakları bunlardan ibarettir. Bu hakların hedef ve gayeleri gözetilmeye lâyık olan bir kısım hakların korunmasını içine alır. Bu hakların ferdi ve içtimaî bir karakteri vardır. Bunların malî haklar ve ticarî mallar cümlesinden olduğunda hiç kimse şüphe etmez.

Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi öğretim üyelerinden bazıları, Ürdünde çıkan *Heydu'l-İslam Dergisi*'nin yayımladığı bir fetvâyı bana gösterdiler. Bu fetvânın tercümesi, artık yayın hayatından çekileceğini ilan eden Türkçe *Nesil Dergisi*'nin son sayısında neşredilmiştir.<sup>6</sup> Bu dost ve arkadaşlarımla arzusu üzerine söz konusu fetvâyı okudum, onu red ve tenkid edilmeye lâyık gördüm. Beni bu işe teşvik eden başka bir husus da, bu yazımın tercümesini onların *İlahiyat Fakültesi Dergisi*'nde yayımlamayı arzu etmiş olmalarıdır\*. Bu arzuyu yerine getirmekten başka bir şey yapamazdım. Bu fetvayı toptan ve ayrıntılarıyla gerçekten uzak buldum. Bununla birlikte bu fetvânın yazarının, teşekküre lâyık bir çaba harcamış olduğu görülmekte; görüşlerini açıklarken kullandığı üslup, iyi niyet ve samîmiyetini göstermektedir.

Bu fetvâ üzerindeki tamamlayıcı açıklamalarım kısa olacaktır. Matbaacılığın ve yeni fikrî uyanışlarla insan haklarının ortaya çıkışından itibaren günümüze kadar gelişen çağdaş ilmî kalkınmanın ışığında varlığını hissettiren yeni haklarla ilgili olan bu nazik konuya uygun düşecek miktarla yetineceğim. Bu haklar, çok değerli ve önemlidirler; çünkû medeniyet alanındaki kalkınmamız; düşünürler, yazarlar, bilimliler, teknik elemanlar, güzel ve tatbikî sanatlarla uğraşan kişilerin gayretlerine bağlıdır. Atalarımız bu gibi zatların değerlerini çok iyi bilmişler ve Hz.Peygamber devrinden beri ediplerle şairleri güzel bir şekilde ödüllendirmişlerdir. Hz.Peygamber'in bazı şairleri ödüllendirdiği ve kendi mübarek hırkalarını, şiirlerini beğendiği için, onlara giydirdiği bize kadar gelen haberler arasında mevcuttur. Halife ve sultanlar da müellifleri, düşünürleri ve kâtipleri takdir etmeye, korumaya, yazdıkları ve meydana getirdikleri eserler dolayısıyla onlara çok değerli ödüller vermeye devam etmişlerdir. Yahut da sultanlar, onlara bir kısım kitaplar yazmalarını tekiif etmişler, İslam âlemi de bunu kabul ve takdir eyle-

6 Yıl: 4, sayı: 47-48 (1980), s. 26-29.

\* Yazar'ın bu red ve tenkidinin Arapçası, ayrıca *Heydu'l-İslam Dergisi*, c. XXV, sayı 7-8 (1981)'de (s. 37-64) tenkit konusu metinle birlikte yayımlanmıştır. Çeviren



miş, ona karşı çıkmamıştır. Böylece yazar ve düşünürlerin emeklerini değerlendiren ve onlara verilen ödülleri helal kazanç olarak kabul eden İslâmî bir *örf* gelişip yerleşmiştir. Bu ödüllerin alınmasını kimse yadırgamamıştır. Bu örfü destekleyen hususlardan birisi de, İslâmî ve millî geleneklerimizin başkalarına ait görüş, düşünce ve eserleri çalmayı kötü karşılamasıdır. Fakat geleneklerimiz, bir eseri tenkit ve reddetme, onu bir şeyler ekleme hakkını da inkâr etmez. Bunun içindir ki Arap ve İslâm milletleri, çeşitli Arap ve İslâm devletlerinde çağdaş hukukçuların çıkardıkları modern kanunları kabul etmişler ve bunlar, itiraz ve tartışma konusu olmamışlardır; çünkü âdildirler ve âdil olan her hukuk İslâm hukukudur. Nitekim büyük fakihler de bu görüştedirler. Bunda bir aşırılık da yoktur; zira telif ve sanat eserleriyle ilgili haklar; çeşitli ilimlerle, fenlerle ilgili edebî, fikrî ve sınaî mülkiyetler çok önemli haklardır. Düşünce ve ilmin ilerlemesi, medeniyetin gelişmesi, ilmî, fikrî, sınaî ve teknolojik kalkınma, bu hakların sağlanmasına dayanmaktadır. Böylece bu haklar, medeniyetçe kalkınma ve yükselmenin en önemli sebeplerindendir. Yine bu haklar, yeryüzünde Allah'ın halifesi olan insanın ulaşması için İslâm'ın titizlik gösterdiği en önemli gayelerdendir. Nitekim Râgıb el-İsfahanî, *Kitabu'z-Zerî'a fi Mekârimi's-Şerî'a*'sında ve başka eserlerinde bu hususu açıkça belirtmiştir. Bu itibarla biz, telif hakkının aşağıdaki gerçeklerden kaynaklandığını görmekteyiz:

1- Arap ve İslâm örfü, bu hakları lâıykıyla takdir etmiş ve onlar için ödül ve karşılık (ıvaz) verilmesini benimsemiştir. Fakat bunu herhangi bir şekle bağlamamıştır; çünkü sanat pek bilinmiyordu ve yayım araçları sınırlıydı. Eğer bu haklar, mücerret şeylerse, mal ve mülk olma nitelikleri bulunmadığından mübadele ve helal kazanç konusu olmaya elverişli değillerse, onlar için ödül ve karşılık verilmesi, iyiliği emir ve kötülüğü yasaklama ilkesine göre karşı çıkılması gereken bir abes olurdu ve bu ödülleri kabul etmek, haram kazanç sayılırdı. Ancak Arap ve İslâm geleneklerimizi araştırmak, başlangıcında Hz. Peygamber'in sünnetine dayanan mezkur örfün meşrûluğunu ortaya kor. Ayrıca bu haklar; fikirler, ilmî ve sınaî ürünler şeklinde kendisini gösteren insan menfaatlerinin çeşitlerindendir; çünkü insan, bunlar için fikir ve bedenî bir çaba harcamaktadır. Birincisi, yani fikrî emek, daha çok himaye ve takdire lâıyk olup para ve ıvazla değerlendirilmeyi kabul eder. Bu bakımdan onun durumu, insanın yasak olmayan her emeği ve çabası gibidir. Bilindiği gibi menfaatler, kısaca ve üstün olan görüşe göre, para ile takdiri ve hukukî muamele konusu olmayı kabul eder. Bu husus, hukukçuların bir kısmına göre genel bir esastan çıkmıştır. Diğer



bir kısmına göre işe ona, kıyasa muhalif olarak, istihsan yoluyla ulaşılmıştır. Bu ikinci görüş, tercih edilmemiştir.

2- İslam devletlerinin çoğu, bütün şekilleriyle telif haklarını korumaya lâyık bulmuşlar, onlara gerekli saygının gösterilmesini, yayımcıların onları bedelsiz olarak gasbetmelerine karşı korumayı üstlenmişlerdir. Bu modern yasamaları ne halk, ne de hukukçular yadırgamışlardır. Burada, bu yasamaların âdil olduklarını zımnen tasdik ve insanlığın üzerinde icmâ' ettiği bir örfü kabul vardır. İnsanlığın bir konu üzerinde icmâ' etmesi, onun adalet ilkelerinden doğduğunu gösterir. İşte beşerî akıl da bu adalete bağlı olarak yaratılmıştır. Bu görüş, yargı ve dâvâ sistemleri gibi bütün hukukların üzerinde birleştikleri konulara işaret ederken hukukçuların adalet ilkelerine niçin bağlandıklarını ve bazı mezheplerin "bizden önceki şerî'atler bizim de şerî'atimizdir" şeklindeki görüşlerini bize açıklamaktadır. Yine bu anlayış, usulcülerle İslâm hukuku felsefecilerinin aklın yasama konusunda aklî temel ilkeleri kavrayabileceğini, çünkü onun iyilik ve kötülüğü (husn ve kubhu) birbirinden ayırma imkânına sahip olduğunu bize izah eder.<sup>7</sup>

3- Telif haklarına saygı ve onların karşılıksız olarak gasp edilmeleri ve sömürülmemeleri için korunmaları, bizim örfümüzde, Doğu ve Batıdaki bütün çağdaş hukuk sistemlerinde açık-seçik olan gerçeklerdendir. Çünkü telif sonucu ortaya çıkan ürün, para ile takdir edilen ve para karşılığında hukukî muamele konusu olan haklar ve manevî mallar cümlesindedir. Onun bu şekilde hukukî muamele konusu olması, adalete aykırı olmayıp isteyenlere karşı ilmi ketmetmek ve ilimde cimrilik etmek gibi bir şey değildir. Bunun içindir ki ister kapitalist demokratik devletlerde, isterse sosyalist ve komünist devletlerde olsun, bütün çağdaş hukukların telif haklarına ve sınaî mülkiyete saygı gösterdiklerini görüyoruz. Bununla birlikte bu devletler, telif hakkıyla ilgili hükümlerin ayrıntılarında ve mülkiyet kavramlarında farklı yolları benimsemişlerdir. Bu haklar, insanın kardeşi olan diğer bir insanı aldatması ve sömürmesini değil, aksine, fikirleri, görüşleri, ilimleri ve sanatları üreten kişilerin tabîi ve kazanılmış aklî melekelerinden netice almalarını kapsar. Bu ürünlerin para ile takdir ve mübadele edilebilir olmaları, sahibi bulunan bu meşrû hakları yok olmaktan ve onlardan sınaî üretim sağlayan yayım evlerinin baskısından korumaktır. Bu eserlerin sahiplerine hiç bir karşılık vermeden yapılan baskı, gayri meşru kazançtan ve sebepsiz yere başkasının hesabına zengin olmaktan öte

<sup>7</sup> Râğb el-İsfahânî, *ez-Zerî'a*; Dr. Salahaddin en-Nâhî, *el-Havâlid min Arâî'r-Râğb el-İsfahânî*.



gítmez. Sebepsiz kazanç ise, İslâm hukukunda kesinlikle yasaktır. Bu yasak da, bu alandaki genel bir ilkedен kaynaklanmaktadır. Nitekim bu hususu, *el-Kesb Dûne Sebeb ve'l-Fudale* adlı kitabımda da açıklamıştım.

Hulâsa, telif hakkının korunmasıyla çok önemli manevî-malî hakların gasbedilmelerine bir sınır koyma ve müelliflerin, yazarların, düşünürlerle diğer sanatçıların, ilmî, fikrî, edebî ve sınaî buluş sahiplerinin emeklerinin çeşitli yollarla fena şekilde sömürülmesine karşı savaşıma amaçlanmıştır. Böylece *sedd-i zerâyi'* (kötülüklerin önüne geçme) ilkesine uyarak, insana, mal ve düşünce halinde ona bağlı olan her şeye saygı gösterilmesi esasından hareket ederek, sebepsiz kazançta engel olunmak istenmiştir; çünkü bu hakların heder edilmeleri, genel bir yarar sağlamaz; sadece yayım evlerinin menfaatlerini gerçekleştirir. Bu menfaatler ise, kapitalist bencil çıkarlardır; çünkü bu kuruluşların ilk amaçları, büyük servetler elde etmektir; fakat bu kazancın, söz konusu kuruluşlarca, kendi eser ve buluşları olmadığı halde, yararlanılan bu hakların karşılıkları verilmek suretiyle meşrû ve helal olması gerekir. İşte bu karşılık verme, her türlü akit yapma serbestliğini içine alır; çünkü bu haklar, serbest ve geçerli hukukî muamele çerçevesi içerisine giren manevî mallardır; bunlara kesinlikle saygı gösterilmesi lazımdır. Bu haklar, Hz.Peygamber'in *Vedâ Haccı'*nda ilan ettiği mallara, ırlara ve derilere (canlara) dokunulmama ilkesine girdiği için zararlı fiillere karşı tazminat ödeme sorumluluğunu gerektirir.

Öyle görünüyor ki bu gerçekler ve ön bilgiler, bu değerli fetvâcının gözünden kaçmıştır. O, işaret edilen örfün ve bu içtimaî, tarihî, geleneksel ve felsefî açık-seçik hakikatlerin farkında olmadığı gibi, öyle bir takım düşüncelere kapılmıştır ki onlar, mistik sosyalizm veya ütöpik, hayalci diyebileceğimiz bir sisteme daha yakındırlar. Bu kanaatimizi onun şu sözleri açıkça göstermektedir:

1- "Selef-i sâlih âlimlerine göre ilim bir ibadettir; bir sanat veya ticaret değildir. . ." (s.12, sütun 1). O, buna benzer bir kısım delillerle dayanmakta ve onları, Hz.Peygamber'in, "*Kim bildiği bir ilmi ketmederse kıyâmet günü ona ateşten bir gem vurulacaktır.*" sözü gibi bazı hadislerle desteklemektedir.

Fetvâcı, bu hadîsin arkasından *el-Makâsıd'*dan naklen el-Aclûnî'nin bu cezaya işaretle "Bu, yararlanmak isteyenlere karşı kitapları hapsedmeyi de içine alır." (s.12, sütun 2) dediğini sözlerine eklemiştir, ancak bu sözün müelliflerle ilgili olmadığını farkedememiştir. Zira müelliflerin maksadı, kitaplarını bir ıvaz mukabilinde, her hangi bir yayım yoluna başvurarak neşretmek olunca, bu, fikirlerini halka karşı hapsedmek



değildir. Belki bunun aksi doğrudur; çünkü çağımızda fikirleri en kolay yolla yayma ve halka ulaştırmanın alışılmış şekli, onları gücü yetenlerin uygun bedellerle satın alabilecekleri tarzda kendilerine arzettir. Satın almaya gücü yetmeyenlerin de, ücretsiz olarak onları okumak, onlardaki sanat ve ilim hazinelerine vâkıf olmak için vakıf ve resmî kütüphanelere başvurmaları mümkündür. Kısaca, yazarın gerçekte fazilet, fikir ve ilmini milletine yaymaktan başka bir düşüncesi yoktur. Onun, buna göre değerlendirilmesi, haklarının ve fikrî eserlerinin gasp ve sömürülmeye karşı korunması gerekir; çünkü bu eserler, onun fikrî varlık ve şerefine çok değerli birer parçası olup yayımevlerince oyuncak hafine getirilmemek ve karşılıksız olarak gelirlerine el konulmamak için himaye ve saygıya lâyıktırlar. İnsan iki şeye, yani bir yandan ırz ve şerefine, öte yandan fikir ve görüşlerine karşı çok titizdir; zira bütün bunlar, onun manevî varlığı ve şerefiyle ilgili olup kendisi için en değerli şeylerdir. O, maddî varlığını bunlar vasıtasıyla sürdürmektedir. Öyleyse bunlar korunmaya, zarara uğradıkları zaman tazmin edilmeye lâyıktırlar. Eskiden fakihler, az bir zararın tazminine tam olarak önem vermemişlerse de, onlar, bunun reddi konusunda icmâ' da etmemişlerdir. Bu gibi şeyler, zaman ve örfün değişmesiyle değişen şeylerden ileri gitmez.

2- "Gerçek söz şudur ki, ilim adamı bir karşılık beklemezsizin ilmiyle tahsil ve tadrîse yönelmelidir. Bundan sonra, selef-i sâlih devrinde olduğu gibi, milletin de bu ilim adamının geçim ihtiyaçlarını karşılaması gerekir..." (s.12, sütun 2).

Burada ben, bu fetvânın sayın yazarına, konuyla ilgili olmasa da takdire lâyık yüksek ahlâkî esaslardan kaynaklanan hem bu öncüllerde, hem de daha sonra telif hakkı için esas olarak kabul ettiği ayrıntılı hükümlerde katılmıyorum. Ona muhalefet ederken de İslâm hukukunun genel temayülleriyle insanın bedeni, düşüncesi, emeği, derisi (canı) ve fikirleri açısından himaye edilmesine çok titizlik gösteren bu hukukun fer'î hükümlerindeki yönelişlerinden ve insanî varlığın fikir, akıl ve edebî şahsiyetinin en önemli parçasına ait olan telif hakkının tabiatinden elde ettiğim gerçeklere dayanıyorum. Bu fetvâyı, imkân nisbetinde, çağın terimiyle mevzû hukuk esaslarına uygun olarak, İslâm düşüncesi deyimiyile de âdil bir şekilde red ve tenkid etmeyi gerekli gördüm.

## GİRİŞTEKİ DELİLLERİN MÜNAKAŞASI VE REDDİ

### *Birinci Delil :*

Burada, yazarın fetvâsının girişinde yer alan iki delil ile söze başlayacağım. Birinci delilin özeti şöyledir: İlim bir ibadettir; bunun için



o sanat ve ticaret muamelesine tâbi tutulamaz. Bunun cevabı da şudur: Müellif yazdığı, meydana getirip ortaya koyduğu, kitap, makale ve diğer sanat eserleri yazarak kendisinin de katıldığı fikir hazineleriyle ilim ve sanat dehâlarından çıkardığı ilmi ketmetmek istemiyor. Çünkü bilgin, düşünür, yazar ve sanatçı yaratılış ve tabii içgüdünün bir gereği olarak bütün bunları ilân etmek, dağıtmak ve yaymak arzusunu taşır. İnsan toplumu da, ona şu iki hususu sağlamla bu gerçeği takdir etmek durumundadır:

1) Fikir hürriyeti, görüş ve düşüncelerini ifade etme özgürlüğü ile ilgili hususların sağlanması, bu özgürlüklerin geri alınmaması, baskı altında tutulmaması ve zarar görmemesi.

2) Fikir, ilim ve sanat adamlarının düşünce, akıl, duygu ve dehâlarının ürünleri üzerindeki haklarının tanınması. Çünkü bu ürünler, insan emeğinin en üstün yönünü ifade ederler. İslâm da bu emeğin kutsallığını benimser, çeşitli sömürücü akit ve şartlarla ona tecavüzü önler, ilmi amel (iş, emek) ile birleştirir ve amel olmazsa ilmin büyük bir önemi olmadığını kabul eder.

Çağdaş mevzu hukuklarla İslâm hukuk düşüncesinde yer alan ticaret kavamı iyice incelendiği zaman, müellif, yazar ve sanatçının fikir, ilim ve sanat eserleriyle ticareti amaçlamadıkları kendiliğinden anlaşılır. Bunlarla amaçlanan, sadece ilmi bütün halka yaymak ve bütün insanları ona vâkıf olma, ondan yararlanma ve istifade etme imkânına kavuşturmaktır. Hazırlık yapmak amacıyla ömürlerinin büyük bir kısmını veren bu eser sahiplerini, harcadıkları meşakkat dolu emeklerine karşı engellemek ve onların, bu emeklerinden mahrum edilerek, haklarından fedâkârlıkta bulunmaları için hiç bir zaruret de yoktur. Hal böyle iken kapitalist devletlerde, bir tarafta elindeki sermaye gücüne dayanan zorba yayınevlerinin bu ilmi ve fikri eserlerin geleceği üzerindeki baskısı ve çeşitli yollarla ağır şartları kabule zorlayan tahakkümü, diğer tarafta da bu şartları kabul ederek sömürücü, aldatıcı ve mağdur edici metodlara boyun eğmek durumunda olan zavallı yazarlar var. Sosyalist ve komünist devletlerde ise, kamu yayınevleriyle kronik resmî sansürün çeşitli baskı vâsıtaları olarak işbirliği yapan devlet otoriteleri ve onlara yaklaşmak için hür düşünce hesabına yapılan saçma dalkavukluklar yer almaktadır. Bu devletlerde yayınevlerini yöneten kişilerin, geçerk akçe olarak ellerindekileri piyasaya sürmekten başka önemli bir işleri yoktur. Bu bayağı metodlara, ayrıca, kamu oyunu yanıltma, içtimai ve umumî menfaatleri hiçe sayma gibi şeyler de karışmaktadır.



Müellifin eserini bir yayımcıya arzetmesine, İslâm hukuku dahil, hiçbir hukuk sisteminde ittifakla kabul edilen herhangi bir ticarî ölçüyü uygulamak doğru olmaz; müellif eseriyle spekülasyonu amaçlamaktadır. İster çağdaş mevzu ticaret hukuklarında isterse İslâm hukukunda olsun, ticarî işin ittifakla kabul edilen ilk ölçüsü, spekülasyondur. Hem çağdaş mevzu hukuk, hem de İslâm hukuk sisteminde spekülasyon, bir malı, bir ıvaz mukabili satmak amacıyla bir karşılık vererek elde etmektir. Müellif, fikirlerini bir ıvaz mukabilinde başkasından satın almıyor ki böylece mübâdele edilen iki şey arasındaki farkı elde etmek ve fikirleriyle ilgili bir ticarî muamele sebebiyle bir şey kazanmak arzusuyla onları bir ıvaz mukabilinde satışa çıkarırsın ve mübadele için piyasaya arzetsin. Yazarın bu işi tabiatıyla medenî hukuk alanına giren bir iş olup avcının işine benzer; çünkü yazar da avcı da tabiatta mevcut olan servetlere yönelir, ondaki ürünleri satıp geçimini sağlamak maksadıyla çaba ve emek harcayarak elde etmek ister. Bütün bunlar, ilahî olsun mevzu olsun, çeşitli hukuklarda serbesttir. Başka bir deyişle müellif eserini yayımcılara arz edince, ya da kendisi basıtırıp satışa çıkarınca, Allah'ın ona verdiği düşünceye, tabii ve kazanılmış zekâyâ yönelmekte; böylece fikir ve edebiyat pınarlarından, Yüce Tanrı'nın lutfettiği beşerî tabiat hazinelerinden yararlanmakta, bundan çıkardığı sonuçları kitap veya makale sahifeleri haline getirmekte, yahut onları kâğıt üzerine resmetmekte, ya da düşüncelerini bir taş veya madende şekillendirerek, yayım ve dağıtımla uğraşanlara sunmaktadır. Burada yazar, düşünür ve sanatçıların durumları, deniz ve kara hayvanlarından, ormanlardaki ağaçlardan, kırlardaki bitkilerden serbest olan şeylere yönelip avlayabildiklerini avlayan, toplayabildiklerini toplayan avcılarının durumları gibidir. Avcılar, sırf bu işi yapmakla elde ettikleri şeylere sahip olurlar ve onları satışa arz ederler; yaptıkları bu işin yasak olduğu söz konusu edilmez. Yeryüzünde fesat çıkarmamak şartıyla menfaatlerle tabii servetlerin serbest olması esasına göre avı Allah helal kılmış ve çeşitli hukuklar da onu meşrû saymıştır.

Yazarın işi, avcılarının işinden daha çok saygıya lâyıktır; çünkü avcılar, tabiatta serbest olan nimetleri elde etmekte; onlardan hiç biri bu iş için hazırlık yapacağım diye gençliğini, olgunluk ve ihtiyarlık çağlarını sıkıntı ve zahmet içinde, gece gündüz öğrenim peşinde koşarak tüketmemektedir. Yazar ise, düşünce meyvelerini kendi fikrinden çıkarmaktadır. O, bu meyveleri elde edebilmek için hiçbir bedel kabul etmeyen ömrünü ve bedenî gücünü tüketmiş, bilgisini artırmadan başka bir şeye önem vermemiş, fertler ve toplumlar yararlansın diye fikirlerini,



ilim ve irfan hakikatlerini yaymak amacıyla hazırlık yapıp durmuştur. Üstelik tenkid edilmek, tatsız olaylarla karşılaşmak ve devlet otoritelerince yanlış anlaşılacak gibi durumlara da maruz kalmaktadır. Yazarın emeği, amaç bakımından avcılarının işinden daha yücedir ve kötü bir şekilde sömürülmeme yönünden birçok yayımcıların işinden daha nezihdir. Müellif, bunun ötesinde bir ticaret kasetmemekte, ancak emek ve çabasının çeşitli sömürücü ve çirkin yollarla yayımevlerinin tasallutuna karşı korunmasını istemektedir. Yukarıda işaret ettiğimiz gibi, bu yayımevlerinin fenalığı kapitalist devletlerde de, sosyalist devletlerde de aynı ölçüde yaygındır. Bunların amaç ve araçları farklı ise de musibetleri aynıdır.

Bu fetvâyı kaleme alan zatın; yazar, öğrencilere ders vermede selefeye uymalı, derslerle ilgili notlarını onların yazmalarına engel olmamalı tarzındaki görüşüne gelince, çağımızda üniversitelerde hocalık yapan zatlar da, öğrencilere bu konuda engel olmamaktadırlar. Bu alanda profesörlerle selef-i sâlih eşittir. Her ikisi de, ilmi yaymak için karşılık beklemeyi amaçlamazlar. Bunun dışında onların okuyucular için bir ıvaz mukabilinde kitap telif etmelerinde, bir monografi veya makale yazmalarında hiçbir sakınca yoktur. Böylece onlar, ilim ve fikir hareketini teşvik için malî harcamalara girişen yayımcılarla diğer kuruluşlara, düşünce ürünlerini telif hakları karşılığında satarak fikirlerini en geniş şekilde yaymaktadırlar. Çağdaş örfler gelişmiş ve telif hakkı, çeşitli fikir ürünlerini kapsayan anlamıyla malî haklardan olmuştur. Öyle ki bu hakların para ile takdirinde ve alm-sa-ım vb. akitlerle mübâdele konusu yapılmaya elverişli olduğunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Bu gelişme, matbaacılık çağından önce düşünülmemiştir; fakat bu, “*İnsanların eşyasını (haklarını) eksiltmeyin.*” (A’raf, 85) âyet-i kerîmesi gibi esaslardan kaynaklanan İslâmiyet gibi bazı ileri kültürlerde düşünülmesi mahtemel olan hususlardandır. Medeniyetin hâkim olduğu böyle bir çağda telif hakkından yararlanılmasına karşılık bir bedel isteme hakkını inkâr etmek, insanların şeylerini eksiltmektir ve onların fikrî emeklerinden yararlanma haklarını inkâr etmektir. İnsanların fikrî emekleri ise şeref, önem ve iffet bakımından bedenî çabalarından daha az değildir; hattâ bunlar, ikincilerden son derecede üstündürler. Müelliflerin kazandıkları ödüllerin, bağışların ve diğer bedel (ıvaz) çeşitlerini müslümanlarca helâl kazanç olarak kabul edildiklerine dair bir geleneğin bulunduğu yukarıda işaret ettik. Bu gibi akitler, nasıl nitelendirilirlerse nitelendirilseler, ister teberru isterse bir ücret karşılığında bir kitap yazmak veya araştırmada bulunmak... için söz veren ve bu sözünü yerine getiren



kimse tarafından yapılmış taahhüt kabilinden olsunlar, İslâm hukukunda akit ve şartlara uyulması gerektiği fikri ağır basmaktadır. Gerçi akitlerin esasının serbestlik mi, yoksa yasaklık mı olduğu konusunda bazı mezhepler sıkı davranmışlardır Akitlerle şartlar için esas teşkil eden hususun ayrıntılar hakkında İbn Teymiyye'nin bazı fetvâlarında (*el-Fetâvâ el-Kübrâ*) bir kısım açıklamalar vardır. Bu konuda vardığımız kanaat kısaca şudur: İslâm hukuku ve İslâm gelenekleri, müelliflerin harcadıkları emeklerle kâğıt üzerine yazdıkları düşünce ve görüşler için bedel (ıvaz) hak ettiklerini kesin olarak kabul eder. İşte bu ıvazı müellifler, fetvâcının auladığı gibi kâğıt, mürekkep ve cilt bedeli olarak değil, ancak ilmî ve fikrî emeklerini değerlendirmek ve onun üstünlüğünü belirtmek için almaktadırlar. Ayrıca telif hakkı, nazariye ve pratikte sözleşme için konu olarak geçerli sayılan öteki serbest (mübah) şeylerden daha az önemli olmayan fikrî menfaatleri takdir etmek gayesini gütmektedir. Çeşitli İslâmî devirlerde örfün bu konuda kabul ettiği husus, çağımızda tasavvur edilen açık-seçik gerçeklerden ibarettir. Eski hukukçular, mallara ait menfaatlerin hukukî muameleye elverişli mallar sayılıp sayılmayacakları konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bu konuda İslâm hukuku ikiye ayrılır: Birinci görüş, Hanefîler tarafından benimsenmiştir. Buna göre menfaatler, her ne zaman bulunurlarsa bulunsunlar, hep yok olup giden arazlardır; dolayısıyla icare edilmeleri caiz değildir; çünkü Hanefîlere göre bunlar, kıyasa muhalif olarak varit olmuşlardır. Bu düşünceyi kabul etmek imkânsızdır. Biliyoruz ki bu düşünce, gerekçesinde *cevher* ve *araz* felsefesine dayanmaktadır. Oysa bu felsefî düşünceler, hayatın pratik gerçeklerinde hukukî-amelî hüküm çıkarmak için esas teşkil etmekten uzaktır. İkinci görüşü Şafiîlerle diğer hukukçular temsil ederler. Bunlar, menfaatleri daha ince bir kavrayışla ele almışlar ve onların, manevî de olsalar, mal olduklarını kabul etmişlerdir. Bundan dolayıdır ki menfaatler, kıyasî akitlerin vârit oldukları hukukî muamele ve sözleşmelere elverişlidirler. Irak Medenî Kanunu da bu görüşü tercih etmiştir.

Demek ki müellif, kitabını bir yayımcıya arzederken, söz konusu fetvânın yazarının zannettiği gibi düşünce ve görüşlerini içine alan kâğıt, mürekkep ve cildi değil, kitabın kapsadığı fikrî ve manevî menfaatleri satmayı amaçlamaktadır. Bu düşünceler üzerinde ise onun manevî-malî bir hakkı vardır. İşte bu hak, para ile takdir edilebilir, hukukî muamele ve mübâdele konusu olabilir; müellife bu hususta aldatma ve kandırma gibi şeyler nisbet edilemez.

#### *İkinci Delil :*

Söz konusu fetvâ yazarının giriş kısmında ileri sürdüğü ikinci delil, söylediğim gibi, hayalî (ütöpik) bir şey olup çağımızın kapitalist, sosya-



list ve komünist toplumlarında gerçekleşmesi mümkün değildir; çünkü o, yazarlar, bilginler, ihtira (buluş) sahipleri ve sanatçılar için bütün geçim imkânlarını sağlayan, çeşitli ihtiyaç ve zaruretleri karşılayan, maddî hayatın ihtiyarlık, hastalık, çalışıp kazanmadan âciz kalma gibi sıkıntılarını gidermeyi üstlenen bir toplum farzetmektedir. Biz, Batıda ilmî sosyalizmden önce düşlenen böyle hayalî bir toplum hakkında tartışma yapmıyoruz. Böyle bir toplumu İslamî çağlarda sûfiler de hayal etmişler, *ihvân*'a ait bütün malların toplum için serbest olduğunu, *ihvan*'dan hiç birinin onlara tek başına sahip olmadığını ileri sürmüşlerdir. Eğer yeryüzünde böyle hayalî mistik sosyalizm gerçekleşirse, mevcut kanun ve hukukların çoğunu ortadan kaldırmak, fazilet ilkelerine ve dünyalık şeylerden soyunma (tecerrüd) esaslarına uymak gerekir; çünkü bu durumda cezaî yollarla, mahkemelerin çabalarıyla ve güvenlik güçlerini seferber ederek resmî düzenleme ve yönlendirmelere ihtiyaç kalmaz. İnsanlar, bu gibi yüce erdemlere uymak, nimet ve servetleri toplumun bütün fertlerine serbest kılmak için iyilik, takvâ ve ihlasla yardımlaşmalara gerek duymazlar. Hiç kimse bir mala veya bir mafaate özel olarak sahip olmaksızın, her fert elinden geldiğince bir şeyler üretir, zühd (bir lokma bir hırka) kabilinden geçimine yetecek kadarıyla yararlanır. Bu da, ancak iyilikseverlerin sadakalarıyla yaşayan, içtimaî kitle ile alâkalarını tamamıyla kesmeyi tercih eden manastır ve tekkelerde görülebilir. Müslümanlara ruhbanlığı yasaklayan İslâm ise böyle bir tercihi aslâ kabul etmez.

Biz, bencillikten uzak böyle hayalî bir toplum gerçekleşinceye kadar telif haklarının korunmasıyla ilgili hususları açıklamakla yetiniyoruz. Bu haklar ise, Yaradan tarafından yazarların akıllarına lutfolunan ilahî bir vergidir ve Yüce Tanrı, onlara, zikrettiğimiz gibi, avdan yararlanır-casına bunlardan da yararlanma hakkını bahşetmiştir.

Burada biz, sayın fetvacının dayandığı ahlâkî örnekleri takdir etmekle birlikte, giriş niteliğinde ileri sürdüğü iki delili böylece reddetmekle yetiniyoruz. Bundan sonra müellif hakları konusunda mezkûr fetvâsında öne sürdüğü ayrıntılara geçiyoruz.

## AYRINTILARIN MÜNAKAŞASI

### *Birinci Durum :*

Sayın fetvâ yazarı, müellifin kitabını bitirip hazırladıktan sonra yazma halinde bir yayımcıya arzetmesini, bir satım olarak kabul etmektedir. Onun bu satımdan kastedtiği şey nedir?



Çağdaş mevzu hukuk düşüncesine göre telif hakkını satmanın anlamı, bir yayımcı lehine eserin basım ve yayım hakkından vazgeçmektir. Burada satım, mübâdele akitlerinden biriyle manevî bir maldan yararlanmak demek olup söylediğimiz gibi bu, manevî-malî haklarda söz konusu olur; bu, "kâğıt, mürekkep ve cildin satımından ibaret" değildir. Sayın fetvâcı ise, meseleyi bu alışılmış mânâ ve çağdaş düşüncenin benimsediği kavramdan çok uzaklaşarak tavsif etmiş ve bu akdin konusunun, "kâğıt, mürekkep ve cild" in meydana getirdiği şeylerin toplamından ibaret olduğunu zannetmiştir. İşte bu tasvir, belirttiğimiz gibi, çağdaş telif hakkı kanunlarının üzerinde birleştikleri husustan tamamen uzaktır. Fetvâcının bu tasvirinde, telif hakkının mahiyetinin bilinmezlikten gelinmesi veya bir satım akdi olmayan yayım akdinin asıl tabiatının bilinmemesi yatmaktadır. Böylece onun bu yanlış tasvirine dayanıldığı ayrıntılı hükümlerin hepsi havada kalmaktadır.

Onun meseleyi bu şekilde tasvir edişi, müellifin fikirleriyle yararlanmasını kabul etmemesinden ileri gelmektedir. Oysa bu, para ile takdir edilebilen, hukukî muamele ve çeşitli malî mübâdeleler için elverişli olan manevî bir maldan yararlanma demektir.

Açıktır ki sayın fetvâcı, lüzumsuz yere bu olayı tasvir ederken hakikatın özüne inememiştir. Bu itibarla onun doğru bir cevap vermeyi başaramamasına şaşmamak gerekir.

Söz konusu tasvirin daha da fena oluşu, kitabın yazıldığı kâğıt ve yazılırken kullanılan mürekkeple bu kâğıtları bir araya getiren cildi müşteri durumunda olan yayımcının malı veya bu amaçla vakfedilen malların bir parçası olarak düşündüğümüz zaman meydana çıkmaktadır. Bu durumda söz konusu tasvire göre, yazarın bir bedel almaya hakkı yoktur; çünkü satış için yayımcıya sunduğu şey, yayımcının önceden kendisine ait olan bir mal veya hayır amacıyla vakfedilen mallardan bir parça teşkil eder. Zira müellif, eserini o kâğıtlar üzerine yazmaktan başka bir zahmet çekmemiştir. Dolayısıyla o, Hanefî mezhebinin sıhhat ve fesat konusundaki akit nazariyesi ölçülerine göre, icare akdi sahîh ise üzerinde anlaşma yapılan ücretten, fasit ise ecr-i misilden başka bir şey alamaz. Söz gelişi, kitabın bedeli, çağdaş mevzu hukuklardaki telif hakkı hükümlerine göre 500 bin lira olsa bile, sözü geçen fetvânın tasviri uyarınca onun değeri kâğıt, mürekkep, cilt veya durumlara ve zikredilen örneklere göre müellifin hak ettiği ücretten öte gidemez. Bu da, bir kaç 10 liradan fazla olamaz. Oysa müellif, bütün bu durumlarda belki de kitabını telif için uzun yıllar harcamış, bu süre içerisinde inceleme ve araştırma yapacağı diye geçimini temin etme fırsatını bile kaçırmıştır. Sonunda da



yayımcı gelip bir kaç lira gibi böyle çok düşük bir ücretle ona el koyarak, belki de milyonlarca lirayı aşan bir kâr sağlamışır. Bu arada satım bedeli veya emeğin karşılığı ile yayımcının kârı arasındaki uçurumu düşününüz!

Hakikatten uzaklaşmalar bu noktada durmuyor. Fetvâcî; kitap yayım akdi için yaptığı tasvire dayanarak, yazarın yayımcıya ikinci yayım hakkının müellife ait olduğunu şart koşması halinde, hem kendisine, hem de Hanefilere göre bu şartın fasit ve satım akdini ifsa tediği olduğunu ileri sürüyor... (s.14, sütun 2).

Açıktır ki fetvâcî, bu sonuca varırken telif hakkının mahiyetini bir kere daha bilmemektedir. O, kitabın ilk baskısı için yapılan anlaşmanın ilk baskıdan sonra müellifin eseri üzerindeki hakkının sakıt olmasını da kapsadığını sanıyor. Açıkça görülüyor ki bu sonucun dayanağı da, onun yayım akdini, yanlış olarak, satım akdi şeklinde tasvir etmiş olmasıdır. Ona göre bu satımın konusu, kâğıt, mürekkep ve ciltten başka bir şey olmayan "yazma" nüshadan ibaret olup bu sözleşmede müellifin kendi fikirlerini sömürmesi yerinde değildir. Bu tasavvurda, fakihlerin belirttikleri kıymetli madenler veya benzerleriyle ilgili ribevî akitlere zımnî bir kıyas mevcut olup mübâdele konusu olan iki şeyden birindeki sanat değerine bakılmamaktadır. Halbuki "altını altınla..." değişmek kuralı ile ilgili hadis, fakihler arasında tartışma konusu olmuştur. Söz konusu sanat eserinin hiçe sayılması, o kuralın hilafına cereyan eden örfte yerleşmemiş olan hususlardandır. Dolayısıyla sanatın değeri takdir edilmiştir; çünkü sanat, bir şeyin menfaatlerine daha önce onda olmayan bazı hususları ilave eder ve sanatçı da bunlar için bir ücret alır. Eğer bu hususlar göz önüne alınmazsa, müşteri onlardan karşılıksız olarak yararlanacaktır. Bu yanlış tasvirin mânâsına göre sözü edilen şart fâsit olup bir kuruntudan öteye gitmeyen satım akdini ifsat eder; çünkü o, karşılıksız bir şarttır ve taraflardan birisine özel ve karşılıksız bir menfaat sağlamaktadır. Gerçekte bütün bunlar, yanlış bir düşünceden ileri gelmektedir; çünkü yayım akdi, satım akdi değildir; çağdaş medenî hukukların tabiriyle isimsiz akitlerdendir. Yani o, İslâm hukukunda ve çağdaş medenî hukuklarda ismi ve özel hükümleri bulunmayan akitlerdendir. Dolayısıyla medenî hukuklardaki akit nazariyesinin genel kurallarına ve İslâm hukukundaki sözleşme ile ilgili genel hükümlere tâbi olur. Yukarıda işaret edildiği gibi, İslâm hukukunda akitlerde asıl olan, sözleşme serbestliğidir ve özel bir ismi ve hükmü bulsun ya da bulunmasın, akitlerle şartlara bağlı kalmaz. İşte tercih edilen görüşü oluşturan bu ilke, bir haramı helal ve bir helali haram kılmadıkça, akitlerle şartlara bağlı kalmayı emreden Kur'an âyetleriyle Hz.Peygamber'in



hadislerinin toplamından çıkarılmıştır. Yine yukarıda İmam İbn Teymiyye'nin akitlerle şartların esası hakkındaki fetvâlarına işaret edilmişti. Bu büyük hukukçunun açıklamalarına ve İslâm hukuk ekollerinin tesbitlerine göre bu görüşün tercih edilen görüş olduğunu söylemiştik. Çağdaş medenî hukuklarda da hüküm böyledir; çünkü onlarda da asıl olan, genel sistemin ve emredici kanunî hükümlerle kuralların sınırları içerisinde, sözleşme ve şart ileri sürme hürriyetidir.

Fetvâcının yayım akdi konusunda benimsediği bu tasvirin fenalığı, mezkûr şart için açıkça, "Akdin muktazâsına (gereğine) aykırıdır; çünkü akdin muktazâsı, yayımcının kitaba sahip olmasıdır." (s.14, sütun 2) sözünde ortaya çıkmaktadır. Yani burada sadece kâğıt, mürekkep ve ciltten ibaret olan "yazma" kastedilmektedir; içindeki fikirlerle yazmanın ortaya çıkarmak ve yaratmak için harcadığı emeğe önem verilmemektedir. İşte adı geçen fetvâcı, bu fetvâsına dayanarak, kabûlü mümkün olmayan diğer sonuçları ileri sürmüştür. Hepimiz için malumdur ki fâsit ve bâtil üzerine binâ edilen şey de fâsit ve bâtildir; meğer ki fesat ve butlan sebeplerinin dışındaki birşeyden dolayı sıhhat sebepleri bulunsun. Tasavvur edildiğine göre bir akitte sıhhat, fesat ve butlan sebepleri birlikte bulunabilir; böylece akit, bir yönüyle sahih, diğer yönüyle de bâtil olur ve bölünmeyi kabul eder; bunlardan her bölüm, hüküm ve sonuç bakımından müstakil olur.

Eğer bu fetvâ yazarı; müellifin, yayımcı ile eserinin içinde yer alan fikirlerinin toplamından yararlanma hakkını mübâdele ettiğini, ona belli bir bedel karşılığında, toptan ve perakende satış amacıyla yayım ve dağıtım yaparak, bu fikirlerinden yararlanma hakkını verdiğini kabul etseydi, yayım ve satım akitleri arasındaki farkı kavradı; zira satım akdinin anlamı, anlaşmaya varılan bedel karşılığında satılan şeyin mülkiyetinin alıcıya geçmesi ve böylece satış konusu olan o şeyde satıcının bir hakkının kalmamasıdır. Yayım akdine gelince, bunda yayımcı için telif hakkından ebedî olarak vazgeçme diye bir şey yoktur; çünkü yayımcının kitabı neşretme hakkına sahip olmaktan başka bir hakkı olmadığı gibi, onu basma ve yayımlamanın ötesinde hiçbir yetkisi de yoktur. Müellifin düşünceleriyle görüşlerine tasallutta bulunamaz, onun ibare ve ifadelerini değiştiremez; çünkü bütün bunlar, kitabın müellifinin mülkiyetinde kaldığı gibi, onun diğer baskılarda kitabı istediği şekilde düzeltme hakkı da saklıdır. Onun fikirleri bağışlanmaz, satılmaz; onlar, ancak kendi manevî zimmetinin birer parçası olup üzerlerinde istediği gibi tasarruf eder. Onların her türlü tecavüze karşı korunması gerekir; ister onun fikir ve ibarelerine tecavüz eden bir yayımcı olsun; isterse



bu tecavüz, müellifle bir yayım akdiyle hiçbir bağı olmayan yabancılardan gelsin. Eğer fetvâcı, çağdaş hukuklardaki yayım akdinin hükümleriyle mahiyetini kavrasaydı, yayım akdini tasvir ederken bu şekilde sakat düşüncelere kapılmazdı; yayım akdini düzenleyen hiç bir hukukun kabul etmeyeceği kavramları bu akit için ortaya atmazdı; kanaatlerini, içindeki düşünce ve görüşlere kıymet vermeksizin, yayım akdini kâğıt, mürekkep ve ciltten ibaret olan şeyi satmak esasından hareketle yapmış olduğu yanlış tasvire dayandırmak zorunda kalmazdı; bu mübâdelenin konusunun manevî bir mal olup değişmeye elverişli ve bu bakımdan onun, menfaatlerin malî değerleri olması ilkesinden hareket ederek, icarâ edilen ayn'ın menfaati ve işçinin taahhüt ettiği emek durumunda olduğunu kabul ederdi. Eserden maksat, kitabın içinde yer alan müellifin fikirleriyle görüşlerinin toplamıdır; onun kâğıtları, mürekkep ve cildi değildir; çünkü kâğıtların meydana getirdiği maddî şeylerin toplamı, müellifin görüşlerini i'crisine koyup muhafaza altına aldığı kaptan başka bir şey değildir. Yayım akdinden maksat da, bu maddî kabı satmak değildir; bu kap, paketle satışa hazırlanan şeylerde olduğu gibi, dolayısıyla satılmak istenmektedir. Yeni ortaya çıkan bu menfaatleri, manevî mallar olmaları itibariyle malî menfaatlere kıyaslamak doğru olursa, zikrettiğimiz nedenlerle, menfaatlerin hukukî muamele konusu olmaları hususunda tercih edilen görüşe göre onlarda da tasarruf caizdir.

#### *İkinci Durum :*

İşte bu, yayım akdiyle ilgili durumlardan birisini teşkil eder. Fetvâcının hükmünü belirtmeye çalıştığı ikinci duruma gelince, bu durumda, "Müellif kitabını hazırlamadan önce kendisi bir yayımcıya başvurur, yayımcı ile onun neşri konusunda sözleşme yaptıktan sonra, yayımcının istek ve şartlarına uygun olarak, kitabını hazırlamaya başlar." Fetvâcı, bu durumu tasvir ederken bir yanlışlık daha yapmış ve bunun, müellifin işçi (ecîr), yayımcının da işveren (müste'cir) olduğu bir nevi iş akdinden ibaret bulunduğunu ifade etmiştir. Ona göre, "İşçi ve işveren hakkındaki hükümler, genel olarak bu durum için de geçerli olur." (s.14, sütun 2).

Fetvâcı, bu tasvirinde başka bir yanlışlık daha yapmıştır. Bu durumda, o, bir kitap veya bir makale yazma, ya da bir araştırmada bulunmayı vaadederken müellifin işinin mahiyetini kavrayamamıştır. Bu örnekte müellifi işçi olarak kabul etmek mümkün değildir; çünkü işçi, genellikle bedenî bir emek harcar; müellif ise, bu taahhüdünde bedenî bir emeği amaçlamamaktadır; genel olarak onun taahhüdü fikrî bir iş yapmaktır. Bedenî işe gelince, o kendi kurallarına tâbidir. İşçi, tayin edilen süre içinde işverenin irşat ve yönlendirmesine ve onun emirlerine



uyar; anlaşmaya varılan işlerden kendisinden istenileni yapar ve istenildiği vakit işi bırakır. Müellife gelince, bir kitap veya makale hazırlamayı taahhüt ettiği süre içinde yayıncı ona baskı yapamaz. Böylece müellifin bir kitap ve makale hazırlama ya da fikrî başka bir iş yapma, ilim ve sanatla ilgili bir araştırmada bulunmadan ibaret olan işi, müstakil olarak yerine getirilmesi taahhüt edilen bir iş olup icare akdine tâbi olmaz; akli bir emek harcamayı vaad etmekten, gerçekleştirilmesi mümkün olan belli bir gayeyi tahakkuk ettirmekten öteye gitmez. Yayıncının taahhüdü de, ücret (cu'l) hükmünde olup Şafîî mezhebi gibi birçok İslâm hukuk ekollerinde bu ücretle iş yaptırma (cu'âle) bilinen bir şeydir. Bununla birlikte biz, müellifin vaadini, İslâm hukuk ekollerinde bilinen akitlerle kavli tasarruflardan herhangi bir akit veya kavli tasarrufa kıyas yapmak ihtiyacını hissetmemekteyiz; çünkü işaret ettiğimiz gibi, İslâm hukukundaki genel kural, yasaklayıcı bir hükümlerle çatışmadıkça veya hukukça yasaklanan bir şartı ihtivâ etmedikçe, akitlerle şartların sahih ve caiz olması esasından kaynaklanır. İslâm hukukunda akli veya fikrî emekten yararlanmaya müsaade karşılığında bir ıvaz almayı yasaklayan bir hüküm yoktur. Nitekim İslâmî *örf* de bunu kabul etmiş, fikir ve sanatla ilgili işlere karşılık ödülleri almayı ve bu konuda çeşitli vaadlerde bulunmayı caiz görmüştür. Şu kadar ki bu işler, Hz. Peygamber'e iftirâ konusunda -böyle bir işten Allah'a sığınırız- bir kitap yazmayı taahhüt etmek gibi yasaklanmış olmamalıdır.

#### *Üçüncü Durum :*

Bu durum, müellifin kitabını kendi hesabına bastırıp satış için bir dağıtımçıya bırakması halidir (s.15, sütun 1). Fetvâcî, bu durumu da icare akdi esasına göre tasvir etmiş; sözleşme konusu olan işin tür, miktar, nitelik bakımından sınırlandırılması, ücretin beyan edilmesi ve bu ücretin, miktarı bilinmeyeceği için, kârdan şâyi bir nisbete göre olmaması gerektiğini söylemiş; daha sonra da bütün bunlarda aldatmanın sözkonusu olduğunu ileri sürerek, İmam Malik'in mezhebine işaret etmiştir. Fetvâcî, bu durumun satım için vekâlet verme konusuna girdiğini fark edememiştir. Satım için vekâlet verme, İslâm hukukunda caizdir. Burada vekâletin konusu, basılmış kitap nüshalarını, her nüsha için kararlaştırılmış olan bedelle satmaktır; ister vekil bu satış işini müvekkili adına, isterse kendi adına yapsın. Bütün bunlar, sözgelişi, Hanefî mezhebinde de caizdir. O, niçin burada yalnızca Mâlikî mezhebine işaretleyip yetinmiştir?

#### *Dördüncü Durum :*

Bu durum, yazarın kitabını kendi hesabına bastırıp yayım ve satım işlerini kendisinin yapması, sayın fetvâcînin deyişiyle, bu maksatla başka



birini kullanmaması halidir (s.15, sütun 1). O, bu konuda telif hakkının mahiyetini ve sonuç itibariyle ne olduğunu soruyor. Acaba bu hak -kendi tabiriyle- şer'an tanınmış ve korunmuş mudur, yoksa heder ve boş bir şey midir?

Fetvâcının bu konuda ortaya attığı ve bu duruma ertelediği sorular bunlardır. Bu soruların cevaplandırılmak üzere başa alınması gerekirdi; çünkü bu sorular, onun ifadesiyle, bizzat telif hakkının mahiyet ve meşrûyetiyle ilgilidir. Bu soruları geriye bırakması, olayın tasvirini ve cevapların dayandığı esas önermeyi ertelemektir. Oysa öncelikle bunların araştırılması gerekirdi.

Onun bu sorulara verdiği cevaba gelince, bu, telif hakkını gözetilmek ve himaye edilmek gibi bütün gerekleriyle birlikte inkâr etmekten ve bu hakkı hukukî teamül çerçevesinden çıkarıp malî değeri olmayan bir şey haline getirmekten öte gitmiyor. Onun bu hak üzerindeki hükmü işte büyük bir faciadır. Kendi kanaatine göre bu fetvâcının telif hakkıyla ilgili ifadesi, bir kelime ile, şudur: "Bu konuda en çok söylenebilecek olan, onun mücerret bir hak olduğudur. Hanefilere göre mücerret haklar -kendisinin de tercihi üzere- malla değerlendirilemez; onlar satılmaz; müstakil bir mal karşılığında onlardan feragat edilmez; bu (yani telif hakkı), şuf'a hakkına benzer." (s. 15, sütun 2).

Bilmiyorum içtimâî bir değer olan komşuluk gibi itibarî şeylere dayanan şuf'a hakkıyla telif hakkı arasındaki benzerlik ve kıyas yönü nedir?! Bu iki müessese arasındaki fark, o kadar büyüktür ve o kadar genişdir ki şairin şu sözü buna tıpatıp uyar:

"Ey Süreyyâ'yı Süheyl ile evlendiren,  
Allah aşkına nasıl birleşir bunlar?  
Doğduğu zaman Süreyyâ Şam'dadır;  
Süheyl de doğduğu zaman Yemendedir."\*

Şuf'a -Süreyyâ'nın kardeşi olup- aslâ bir hak değildir; ancak ortak veya komşu için hemen harekete geçerek istenmedikçe sâbit olmayan bir ruhsattır. Bundan dolayıdır ki o, Hanefilere göre mal değil, mücerret bir haktır; çünkü şuf'a hakkına sahip olan kimsenin, bu hakkı kullanmadan önce veya onu talepten sonra başkası lehine bir ıvaz karşılığında veya feragat şekillerinden biriyle şuf'a ruhsatından vazgeçmesi düşünülemez. Telif hakkı ise -Süheyl'in kardeşidir, isterse süt emme yoluyla olsun- yukarıda açıklandığı gibi malî bir haktır. O halde cinsleri birbirinden ayıran özellikler olarak kabul edilen unsurlar bakımından böyle

\* Burada benzetme konusu yapılan Süreyyâ ile Süheyl birer yıldızdır. Çeviren



son derecede farklı bir mahiyete sahip olan bu iki hak birbiriyle nasıl evlendirilir? Bu evlilik, görüldüğü gibi, mümkün değildir; tıpkı insan ile cin ve insanla hayvan arasında evliliğin imkânsız oluşu gibi. Usûl kitaplarında kıyasın bir takım ilkeleri vardır; bu konuda ise kıyas için hiçbir ortak yön mevcut değildir. Bu fetvâcının benimsediği kıyas'ın imkânsızlığı ortaya çıkınca, onun telif hakkını, mücerret (soyut) olan haklardan sayarak, kitabın müellifine nisbet edilmesine saygı gerekir sözü hariç, bu kıyas üzerine binâ ettiği her şey yıkılıp gider.

İşte fetvâcının, giriş niteliğindeki iki mukaddime ve bölümlerden sonra telif hakkını tasvir ederken benimsediği ve bir kısım hükümleri üzerine binâ ettiği hususlar, genel hatlarıyla bunlardır. Bundan sonra onun fetvâsında yukarıdakilerin bir özeti ve bazı ilâveler yer almaktadır. O, hence ve yukarıdaki tahlillere göre bunların bir kısmında gerçek'ten uzaklaşmıştır. Bu konuda onun düşmüş olduğu önemli yanlışlara işaret etmekle yetineceğim:

1- Fetvâcı, bir yayımcıya sattıktan sonra yazarın eseri üzerindeki hakkının düştüğünü belirtmiş ve müellif tarafından yayımcıya karşı hiçbir hakkın ileri sürülemeyeceğini söyleyerek bu görüşünü desteklemiştir. Biz, bu görüşü yukarıda reddettik.

2- Fetvâcı, bunu, bir kalem satın alan ve sonra onun bir benzerini yapan kimseye benzetmiştir. Böyle bir kıyasla sınaî mülkiyet ve bununla ilgili haklarla ihtirâ (patent) hakkını inkâr ederek, başka bir yanlış daha yapmıştır.

3- Ona göre, yazar bir yayımcı lehine kitabını basma hakkından feragat edince, "artık müellif için başka nüshalarını ilk baskısı tükenmeden önce yayımlamak üzere diğer bir yayımcıyla anlaşma yapmasında bir sakınca yoktur." Bilmiyorum o, hangi esasa göre müellifin bu arada yayımcıya karşı bir iş yapmasına ve onun elde ettiği kitabı basma ve yayımlama hakkından yararlanmasını etkileyen başka bir rakip bulunmaksızın kitabın nüshalarını satma hakkını engellemesine izin vermiştir. Halbuki sözleşme yapan bir taraf, hak ve menfaatin naklini gerektiren akitlerde, o ayn veya menfaatten meşrû olarak yararlanma süresi içinde öteki tarafa karşı bir davranışta bulunmamak, aksi takdirde ona karşı tazminat ödemek zorundadır. Bütün bu hususlar, ister satım isterse icare akitlerinde olsun, İslâm hukukunda da, mevzû medenî hukuklarda da aynıdır.

4- Fetvâcı, telif hakkıyla ilgili görüşlerini, tercümeyle de teşmil etmiştir. Oysa fâsit üzerine kıyas edilen şey de fâsittir.



## RED VE TENKİDİN SONUCU

Bu yazımızın sonucunda telif hakkının ancak manevî-malî bir hak olup ticarî değeri bulunduğuna, yani onun hakukî muamele ve sözleşme alanına girdiğine işaret etmekten başka yapılacak bir şey yoktur. Telif hakkı, kanunen ve şer'an geçerli bir haktır. O, insanın özü, şerefi ve fikir hürriyetiyle çok sıkı ilişkisi bulunduğu için, gözetilmeye en çok lââyık olan mal ve haklardandır. Çeşitli İslâmî devirlerde örf de bu hakkı tanımış ve onu intihal (çalma)den korumuştur. Gerçi eski fakihler bu hakkın niteliğini belirtmemişler, fesat ve yasaklar amaçlanmadıkça, menfaat ve nimetlerin mübah oluşuyla yetinerek, onunla ilgili hükümleri istinbat etmişlerdir. Yeni yayım araçlarının ortaya çıkışından önce bu hakkın durumu fazla önem taşımadığı için, onu ele almamakta fakihleri mazur görebiliriz.

Bu hak –bundan sonra– hukukî ve malî bakımlardan eşya ya ve insana bağlı olan menfaatlerden daha aşağı değildir; çünkü o, insanın emeğinin en üstününü teşkil eder Bu hakkın mahiyet ve sınırlarını tanımak için İslâm ülkelerindeki örf ve pozitif yasamaların onun karşısındaki tutumuna bakmak lazımdır. Yasama, şûrâ ilkesine dayandığı ve içtimaî genel yararları gerçekleştirdiği için önem ve kıymetçe örften daha az değildir. Bunun içindir ki, İslâm ülkelerinde kanun koyucular yeni bir nizamlamaya giderken veya yeni kurallar korken, biz bu gerçeği bilmezlikten gelmemeliyiz. Zaruret ve ihtiyaçlarla düzenlenmesi gereken bu gibi olaylarda çağdaş kanun koyucularımız için yasamada bulunmayı İslâm da inkâr etmez. Böylece İslâm yükselme, ilerleme, yetkinlik ve adalet uğrunda çalışma gibi medeniyete götüren sebepleri hazırlar. Allah da, bu sebeblere sarılarak yeryüzünde Kendisinin halifeleri olmamızı emretmiştir. Bütün bunlarda kanun koyucuların İslâmî adalet üzere doğru dürüst olmaları ve bu konudaki yasamanın İslâm adâletinin çizdiği yoldan sapmaması şarttır. Yukarıda her âdil hukukun İslâm hukuku olduğunu kabul eden görüşe işaret etmiştik. Bu görüşün kaynağı, Kur'an Yasayıcı'sının adaletle hükmetmeyi, hikmet ve akla sarılmayı emretmiş olmasıdır. Hikmet ve akla sarılmak, barış, huzur ve yükselme yollarını gerçekleştirmeyi sağlar. İslâm ve müslümanlar bunlara ne kadar muhtaçtırlar! Biz ise yolların ayırımındayız.

Çağımızda fetvâ vermek büyük bir iştir. Eskilerin ileri sürdükleri şartların yanında fetvâ için çağın icaplarına uygun olan yeni yöntemler getirilmezse, eskilerin bu maksatla belirlemiş oldukları ilimlerle diğer hususları tekrar gözden geçirmesek kötü sonuçlarla karşılaşabiliriz.



Fıkhî mirasımızı toptan ve ayrıntılı olarak tekrar gözden geçirmemiz, çağımızın olaylarının ışığında eskileri tenkit etmemiz için ihtiyaç vardır. Böylece İslâm, hukukî muameleler için hiçbir ölçünün bulunmadığı kızıışmış bir çarşıda, eksik değerle pazarlık konusu yapılmasın.

Bu reddiyemi yazarken aşağıdaki gerçeklerden hareket etmek istedim:

1- İyi, kötü, mübah ve yasak olan davranışlarla ilgili sistem ve yönelişlerden her birinin örfte aranması ve kabul edilegelen tarihi araştırma metodlarıyla tesbiti mümkündür. Gerçi İslâm hukuk kitaplarında bunlara işaret edilmediği gibi önem de verilmemiştir.<sup>8</sup> Fıkıh kitaplarında bütün meselelere dokunulmamıştır. Bu kitapların sonradan ortaya çıkacak olan ve o zaman için vukuu düşünilemeyen şeyler iele alması mümkün değildi. Örfün toplumdaki insanî ve içtimai davranışları düzenleyen kuralların kaynağını oluşturması gibi genel ve küllî ilkeleri çıkarmaya elverişli sağlam müracaat yerleri ve birer me haz olmaları bu kitaplar için yeter.

2- Ölçü niteliğindeki genel ilkeleri taklitçi fıkıh mezheplerinden çıkarmak; bütün mezhepleri ihata etmeyi, bunlar arasında karşılaştırmalar yapmayı, onları tahlil ve tenkit süzgecinden geçirmeyi gerektirir; çünkü bu mezheplerin hepsi, genel kuralların kaynakları olup birbirini tamamlar, eski mezheplerden birinin düştüğü yanlış veya hatâyı ve bunlara benzer herhangi bir eksikliği diğeri düzeltilir. Yetkinlik, İslâm hukukunun gayesini teşkil eder. Bu yetkinlik, en iyi şekliyle eski bir çağ'a mahsus değildir; belki o, ortak sebeblere bağlı ve sürekli olarak ileri doğru hareket ve atılım halinde olan halkaların oluşturduğu bir zincirdir.<sup>9</sup>

3- Önceki olaylar arasında benzeri bulunmayan yeni bir olayı İslâm hukukundaki uygun hükmünü istinbat etmek; İslâm hukuk ekollerinden yalnızca birine başvurarak veya sırf o mezheplerin sadece fer'î meselelerine kıyas yapıarak, bu kıyas sebepleri ne kadar uzaklaşırsa uzaklaşırsın ve gerçek illetten ne ölçüde ayrılırsa ayrılırsın, onların akli ilkelerine ve kalıplaşmış yöntemlerine taklit edercesine sarılmak değildir. Aksine, fıkhın hukuk (şer') ile eşanamlı olmadığını düşünmemiz gerekir. İslâm hukuk ekollerinde çağdaş olayların hükümlerini belirlemeye elverişli bir görüş veya fetvâ bulamazsak, bu demek değildir ki hukukun ilkeleri bitti ve kaynakları kurudu; çünkü hukukun felsefesin-

8 Bak. İbn Âbidîn, *Risaletu Neşri'l-Arf fi Binâi Ba'di'l-Ahkâm ale'e-Urf* (Mecmû'atü Resâilü İbn Âbidîn), İstanbul 1325.

9 Bu konuda İmam es-Şârâni'nin *el-Mizan* mukaddimesindeki felsefesine bakınız.



deki genel yönelişlerden ve İslâm hukuk ekollerinin toplamından yararlanarak hüküm çıkarmak imkân dahilindedir. Yani bu durumda tümüyle İslâm hukukuna başvurulur. Zira hukukun dairesi, sınır ve ufuk bakımından fikhî mezheplerin çerçevelerinden daha geniştir. Bu da, yasamada ve çağın önceki zamanlarda benzeri olmayan yeni olaylarına cevap vermede genel esasları ortaya koymak için çeşitli kesin yasama delillerini gözden geçirmeyi gerekli kılar.

Bundan dolayıdır ki biz şu iki esasa uyduk:

a) Menfaatleri manevî mallar olarak kabul edip onlara göre kıyas yapmak ve onlarla hukukî muameleyi genel bir kural olarak benimsemek.

b) Tayin edilmiş olan sınırlar içerisinde akitlerle şartlarda asıl olarak sıhhat ve cevazın esas teşkil ettiğini ileri süren görüşü kabul etmek.

Buna göre yayım akdi, telif, sınaî ve edebî mülkiyet haklarıyla ilgili diğer tasarruflar gibi yeni ortaya çıkan akitlerde, İslâm hukuku bunlar için bir isim ve hüküm zikretmemiştir diye, onların hükümlerini istinbat hususunda durup kalmamız gerekmez; tersine, bu gibi konularda örfün nasıl cereyan ettiğini bilmemiz ve sözleşmenin genel esaslarının ışığı altında onları tahlil etmemiz icabeder; isterse bu tür yeni akitler eski akitlerin çerçevesi içerisine girmesin, tabiat ve mahiyetleri ayrı olduğu için onlara kıyas yapmak da zor olsun. İsimsiz yeni akitleri bilinen isimli akitlere kıyas yapmak, külfetli bir iştir. Bu bir şey ifade ederse, ictihada teşebbüsü değil ancak taklit çerçevesi içerisinde hüküm çıkarmayı ifade eder. Bununla birlikte çağın gerektirdiği ictehad, taklitçi mezheplerin durumlarını bilmekten, onları anlatılan tarzda tahlil ve tenkitten müstağni kılmaz.

Fetvâ vermekle ilgili yöntem ve metodları bu sınırlar içerisinde bırakmamak gerekir; çünkü fetvâcılarının hazırlık metodlarını yenilemek, ictimâî ve beşerî ilimlerin ilkeleriyle bunların sınırlarını genişletmek icabeder. İslâm kamu oyu önderliğini yapan ve onu sağlıklı bir şekilde yönlendiren bu topluluğun hazırlanmasında sözü edilen ilimlerin nazarı itibara alınması gerekir. Bu ilimlerin başında ise sosyoloji ve iktisat ilimleriyle karşılaştırmalı hukuk ilkeleri yer alır. Böylece onlar, yeni bir çağda yaşadıklarını, bu çağın medeniyet ve kültür temellerinin, ictimâî ve iktisadî şartlarının fikhî mezheplerin doğup geliştiği çağlardan farklı olduğunu idrak ettikleri gibi, çağın olaylarını da derinden ve yeteri kadar tam olarak kavrarlar. Çağın olayları hakkındaki fetvâları havada kalmaz; çağdaş medeniyetin gölgesinde ortaya çıkan ictimâî -beşerî



meselelerin boyutlarını ve bu medeniyetin gösterdiği sür'atli değişmeyi, getirdiği bir takım problemlerle kapsadığı bir kısım ihtimalleri tasavvurda kısa görüşlü olmazlar. İslâmiyet ve müslüman halklar, öyle bir yol ayırımındadırlar ki artık taklitçi fıkhıta bilgi sahibi olduğunu iddia eden, araştırma, tahlil ve tenkit metodlarını ve çok ciddi meseleleriyle sabah-akşam karşı karşıya geldiğimiz içtimâî ve iktisadî hayatın boyutlarını bilmeyen her şahsa fetvâ verme işini teslim etmemek gerekir. İşin acıklı yanı, elle tutulur ve gözle görülür, aslâ bilmezlikten gelinemez olan içtimâî fenomenlerin üzerinde düşünmeye çağıran bir çağda, hayalî şeylere ve çağın hayalci sosyalizm fikirlerine, hayale, mistik ve Eflatuncu ideallere yapışmamızdır. Evet, ahlâkî idealler, hiçbir şekilde hayalî düşüncelerle eşanlamlı değildirler. İslâm da gerçek ve akıl dinidir; in sanlar arası ilişkileri kesmeye, içtimâî hayatın yüklerini omuzlamadan kaçınmaya çağıran bir mistisizm dîni değildir

Görüşlerinde çelişkilere düştüğü için bu sayın fetvâcîdan genellikle ayrıldıysam da, kendisi gibi, ben de iyi niyetle çaba harcadıktan sonra ulaştığım görüşleri burada arz ettim. Bütün bunlarla birlikte onun idealist ahlâkî düşünce tarzını, müelîfin adının korunmasıyla diğer hususlardaki isabetli görüşlerini takdir etmekteyim.

Allah'tan iyi niyeti ve fetvâsından dolayı kendisini mükâfaatlandırmasını, onu ve beni, *Hedyu'l-İslam Dergisi* yazı heyetiyle birlikte bütün müslümanları yarlıgamasını dilerim; O, işitir ve cevap verir.

İşte benim içime doğan görüş budur. Allah daha iyisini bilir.



حق التأليف في القوانين الوضعية المعاصرة

و في نظر الشرع الاسلامى

رد و نقد لفتوى حديثة افق بها احد المعاصرين بقلم الدكتور

صلاح الدين عبداللطيف الناهى الاستاذ المتمرس بجامعة بغداد

— كلمة تمهيدية —

السيد رئيس تحرير مجلة هدى الاسلام الاردنية المحترم

و بعد فقد اطلعت في العددين الخامس و السادس من المجلد ٢٣ من مجلتكم الغراء ( ص ١١ — ١٧ ) على فتوى الدكتور احمد الحجى الكردى من جامعة دمشق ، في صدد حكم حقوق التأليف والنشر و التوزيع و الترجمة ، على ضوء الشرع الاسلامى في عصرنا هذا ، و قد اصدر الدكتور الفاضل فتواه هذه جوابا على سؤال ورده من احدى كبريات دور النشر و التوزيع ، عن واقعة الفتوى ، و عملا بفضيلة التواضع الاسلامية و ادب الافتاء ، فقد طلب هذا المفتى الى كل من وجد مأخذاً فيما ذهب اليه ان يكتب اليه ، كما ان لجنة تحرير مجلتكم رجت قراءها موافاتها بما يعن لهم عند مطالعة هذه الفتوى ، و عملا بواجب خدمة الشريعة الاسلامية و العدل الاسلامى الذى تذوقت محاسنه منذ ان انصرفت الى تحقيق بعض متون الفقه الاسلامى ككتاب روضة القضاة للسمنانى و عيون المسائل لابي الليث السمرقندى و استعراض تراثه الفقهى و فلسفته حين عهد الى بتدريس مادة خاصة بذلك في جامعة المستنصرية في بغداد منذ سنوات خلت فصنفت كتاب نصوص قانونية و شرعية و غيره ثم واصلت البحث و التمحيص في نظام القضاة الاسلامى ،



فتسنى لى بذلك تلمس محاسن الشريعة و انطلاقها من معايير العدل و الحسنى ، بالنظر لذلك فقد رأيت ان الواجب يقضى على بان اسهم فى الرد على هذه الفتوى و نقدها ، ردا و نقدا موضوعيا محايدا مهذب الالفاظ و العبارات ، بعيدا عن مساوى المناظرة التى اوجزها القداما' بوجود تجنب الغضب و العجب و الشغب (١)

و حيث ان مدبج هذه الفتوى لم يمهد لها بتمهيد مناسب عن مفهوم حق التأليف و طبيعته و مداه و الضمانات التى تتكفل برعاية حرمة و القيود التى ترد عليه فتوفق بين المصلحة الفردية و العائلية للمؤلف و بين المصالح الاجتماعية و الانسانية . و حيث ان فتواه عند التمحيص تدل على تجاهل هذه العناصر و الامور او الجهل بها و الغفلة عنها لقله احاطته بذلك فى عصر التخصص فقد رأيت ان امهد للرد على فتواه و نقدها بكلمة موجزة عن حقوق التأليف يعقبا التمهيد لهذا الحق فى اطار التاريخ الاسلامى ابتداء من عصر الرسالة الى ظهور قوانين حقوق التأليف الحديثة :

ان حقوق التأليف من الحقوق المالية المعنوية التى اصبحت جزءا من عناصر الذمة المالية (٢) و دخلت حلبة التعامل فى القرون الاخيرة ، و قد اعترفت الشرائع الغربية بهذه الحقوق ، و بادرت الدولة العثمانية الى قبول هذه الحقوق و الاعتراف بها باقتباس احكام القانون الفرنسى الخاص بهذه الحقوق و ان تأخر ادخال المطبعة الى البلاد العثمانية عن المطابع الاخرى التى باشرت الطباعة بالارمنية و اليونانية و العبرية حيث بادرت الأقليات الارمنية و اليهودية الى ادخال الطباعة بلغاتها قبل مبادرة الاتراك و بصدر القانون العثمانى المذكور و سريانه على جميع ولاياتها عرفت احكام حق التأليف فى الاقطار العربية التى انسلخت من الدولة العثمانية ، و لقد بقى ذلك القانون مرعبا حتى حل محله فى بعض



هذه الاقطار قوانين جديدة افضل منه صياغة واحاطة فقد تضمنت تنظيما شاملا لحق التأليف و المؤلف من مختلف الوجوه محاولة لتنظيم حركة التأليف و طرق حماية حق المؤلف .

ان من الملكيات التي جدت منذ عصور النهضة الفكرية و الصناعية في الغرب الاوروبي و الامريكى ملكيتان هما :

١ - الملكية الادبية

٢ - الملكية الصناعية

فالاولى تتضمن الحق في ملكية مبتكرات الفكر الادبية و الفنية (نسبة للفنون و الصناعات الجميلة) التي تحمل مسحة من شخصية المؤلفين من مبتكرين و مبدعين و اساليبهم التعبيرية على حد تعبير المادة الاولى من قانون آثار الفكر و الصناعة التركي لسنة ١٩٥١ .

اما الثانية فتتضمن الحق في المخترعات و المكتشفات الصناعية و التقنية و العلامات الفارقة الخ فينصرف مصطلح الحقوق الفكرية في الفقه التركي المعاصر الى معنيين :

١ - معنى عام يشمل الملكيتين المذكورتين

٢ - و معنى خاص يقتصر على الملكية الادبية التي تتضمن حق التأليف ، و آثار مختلف الفنون و الصناعات الجميلة (٣) و يطلق على الحقوق الفكرية بالمعنى الخاص مصطلح حق المؤلف (التأليف).

و سنقتصر على ايضاح هذا الحق بمعناه الخاص بايجاز بالاشارة الى طبيعته و مفهومه و بعض القيود التي ترد عليه و مداه .

ان حقوق المؤلف في أثره عبارة عن ضرب من الملكية الحديثة هي الملكية الأدبية - كما قلنا - وهي بطبيعتها ملكية غير مادية ، بمعنى انها ضرب من



الملكية المعنوية المنقولة ؛ فهي منقولة لأن من المتصور نقلها من مكان الى آخر كسائر المنقولات و هي معنوية اذ ليس لها خصائص المنقول الهادى الذى يمكن ادراكه باحدى الحواس فان ادراكنا لها انها يتم بالتصور الفكرى المجرد عن الملموسات و المحسوسات الجزئية .

فالملكية الادبية ملكية تصورية ، معنوية و لكن لها وجودا حقيقيا لكونها قابلة للانتفاع بها و تقويمها بالنقود و التعامل بها بمختلف ضروب المعاملات المدنية و التجارية ، اى انها منافع تقبل هذه الامور كمنافع الانسان و الاشياء الهادية القابلة للايجار ، و الحق فى الانتفاع بحقوق التأليف للمؤلف لنفسه وحده فى الاصل ، نظرا لكونها من ثمرات فكره و جهده و من صميم الفكر و تحمل سمات شخصية المؤلف بوجه من الوجوه ، فهى منه صميم الصميم ، و للمؤلف التنازل عن الحق فى الانتفاع بها لغيره بعوض او بدون عوض بعقد النشر او غيره ، و لكن هذا العقد لا يشبه البيع العادى ، لان ملكية المبيع فى البيوع المدنية و التجارية تنتقل للمشتري بعوض فلا يبقى للبائع حق فى المبيع بعد انتقال الملكية ، اما المؤلف فان صلته بالاثـر لاتنقطع بالتنازل عنه لغيره بعوض او بغير عوض لان صلته الشخصية به و طابعه الشخصى لايقبل التنازل بحال و لذا كان التنازل عن استغلال الاثر او استثماره بالطرق الصناعية و التجارية متعلقا بمنفعة الاثر فحسب ، و مشروطا بشرط المحافظة على اصل الحق اى الاثر الأم الذى يبقى مستقلا عن الاثر المصنوع و المطبوع ، و يحتفظ بنسبته للمؤلف (رب الأثر) و يتمتع بالحماية و الصيانة من الهدر و الانتحال و التشويه و مختلف ضروب الغصب و التقليد و السرقة خلافا لملكية الاشياء الهادية التى تنتقل بالعقود الناقلة



للملكية انتقالا كاملا من المتنازل عنها للمتنازل اليه دون ان يتخلف عنها للمالك القديم حق من الحقوق في رقبته او الانتفاع بها او المحافظة على شكلها نظرا لانقطاع الصلة بين الال المنقول وبين شخصية مالكة القديم (٤)

وينصرف مصطلح حق المؤلف الى جميع الحقوق المتصلة بالفكر الانساني، وملكة الابداع الفكرية، سواء تعلقت هذه الحقوق بالتأليف و الكتابة العلمية و الفنية و الترجمة و سائر الحركات و الايقاعات الجميلة من موسيقية و مسرحية و ما الى ذلك اى بمختلف ضروب الابداع و الانتاج الفكرى و الاضافات التى تحمل مسحة المبدع و الكاتب و الرسام و النحات الخ ... ولكن هذه الحقوق ليست بمؤبدة كحق الملكية الهادية لأنها تنقضى بعد وفاة المؤلف بمدة معينة تنتقل فيها لورثته فاذا حل اجل انقضا هذه الحقوق بالاجل المضروب بنص القانون سقط حق الورثة فيها وأصبحت من عداد الخيرات التى يباح الانتفاع بها دون حصر ذلك باحد .

وتمتاز جميع هذه الثمرات الفكرية المعنوية بصلتها الوثقى بشخصية رب الاثر المبدع المبتكر، و طابعه الفكرى و التعبيرى الخاص لأنها ثمرة العقل الطبيعى و المكتسب، فان للاكتساب و التدرب دورهما اثرا لا يخفى فى انما ملكات العقل. ولذا وجب التفرقة بين الاثر الأم الذى يحمل طابع المؤلف و يتصل بصميم شخصيته و تصوره و فكره و بين النسخة الصناعية المستخرجة منه بمختلف اساليب الصناعة و النشر، اذ لشترى النسخة المطبوعة مثلا ان ينتفع بها كيف شاء دون ان يكون له انتحال اسم كاتبها او التصرف بارائه و تشويهها و طبع الكتاب باسمه، او باسم مؤلفه مع تحريف عباراته و التصرف فى ارائه، تصرفا يسيء الى سمعة المؤلف، لأن النسخة الخطية او المطبوعة تعد ملكا لمن يفتنيها بعوض او بدون عوض، اما الاثر الام فملك المؤلف، و التنازل عن الانتفاع بالاثر و استثماره بالتجارة و الصناعة لا يعنى سوى



التنازل عن الحق في ذلك الاستغلال والاستثمار بالطرق الصناعية والتجارية دون التنازل عن الأثر الام الذي يمكن تشبيهه بحق الرقبة في الاموال العادية ان صح هذا التشبيه .

ويختلف الفقه في تقدير المسحة الشخصية التي تصل الاثر بالمؤلف باختلاف معيار هذه الصلة فان من هذه المعايير ما يضيق هذه الصلة فيشترط في جهد المؤلف وعمله ان يكون خلاقا مبدعا ، ومنها ما يوسع نطاقها فيكتفى بان يرتب على الجهد المبذول بعض الاضافات التي تحمل خصائص شخصية المؤلف و اسلوبه في التعبير و النظر الفكري (٥) .

ذلك هو حق التأليف على وجه الاجمال و الاجاز ، وتلك هي ابعاده وطبيعته ومداه في نظر المعاهدات الدولية و القوانين المنظمة له على الصعيدين الدولي و القومي ، في مختلف القوانين التي نظمت احكامه ، ولا سبيل الى موازنة احكامه بمبادئ الفقه الاسلامي العامة و معاييره التعاقدية دون ادراك لهذا القسط الادنى من حقائق هذه الحقوق و طبيعتها و مداها ، فان صب الافكار و التصورات القانونية الجديدة التي يسفر عنها التطور الحضاري و الثقافي و اراءها في قوالب الصياغة القديمة عمل عقيم و تعسفي لا سبيل للتسليم به ، وانما العبرة في موازنة امثال هذه الافكار و المبادئ الجديدة و تقدير مشروعيتها باهداف الشرع و مثله اى باستعراضها على ضوء المبادئ العامة لهذا الشرع واهدافه ؛ و فلسفته ، و مقاصده ، اذ لا يتيسر تقدير شرعية ما يستجد من النظم القانونية بدون اصطناع هذا الاسلوب الذي يسلم به العقل ؛ دون التعسف في اخضاعها للقوالب الصياغية الفقهية القديمة كتصور الحنفية للمنافع و اعتبارها اعراضا لا تقبل التعامل في الاصل ، فقد توصل المجتهدون قديما الى تلك القوالب على ضوء حضارة عصرهم و مدى ما كانوا عليه من تقدم فكري و ثقافي و فلسفي و اختلفوا في ذلك اختلافا كبيرا يصل احيانا من النقيض الى



النقيض ، فلم يلزمنا في عصرنا عند اجراء الموازنة المذكورة و تقدير شرعية النظم الجديدة سوى ما اسفرت عنه تلك الجهود من كشف عن المبادئ الاساسية في الشرع الاسلامي و المقاصد العالية منه مع استعراض القوالب الصياغية القديمة بحذر و تحليل نقدي دقيق على ضوء الحقائق و النوازل الجديدة التي لم يكن للقدماء معرفة بها ولا سبيل لهم لتصورها .

تلك هي حقوق التأليف على وجه الاجمال و تلك هي ابعادها و اهدافها التي جمعت بين رعاية حقوق جديدة بالرعاية ، لها طابعها الفردي و الاجتماعي ، و لم يكن يساور احدا شك في كون هذه الحقوق حقوقا مالية ، و انها من جملة الاموال المتقومة .

و قد اطلعني بعض اساتذة كلية الالهييات في جامعة انقره على فتوى نشرتها مجلة هدى الاسلام التي تصدر في الاردن و نشرت ترجمتها في مجلة نسل التركية في عددها الذي اعلنت فيه هذه المجلة (٦) تواريتها عن عالم الصحافة و اثارها عالم الغيبة .

بناء على رغبة هؤلاء الزملاء الاصدقاء فقد قرأت الفتوى المذكورة فوجدتها تستحق الرد و النقد ، و مما شجعتني على الاضطلاع بذلك رغبتهم في نشر ترجمة هذا الرد المقترح في مجلة كليتهم ، فلم يسعني سوى الاستجابة لهذه الرغبة . فقد وجدت تلك الفتوى بعيدة عن الصواب جملة و تفصيلا ، و ان يذل مدبجها جهدا مشكوراً في تدبيجها و تفريع فروعها بعبارات يدل صدق لهجتها على حسن النية و الاخلاص .

و سيكون تعليقي على هذه الفتوى موجزا اقتصر فيه على ما يناسب هذا الموضوع الخطير الذي تتعرض له حقوق جدت في ظل التقدم العلمي المعاصر ، منذ ظهور الطباعة و بزوغ عصور النهضة الفكرية الحديثة و تجلى عصر



حقوق الانسان الى يومنا هذا ، وهى حقوق جليلة القدر عظيمة الشأن ، لان تقدمنا الحضارى يتوقف على جهود هذه الفئة من المفكرين و المؤلفين و العلماء و ارباب الفنون و الصناعات الجميلة و التطبيقية ، و قد قدر اسلافنا المؤلفين حق قدرهم و تلقوا بالقبول و الاستحسان اجازة الادباء و الشعراء بالجوائز السنية منذ عصر الرسالة فقد رويت لنا اخبار اجازة النبي (ص) بعض الشعراء و القاء برده الشريفة عليهم استحسانا لشعرهم ، و جرى الخلفاء و السلاطين على تقدير الكتاب و المفكرين و المؤلفين و حمايتهم ، و منحهم الجوائز السنية على ما صنفوه و نظموه و اقترح اولئك السلاطين عليهم تصنيفه من الكتب ، و تلقى العالم الاسلامى ذلك بالقبول و الاستحسان لابلتنكير ، فاستقر بذلك عرف اسلامى مفاده تقدير جهود المؤلفين و المفكرين ، و اعتبار ما يمنحه هؤلاء من الجوائز من الكسب الحلال ، و لم ينكروا عليهم تقبل تلك الجوائز ، و مما يؤيد ذلك العرف ان تقاليدنا العربية و الاسلامية تستنكر انتحال اراء الغير و افكارهم و تصانيفهم ، و لكنها لا تنكر حق النقد و الاضافة و الرد ، و لذا فان شعوبنا العربية و الاسلامية تلقت القوانين العصرية التى صدرت من المشرعين المعاصرين فى مختلف الدول العربية و الاسلامية بالقبول ، و لم تكن تلك القوانين موضع اعتراض او تدمير لانها عادلة ، و لان كل شرع عادل فهو شرع الاسلام ، كما ذهب الى ذلك كبار الفقهاء ، و لا غرو فى كل ذلك فان حقوق التأليف و الابداع الفكرى و الملكية الفكرية و الصناعية فى مختلف مجالات العلوم و الفنون و الاداب حقوق خطيرة الشأن يتوقف على توفيرها و الاعتراف بها تقدم الفكر و العلم تطور الحضارة و التقدم العلمى و الفكرى و الصناعى و الفنون التطبيقية (التكنولوجية) فهذه الحقوق بذلك من اهم اسباب التقدم الحضارى و الرقى و من اهم الغايات التى حرص الاسلام على ان يضطلع بها الانسان من حيث هو خليفة الله تعالى



على الارض ، كما صرح بذلك الراغب الاصفهاني في كتاب ” الذريعة في مكارم الشريعة“ وغيره ولذا وجدنا ان حقوق التأليف تنطلق من الحقائق الآتية :

١ — ان العرف العربى و الاسلامى قدر هذه الحقوق حق قدرها ، و اقر الاجازة عليها و التعويض عنها ، ولكنه لم يقيد ذلك بشكل من الاشكال لان الصناعة لم تكن معروفة و اساليب النشر كانت محدودة المجال ، و لو كانت هذه الحقوق مجردة خاوية لا تصلح محلا للتبادل و الكسب الحلال لا نتفاء صفة المالية و الملكية عنها لعدت الاجازة عليها و التعويض عنها عبثاً يستوجب النكير ، عملاً بمبدأ الامر بالمعروف و النهى عن المنكر ، و عدت قبول تلك الجوائز من قبيل الكسب الحرام ، و لكن تتبع تقاليدنا العربية و الاسلامية يسفر عن شرعية العرف المذكور الذى يرجع فى منطلقه الى السنة النبوية ، كما ان هذه الحقوق ضرب من منافع الانسان التى تتجسم فى صورة افكار و ثمرات علمية و صناعية لما يبذل فيها من جهد فكرى و عمل بدنى — و الاول غالب و اجدر بالصيانة و التقدير — فتقبل بذلك التقدير بالنقد و التعويض ، شأنها فى ذلك شان كل جهد و عمل انسانى غير محظور ، و معلوم ان المنافع على وجه الاجمال و فى رأى الراجح تقبل التقدير بالنقد و التعامل انطلاقاً من اصل عام فى نظر فريق من الفقهاء او على سبيل الاستحسان خلافاً للقياس فى نظر فريق آخر لانه فى هذا الصدد مرجوح .

٢ — ان اكثر الدول الاسلامية تلقت حقوق التأليف على اختلاف صورها بالرعاية و كفلت لها الحرمة الواجبة و الصيانة من غصب الناشرين لها بدون عوض دون استنكار من الرعية و الفقهاء لهذه التشريعات العصرية و فى ذلك اقرار ضمني بعدالة هذه التشريعات ، و تسليم بعرف اجمعت البشرية عليه و اجماع البشرية على امر دليل على الانطلاق فيه من مبادئ العدل الذى فطر العقل البشرى على التعلق به و هذا ما يفسر لنا تعلق الفقهاء بالاشارة الى ما اجمعت عليه الشرائع كالنظام القضائى و نظام الدعوى ، و قول بعض المذاهب بان شرع



من قبلنا شرع لنا ، و اقرار علماء الاصول و فلاسفة الشرع الاسلامى بان فى وسع العقل ادراك المبادئ العقلية الاساسية فى التشريع لامكانه التفرقة بين الحسن و القبيح (٧) .

٣- ان احترام حقوق التأليف و حمايتها من الغصب و الاستغلال بدون عوض يعد فى عرفنا و فى جميع العوائل و الانماط الشرعية المعاصرة فى الشرق و الغرب من الأمور البديهية ، لان ثمرة التأليف من الحقوق و الاموال المعنوية التى يمكن تقديرها بالنقود و التعامل بها ، و ليس فى التعامل بها ما ينافى العدل ، او ما يمكن اعتباره حججاً للعلم عن طلابه ، و ضمناً به على الراغبين فيه . ولذا وجدنا أن الشرائع المعاصرة سواء فى الدول الرأسمالية الديمقراطية ام فى الدول الاشتراكية و الشيوعية مجمعة على احترام حقوق التأليف و الملكية الصناعية اختلاف هذه الدول فى فروع الاحكام الخاصة بذلك و فى مفاهيم الملكية ، فان هذه الحقوق لا تنطوى على التغيرير و استغلال الانسان لأخيه الانسان بل تنطوى على تمكين مبتكرى الافكار و الآراء و العلوم و الفنون من استثمار ملكاتهم العقلية الطبيعية و المكتسبة ، و استخراج الخيرات المعنوية منها ، و كون هذه الثمرات قابلة للتقدير بالنقد و المبادلة حماية لحقوق اصحابها المشروعة من الهدر ، و من تسلط دور النشر و الانتاج الصناعى عليها بغير عوض يعود على مبتكرها تسلطاً لا يعدو كونه كسباً غير مشروع واثراً بدون سبب على حساب الغير ، و الكسب دون سبب محظور حظراً باتاً فى الشرع الاسلامى الذى يصدر فى هذا المضمار عن مبدأ عام كما او وضحت ذلك فى كتابى الموسوم بالكسب دون سبب و الفضالة .

و الحاصل فان حماية حقوق التأليف قصد به و وضع حد لغصب حقوق مالية معنوية خطيرة الشأن و مكافحة ضروب مختلفة من الاستغلال البشع لجهود المؤلفين و المفكرين و الكتاب و سائر ارباب الصناعات الفنية و المبتكرات



العلمية والفكرية والادبية والصناعية و التصدى للكسب دون سبب عملا بمبدأ سد الذرائع، و انطلاقا من وجوب حرمة الانسان وكل ما يمت للانسان بسبب من مال وفكر فان اهدار هذه الحقوق لا يحقق نفعا عاما وانما يحقق مصالح دور النشر و هي مصالح رأسمالية انانية لان هدف هذه المؤسسات بالدرجة الاولى هو كسب الاموال الطائلة فوجب ان يكون هذا الكسب مشروعاً حلالاً بتعويض ازباب هذه الحقوق التي تستغلها هذه المؤسسات ولا شأن لها في ابداعها و ايجادها. و ينبغى لهذا التعويض ان يشمل كلا من اباحة التعاقد على هذه الحقوق باعتبارها من الامول المعنوية الداخلة في اطار التعامل المباح الصحيح و من اعتبارها اموالاً واجبة الحرمة وجوبا تخضع معه لضمان التعويض عن الفعل الضار لدخولها في عموم مبدأ حرمة الاموال و الاعراض و الابشار الذي اعلنه الرسول(ص) في حجة الوداع.

و الظاهر ان هذه الحقائق و التمهيدات خفيت على هذا المفتي الفاضل فقد تجاهل وجود العرف المشار اليه و هذه المسلمات الاجتماعية و التاريخية و العرفية و الفلسفية، و غلبت عليه تطلعات اخرى هي ادنى الى ما يصح ان نسبمه بالاشتراكية الصوفية او الطوباوية او الخيالية ولا ادل على ما نقول من قوله :

١- ,, ان العلم عند علماء السلف الصالح عبادة و ليس صناعة او تجارة،، (ص ١٢ عمود ١) الى اخر ذلك من الحجج التي استند اليها و أيدها ببعض الاحاديث الشريفة كقول النبي(ص) ,, من كتم علما يعلمه الجحيم يوم القيامة باجمام من نار،،.

وقد اضاف المفتي الى ذلك قوله تعقيباً على هذا الحديث ان العجلوني نفلا عن المقاصد اشار الى ان هذا الوعيد ,, يشمل حبس الكتاب عن مطالعها للانتفاع بها،، (ص ١٢ عمود ٢) و قد فاتته ان هذا القول لا يصدق على



المؤلفين فان حضر المؤلفين نشر كتبهم باية وسيلة من وسائل النشر لقاء عوض لايعنى قصدهم الى حبس افكارهم عن الناس ، بل العكس هو الصحيح فان النشر فى عصرنا الحاضر هو الوسيلة المألوفة الى نشر الافكار واذاعتها على الناس بأيسر الوسائل بعرضها عليهم بأثمان مناسبة بحيث يتمكن القادرون على شرائها من ذلك وللعاجزين عن ذلك مراجعة المكتبات العامة الرسمية والوقفية للقراءة والاطلاع على ذخائر الفنون والعلوم مجاناً. والحاصل فان المؤلف لاهم له فى الحقيقة سوى اذاعة فضله وفكره وعلمه على قومه ، فاستحق بذلك التقدير وحماية حقوقه واثاره الفكرية من الغصب والاستغلال ، لان تلك الافكار جزء عزيز من كيانه الفكرى وكرامته التى تستحق الحماية والتوقير عن تلاعب دور النشر بها والاستيلاء على ثمراتها بدون عوض ، والانسان حريص بطبعه على امرين: على عرضه وشرفه من جهة وعلى افكاره ورائته من جهة اخرى لان جميع هذه الامور ترجع الى كيانه المعنوى وكرامته فكانت بذلك من اعز الاشياء عليه لانها اخلد على الدهر من كيانه المادى واستحقت الصيانة والتعويض عن الاضرار بها ولئن لم يعن الفقهاء قديماً عناية تامة بالتعويض عن الضرر الأدبى فانهم لم يجمعوا على نفى ذلك ولاتعدو هذه الامور ان تكون مما يختلف شأنه باختلاف العصور وتغير العرف .

٢ — ومن قوله ،، والقول الحق ان على العالم ان ينصرف لعلمه تحصيلاً وتدريساً وتأليفاً دون مقابل ، وعلى الامة بعد ذلك ان تكفى هذا العالم امور معيشته كما كان الحال فى السلف الصالح الخ ،، (ص ١٢ عمود ٢) .

وحيث انى اخالف مديح هذه الفتوى الفاضل فى هذه المقدمات التى ينطلق فيها من مثل عليا فى الاخلاق تستحق التقدير وان لم يكن لها دخل فى الموضوع ، واخلاله ايضا فى الاحكام التفصيلية التى اقام عليها حق المؤلف



بعد ذلك ، و استند في مخالفتي الى ما تبين لي من الاتجاهات العامة للشرع الاسلامي ، و من الاتجاهات الخاصة لفروع فقه هذه الشريعة التي حرصت على حماية الانسان في بدنه و جهده و بشرته و افكاره ، و من طبيعة حق التأليف الذي يرتد الى اهم جزء من الكيان البشري الى فكره و عقله و شخصيته الادبية ، فقد رأيت ان اعلق على هذه الفتوى بقدر الوسع ردا و نقدا و تعليقا موضوعيا في مصطلح العصر و عادلا في مصطلح الفكر الاسلامي .

— مناقشة الحجج التمهيدية و الرد عليها —

— الحججة الاولى —

و سأبدأ بالحجتين اللتين وردتا في تمهيد لفتواه و مجمل اولاهما ان العلم عبادة ، و انه لذلك لا يجوز ان يعامل معاملة الصناعة و التجارة ، و الجواب على ذلك ان المؤلف لا يقصد بما يصنعه و يكتبه و يبتكره و يبدعه و يستخرجه من ذخائر افكاره و عبقریات العلم و الفن التي يسهم في حقولها بما يكتبه من كتب و مقالات و سائر اثار الفنون كتم العلم ، لان العالم و المفكر و الكاتب الفنان ميال بحكم السليقة و الانسياق الطبيعي الى اعلان كل ذلك و بثه و نشره ، و من ثم مست حاجة الاجتماع البشري الى تقدير هذه الحقيقة بتوفير امرين و توكيدهما :

١ — توفير اسباب حرية الفكر و التعبير عن الافكار و الاراء و صيانة هذه الحريات من المصادرة و الاضطهاد و الكبت و الاضرار بها .

٢ — الاعتراف لارباب الفكر و العلم و الفن بحقوقهم في ثمرة افكارهم و عقولهم و عواطفهم و عبقرياتهم فان هذه الثمرة هي اسمى جانب من عمل الانسان ، و الاسلام يقدر العمل فلا يرى للعلم كبير فضل بدون عمل .



كما ان المؤلف و الكاتب و الفنان لا يقصدون التجارة بأثارهم الفكرية و العلمية و الفنية عند التحليل الدقيق لمفهوم التجارة الذى اطبقت عليه الشرائع الوضعية المعاصرة و الفكر الفقهي الاسلامي ، و انما يقصدون بذلك نشر العلم على الناس كافة و تمكينهم كافة من الاطلاع عليه و الاستمتاع به و الاستفادة منه دون ما ضرورة ماسة للتضحية بحقوق هؤلاء المنتجين في تعويضهم عما يبذلونه من جهود شاقة يستغرق الاستعداد لها معظم سنوات العمر ، و حرمانهم منها بسطو دور النشر سطوا استغلاليا ، بما يتوفر لديها من رؤوس اموال تجعل منها الطرف القوي المتحكم في مصير الآثار الفكرية و العلمية و املاً شروطها المجحفة الجامعة بمختلف ضروب الشطط على المؤلفين المستضعفين الذين تحملهم الحاجة الى تقبل تلك الشروط و الخضوع لأساليب الاستغلال و التفرير و الغبن الفاحش في الدول الرأسمالية ، و لمختلف ضروب تحكم دور النشر العامة و الرقابة الرسمية المزمته في الدول الاشتراكية و الشيوعية التي لا هم للقائمين على دور النشر فيها سوى الترويج لمن بيدهم مقاليد السلطة ، و التقرب اليهم بهارج التملق على حساب الفكر الحر مهما شاب تلك الاساليب الدليلة من تضليل للرأى العام و تزييف للمصالح الاجتماعية و المنافع العامة .

ولا يصدق على عرض المؤلف اثره لناشر اى معيار مسلم مجمع عليه من معايير التجارة في مختلف الانماط الشرعية ، و منها النمط الاسلامي ، لان المؤلف لا يقصد المضاربة على اثره ، و المضاربة هي اول معيار مسلم مجمع عليه من معايير العمل التجارى ، سواء في قوانين التجارة الوضعية المعاصرة ام في الشريعة الاسلامية ، فالمضاربة في هذين النمطين من الشرائع الوضعية المعاصرة منها و الاسلامية هي اكتساب مال بعوض بقصد بيعه بعوض ، و المؤلف لا يشتري من غيره افكاره بعوض ليعرضها للبيع و المبادلة بعوض رغبة في التماس الفرق بين اثمان المبادلتين و الحصول على كسب من جراء التعامل بالتجارة



بافكاره ، فان عمله بطبيعته عمل مدنى شبيه بعمل الصياد اذ يجمع كلا من المؤلف و الصياد انه يعمد الى ما فى الطبيعة من خيرات ليجتنى ما فيها من ثمرات بجهده و عمله بقصد بيعه و اكتساب معاشه ، و كل ذلك مباح فى مختلف الشرائع الوضعية و السهاوية ، و بعبارة اخرى فان المؤلف حين يعرض اثره على الناشرين او يقوم بطبعه و عرضه للبيع انما يعمد الى ما منحه الله تعالى من فكر و ذكاء طبيعى و مكتسب فيستخرج منه عيون الفكر و الادب من خزائن السليقة و الطبيعة الانسانية التى من الله تعالى بها عليه ، فيودع ذلك فى صفحات كتاب او مقالة او رسم ذلك على الورق او يجسم افكاره فى حجر او معدن ، و يعرض ذلك على من يتعهد بالنشر و التوزيع شأن المؤلفين و المفكرين و الفنانين فى ذلك شأن الصيادين الذين يعمدون الى المباح من حيوان البر و البحر و شجر الغابات و نبت البرارى يصيد ما يقدرون على صيده و احتطاب ما يقدرون على احتطابه لتملكه بمجرد القيام بذلك الفعل ، و عرضه للبيع دون ان يقال ان عمل هؤلاء محظور فقد احل الله الصيد و احلته مختلف الشرائع انطلاقا من اعتبار المنافع و الخيرات مباحة بشرط عدم ارتكاب الفساد فى الارض و عمل المؤلف اجدر بالحرمة من عمل الصيادين ، و لأن الصيادين يستولون على ما فى الطبيعة من خيرات مباحة دون ان ينفى احدهم فى الاستعداد لذلك العمل شرح شبابه و كهولته و شيخوخته فى كد و عناء ، و تحصيل طويل ليل نهار فان المؤلف يستخرج من فكره ثمرة افكاره التى ينفى فى تحصيلها العمر و الطاقة البدنية التى لا تعوض ، و لاهم له فى ذلك سوى التزود بالمعرفة استعداداً لنشر افكاره و اذاعة حقائق العلم و المعرفة على الناس لتنتفع بها الجماعات و الافراد مع التعرض للنقد و عبوس الايام و سوء تقدير السلطة احيانا و عمله انبل قصدا من عمل الصيادين و ابعد عن الاستغلال البشع من عمل معظم الناشرين ، وهو لا يبتغى من وراء ذلك تجارة ، و لكنه يبتغى صيانة مجهوده و عمله من تسلط دور النشر بالاساليب



الاستغلالية البشعة البغيضة التي اشرنا اليها وعم فسادها في الدول الرأسمالية والاشتراكية على السواء وان اختلفت الاساليب والغايات والبلاء واحد .

اما قول مفتي هذه الفتوى ان على المؤلف ان يقلد السلف في القاء دروسه على الطلبة ولا يمنعمهم من كتابة المذكرات بما يمليه عليهم من دروس ، فان اساتذة الجامعات في عصرنا لا يحولون بين الطلبة وبين ذلك ، فهم والسلف الصالح في هذا المضمار سواء ، وقصد الطرفين التبرع بنشر المعرفة ، ثم لا ضير عليهم بعد ذلك في تصنيف كتاب للقرا او كتابة بحث فرد او مقالة للنشر لقاء عوض ، فان في هذا العمل تعميم افكارهم على اوسع نطاق لقاء حقوقهم في بيع ثمرات الفكر للناشرين وغيرهم من الجهات التي تتولى الاتفاق على تشجيع حركة الفكر والعلم ، فقد تطورت الاعراف المعاصرة فاصبح حق التأليف بمعناه الشامل لمختلف ثمرات الفكر من الحقوق الهالية التي لا خلاف في كونها تقدر بالنقود وتصلح محلا للتبادل بالبيع والشراء وغيره من العقود . اجل ان هذا التطور لم يكن متصورا قبل عصر الطباعة ولكنه من الامور المحتملة في بعض الثقافات الراقية كالثقافة الاسلامية التي تنطلق من قوله تعالى ، ، ولا تبخسوا الناس اشياءهم ، ، و انكار الحق في ابتغاء العوض عن استغلال حق التأليف في مثل عصرنا الحاضر والمدنية السائدة من قبيل بخس الناس اشياءهم ، و انكار حقهم في الانتفاع بجهودهم الفكرية التي لا تقل شرفا واهمية ونفقا عن جهودهم البدنية بل تسمو على ذلك سمو بالغا ، وقد سبق ان اشرنا الى ما جرت به عادة المسلمين من اعتبار ما يكتسبه المؤلفون من جوائز وهبات وسائر انواع البذل من قبيل الكسب الحلال ، ايا كان تكييف امثال هذه العقود وسواء كانت من قبيل التبرع ام من قبيل التعهد بجعل لمن يعد بتأليف كتاب او بحث و ينجز وعده الخ . فان الفقه الاسلامي يصدر في الراجح الغالب عن التسليم بالوفاء بالعقود



و الشروط و ان تحفظت بعض المذاهب في صدد الاصل في العقود و هل هو الاباحة ام الحظر على نحو ما ورد تفصيله في بعض فتاوى الامام ابن تيمية (الفتاوى الكبرى) في مضمار الاصل في العقود و الشروط، و حاصل ما انتهينا اليه ان الشرع الاسلامي و التقاليد الاسلامية تسلم بالحق في استحقاق العوض عما يبذله المؤلفون من جهود، و ما يسطرونه على الورق من الافكار و الآراء، و هذا العوض لم يتقاضوه ثمنا للورق و الخبر و الجلد كما فهم المقتى و لكن تقاضوه تكريما للجهود العلمية و الفكرية و اقراراً بالفضل، و تقديراً لمنافع الفكر التي لا تقل اهمية عن سائر منافع الاشياء المباحة التي جرى العمل و النظر على اعتبارها محلاً للتعاقد. و ما أقر به العرف في مختلف العصور الاسلامية في هذا الصدد اصبح من الامور البديهية و المتصورة في عصرنا هذا، و ان اختلف الفقهاء قديماً في منافع الاموال و هل تعتبر اموالاً تقبل التعامل ام لا تعتبر، فانشطر الفقه الاسلامي الى فريقين فريق يمثله الحنفية و قد ذهب الى اعتبار المنافع اعراضاً تفي كلها و جدت فلم يستغ الاجارة لانها وردت في ظنهم على خلاف القياس، و هو تصوير لا يمكن التسليم به اذا ما علمنا انه يستند في التعليل الى فلسفة الجوهر و العرض، و ليس من شأن امثال هذه التصورات الفلسفية ان تصلح اساساً للاستنباط الفقهي العملي في شؤون الحياة العملية، اما الفريق الآخر — و يمثله الشافعية و غيرهم — فقد ادركوا ادراكاً اذق ان المنافع اموال — و ان تكن معنوية، و انها لذلك تقبل التعامل و العقود الواردة عليها عقود قياسية، و قد رجح القانون المدني العراقي هذا الاتجاه.

فالمؤلف حين يعرض كتابه على ناشر لا يقصد بذلك بيع الورق و الخبر و الجلد الذي تضمن افكاره كما خيل لمديج الفتوى، و انما يقصد عرض المنافع الفكرية المعنوية التي يتضمنها الكتاب فان له على تلك الافكار



حقاً مالياً معنوياً يقبل التقدير بالنقد والتعامل والمبادلة دون ان يمكن نسبة الغبن او التغيرير الى المؤلف .

### — الحججة الثانية —

اما الحججة الثانية من حجج التمهيد التي تقدم بها مدبج الفتوى فهي — كما قلت — حجة طوباوية لا يمكن تحققها في مجتمع معاصر من المجتمعات الرأسمالية او الاشتراكية والشيوعية ، لانها تفترض مجتمعا قد وفر للمؤلفين والعلماء والمخترعين والفنانين جميع امور المعيشة ، ومختلف الضروريات والحاجات وتكفل بما يدفع هموم الحياة الهادية من اخطار الشيوخوخة والمرض والعجز عن الكسب والعمل ، ونحن لا ننازع في ان مجتمعا خياليا مثل هذا المجتمع مما حلمت به الاشتراكية الخيالية في الغرب قبل عصر الاشتراكية العلمية، وحلم به الصوفية في العصور الاسلامية حين ذهبوا الى اعتبار اموال الاخوان مباحة للجميع لا يستبد بها احدهم على اخوانه ، ولو امكن ان تقوم على الارض مثل هذه الاشتراكية الخيالية الصوفية لوجب الغاء معظم القوانين والشرائع القائمة ، واتباع مبادئ الفضيلة والتجرد لعدم مساس الحاجة الى تنظيم رسمي وتوجيهه للسلوك تحت طائلة العقاب وسهر المحاكم ورجال الامن ولاستغنى الناس بالتعاون على البر والتقوى والاخلاص في اتباع امثال هذه الفضائل الرفيعة واباحة الخيرات لجميع افراد المجتمع دون اختصاص احد بمال او منفعة حيث يكون على كل فرد انتاج ما يحسن انتاجه والانتفاع بما يكفيه امور معيشته في زهد وتقشف لم يشهده غير الصوامع والتكايا التي عاشت عالة على صدقات المحسنين و آثرت قطع العلائق بالكتلة الاجتماعية اثارا لا يقره الاسلام الذي حضر الرهينة على المسلمين ، و الى ان يتحقق مثل هذا المجتمع الخيالي على نحو لاثوبه الانانية فاننا نقتصر على بيان حقوق المؤلفين في المحافظة على حقوق التأليف



التى هي ثمرة منحة الهية اودعها الخالق في عقولهم وجعل لهم الانتفاع بها على نحو ما ذكرناه ، وقياسا على الانتفاع بالصيد بطريق الاولوية .

و نكتفى بهذا الرد على الحججتين التمهيديتين مع تقديرنا للمثل الاخلاقية التى تعلق بها كاتب الفتوى الفاضل ، و ننتقل بعد ذلك الى التفصيلات التى سردها في فتواه المذكورة في صدد حقوق المؤلف .

— مناقشة التفصيلات —

— الحالة الاولى —

لقد ذهب المفتى الفاضل الى ان عرض المؤلف كتابه على ناشر بعد الانتهاء منه و اعداده مخطوطا يعد في نظره بيعا فما هو مقصوده من هذا البيع .

ان بيع حق التأليف في نظر الفكر القانوني الوضعي المعاصر معناه التنازل عن الحق في طبع الاثر و نشره لناشر ، فالبيع و ارد على استثمار مال معنوي بعقد من عقود المبادلة يرد على ما قلناه من حقوق مالية معنوية وليس ببيع الورق و الحبر و الجلد . . . اما المفتى الفاضل فقد صور المسألة تصويرا بعيدا عن هذا المعنى المألوف و المفهوم الذي يذهب اليه الفكر المعاصر فخيّل اليه ان محل هذا العقد هو مجموع « الورق و الحبر و الجلد » وهو تصوير بعيد عما ذكرناه مما اجمعت عليه قوانين حق التأليف المعاصرة ، و في تصوير المفتى لحق التأليف تجاهل لطبيعة حق المؤلف او جهل بذلك و لطبيعة عقد النشر نفسه فانه ليس بعقد بيع ، و بذلك يتهاوت جميع ما بناه على هذا التكييف الغالط من احكام تفصيلية .

و مرد تكييفه هذا هو عدم تسليمه بكون الانتفاع بافكار المؤلف هو انتفاع بمال معنوي يقبل التقدير بالنقد و يصلح للتعامل و مختلف عقود المبادلات الالية .



و بديهى ان المفتى الفاضل لم يصب كبد الحقيقة فى تكييف الواقعة المستفتى عنها فلا غرو اذا لم يوفق الى الجواب الصحيح و تبدو فداحة التكييف المذكور اذا افترضنا ان الورق الذى خط عليه الكتاب و الخبر الذى كتب به و الجلد الذى يجمع اوراقه كان مملوكا للمشتري الناشر او من الاموال الموقوفة لهذا الغرض ففى هذه الحالة ينبغى و فقا لتكييفه المذكور ان لا يستحق المؤلف بدلاً لان ما عرضه على الناشر للبيع مملوك للناشر سلفاً او من الاموال الموقوفة على وجوه الخير و لان المؤلف لم يتكلف من عناء سوى كتابة اثره على ذلك الورق فلا يستحق على ذلك غير الاجر المتفق عليه ان كان عقد الاجارة صحيحاً و غير اجر المثل ان كان فاسداً حسب معايير نظرية العقد فى الصحة و الفساد فى المذهب الحنفى ، فلو كان بدل الكتاب و فقا لاحكام حق التأليف فى القوانين الوضعية يساوى خمسمائة الف ليرة مثلاً فان قيمته و فقا لتكييف الفتوى آنفة الذكر لا تتجاوز قيمة الورق و الجلد و الخبر او الاجرة التى يستحقها المؤلف حسب الاحوال و الامثلة المذكورة و قد لا يزيد ذلك على عشرات الليرات ، مع ان المؤلف فى جميع هذه الاحوال و بما انفق السنوات الطويلة فى تصنيف كتابه و انقطع للبحث و التمحيص خلال تلك المدة انقطاعاً حرمه من فرص كسب العيش حتى اذا استولى الناشر على كتابه بمثل هذا الثمن البخس من الليرات المعدودة حقق ربما تجاوز الملايين من الليرات فتأمل البون البالغ بين ثمن البيع او اجرة العمل و بين ارباح الناشر .

و لانقف المفارقات عند هذا الحد فقد رتب المفتى على تكييفه لعقد نشر الكتاب ان المؤلف اذا اشترط على الناشر ان يبقى حق النشر للمرة الثانية للمؤلف كان هذا الشرط فى نظر المفتى فاسداً مفسداً لعقد البيع عند الحنفية الخ ( ١٤ عمود ٢ ) .



و بداهة فان هذه النتيجة جهل فيها المفتى مرة اخرى طبيعة حق التأليف  
 فظن ان الاتفاق على طبع كتاب للمرة الاولى يتضمن سقوط حق المؤلف في  
 اثره بعد الطبعة الاولى ، و بداهة فان هذه النتيجة مردها تكييفه الغالب لعقد  
 النشر على اساس من كونه عقد بيع ، و ان محل هذا البيع هو مخطوطة لا  
 قيمة فيها لغير الورق و الحبر و الجلد ، و لاشأن لاستغلال افكار المؤلف في  
 هذه الصنفقة و في هذا التصور قياس ضمنى على حالة العقود الربوية بالمعادن  
 الثمينة او بامثالها مما نص الفقهاء على وقوعه بدون نظر لما في احد البدلين  
 من صنعة مع ان القياس على قاعدة الذهب بالذهب الخ الحديث محل خلاف  
 بين الفقهاء ، و اهدار الصنعة الفنية المذكورة مما لم يستقر في العرف الذى جرى  
 على خلاف ذلك فقدر للصنعة قيمتها لانها تضيف الى منافع الشئ ما لم يكن  
 فيه قبلها و لان الصانع يتقاضى عليها اجرا ، و المشتري سينتفع بها بدون بدل  
 ان لم يحسب لها حساب . و هذا التصوير الغالب معناه ان الشرط المذكور  
 فاسد مفسد لعقد البيع المزعوم لانه شرط بدون مقابل و لأن فيه منفعة لاحد  
 العاقدين يستبد بها دون مقابل ، و كل ذلك تصوير غلط في حقيقة الامر .  
 فان عقد النشر ليس بعقد بيع ، و انما هو عقد من العقود غير المسماة في  
 مصطلح القوانين المدنية المعاصرة اى عقد من العقود التى لم يرد لها في الشريعة  
 الاسلامية و لا القوانين المدنية المعاصرة اسم و لا احكام خاصة فتخضع بذلك  
 للقواعد العامة في نظرية العقد في القوانين المدنية و الاحكام العامة في التعاقد  
 في الشرع الاسلامى و قد سبقت الاشارة الى ان الاصل في التعاقد في الشرع  
 الاسلامى اباحة التعاقد و الوفاء بالعقود و الشروط سواء ورد بذلك اسم خاص ،  
 و حكم خاص ام لم يرد ، و ان هذا المبدأ هو الرأى الراجح المستفاد من مجموعة  
 الآيات القرآنية و الاحاديث النبوية الجملة التى تأمر بالوفاء بالعقود ما لم تحل  
 حراما او تحرم حلالا و قد سبقت الاشارة الى فتاوى الامام ابن تيمية في الاصل  
 في العقود و الشروط و قلنا ان هذا هو الرأى الراجح على ما بينه هذا الفقيه



الكبير وما يدل عليه استقراء المذاهب الاسلامية والحكم كذلك في القوانين المدنية المعاصرة فان الاصل حرية التعاقد والتشارط في حدود النظام العام والاحكام القانونية الآمرة والاداب

وتبدو فداحة التكيف الذى ذهب اليه المفتى في صدد عقد النشر في قوله بصريح العبارة ان الشرط المذكور ,, مناقض لمقتضى العقد ، اذ مقتضى العقد امتلاك الناشر للكتاب ,, (ص ١٤ عمود ٢) اى للمخطوطة من حيث هى مجموعة ورق و حبر و جلد فحسب ولاشأن فيها للافكار ولا لجهد المؤلف في الاستنباط و الابداع . وهكذا رُتب هذا المفتى على فتواه هذه سائر ما اعقب قوله هذا من نتائج لا يمكن التسليم بها ، معلوم لدينا جميعا ان ما بنى على الفاسد والباطل فاسد و باطل ما لم تتداركه اسباب الصحة لسبب خارج عن اسباب الفساد و البطلان اذ من المتصور ان يتجاور في العقد الواحد اسباب الصحة و الفساد و البطلان فيكون صحيحا في شق باطلا في آخر و يقبل التجزئة فيستقل كل شق بالحكم و الاثر .

و لو سلم كاتب هذه الفتوى بأن المؤلف انما يبادل الناشر الحق في استغلال مجموعة من افكاره يتضمنها مصنفه فيجعل له الحق في استغلال تلك الافكار بالنشر و التوزيع بالجملة و المفرد ، لقاء بدل معين لادرك الفرق بين عقدى البيع و النشر ، فان عقد البيع معناه انتقال ملكية المبيع الى المشتري لقاء البدل المتفق عليه و انقطاع حق البائع في الشئ محل البيع ، نظرا لكون عقد البيع ناقلا للملكية اما عقد النشر فلا يترتب عليه التنازل المؤبد عن حق التأليف للناشر اذ ليس للناشر سوى تملك حق نشر الكتاب و ليس له سوى الحق في استغلال الكتاب بالطبع و النشر دون ان يكون له السيطرة على افكار المؤلف و آرائه او التصرف في عباراته وما الى ذلك من منهج البحث و اسلوبه ، اذ يبقى جميع ذلك ملكا للمؤلف و يبقى له الحق في الطباعات الاخرى في تنقيح



الكتاب على اى نحوشا ، لان افكاره لا تباع ولا توهب و انما هى جز من ذمته المعنوية يتصرف فيه كما يقدر و تجب حمايته من كل تجاوز، سوا كان المتجاوز على افكاره و عباراته ناشرا ام كان من الاغيار الذين لا يربطهم بالمؤلف عقد نشر. و لو ادرك المفتى احكام عقد النشر و طبيعة حق التأليف فى القوانين المعاصرة لما ارتكب فى تكييفه عقد النشر هذا الشطط فى التصور و اقحام مفاهيم جديدة على عقد النشر لا يسلم بها فى اى قانون و ضعى منظم لعقد النشر، و لما اضطر الى بناء ما بناه على تصويره الغالط لعقد النشر على اساس من بيع مجموعة من الورق و الحبر و الجلد لا قيمة لما كتب فيها من افكار و آراء ، و لسلم بأن محل هذه المبادلة مال معنوى يقبل التبادل شأنه فى ذلك شأن منفعة العين المؤجرة و الجهد الذى يتعهد الاجير ببذله باعتبار ان تلك المنافع اموال ، و ان المقصود بالاثر هو مجموع ما يتضمنه الكتاب من افكار المؤلف و آرائه و ليس المقصود بذلك الاوراق و الجلد و الحبر ، لان هذه المجموعة الهادية من الاوراق ان هى الا الوعاء الذى يحفظ به المؤلف آراءه و يودعها فيه ، و ليس المقصود بعقد النشر بيع هذا الوعاء الهادى فانه مقصود بالبيع تبعا و شأنه فى ذلك شأن بيع ظرف البضاعة المعبأة فى ظرف فان صح قياس هذه المنافع المستجدة على منافع الاموال بجامع من اعتبارها جميعا اموالا معنوية كان التصرف بها جائزا و فقا لما ذكرناه من الرأى الراجح فى التعامل بالمنافع .

#### — الحالة الثانية —

هذا عن الحالة الاولى من احوال عقد النشر، اما عن الحالة الثانية التى استعرض المفتى حكمها فهى التى ” يعرض فيها المؤلف نفسه على ناشر قبل البد“ باعداد الكتاب ثم يقوم بعد التعاقد معه على نشره باعداد الكتاب و فقا لطلب الناشر و شروطه ” و قد ارتكب المفتى فى تصوير هذه الحالة غلطا آخر،



بتكليفها على انها ضرب من اجارة العمل يكون فيها المؤلف اجيرا و الناشر مستأجرا ” فيسرى عليهما ما يسرى على الاجير و المستأجر من الاحكام عامة ” (ص ١٤ عمود ٢).

و قد ارتكب المقتى في هذا التصوير غلطا آخر حال دون ادراكه طبيعة عمل المؤلف حين يعد بتصنيف كتاب او مقال او القيام ببحث ، فان المؤلف في هذا المثال لا يمكن اعتباره اجيرا لان الاجير في اغلب الصور يقوم ببذل مجهود بدنى ، اما المؤلف ففي تعهده هذا لا يقصد بذل مجهود بدنى، اذ الغالب على تعهده العمل الفكرى اما المجهود البدنى فتابع لذلك ، و الاجير يضع نفسه في المدة المحدودة للعمل تحت ارشاد المستأجر و توجيهه و او امره فيقوم بما يطلب اليه من الاعمال المتفق عليها ، و يكف عن العمل حين يطلب اليه ذلك، اما المؤلف فلا سيطرة للناشر عليه خلال المدة التى تعهد فيها باعداد الكتاب او المقالة و بذلك يكون عمل المؤلف الذى يعد بتأليف كتاب او مقالة او اى عمل آخر من اعمال الفكر و البحث العلمى و الفنى عملا ينفذ على سبيل استقلال المتعهد به فى التنفيذ ولا يخضع لعقد الاجارة ولا يعدو ان يكون و عدا ببذل مجهود عقلى، و تحقيق غاية معينة ممكنة التحقيق ، و يكون تعهد الناشر بمثابة جعل ، و الجعالة معروفة فى اكثر مذاهب الفقه الاسلامى كالمذهب الشافعى و مع ذلك فلسنا بحاجة الى التماس قياس و عد المؤلف على عقد او تصرف قولى آخر من العقود و التصرفات القولية المعروفة فى المذاهب الاسلامية ، لأن القاعدة الغالبة فى الشرع الاسلامى - كما اشرنا - تصدر عن ان الاصل فى العقود و الشروط الصحة و الجواز ما لم يصطدم العقد بنص يحظره او يتضمن شروطا يحرمها الشرع ، و لانص فى الشرع الاسلامى يحظر تقاضى العوض على السماح باستغلال مجهود عقلى او فكرى، كما اننا وجدنا العرف الاسلامى قد سلم بذلك فجاز قبض الجوائز و الوعد بها و ما الى ذلك من انواع



البدل لقاء العمل الفكرى و الفنى ما لم يكن ذلك العمل محظورا كالتعهد بتصنيف كتاب فى الافتراء على الرسول (ص) و العياد بالله.

— الحالة الثالثة —

و هذه الحالة حالة طبع المؤلف كتابه على نفقته و ايداع النسخ لدى موزع للبيع (ص ١٥ عمود ١) و قد كيف المقتى هذه الحالة على اساس من الاجارة ايضا، و رتب عليها وجوب تحديد العمل المستأجر عليها نوعا و كما و صفة، و بيان الاجرة، و ان لا تكون هذه الاجرة نسبة شائعة من الربح للجهالة، و اشار بعد ذلك الى مذهب الامام مالك معللاً كل ذلك بالغرر. و قد فات المقتى ان هذه الحالة تدخل فى باب التوكيل بالبيع و التوكيل فى البيع جائز فى الشرع الاسلامى و محل الوكالة ههنا هو بيع النسخ المطبوعة بالثمن المحدد لكل نسخة سوا اقام الوكيل بالبيع باسم موكله ام باسم نفسه، فان جميع ذلك جائز فى المذهب الحنفى مثلاً، فلم اقتصر على الاشارة الى المذهب المالكي؟

— الحالة الرابعة —

و هى حالة طبع المؤلف الكتاب على نفقته مع قيامه بنشره بنفسه دون ان يستأجر على ذلك احداً — كما يقول المقتى الفاضل — (ص ١٥ عمود ١) و قد تساءل فى هذا الصدد عن طبيعة حق المؤلف و مصيره، و هل ان هذا الحق معترف به و مصون شرعاً — على حد تعبيره — فلا يجوز الاعتداء عليه ام انه هدر مهدر؟

تلك هى الاسئلة التى اثارها المقتى فى هذا الصدد و اخر اثارها الى هذه الحالة، و كان من حقها ان تنصدر فتواه ليجاب عليها بعد ذلك، فان هذه



الاسئلة تتعلق بطبيعة حق التأليف نفسه و شرعيته على حد تعبيره المذكور ،  
ففى تأخير هذه الاسئلة تأخير لقضية اساسية يتوقف عليها تكييف الواقعة وسائر  
الاجوبة و ينبغى فحصها فى بادئ الامر .

و اما جوابه على هذه الاسئلة فلا يعدو سلب حق التأليف كل ما يستحقه  
من رعاية و حماية ، و اخراجه من دائرة التعامل بجعله مالا غير متقوم ، و تلك  
هى الطامة الكبرى التى حكم بها على هذا الحق ، و عبارة هذا المفتى هى  
بالحرف الواحد ان حق التأليف فى نظره ” اكثر ما يقال فيه انه حق مجرد ،  
و الحقوق المجردة عند الحنفية — على ما رجحه — لا تقوم بمال ، ولا يجوز  
بيعها او التنازل عنها بمال مستقلة ، مثله (اى حق التأليف) مثل حق الشفعة  
(ص ١٥ عمود ٢) .

ولا ادرى ما وجه الشبه بين الشفعة التى تقوم على اعتبارات الجوار الاجتماعية  
و بين حق التأليف !؟ ان البون بين هذين النظامين شاسع واسع يصدق عليه  
قول الشاعر :

ايها المنكح الثريا سهيلا      عمرك الله كيف يلتقيان  
هى شامية اذا ما استقلت      و سهيل اذا استقل بمان

فالشفعة — و هى اخت الثريا — ليست بحق اصلا ، و انما هى رخصة لا  
تثبت للشريك او الجار قبل المبادرة اليها و التمسك بها ، و لذا و صفت عند  
الحنفية بكونها حقا مجردا من المالية اذ لا يتصور تنازل الشفيع عن رخصة  
الشفعة قبل استعمالها او عنها بعد المبادرة اليها بعوض او بغير ذلك من وجوه  
التنازل للغير : اما حق التأليف — وهو اخ سهيل ولو بالرضاعة — فحق  
مالى كما تبين لنا فيما سلف فكيف يصح النكاح بين حقين مختلفين فى الطبيعة  
مثل هذا الاختلاف الذى يصل الى حد التباين فى العناصر التى تعد من المميزات



الفاصلة بين الاجناس، ان هذا النكاح مستحيل كما ترى كاستحالة النكاح بين الانس و الجن، و بين الانسان و الحيوان. ان للقياس اصولا معتبرة في كتب الاصول و إلا وجه للقياس في هذا المضمار بوجه من الوجوه، و حيث قد ثبت استحالة ما ذهب اليه هذا المفتى من قياس فقد سقط كل ما بناه على اعتباره حق التأليف من الحقوق المجردة من المالية باستثناء ما ذكره من وجوب احترام نسبة الكتاب الى مؤلفه.

تلك هي الخطوط العامة التي اختطها المفتى فيما ذهب اليه من تصوير حق التأليف و بناء ما ذهب اليه من احكام عليه بعد المقدمتين التمهيديتين و التقسيمات التي ذهب اليها، و قد ورد في فتواه بعد ذلك اجمال لما تقدم و اضافات جانبه الصواب في بعضها على ما ارى و بناء على ما تقدم من تحليل، و سأكتفي بالإشارة الى اهم ما وقع فيه من غلط في هذا الموضوع:

١ — فقد ذهب الى سقوط حق المؤلف في اثره بعد بيعه لناشر و اكد ما ذهب اليه بقوله انه بذلك لا يعد لناشر قبل المؤلف آى حق و قد سبق الرد على ذلك.

٢ — و شبه ذلك بمن اشترى قلما فصنع مثله فارتكب بهذا القياس غلطا آخر بانكار الملكية الصناعية و الحقوق المترتبة عليها و على الاختراع ايضا.

٣ — و ذهب الى ان المؤلف اذا تنازل لناشر عن طبع الكتاب "فلا يهم بعد ذلك ان يتفق المؤلف على نشر نسخ اخرى من كتابه مع ناشر آخر قيل نفاذ الطبعة الاولى". و لا ادري على اى اساس اباح للمؤلف التعرض لناشر في هذه الفترة و حرمانه من الحق في بيع نسخ الكتاب بالطبع و النشر مع ان المتعاقد قد يلزم بعدم التعرض للطرف الآخر و بضمان الاستحقاق في العقود التي تتمخض عن نقل حق او منفعة، خلال مدة الانتفاع المشروع بتلك العين او المنفعة و كل



ذلك سواء في عقد البيع ام الايجار وفي الفقه الاسلامى والقوانين المدنية الوضعية.  
 ٤ — وعمم ما ذهب اليه في صدد حق التأليف فجعله شاملا للترجمة وما  
 قيس على الفاسد ففاسد.

— خاتمة الرد والنقد —

ولا يسعنى في خاتمة هذا المطاف سوى الاشارة الى ان حق التأليف حق  
 مالى معنوى متقوم اى داخل في مضمار التعامل و التعاقد عليه، وهو حق مستساغ  
 جائز قانونا و شرعا لانه من اجدر الاموال و الحقوق بالرعاية لصلته الوثقى  
 بجوهر الانسان و كرامته و حريته الفكريتين؛ و قد جرى العرف في مختلف  
 العصور الاسلامية بالاعتراف به و التسليم بالتعويض عنه و صونه من الانتحال،  
 و ان لم يتطرق الفقهاء الاقدمون لهذا الحق بالتكليف و استنباط الاحكام،  
 اكتفا بما هو مقرر فى الشرع الاسلامى من اصل اباحة المنافع و الخيرات،  
 ما لم يقصد بذلك الى ارتكاب الفساد و المحظورات و عذرهم فى عدم التطرق لهذا  
 الحق ضعف شأنه قبل ظهور وسائل النشر الحديثة.

و هذا الحق لا يقل بعد ذلك — شرعية و مالية عن منافع الاشياء و الانسان،  
 لانه من افضل وجوه العمل الانسانى و العبرة فى معرفة طبيعة هذا الحق و مده  
 بما جرى به العرف و التشريع الوضعى فى البلاد الاسلامية فان التشريع لا يقل  
 منزلة و اهمية عن العرف بنا على مبدأ الشورى و العمل بما يحقق المصالح الاجتماعية  
 العامة. و لذا فان علينا حين يتعرض المشرعون فى الدول الاسلامية لتشريع  
 نظام من النظم الحديثة او سن قاعدة او مجموعة من القواعد الجديدة ان لا نتجاهل  
 ذلك، فان الاسلام لا ينكر على مشرعينا المعاصرين التشريع فى مثل هذه  
 الامور التى اسفرت الضرورات و الحاجات الامة عن وجوب تنظيمها و تشريعها



تمهيدا لاسباب الرقى والتقدم ، و محاولة الكمال و العدل و غير ذلك من اسباب التمدن التي امرنا الله تعالى بها بما جعلنا خلفاء على الأرض وكل ذلك بشرط ان يستقيم المشرعون على نهج العدالة و ان لاينحرف التشريع في هذا الصدد عن جادة العدل الاسلامي . وقد سبقت الاشارة الى الرأى القائل بان كل شرع عادل فهو شرع الاسلام ، و مرد هذا الرأى ما امر به مشروع القرآن الكريم من وجوب الحكم بالعدل و التزام الحكمة فان الالتزام بذلك ضمين بان يحقق اسباب السلام و الرقى و الوثام و ما احوج الاسلام و المسلمون الى ذلك و نحن على مفترق الطرق .

ان الافتاء في عصرنا الحاضر عمل خطير و قد يكون و خيم العاقبة ان لم يرسم له اصول جديدة تناسب ظروف العصر ، الى جانب ما شرطه القدماء ، و ان لم نعد النظر فيما رسمه القدماء لذلك من رسوم و علوم و ابعاد ، فقد مست الحاجة الى اعادة النظر في تراثنا الفقهي جملة و تفصيلا ، و استعراض ما تقدم منه على ضوء ما استجد في عصرنا ، لثلايسام الاسلام سوما نجسا في سوق حامية الوطيس لاضابط فيها للتعامل .

و لقد توخيت في ردى الانطلاق من الحقائق الآتية :

١ - ان من النظم و الاتجاهات المتعلقة بالسلوك القويم و المستقيم و المباح و المحظور ما يمكن التماسه في العرف و تحريه باساليب البحث التاريخي المسلم بها ، و ان لم ترد الاشارة اليها و العناية بها في كتب الفقه الاسلامي ، فان كتب الفقه لم تتعرض لكل المسائل ، و ليس في وسعها ان تتعرض لها سيجد ، و لا يتصور توقعه ، و حسبها ان تكون مراجع قيمة و مادة صالحة لاستخلاص المبادئ العامة الكلية ككون العرف مصدرا للقواعد المنظمة للسلوك الانساني الاجتماعي في المجتمع .

٢ - ان استخلاص المبادئ العامة المعيارية من المذاهب الفقهية التقليدية يقتضى الالمام بجميع المذاهب و الموازنة بينها و استعراضها على ضوء التحليل



و النقد باعتبارها جميعا من جملة مصادر القواعد العامة، وكون بعضها يكمل بعضها ويتوفر على تقويم ما وقع فيه غيره من المذاهب السابقة من غلط او خطأ، وما شابه من نقص، فان الكمال بغية الشرع الاسلامي، و الكمال لم يكتب لعصر سابق على لاحق بل هو سلسلة من الحلقات متصلة الاسباب مستمرة الحركة و الاندفاع الى الامام (٧).

٣ — ان استنباط حكم ملائم من احكام الشرع الاسلامي لواقعة جديدة ليس لها نظير فيما سبق من النوازل و الوقائع لا يعني وجوب الرجوع الى كل مذهب من مذاهب الفقه الاسلامي على انفراد او القياس على جزئيات تلك المذاهب فحسب، و التزام مسلما تمم العقلية و اساليبهم في الصياغة التزام تقليد و قياس، مهما بعدت اسباب القياس و شذت عن العلة الحقيقية، بل يعني ان نتذكر ان الفقه ليس مرادفا للشرع، فاذا لم نجد في مذاهب الفقه رأيا او فتوى تصلح لاستنباط احكام النوازل المعاصرة فان ذلك لا يعني ان مبادئ الشرع قد نفذت و نضب معينها لان في الامكان استنباط الاتجاهات العامة من فلسفة الشرع و من مجموع المذاهب الاسلامية اى العودة الى الشرع الاسلامي باسره، لان دائرة الشرع اوسع نطاقا و افقاً من دوائر المذاهب الفقهية، و ذلك ما يقتضى استعراض مختلف ادلة التشريع المسلمة لاستنباط الاسس العامة في التشريع و الاجابة على وقائع العصر التي ليس لها نظير فيما سلف.

ولقد مثلنا لذلك باصلين:

١ — اصل اعتبار المنافع اموالا معنوية و القياس عليها و اعتبار التعامل بها قاعدة عامة .

ب — الاصل القائل بان الصحة و الجواز اصل في العقود و الشروط في الحدود المرسومة لذلك .



و بناءً عليه ان جدت عقود جديدة كعقد النشر و سائر التصرفات الواردة على حقوق التأليف و الملكية الصناعية و الادبية فلا يعنى ذلك وجوب التوقف فى استنباط احكامها بحجة ان الشرع الاسلامى لم يذكر لها اسما و لا حكما ، بل ينبغى معرفة ما جرى به العرف فى هذا الصدد و تحليله على ضوء الاصول العامة فى التعاقد ان لم تدخل هذه الطائفة الجديدة من العقود فى اطار العقود القديمة و لم يتيسر قياسها عليها ، لاختلاف فى الهامية و الطبيعة ، فان قياس ما يجتد من العقود غير المسماة على العقود المسماة المعروفة لا يخلو من التكلف و ان دل على شئ فأنما يدل على محاولة الاستنباط فى اطار التقليد دون محاولة الاجتهاد ، و مع ذلك فان الاجتهاد الذى تمس اليه حاجة العصر لا يعنى عن معرفة اقوال المذاهب التقليدية و تحليلها و نقدها على النحو المذكور.

ولا يقف تحديد مناهج الافتاء و اساليبه عند هذه الحدود اذ ينبغى تجديد مناهج اعداد المفتين و توسيع نطاقها باضافة مبادئ بعض العلوم الاجتماعية الانسانية التى لا يحصى عنها فى اعداد هذه الفئة التى قدر لها قيادة الرأى العام الاسلامى و توجيهه وجهة سليمة و فى مقدمة هذه العلوم : علم الاجتماع و علم الاقتصاد و مبادئ القانون الموازن ، لكى يدرك هوأ أنهم يعيشون فى عصر جديد يختلف فى مقومات حضارته و تمدنه و ظروفه الاجتماعية و الاقتصادية عن ظروف العصور التى نشأت فيها المذاهب الفقهية ، و ترعرعت و يتم لهم ادراك نوازل العصر ادراكا عميقا و افيا ، فلا تهافت فتاواهم فى نوازل العصر و لا يقصر تصورهم لأبعاد معضلات الاجتماع البشرى فى ظل الحضارة المعاصرة و تطورها السريع و ما تحفل به من معضلات ، و تنطوى عليه من احتمالات ، فان الاسلام و الشعوب الاسلامية على مفترق الطرق فما ينبغى تسليم زمام الافتاء لكل من ادعى فى الفقه التقليدى معرفة ، و جهل مناهج البحث و التحليل و النقد و التمهيج و ابعاد الحياة الاجتماعية و الاقتصادية التى تطلعا بمعضلاتها المعقدة



الوخيمة صباح مساء، ومن الخيبة ان نتعلق بالمثل الخيالية وافكار عصر الاشتراكية الخيالية في عصر يدعو لتأمل الظاهرة الاجتماعية من حيث هي واقع ملموس لاسيلا الى تجاهله تعلقا بالخيال والمثل الافلاطونية والصوفية. اجل ان مكارم الاخلاق هدف اسمى تتعلق به جميع الشعوب الراقية ولكن المثل الخلقية ليست مرادفة للمثل الخيالية بحال من الاحوال، والاسلام دين الواقع والعقل وليس بدين التصوف الداعي لقطع العلاقات والتهرب من تحمل اعباء الحياة الاجتماعية.

ولئن اختلفت مع مفتى هذه الفتوى الفاضل في اغلب ما ذهب اليه من التقيض الى التقيض، فانما قصدت بذلك الى عرض وجهة نظر انتهيت اليها بعد بذل الجهد و اخلاص النية كما فعل بدوره، وكل ذلك مع تقديري لوجهة نظره الاخلاقية المثالية ولما ذهب اليه من رأى صائب في حماية اسم المؤلف، وفي غير ذلك من القضايا.

والله ادعو ان يؤجره على فتواه وصدق نيته وان يغفر له ولي ولهيئة تحرير مجلة هدى الاسلام و سائر المسلمين. انه سميع مجيب .

هذا ما خطر لي من رأى والله اعلم .

### الهوامش

(١) وردت الاشارة الى هذه الآداب في كتاب محاضرات الأدباء للراغب الاصفهاني (الطبعة الكاملة و المقتطفات) .

(٢) ان مصطلح الذمة في اللغة العربية و اصول الفقه اوسع نطاقاً من مفهوم "الذمة" في القوانين المدنية المعاصرة، لأن الذمة لغة هي العهد والأمان والحق و الحرمة، و في اصطلاح الفقه و اصوله تشمل الذمة جميع العلاقات والواجبات الايجابية والسلبية التي تتممخض عن الالتزام، سواء في اطار العلاقات المالية بين



الانسان والانسان ، ام فى اطار علاقة الانسان بخالقه كالمين والنذر اللذين يعدان رابطة بين الانسان وبين باريه ، ولذا آثرت تقييم الذمة بمفهومها المدنى بوصف "الهالية".

(٣) كتاب ايلهان اوز تراك الموسوم باثار الفكر والفنون، انقره ١٩٧١، ص ٥-٦.

(٤) ايلهان اوز تراك ، ص ٤.

(٥) ايضا ص ١٦.

(٦) العددان ٤٧-٤٧ (١٩٨٠) ص ٢٦-٢٩.

(٧) الذريعة للراغب الاصفهانى، والحوالد من آراء الراغب الاصفهانى للدكتور صلاح الدين الناهى .

(٨) تراجع رسالة "نشر العرف فى بنا" بعض الاحكام على العرف" فى مجموعة رسائل ابن عابدين (السيد محمد امين افندى) ط. استانبول ١٣٢٥ .

(٩) فلسفة الامام الشعرانى فى مقدمة كتابه الموسوم بالميزان .