

حقوق فناوری اطلاعات: بررسی ماهیت حق امتیاز شیرینگ رپ

مهدی حسن پور^۱

مقدمه

on-line اشتباه گرفت: قراردادهای on-line به

کلیه معاملاتی می گویند که در فضای اینترنت

انجام می شود؛ مشتری با مراجعه به سایت

فروشنده ایجاب فروش کالایی را قبول کرده و

با کارت اعتباری اش پرداخت می کند. به

عبارت دیگر، قراردادهای on-line یک روش

انجام معامله است. همین معامله ممکن است به

صورت شفاهی یا کتبی باشد که دیگر به آن

on-line نمی گویند. با این توضیح روشن شد

که خود قراردادهای انفورماتیک ممکن است

به صورت کتبی و کاغذی یا شفاهی و یا on-

line باشد. زمانی که شما یک مانیتور کامپیوتر

را از مغازه فروش لوازم رایانه ای تهیه می کنید،

قرارداد کتبی می بندید. ولی اگر همین قرارداد

را با مراجعه به سایت فروش لوازم رایانه ای

انجام دهید معامله شما on-line خواهد بود.

با این توضیح سراغ سوال اول می رویم

که ویژگی های که باعث می شوند قراردادهای

انفورماتیک مستقلاً مورد بررسی و تحلیل قرار

بگیرند چیست؟ به نظر اینجانب سه ویژگی در

یکی از شاخه های حقوق فن آوری

اطلاعات (Information technology (IT))

قراردادهای انفورماتیک می باشد. معادل

فرانسوی این واژه Contrat Informatique و

معادل انگلیسی آن Computer Contract

می باشد. به همین جهت است که به این

قراردادها قراردادهای کامپیوتری هم گفته

می شود. قراردادهای انفورماتیک قراردادهایی

هستند بین شرکت نرم افزاری و شرکت مشتری

که موضوع آن خرید و فروش سخت افزار و

نرم افزار، خدمات انفورماتیک شامل خدمات

پشتیبانی، مدیریت امکانات و خدمات اینترنتی

می باشد.

ممکن است این سؤال در ذهن هر

خواننده ای ایجاد شود که چه ویژگی در این

نوع قراردادها باعث شده که به طور اختصاصی

مطرح شوند و مورد بررسی قرار گیرد؟ این

ابهام را این واقعیت تأیید می کند که

قراردادهای انفورماتیک را نباید با قراردادهای

^۱ کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صدق (ع)

افزار شیء است غیر ملموس و غیر مادی که جز به وسایل خاص قابل رؤیت نیست. حق مؤلف بر نرم افزار سیستم سنتی تقسیم حقوق به عینی و دینی یا شخصی را بهم زده و حقی را به وجود آورده که به واقع نه عینی است نه دینی. قراردادهای انفورماتیک انواع مختلفی دارند. در زیر جهت آشنایی خوانندگان برخی از این قراردادها را ذکر می کنیم:

قرارداد تهیه نرم افزار: قراردادی است که با هدف تهیه برنامه های رایانه ای با مؤلف، تولید کننده، توزیع کننده و یا شرکت نرم افزاری بسته می شود. در تهیه نرم افزار باید دقت شود نرم افزار مورد نظر با سخت افزار مربوطه متناسب باشند.

قرارداد تهیه سخت افزار: قراردادی

است که با هدف تهیه تجهیزات سخت افزاری مثل مانیتور، کیس، صفحه کلید با تولید کننده، توزیع کننده یا شرکت نرم افزاری بسته می شود.

قرارداد پشتیبانی: براساس این قرارداد

پشتیبان تعهد می کند تجهیزات خاصی در شرایط مناسبی کار کنند و در صورت بروز اشکال وی آن را تعمیر کند. گاه پشتیبان تعهد می کند برنامه نرم افزاری خاصی را تقویت کند یا گسترش دهد، اشکالها و خطاهای آنرا رفع

این قراردادها وجود دارد که مقتضی بررسی مستقل این قراردادها است. البته، این به معنی رها کردن اصول و قواعد عمومی قراردادها در این خصوص نیست بلکه منظور تخصصی شدن این قراردادها می باشد.

ویژگی اول: کاربرد بالای آن است. ما

در عصر اطلاعات زندگی می کنیم؛ عصری که در آن منابع مادی و انسانی حرف اول را نمی زند بلکه کشوری قدرتمندتر است که اطلاعات بیشتری داشته باشد. بعینه رشد استفاده از رایانه و لوازم رایانه ای را در جامعه می بینیم. رابطه حقوقی که بین مشتری و فروشنده، مشتری و خدمات دهنده در کلیه این موارد برقرار می شود، در چهارچوب قراردادهای انفورماتیک مطرح است.

ویژگی دوم: پیچیدگی این قراردادها

است. از یک طرف، تنظیم کننده قرارداد بایستی آشنایی لازم به نهادها و مفاهیم حقوقی کشور متبوع طرفین داشته باشد و از طرف دیگر بایستی تخصص فنی لازم در مورد سخت افزارها، نرم افزارها و خدمات موضوع معامله داشته باشد.

ویژگی سوم: وجود نرم افزار در این نوع

معاملات به عنوان موضوع معامله است. نرم

دیگری واگذار می‌نماید. این شخص اگر مستقل باشد توزیع کننده نام دارد و اگر وابسته به تولید کننده باشد نماینده پی‌تلقی می‌شود. یکی از قراردادهای انفورماتیک متداول در توزیع نرم‌افزار حق امتیاز شرینگ رپ است که در این مقاله مورد بررسی و تحلیل قرار خواهند گرفت.

۱- معرفی قرارداد حق امتیاز شرینگ رپ

نرم‌افزار به عنوان جزئی از اجزاء رایانه را می‌توان به مجموعه دستوراتی تعریف کرد که به جزء فیزیکی رایانه یعنی سخت‌افزار فرمان می‌دهد. نرم‌افزار به اعتبار انواع رایانه از نظر کوچکی و بزرگی به سه قسم تقسیم می‌شود؛ نرم‌افزار مین فریم (main frame)، نرم‌افزار مینی فریم (mini frame) و نرم‌افزار میکرو رایانه (micro computer)، نرم‌افزارهای مینی و مین فریم در مورد رایانه‌هایی که برای مقاصد خاصی استفاده می‌شود کاربرد دارند. لذا بدیهی است که تولید و فروش آنها در سطح پایینی انجام شود. از همین رو قرارداد تهیه این نوع نرم‌افزارها معمولاً از طریق مذاکره متقابل و چانه‌زنی بر سر مفاد قرارداد تنظیم شده و به

کند و نرم‌افزار را با جدیدترین نسخه آن جایگزین کند.

قرارداد آزمایش (تست): این قرارداد

مشخص می‌نماید سخت‌افزار یا نرم‌افزار خریداری شده باید چه آزمایشاتی را با موفقیت پشت سر بگذارد. اغلب از دو نوع آزمایش استفاده می‌شود: ۱- آزمایش آزمایشگاهی موسوم آنها؛ ۲- آزمایش در محل نصب موسوم به بتا

قرارداد مدیریت امکانات یا

برون‌سازی: بیشتر شرکت‌ها از این قرارداد جهت خلاص شدن از بخش IT شرکت و واگذار کردن وظایف آن به یک شرکت خارجی استفاده می‌کنند.

قرارداد خدمات اینترنتی: خدمات

دهنده بدین وسیله تعهد می‌کند خدماتی از قبیل امکان جستجو، نسخه‌برداری از داده‌های آن لاین، وارد کردن داده به اینترنت، امکان پست الکترونیکی و طراحی سایت را در اختیار مشتری بگذارد.

قرارداد توزیع و بازاریابی: قرارداد

توزیع و بازاریابی قراردادی است که بدان وسیله تولید کننده محصول یا خدمات خاصی فروش و عرضه محصولات خود را به شخص

کند یا امضاء قرارداد را از طریق نمایندگان خود به انجام رساند. بلکه تولید کننده این نرم افزارها را به توزیع کننده ها و خرده فروش ها می فروشند و آنها نیز به نوبه خود با واسطه دیگری یا با کاربر نهایی (end user) وارد معامله می شوند.

برای اینکه کاربر بتواند از نرم افزار بهره برداری کند و در مقابل حقوق پدید آورنده نرم افزار هم حفظ شود، این سیستم توزیع کافی به نظر نمی رسد. علت آن هم روشن است. چون فروش نرم افزار متفاوت از فروش اتومبیل یا اسباب و اثاثیه منزل است. حقی که مالک اتومبیل بر آن دارد حقی است عینی که با فروش اتومبیل به دیگری کلیه حقوق وی من جمله حق مالکیت زایل می شود و به مشتری انتقال می یابد. بالعکس نرم افزار یک اثر فکری است که پدید آورنده آن علاوه بر حق مادی، حق معنوی هم بر آن دارد.^۲ یعنی درست همانطور که نویسنده یک کتاب حق دارد از کتاب خود به عنوان مظهر

امضاء طرفین می رسد. در مقابل نرم افزار میکرو رایانه در رایانه های شخصی یا خانگی (PC) کاربرد دارد. این نرم افزار هم به نوبه خود به دو قسم تقسیم می شود. نرم افزار سفارشی و نرم افزار عمومی، نرم افزار سفارشی (bespoke software یا Customsoftware) نرم افزاری است که به سفارش خریدار توسط نویسنده ساخته می شود و تولید آن در سطح انبوه و گسترده نمی باشد. بدیهی است انتقال این نوع نرم افزار، مثل نرم افزارهای مینی و مین فریم، با قرارداد ویژه ای که حاصل چانه زنی و مذاکره طرفین است انجام می شود. در مقابل نرم افزار عمومی (Pakaged software یا Mass market software) است که در سطح انبوه تولید می شود و مورد نیاز هر کس است که یک دستگاه رایانه شخصی داشته باشد. در این مقاله لغت نرم افزار ناظر بر همین نوع می باشد. این نوع نرم افزارها در دو شکل نرم افزار سیستم عامل (مثل نرم افزار Windows یا Ms-Dos) و نرم افزار کاربردی (Utility) (مثل نرم افزار آنتی ویروس) وجود دارند. به دلیل کثرت فروش این نوع

نرم افزارها و قیمت ارزان آن در مقایسه با سایر نرم افزارها برای تولید کننده به صرفه نیست که با تک تک خریداران قرارداد مستقلی امضاء

^۲ قانونگذار ایران در سال ۱۳۴۸ با تصویب قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مفهوم حق مؤلف را در مورد کلیه آثار فکری من جمله نرم افزار کامپیوتری پذیرفت و در سال ۱۳۷۹ با تصویب قانون حمایت از حقوق پدید آورندگان نرم افزارهای رایانه ای به طور اخص وجود حق مؤلف را برای نویسنده نرم افزار مورد شناسایی قرار داد.

از نظر نحوه انعقاد و میزان اعتبار آنها می‌باشد، در مبحث معرفی سعی شده ضمن معرفی هر سه نوع بر قراردادهای کلیک رپ و بروز رپ تأکید بیشتری شود.

شرینک رپ (Shrink Wrap) در لغت یعنی «در نایلون بسته‌بندی شده». در این قرارداد، امتیاز بهره‌برداری از قبل نگاشته شده و در بسته‌بندی‌هایی که قالب نرم‌افزاری را در خود جای می‌دهند (دیسکت CD-Roms) با اسناد و مدارک احتمالی‌اش ارائه می‌شود. این مجموعه غالباً با اصطلاح انگلیسی Package یعنی بسته مشخص می‌شود.^۳

این مجموعه با یک نایلون پوشیده شده که به طور برجسته روی آن نوشته شده (یا باید نوشته شده باشد) که (مثلاً) باز کردن بسته‌بندی به معنی قبول شروط قرارداد حق امتیاز است.^۴ بنابراین می‌توان قرارداد شرینک رپ را این گونه تعریف کرد که قرارداد حق امتیاز امضاء نشده‌ای است که اظهار می‌دارد قبولی کاربر نسبت به شروط قرارداد با پاره کردن نایلون و باز کردن بسته‌بندی نرم‌افزار یا با استفاده از

شخصیت خود در مقابل انتقادات و اتهامات دفاع کند، نویسنده نرم‌افزار نیز چنین حقی دارد. بنابراین حق نویسنده و مالک نرم‌افزار بر اثر فکری خود یک حق غیرعینی (intangible) است. پس تنها کس که حق استفاده از آنرا دارد خودش است و دیگران تنها زمانی این حق را پیدا می‌کنند که از نویسنده به آنها امتیاز داده شود.

قرارداد حق امتیاز (license) قراردادی است که می‌خواهد حق بهره‌برداری از نرم‌افزار خریداری شده را به مشتری اعطا کند. پس قرارداد حق امتیاز نرم‌افزارهای عمومی قراردادی است بدون امضاء نویسنده به صورت نمونه (standard form) که به خریدار حق بهره‌برداری (use) از نرم‌افزار خریداری شده را اعطاء می‌کند.

قراردادهای معمول از این نوع به سه شکل هستند: قراردادهای حق امتیاز شرینک رپ (Shrink Wrap)، قرارداد حق امتیاز کلیک رپ (Click Wrap) و قرارداد حق امتیاز بروز رپ (Browse Wrap). اگر چه آنچه موضوع این مقاله است قرارداد شرینک رپ می‌باشد ولی از آنجا که این هر سه از یک خانواده‌اند و از نظر محتوا یکسان می‌باشند و تنها تفاوت آنها

^۳- زرکلام، ستار «قراردادهای انفورماتیک چگونه مذاکره و منعقد کنیم»، دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک آبان ۱۳۸۰، ش ۶۲.

^۴- برخی این رویه قبولی را «رویه قبولی بمحض گشودن» ترجمه کرده‌اند: زرکلام، ستار، همان، ش ۶۲.

عبارت دیگر اولی قراردادی off-line است ولی دو تا دیگر on-line هستند و به وسیله اینترنت انجام می‌شوند. لغات کلیک رپ و بروز رپ در حقیقت ابداع دادگاه‌هایی است که این اسامی را از شرینک رپ اقتباس کرده‌اند.^۶ در قرارداد کلیک رپ (Click Wrap) مشتری به صفحه وب فروشنده نرم‌افزار در اینترنت رفته و با پرداخت قیمت به صورت اعتباری آنرا در رایانه شخصی خود دان لود (down load) می‌کند. قرارداد کلیک رپ دو ویژگی دارد: اول آنکه مشتری را موظف می‌کند برای اینکه بتواند نرم‌افزار را به طور کامل نصب کند، ابتدا شروط قرارداد حق لیسانس را بخواند دوم آنکه تکمیل عملیات نصب کامل جز به وسیله کلیک کردن بر دگمه «موافقم» یا «بله» که در ذیل آمده است ممکن نیست.^۷ به عبارت دیگر، در پایان ذکر شرایط قرارداد حق امتیاز عبارتی به این مضمون آمده است: «آیا قرارداد حق امتیاز فوق را قبول می‌کنید؟ اگر چنین است بر روی واژه «بله» و اگر چنین نیست بر روی واژه «خیر» کلیک کنید. عملیات set up

نرم‌افزار یا با روش دیگری اعلام می‌شود. البته آنچه معمول است استفاده از کلمه «باز کردن و پاره کردن» نایلون می‌باشد.

شروط این قرارداد ممکن است همگی از طریق نایلون قابل رؤیت باشند یا نباشند. آنچه در حال حاضر مرسوم است، قسم دوم است. چرا که به علت کثرت شروط قراردادی و اقتضائات تجاری روش اول عملی نیست. در هر حال، با توجه به کلیه منابعی که در نوشتن این مقاله مورد استفاده قرار گرفته‌اند، به نظر می‌رسد تعریفی که در کتاب برخی از نویسندگان^۵ از این نوع قرارداد آمده است، تعریف درستی نباشد و با واقعیت موجود مطابقت ننماید. این کتاب، قرارداد شرینک رپ را به عنوان قرارداد معوض که مطلقاً کلیه شروط آن از طریق نایلون قابل رؤیت می‌باشند تعریف کرده است.

در مقابل قرارداد شرینک رپ دو قرارداد کلیک رپ و بروز رپ قرار دارند وجه تمایز آنها این است که برخلاف قرارداد شرینک رپ، دو تای دیگر در زمره قراردادهای on-line هستند و در قلمرو تجارت الکترونیک (electronic commerce) جای می‌گیرند. به

^۶ - <http://www.lex2k.org/ShrinkWrap/overveiw.PDF>.

^۷ - <http://www.nuslawclub.com/contract>

^۵ - Reed, Chiris; Computer Law, 2nd ed. (London; C.Reed, 1993) p. 57.

قرارداده شده و به مشتری هشدار می دهد که استفاده از آن مشروط به قرارداد حق امتیازی است که، نه بر روی همان صفحه، بلکه بر روی صفحه دیگری قابل رؤیت می باشد و برخلاف قرارداد کلیک رپ این هشدار کاربر را موظف نمی کند قبل از دان لود کردن، نصب کردن یا استفاده کردن دگمه ای را کلیک کند.^{۱۰}

برخی شروط متعارف در قراردادهای حق امتیاز on-line عبارتند از: نحوه قبولی، توصیف خدمات، محدودیت استفاده شخصی و غیرتجاری، اشاره به نرم افزارهای خاصی که در این سایت قابل دسترسی است، اشاره به اسناد خاصی که در این سایت قابل دسترسی است، حساب اعضاء و کلمه رمزها و امنیت آن، ممنوعیت بهره برداری غیر قانونی، بهره برداری از خدمات، اشاره به اقامه دعوی نقض حق مؤلف در صورت تخلف، لینک هایی به سایت های اشخاص ثالث، تأکید بر حق مؤلف و علائم تجاری.^{۱۱}

در نهایت آنچه راجع به این سه نوع قرارداد لازم به ذکر است این مطلب است که این سه از نظر درجه اعتبار یکسان نیستند و به

^{۱۰}- <http://www.lex2k.org> (Ibid).

^{۱۱}- note 6. Supra

تنها در صورتی ادامه می یابد که شما بر روی کلمه «بله» کلیک کنید.^۸

بنابراین می توان قرارداد کلیک رپ را چنین تعریف کرد که «قرارداد حق امتیازی است که درست بعد از نصب نرم افزار به صورت یک صفحه وب به نمایش در می آید و کاربر را ملزم می نماید قبل از استفاده با کلیک بر دگمه «موافقم» رضایت خود را اظهار کند.^۹ در کامن لا به این نوع ابراز رضایت «اظهار رضایت» (to manifest assent) می گویند. قرارداد حق امتیاز بروز رپ (Browse Wrap) هم از نظر محتوا با دو تای قبلی مشابه است و تفاوت آن با قرارداد کلیک رپ آن است که در این نوع قرارداد مشتری مجبور و ملزم نیست برای اینکه بتواند نرم افزار را دانلود و نصب کند حتماً با کلیک بر دگمه ای رضایت خود را اظهار کند. وی می تواند مفاد این قرارداد را از طریق لینکی که در کنار علامت download قرار داده شده مشاهده کند. لغت بروز رپ (Browse Wrap) اشاره به هشدار دارد که روی صفحه وب

^۸- Morgan, Richard; Borden,kit; computer contracts.Sweet&maxwell (London 2001) p. 85.

^۹- <http://www.lex2k.org> (Ibid).

دلایلی که بعداً خواهیم گفت قرارداد کلیک رپ از باقی معتبرتر و قرارداد بروز رپ نسبت به باقی اعتبار کمتری دارد. در قسمت اعتبار قرارداد شرینک رپ بیشتر در این باره سخن خواهیم گفت.

در این مقاله ابتدا فواید و اهداف قرارداد شرینک رپ را ذکر می‌کنیم و سپس به مسأله اعتبار قرارداد شرینک رپ خواهیم پرداخت. قسمت اعتبار مهم‌ترین مبحث در رابطه با این قرارداد هست به طوری که دادگاه‌ها، وکلا و دانشجویان در مواجهه با این مسأله دو گروه شده‌اند. برخی این قرارداد را نافذ و برخی آنرا غیر نافذ و باطل شمرده‌اند. در رابطه با اعتبار این قرارداد اشکالات زیادی به چشم می‌خورد که ما ابتدا این اشکالات را برمی‌شمریم و سپس هر کدام را در قسمت مربوطه مطرح می‌کنیم: چطور قبول مشتری نسبت به مفاد قرارداد حق امتیازی که از آن آگاهی ندارد ممکن است صحیح و تشکیل قراردادی را بدهد؟ طرفین قرارداد شرینک رپ چه کسانی هستند؟ آیا قراردادی با سه نفر متصور است؟ از نظر ماهیت حقوقی آیا یک قرارداد است یا دو قرارداد یکی بیع و یکی حق امتیاز؟ آیا این مسأله که موجب بتواند نحوه قبول را تعیین

کند خلاف قواعد نیست؟ آیا این مسأله که قبول مشتری به اطلاع موجب نمی‌رسد خللی به قاعده لزوم اطلاع موجب از قبول نمی‌زند؟ یکی از ارکان هر عقدی وجود عوض است در حالی که در عقد شرینک رپ اغلب عوضی برای کاربر متصور نیست؟ آیا بر مبنای رعایت تعادل بین متعاملین و با توجه به اینکه شروط عقد همگی بر کاربر تحمیل می‌شود و وی جاره‌ای جز پذیرش یا عدم پذیرش عقد ندارد نباید عقد را باطل دانست؟ زمانی که براساس قانون یک کاربر مجاز می‌تواند بدون نیاز به هر گونه قراردادی از نرم‌افزار خریداری شده استفاده کند دادن اجازه استفاده به وسیله قرارداد چه معنی می‌تواند داشته باشد؟ بعلاوه زمانی که مشتری قانوناً حقوقی را کسب می‌کند آیا سلب کردن این حقوق از وی به وسیله قرارداد مشروع است؟

۲- فواید قرارداد حق امتیاز شرینک

رپ

در بررسی منابع مختلف هر کدام فوایدی برای این قرارداد برمی‌شمارند که ذیلاً آنها را ذکر کرده و تحلیل می‌کنیم.

۱- اعطای امتیاز بهره‌برداری به کاربر

شرکت‌هایی تأسیس شدند که کارشان اجاره نرم‌افزار به کاربرانی بود که ممکن بود به صورت غیر قانونی از آن تکثیر کنند، این نظریه در خصوص برنامه‌های کامپیوتری اصلاح شد. (قانون اصلاحیه اجاره نرم‌افزارهای کامپیوتری مصوب ۱۹۹۰)^{۱۵} براساس این اصلاحیه، نظریه اولین فروش فقط به کتابخانه‌های غیرانتفاعی و مؤسسات آموزشی اجاره می‌دهد که نسخه‌هایی از نرم‌افزار را اجاره دهند. با این حال هنوز خریدار یک برنامه کامپیوتری دارای حق مؤلف می‌تواند آزادانه آنرا مجدداً به دیگری بفروشد.^{۱۶}

۴- وضع شروط جانبی مثل انتخاب قانون حاکم، شرط داوری، دادگاه صالح، شرط سند واحد و...^{۱۷}

۵- تجویز اعمالی که بدون اجازه مؤلف ممکن است قانوناً نقض حق مؤلف به شمار رود مثلاً اجازه داشتن نسخه پشتیبان (back up)

^{۱۵}- Computer software Rental Amendment Act 1990

^{۱۶}-

<http://www.fenwich.com/docstore/publications/Ip/Aricles/Shrink Wrap.pdf>.

^{۱۷}- (entire agreement) شرطی که به موجب آن طرفین توافق می‌کنند قرارداد کتبی تنها سند تراضی طرفین تلقی شود و بر تمام مکاتبات و مذاکرات قبلی حاکم باشد.

۲- تضمین حقوق مالکیت فکری نویسنده نرم‌افزار^{۱۲}
۳- خنثی کردن نظریه اولین فروش (First sale doctrine)
در حقوق مالکیت فکری این نظریه به چشم می‌خورد که حق مؤلف نسبت به همان نسخه اثرش با فروش آن نسخه از اثر خود به خود زایل شده و به انتقال گیرنده یا مشتری به عنوان مالک نسخه فروخته شده انتقال می‌یابد. وی می‌تواند بدون آنکه لازم باشد از فروشنده (مؤلف اجازه بگیرد آزادانه آن نسخه را دوباره بفروشد یا اجاره دهد.

استفاده از قرارداد حق امتیاز این مزیت را دارد که امکان اجتناب از این نظریه را فراهم می‌آورد به نحوی که کاربر نتواند آزادانه نسخه خاص خود را به دیگران انتقال داده و باعث ایراد ضرر و زیان به فروشنده شود یا آنرا به دیگری، که ممکن است به طور غیرقانونی آنرا تکثیر کند، اجاره دهد.^{۱۳} این نظریه در ماده ۱۰۹ قانون حق مؤلف^{۱۴} ایالات متحده آمریکا مصوب ۱۹۷۶ بیان شد. اما از آنجا که

^{۱۲}- <http://www>

4.airnet.ne.jp/sage/data/doc/shrikn.htm.

^{۱۳}- note 7 supra p. 98

^{۱۴}- Copyright Act 1976

- ۶- ایجاد خیار فسخ قرارداد حق امتیاز و توسط به طرق جبران خسارت. البته این اضافه بر طرق و راهکارهایی است که قانون حق مؤلف پیش‌بینی کرده است.
- ۷- معطوف ساختن توجه کاربر به حق مالکیت فکری مؤلف و تأکید بر مقررات مربوطه.
- ۸- قادر ساختن مالک نرم‌افزار به فروش خدمات پشتیبانی خود. این خدمات اغلب برای مدت محدودی رایگان و سپس هزینه‌بر است.^{۱۸}
- ۹- تحمیل محدودیت‌ها و استثنائاتی بر مسئولیت مالک نرم‌افزار: مثلاً نرم‌افزاری که ۲۰۰ دلار بیشتر نمی‌ارزد نمی‌تواند خسارت غیرمستقیم بیش از قیمت خودش بیار آورد. در حقوق انگلستان مسئولیت کالا بر اساس ماده ۷ قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۱۹۸۷^{۱۹} قابل سلب شدن نیست.^{۲۰}
- ۱۰- روشن ساختن ضمانت‌هایی (Warranties) که مالک نرم‌افزار می‌نماید و ضمانت‌هایی که از خود سلب می‌کند. در حقوق انگلستان براساس قانون فروش کالا
- ۱۱- تعهد به رازداری: کاربر موظف است اسرار مربوط به نرم‌افزار را حفظ کند. به نظر می‌رسد این تکلیف در خصوص نرم‌افزارهایی که در سطح گسترده در اختیار عموم قرار می‌گیرد عملی نباشد.^{۲۳}
- ۱۲- محدود کردن روش استفاده از نرم‌افزار: مثلاً کاربر موظف است نرم‌افزار را به مقاصد داخلی استفاده کند نه به قصد خدمات رسانی به دیگر شرکت‌ها. محدودیت دیگری مربوط به کامپیوتر می‌شود به این معنی که کاربر فقط می‌تواند نرم‌افزار را بر روی یک کامپیوتر نصب کند. این محدودیت به شرط «یک نسخه روی یک واحد پردازش

^{۲۱} - Sales of Goods Act 1979

^{۲۲} - Uniform commercial code

^{۲۳} - note 7. Supra p. 98.

^{۱۸} - not 7. Supra p. 9818.

^{۱۹} - Consumer Protection Act 1987

^{۲۰} - note 4 supra p. 58.

کننده مرکزی (سی پی یو) در آن واحد»^{۲۴} معروف است. به نرم افزار دسترس دارند دچار مشکل می شویم.^{۲۵}

این شرط در بیان ساده به این معنی است که همانطور که شما زمانی که یک کتاب می خرید و حق استفاده از آن را پیدا می کنید - نه حق تکثیر آنرا - اگر بخواهید در منزل استفاده کنید با خود به منزل می برید و اگر بخواهید در اداره استفاده کنید با خود با اداره می برید... در مورد نرم افزار - که تکثیر آن ساده تر است هم همینطور است می گویند روی

یک CPU می توانید کپی کنید هر جایی بخواهید استفاده کنید چه منزل چه اداره باید با خود ببرید.

در موردی که نرم افزاری روی یک پایانه (terminal) نصب شده و چند کامپیوتر با یک سرور (server) به هم متصل شده اند سوال شده آیا کاربر کامپیوتری که نرم افزار روی آن نصب نشده می تواند از آن استفاده کند؟ در جواب می گوئیم بله مشروط به اینکه در همان لحظه کاربر دیگری از آن نرم افزار استفاده نکند. البته اگر کسی بگوید در اینجا CPU سرور هم حساب است و در آن واحد دو CPU

براین اساس کاربر می تواند براحتی از نرم افزاری که به طریق مجاز تهیه شده نسخه های دیگری تهیه کند و روی چند CPU نصب کند مشروط بر اینکه به طور همزمان مورد استفاده قرار نگیرند: یعنی در آن واحد بیش از یکی از نسخه ها مورد استفاده قرار نگیرند. با توجه به آمره بودن ماده مذکور به نظر می رسد شرط خلاف آن هم نافذ نباشد. هدف از شرط «یک نسخه روی یک سی پی یو در زمان واحد» تنظیم درآمد تولید کننده و پرداخت مناسب در قبال استفاده از نسخه مذکور می باشد. بدیهی است تنها در زمانی این شرط در قرارداد شریک رپ ضروری است

^{۲۵} - note 11. supra

^{۲۴} - One – copy-on-one-CPU-at-a-time

اجازه بگیرد از نسخه خود استفاده کند. این مسأله از ماده ۷ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای قابل استنباط است.

آنچه در بندهای سه، شش، نه، ده، یازده و دوازده آمده را می‌توان به طور کلی تحت عنوان هدف «محدود کردن حقوق کاربر» جای داد. بیشتر نویسندگان معتقدند که هدف اساسی از قرارداد شریک رپ همین هدف است. بررسی این هدف احتیاج به تحلیل دقیق‌تری دارد اصولاً یکی از استدلالاتی که مخالفین اعتبار این قرارداد بیان می‌نمایند همین است که قرارداد شریک رپ به عنوان روشی برای اعمال زور، فشار و تحمیل شروط اجباری به خریدار و کاربر به کار می‌رود.^{۲۷}

تقریباً همه صاحب‌نظران معتقدند که براساس قانون حق مؤلف، بهره‌برداری از نسخه نرم‌افزاری برای کاربر مجاز، مشروع است. لذا محدود کردن چنین حق بهره‌برداری مشروع غیرمعقول (on reasonable) است.^{۲۸} با این حال، به نظر می‌رسد این دیدگاه با نگاهی جامع بایستی تحلیل شود و در این راستا به حمایت

که قانون چنین محدودیتی را وضع نکرده باشد.

هدف دوم (تضمین حقوق مالکیت فکری مؤلف) در حال حاضر، در حقوق کنونی، بیشتر جنبه تاریخی دارد و مربوط به زمانی است که هنوز قوانین حق مؤلف (Copy right) و حق اختراع وضع نشده بود و حمایت قانونی از آثار فکری وجود نداشت. در چنین شرایطی مؤلفین سعی می‌کردند با بستن عقد مستقلی با استفاده‌کننده او را ملزم به رعایت حق مالکیت فکری خود سازند. در کشور ما نیز اگر چه در قوانین حق مؤلف پدیدآورنده نرم‌افزار برسمیت شناخته شده ولی هنوز فقهایی هستند که حق مؤلف را حقی نامشروع می‌پندارند. این افراد تأکید کرده‌اند با این حال قرار دادن مفاد حق مؤلف در چارچوب قراردادی بلامانع و الزام‌آور است.^{۲۶}

هدف اول (اعطای امتیاز بهره‌برداری به کاربر) هم بنفسه با توجه به آنچه گفتیم لغو و بی‌فایده است. چرا که در حال حاضر قانون حق مؤلف بنفسه این حق را به کاربری که از طریق مجاز نسخه نرم‌افزاری را تهیه کرده می‌دهد که بدون اینکه نیاز باشد از مؤلف

^{۲۷}- note 5. Supra

^{۲۸}- note 11. Supra

^{۲۶}- آیتی حمید، حقوق آفرینش‌های فکری نشر حقوقدانان پاییز ۷۵، ص ۷۲.

الگوریتم‌های ایجاد شده حقوق مالکانه‌ای پیدا کرده‌اند. لذا است که از سرقت حقوق خود به وسیله مهندس معکوس و کشف الگوریتم دارند. بهمین خاطر است که درصد آن هستند که مبنای قراردادی برای آن ایجاد کنند و با ممنوع کردن مهندسی معکوس حقوق مالکانه خود را حفظ کنند.

اما آیا حمایت قانونی از نرم‌افزار کافی برای حمایت از الگوریتم آن نیست؟ به عبارت دیگر با حمایت قانونی از الگوریتم توسط قوانین حق مؤلف و حق اختراع و نتیجتاً ممنوعیت مهندسی معکوس آیا دیگر جایی برای حمایت قراردادی باقی خواهد ماند؟ در جواب باید گفت زمینه اولیه این سؤال نادرست است. قانونگذار از الگوریتم، بنفسه، حمایت قانونی نکرده است. قانونگذار زمانی از اثر حمایت می‌کند که ویژگی حق مؤلف یا حق اختراع را داشته باشد. در حالی که الگوریتم بنفسه ابداع و اختراع محسوب نمی‌شود تا حق اختراع به آن تعلق گیرد و خصوصیات و ویژگی‌های آن به نحوی است که مشمول حق مؤلف هم نمی‌شود. یا اگر صراحتاً این مطلب را نگوییم باید گفت که وضعیتی مبهم دارد. به همین خاطر که دیوان

فعلی قانون از اثر فکری نرم‌افزار و حمایتی که لازم است قانون از آن بنماید توجه شود.

ابتدا این نکته لازم به ذکر است که اگر محدود کردن کاربر در شکل محدود کردن به کامپیوتر یا به عبارت دیگر قاعده «یک نسخه روی یک CPU در زمان واحد» باشد، همانطور که قبلاً اشاره کردیم، اشکالی در مشروعیت آن به چشم نمی‌خورد و مردود دانستن این قاعده به معنی بهم خوردن نظام مالی تولید کننده نرم‌افزار است. چرا که در این صورت فردی با پرداخت مبلغی معادل مبلغ حق امتیاز استفاده شخصی آن را به شکلی در مؤسسه‌ای که در آن چندین رایانه از طریق سرور به صورت شبکه به هم متصل شده‌اند، در اختیار کاربران متعدد قرار می‌دهد که می‌توانند در آن واحد به آن دسترسی داشته باشند که مصداق دارا شدن غیر عادلانه و اکل مال بباطل می‌باشد.

تولید کنندگان نرم‌افزار مبالغ زیادی صرف اطلاعات نرم‌افزار کرده‌اند و حاصل آن تولید الگوریتم (algorithm) نرم‌افزار می‌باشد. الگوریتم ویژگی حیاتی نرم‌افزار است که عملکرد آن کاملاً وابسته به همین الگوریتم است. به عبارت دیگر تولید کنندگان نسبت به

از این دو هدف، هدف اولی کاملاً مشروع و عقلایی است و جلوگیری از آن جلوی رقابت را می‌گیرد. اما دومی، خیر؛ هدفی است نامشروع که ممنوع کردن آن مانع رقابت تولیدکنندگان هم نمی‌شود. (این تفکیک در دستورالعمل‌های شورای اروپا نیز دیده می‌شود).^{۳۰}

بنابراین مهندسی معکوس بنفسه عمل نامشروعی نیست بلکه بستگی به هدف فاعل آن دارد اگر به قصد شناسایی سازگاری باشد مشروع و اگر به قصد کشف الگوریتم و سوءاستفاده از آن باشد، عملی نامشروع است. رویه قضایی ایالات متحده هم مؤید این نتیجه‌گیری است. در ایالات متحده ۳ پرونده در این خصوص وجود دارد: پرونده Sega، پرونده Nintendo و در رأس آنها پرونده Vault. نقطه مشترک این هر سه، مشروعیت مهندسی معکوس به قصد شناسایی سازگاری می‌باشد.^{۳۱}

بنابراین، مشروعیت مهندسی مذکور مستلزم این است که حمایت قانونی مناسبی از الگوریتم بنحو روشنی با حدود

عالی در پرونده لوتوس Lotus حاضر نشد به این مسأله بپردازد و جواب سؤال فوق را بدهد.^{۲۹}

این در حالی است که باید بین حمایت قانونی از اثر و آشکارسازی اثر توسط مؤلف تعادل برقرار باشد. هر قدر حمایت قانونی از اثر بیشتر باشد مؤلف تمایل بیشتری به خلق اثر و آشکارسازی آن دارد و هر چه کمتر باشد وی ترجیح می‌دهد که اثر خود را مخفی سازد تا مورد سوء استفاده قرار گیرد. همانطور که گفتیم قانونگذار حمایت مناسبی از الگوریتم ارائه نداده است لذا تولیدکنندگان نرم افزار سعی می‌کنند با استفاده از قراردادهای حق امتیاز این خلاء را پر نمایند. با توجه به این وضعیت آیا بهتر نیست مهندسی معکوس توسط قانونگذار ممنوع گردد؟ در پاسخ به این سؤال می‌گوییم مهندسی معکوس ممکن است به یکی از این دو هدف انجام شود:

۱) شناسایی سازگاری نرم افزار

با دیگر نرم افزار یا سخت افزار.

۲) شناسایی الگوریتم نرم افزار.

^{۳۰}- note 11. Supra

^{۳۱}- note 11. Supra

^{۲۹}- note 11. Supra

و ثغور مشخصی ایجاد شود. در حال حاضر با توجه به فقدان چنین حمایتی استفاده از قرارداد حق امتیاز و محدود کردن کاربر عمل عقلایی است و نباید به دلیل لطمه زدن به حقوق کاربر آنرا بی اعتبار، تلقی کرد. منتها شرط قراردادی که مهندسی معکوس بقصد شناسایی سازگاری را ممنوع سازد شرطی باطل و خلاف نظم عمومی شمرده می شود.^{۳۲}

۳- اعتبار قرارداد حق امتیاز

شرینک رپ

مسأله اعتبار (enforceability) قراردادهای سه گانه شرینک رپ، کلیک رپ و بروز رپ مهمترین مسأله ای است. که در مورد این قراردادها به چشم می خورد و سایر مباحث همگی دایر مدار اعتبار یا عدم اعتبار این قرارداد می باشند. منظور ما از اعتبار نفوذ و صحت آن است. یعنی، آیا چنین قراردادی قانوناً صحیح و واجد آثار حقوقی است یا اینکه به علت اشکالات اساسی که در آن به چشم می خورد باطل و بلااثر می باشد. مسأله اعتبار قرارداد شرینک رپ آنقدر حائز

اهمیت است که بسادگی دادگاهها، وکلا و دانشجویان حقوق را به دو گروه تقسیم کرده است: گروهی آنرا قراردادی صحیح و نافذ در معاملات کالاهای انبوه که طرفین به صورت حضوری معامله نمی کنند آنرا اجتناب ناپذیر قلمداد می کنند: گروه دیگر با توسل به اصول سنتی حاکم بر قراردادها آن را باطل و بدون اثر حقوقی دانسته و آنرا وسیله ای برای اعمال فشار و تحمیل شروط اجباری به خریدار و کاربر قلمداد می کنند.

دادگاهها کراراً رأی بر بطلان این قرارداد داده اند. پرونده های Arizona Retail system و step-saver، Knonek V. gateway همگی پرونده هایی هستند که در آن دادگاه اعتبار این قرارداد را رد کرده و آنرا الزام آور ندانستند.

الف- اشکالات وارده

اشکالات وارد بر این قرارداد را در آخر مبحث معرفی ذکر کردیم. از این میان چند اشکال در مبحث فواید مطرح شد و باقی را در همین جا مطرح خواهیم کرد. مهمترین اشکالی که محور توجه

^{۳۲}- note 11. Supra

می کند که قبول به روشی خاصی یعنی با پاره کردن نایلون بسته بندی یا استفاده از نرم افزار به عمل آید؟ اصولاً آیا موجب دارای چنین حقی است که بتواند نحوه قبول را تعیین کند؟ با توجه به اینکه اساس عقد همکاری ارائه طرفین است و با اعلام قبول این همکاری محقق می شود و با توجه به اصل رضایی بودن قراردادها چنانچه قابل به نحو دیگری قبول خود را به اطلاع موجب برساند آیا عقد واقع نمی شود؟

آنچه در حقوق کامن لا و در حقوق رومی ژرمنی قابل دفاع است، این است که چنانچه موجب روش خاصی را برای اعلام قبول تعیین کرده باشد، تبعیت از این روش لازم است. در حقوق کامن لا این قاعده در پرونده الیاسون علیه هنشا و (Eliason V.Henshaw) سال ۱۸۱۹ وضع شد.^{۳۳} در حقوق رومی ژرمنی هم می توان همین نتیجه را پذیرفت. چرا که از شروط قبول آن است که قابل ایجاب را به همان نحوی که هست بپذیرد و پذیرش ایجاب به روش غیر از روش تعیین شده در خود

دادگاه ها بوده اولین اشکال یعنی اشکال عدم اطلاع خریدار محصول هنگام انعقاد بیع می باشد: چگونه ممکن است فردی ملزم به چیزی شود که هنگام اعلام قبولی عقد از آن اطلاع نداشته است؟ این اشکال اساس و محوری ترین اشکال وارده است که تقریباً در هر سه نوع قرارداد مذکور به نوعی به چشم می خورد. بیشتر نویسندگان در مقام بحث از اعتبار این قرارداد فقط از همین اشکال نام برده اند.

ما ابتدا دیگر اشکال های وارده که اغلب در رابطه با قرارداد شریک رپ مطرح شده اند را مطرح کرده و سپس در نهایت اشکال اساسی را بیان کرده و به مسأله اعتبار قراردادهای کلیک رپ و بروز رپ هم اشاره می کنیم. ذکر این نکته خالی از فایده نیست که مسأله اعتبار این قرارداد چیزی نیست که در این مجال کوتاه بتوان به آن پاسخ قطعی داد و یقیناً در کشور ما هم موافقان و مخالفانی خواهد داشت.

اولین اشکال: در قرارداد شریک رپ تولید کننده به عنوان موجب (ایجاب کننده) قرارداد شریک رپ لزوماً تعیین

^{۳۳} - میرمحمد صادقی، حسین: مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان، نشر حقوقدانان، سال ۱۳۷۷، ص ۳۱.

ماده ۲۳: «قرارداد زمانی منعقد می‌شود که قبول براساس مقررات این کنوانسیون مؤثر شود»^{۳۴}

فارغ از بحث‌های مربوط به حقوق خارجی، به نظر می‌رسد در حقوق ایران تکلیف این مسأله روشن باشد. در حقوق ایران وصول قبول به ایجاب کننده، شرط تحقق عقد شمرده نمی‌شود: اولاً شرط لازم برای تشکیل عقد، علی‌الاصول، تحقق همکاری دو اراده است و همکاری دو اراده با اعلام قبول توسط قبول کننده محقق می‌شود. ثانیاً ماده ۱۹۱ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». در این ماده برای تحقق عقد اعلام قبول کافی می‌باشد و لزومی به وصول قبول به ایجاب کننده نمی‌باشد. لذا در عقود مکاتبه‌ای عقد در زمان اعلام و ارسال قبول محقق می‌شود نه زمان وصول قبول.^{۳۵}

اشکال سوم: در حقوق کامن‌لا هر قراردادی بایستی عوض "Consideration"

ایجاب، قبول بدون قید و شرط محسوب نمی‌شود. در حقوق ما هم از آنجا که براساس مواد ۱۹۱ و ۱۹۳ قانون مدنی اعلام اراده به وسیله‌ای غیر از لفظ جایز است و با توجه به لزوم مطابقت ایجاب و قبول ماده ۱۹۴ قانون مدنی همین راه حل پذیرفتنی است.

اشکال دوم: در حقوق کامن‌لا قاعده این است که شرط نفوذ عقد آن است که قبول به اطلاع موجب برسد. یعنی قابل بایستی اراده خود را مبنی بر پذیرش مفاد ایجاب به اطلاع موجب برساند. با این حال، در قرارداد شرینگ رپ که اعلام رضایت کاربر به مفاد قرارداد حق امتیاز با پاره کردن نایلون بسته‌بندی یا استفاده از نرم‌افزار به عمل می‌آید، هیچ‌گاه به اطلاع موجب نمی‌رسد. از بند ۲ ماده ۱۸ و ماده ۲۳ کنوانسیون سازمان ملل راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا هم استفاده می‌شود که عقد در زمان وصول قبول به ایجاب کننده منعقد می‌شود. بند ۲ ماده ۱۸ اشعار می‌دارد: «قبول ایجاب زمانی مؤثر می‌شود که رضایت قبول کننده به اطلاع موجب برسد».

^{۳۴} - شهیدی، مهدی: تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر

مجد، سال ۱۳۸۰، ص ۱۵۵.

^{۳۵} - شماره ۳۶، بالا.

(warranty) خاصی جلوه می‌کند. در جواب به این اشکال گفته شده که عوضی که کاربر دریافت می‌کند امتیاز بهره‌برداری از نرم‌افزار است. این پاسخ پاسخ مناسبی به شمار نمی‌رود چرا که همانطور که سابقاً اشاره کردیم امتیاز بهره‌برداری چیزی نیست که هدیه امتیاز دهنده به امتیاز گیرنده (Licensee) باشد بلکه اجازه‌ای است که به وسیله قانون به کاربر مجاز اعطا شده است.

در حقوق رومی ژرمنی نظریه عوض "consideration" پذیرفته نشده بلکه به جای آن نظریه جهت قرارداد (La Cause du contrat) پذیرفته شده است.

اشکال چهارم - اشکال تحمیلی بودن شروط قرارداد شرینک رپ می‌باشد. این قرارداد، شکل یک قرارداد نمونه و فرم از قبل توسط تولید کننده نرم‌افزار تهیه شده و بدین وسیله محدودیتها و تکالیف بسیاری بر کاربر بار کرده است. شروطی که عمدتاً به ضرر کاربر می‌باشد. قدرت اقتصادی بالای تولید کنندگان انبوه محصولات فروش انبوه Mass Market تعادل اختصاری و اطلاعاتی بین طرفین عقد را برهم می‌زند، به شکلی که کاربر اصلاً امکان چانه‌زنی در مورد شروط قرارداد

داشته باشد عوض رکن هر قراردادی محسوب می‌شود. مثلاً عوض انتقال مبیع برای بایع پرداخت ثمن توسط مشتری است و عوض تعهد به پرداخت ثمن توسط مشتری، انتقال مالکیت مبیع به مشتری می‌باشد. در حقوق کامن‌لا، قرارداد بدون عوض یا به عبارت دیگر تعهد «خشک و خالی» نافذ نیست.^{۳۶} در قرارداد شرینک رپ اشکال شده که این قرارداد از جانب کاربر فاقد عوض است؛ امتیاز دهنده (licensor) در ازاء این قرارداد عوضی که دریافت می‌کند همانا ایجاد محدودیت‌ها و الزاماتی بر کاربر در خصوص نحوه استفاده از نرم‌افزار است اما کاربر در ازاء این تعهدات چه عوضی دریافت می‌نماید؟ به عبارت دیگر در این قرارداد معمولاً امتیاز دهنده هیچ‌گونه تعهدی را به عهده نمی‌گیرد بلکه ضمانت‌ها و مسؤولیت‌های خود را سلب می‌کند. برای گریز از این اشکال است که امتیاز دهنده سعی می‌کند در این قرارداد تعهدی هر چند ناچیز به عهده بگیرد و این تعهد اغلب در قالب ضمانت

^{۳۶} - برای مطالعه بیشتر ر.ک به شماره ۳۵ صفحه ۴۸ به بعد.

را ندارد؛ او می تواند قبول کند یا قبول نکند، این تنها گزینه پیش روی کاربر است.

این اشکال که در واقع در مورد کلیه قراردادهای نمونه (Standard form) مطرح شده به لحاظ خاصیت تحمیلی یا الحاقی بودن آنها است. به عقدی الحاقی یا تحمیلی می گویند که به لحاظ عدم تعادل اختصاری طرفین عمده مفاد قرارداد به ضرر یک طرف آن باشد و وی در عمل چاره ای جز پذیرفتن آن ندارد. برای رفع این اشکال هم قانونگذار دخالت کرده و هم دادگاه ها. قانونگذار با تصویب قانون هایی از مشتری حمایت می کند و شروط ناروا را باطل اعلام می نماید. در آمریکا، قانون شروط قراردادی ناروا مصوب ۱۹۷۷^{۳۷} و در انگلستان قانون حمایت از مصرف کننده^{۳۸} مصوب ۱۹۸۷ همین وظیفه را به عهده دارند و شروطی را که غیر معقول^{۳۹} تشخیص داده، شود غیر نافذ می شمارند. از طرف دیگر دادگاهها در قالب تفسیر قضایی به کمک طرف ضعیف آمده و سعی می کنند قرارداد را به نحوی تفسیر کنند که از بار تحمیلی آن برطرف ضعیف کاسته شود.^{۴۰}

اشکال پنجم: این اشکال در حقیقت مربوط به ماهیت حقوقی قرارداد تهیه نرم افزار می شود. از یک طرف بین خریدار (کاربر) با فروشنده (توزیع کننده) بروشنی یک عقد بیع دیده می شود که بدان وسیله مالکیت یک نسخه نرم افزار موجود در بسته نرم افزاری به مشتری منتقل می شود و کاربر پس از آن متوجه قرارداد حق امتیازی می شود که در آن ذکر شده «قرارداد بین مالک نرم افزار (نویسنده نرم افزار) و کاربر نهایی منعقد می شود».

درباره ماهیت این رابطه حقوقی احتمالات مختلفی داده شده است.^{۴۱} در حقوق کامن لا این بحث به عنوان اشکال وارد بر اصل نسبی بودن^{۴۲} قراردادها مطرح شده است. به این معنی که عقد ماهیتاً با توجه به قصد و اراده طرفین، عقد بیع است و طرفین آن کاربر و توزیع کننده هستند و کلیه شروط حق امتیاز تعهد به نفع شخص ثالث (نویسنده نرم افزار) هستند که از

^{۴۱} - این احتمالات عبارتند از: ۱) قرارداد حق امتیاز با تولید کننده نرم افزار؛ ۲) قرارداد فروش کالا با توزیع کننده ۳) قرارداد مرکب از حق امتیاز و فروش کالا با تولید کننده (توزیع کننده به عنوان عامل تولید کننده در نظر گرفته شده است؛ ۴) یک قرارداد منحصر بفرد جدید. برای اطلاعات بیشتر ر.ک به:

Brain bridge, David, introduction to computer law Forth edition, (Longman; England) p. 234.

^{۴۲} - اصل نسبی بودن قراردادها به این معنی است که قراردادهای رابطه حقوقی اند بین دو طرف آن و کلیه حقوق و تکالیف و آثار ناشی از آن تنها دامنگیر طرفین قرارداد می شود. برای مطالعه بیشتر ر.ک به شماره ۳۵ ص ۱۷۰ به بعد و نیز کاتوزیان، ناصر: قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشارات بهشهر، خرداد ۶۸، ص ۲۷۵ به بعد.

^{۳۷} - Un fair Contract terms Act 1977.

^{۳۸} - consumer protection Act 1987.

^{۳۹} - unreasonable

^{۴۰} - note 11. Supra

قرارداد بیع به حساب نمی آید. به عبارت دیگر بر مبنای نظریه «حاکمیت اراده»^{۴۷} در سیستم رومن ژرمنی و نظریه «مذاکره»^{۴۸} در سیستم کامن لا تنها زمانی یک قرارداد شکل می گیرد که طرفین از وجود و محتوای چنین قراردادی آگاه باشند و با چنین آگاهی نسبت به قرارداد تراضی کنند.^{۴۹} این عنصر یعنی عنصر آگاهی در قرارداد شرینک رپ نیست چرا که قبول کننده از مفاد ایجاب آگاهی ندارد. لذا تطابق بین ایجاب و قبول که شرط ایجاد تراضی و در نتیجه عقد می باشد وجود ندارد.^{۵۰}

قاضی هلرستین Hellerstein در مقام بیان این قاعده اظهار می دارد «تعهدات زمانی الزام آور می شوند که تلاقی اراده ها و تبادل عوضین انجام شود. این قاعده به مدت دو قرن است که در کامن لا وجود دارد و الان هم به همان قوت وجود دارد». طرفداران اعتبار قرارداد شرینک رپ در مواجهه با این اشکال پاسخ های متفاوتی داده اند:

گفته شده که همین که مشتری می داند که استفاده از نرم افزار مشروط به رعایت کردن قرارداد حق امتیاز است و وی این هشدار را روی بسته نرم افزاری می بیند، برای قبول

طرف توزیع کننده بر کاربر در حین عقد تحمیل می شوند و برای وی لازم الاجرا می باشند.^{۴۳}

قاضی پرونده Beta V. Adobe سال ۱۹۹۶ رأی داد که فقط یک قرارداد بین ۳ طرف وجود دارد. یک طرف قرارداد می تواند حقوقی به نفع شخص ثالث (نویسنده نرم افزار) ایجاد کند. این حقوق بین شخص ثالث و کاربر نهایی لازم الاتباع هستند و در عین حال جزئی از قرارداد بین کاربر نهایی و توزیع کننده هم هستند.^{۴۴} در حقوق انگلستان مفهوم تعهد به نفع ثالث با تصویب قانون عقود (حقوق اشخاص ثالث) مصوب ۱۹۹۹^{۴۵} پذیرفته شد. مع الوصف برای اینکه در قرارداد حقوق شخص ثالث هم مرعی باشد، بایستی صراحتاً به قانون ۱۹۹۹ اشاره کرده باشد.^{۴۶}

اشکال اساسی: عدم اطلاع مشتری از مفاد قرارداد حق امتیاز هنگام قبول. این اشکالی است که مورد توجه صاحب نظران قرار گرفته است و آراء متعدد دادگاه ها مبتنی بر عدم اعتبار قرارداد شرینک رپ بر همین مبنا بوده است. از آنجا که مشتری بواقع بشروط قرارداد حق امتیاز رضایت نمی دهد لذا این شروط جزء

^{۴۷} - contract (Right of third party) 1999

^{۴۸} - note 7. Supra p. 99

^{۴۹} - will theory

^{۵۰} - bargain theory

^{۴۳} - note 7 Supra p. 99 & note 6 supra & note 11 supra

^{۴۴} - note 6. Supra.

^{۴۵} - contract (Right of third party) 1999

^{۴۶} - note 7. Supra p. 99.

آنها که نامتعارف و غیرمعقول هستند. قانون حمایت از مصرف کننده در انگلستان بر این مطلب تأکید دارد.

پروفسور کاواکامی بر مبنای نظریاتی از آلمان و ژاپن قاعده‌ای را پیشنهاد می‌کند: از آنجا که اشکال عدم اطلاع از شروط، اغلب در شروط غیراساسی عقد نمونه مطرح شده‌اند، بایستی بین شروط اساسی تفکیک کرد. شروط اساسی بایستی به اطلاع طرفین برسد اما شروط غیراساسی تنها در دو صورت بایستی پذیرفته شوند:

(۱) قبل از پذیرش شروط اساسی، شروط غیراساسی به نحوی در دسترس طرف عقد قرار گیرند که وی «امکان و فرصتی معقول» جهت بررسی آنها داشته باشد.

(۲) شروط غیراساسی در تعارض با شروط اساسی یا شروطی که به روشنی بر سر آنها مذاکره شده است، نباشد.^{۵۳}

طرفداران نظریه اعتبار قرارداد شرینگ رپ استدلال می‌کنند که قرارداد شرینگ رپ اگر یک قرارداد نمونه نباشد، از این حیث با این نوع قراردادها حکم یکسانی دارد لذا همان‌طور که قرارداد نمونه قانوناً معتبر است این قرارداد هم بایستی معتبر دانسته شود.^{۵۴}

قرارداد و انعقاد آن کافی است. اینکه می‌گوید رضایت «واقعی» شرط است، نادرست است. حقوق در زمان ایجاد راه آهن و اختراع تلگراف هیچ گاه رضایت «واقعی» را شرط ندانسته است. حقوق قراردادها هم نمی‌تواند چنین شرطی بگذارد. تولیدکنندگان بزرگ نمی‌توانند با مشتریانشان سرمیز گفتگو بر سر شروط قرارداد حق امتیاز بنشینند.^{۵۱}

دلیل دیگری که طرفداران اعتبار قرارداد شرینگ رپ می‌آورند وحدت ملاک و مشابهت با قراردادهای نمونه است. قرارداد نمونه فرم چاپی است که توسط یکی از طرفین قرارداد تهیه شده و طرف دیگر بدون امکان چانه‌زنی درباره شروط قراردادی یا با امکان کم نسبت به آن رضایت می‌دهد. امروزه این قراردادها در کلیه معاملات چه تجاری چه شخصی مرسوم و رایج شده‌اند. و در معاملات انبوه استفاده از این قرارداد گریزناپذیر است.

مفهوم قراردادهای نمونه اولین بار توسط پروفسور ال ریزر (Prof. L. Raiser) در آلمان به سال ۱۹۳۵ مطرح شد.^{۵۲} این قراردادها مورد قبول قرار گرفته‌اند. قاعده کلی این است که شروط قراردادهای نمونه همگی معتبرند مگر

^{۵۱} - note 11. supra

^{۵۲} - جهت تعدیل نظریه مذاکره گفته شده همین که طرفین امکان اطلاع یافتن از شروط قرارداد را داشته باشند کافی است. ر.ک. note 11. supra

^{۵۳} - note 5. Supra

^{۵۴} - note 11. Supra

در این پرونده دادگاه بدوی رأی بر عدم اعتبار قرارداد شرینک رپ داد اما این رأی در تجدیدنظر نقض شد و دادگاه تجدیدنظر قرارداد شرینک رپ را قراردادی صحیح و معتبر تلقی کرد. بعد از این دادگاه‌ها در پرونده‌های ذیل از منطبق و استدلال پرونده ProCD تبعیت کردند. با این حال قاضی پرونده V. Gateway 2000 استدلال قاضی پرونده ProCD را نپذیرفت و رأی بر عدم اعتبار قرارداد شرینک رپ داد.^{۵۷}

برای آشنایی با استدلالات دادگاه بهترین پرونده، پرونده ProCD است. در رأی قاضی دادگاه بدوی می‌توان استدلال مخالفین اعتبار قرارداد شرینک رپ و در رأی قاضی دادگاه تجدیدنظر می‌توان استدلالات و پاسخ موافقین را یافت. لذا در اینجا شرح مختصری از پرونده ارائه می‌کنیم.

گزارش پرونده ProCK, Inc V. Zeidenberg
شرکت ProCD با صرف میلیون‌ها دلار یک لیست تلفن شخصی و تجاری جامع تهیه کرد. سپس آن را به صورت اطلاعات دیجیتال همراه نرم‌افزاری که امکان دسترسی به این اطلاعات را فراهم می‌کرد، داخل یک سی‌دی‌رام به اسم تجاری Select Phone TM به

آخرین استدلالاتی که بر صحت و اعتبار قرارداد شرینک رپ شده است، این است که اطلاع از شروط قرارداد این طور نیست که لزوماً باید قبل از پرداخت ثمن معامله باشد. در مورد قراردادهای بیمه و قراردادهای خرید بلیط هواپیما این معاملات مرسوم است که ابتدا مشتری پرداخت می‌کند سپس شروط قرارداد را می‌بیند قاضی فرانک استربروک قرارداد شرینک رپ را به سادگی از نوع قراردادهای «الان پرداز بعداً شروط را بین»^{۵۵} می‌شمارد.^{۵۶}

بر این مبنا انعقاد قرارداد تا زمان رؤیت

ش

ویه قضایی ایالات متحده

در حقیقت می‌توان گفت که رویه دادگاه‌ها در خصوص قرارداد شرینک رپ دو مرحله دارد: رویه قدیم که مبتنی بر عدم نفوذ قرارداد شرینک رپ بود. این رویه در پرونده‌های Step-saver systems Inc V. wyse

technology سال ۱۹۹۱، Arizona Retail Vault Corp. V. Quaid Software Ltd, Systems Inc. V Software Link Inc متجلی شد این سه پرونده همگی قبل از پرونده ProCD بود که با این پرونده رویه قضایی وارد مرحله جدیدی شد.

^{۵۵}- note 11. Supra

مضمون همین استدلال در ماده ۳۰۸-۲B پیش‌نویس قانون اصلاح کد یکنواخت تجاری (UCC) ایالات متحده پذیرفته شده است.

^{۵۶}- note 11. Supra

^{۵۷}- pay now terms later

در خصوص ادعای تخلف از قرارداد حق امتیاز، دادگاه ابتدا روشن کرد که ماهیت عمل حقوقی انجام شده عقد بیع است نه قرارداد حق امتیاز. لذا، بایستی در چهارچوب قانون یکنواخت تجاری، پرونده حل و فصل شود. چون اگر حق امتیاز بود، پرداخت به صورت یکجا بود نه قسطی؛ اگر حق امتیاز بود، شرکت نرم‌افزاری مالکیت آن نسخه را برای خود حفظ می‌کرد نه اینکه منتقل کند به مشتری؛ و اگر حق امتیاز بود حداکثر امتیاز مشخص می‌شد در حالی که در اینجا هیچ زمانی برای انقضای حق امتیاز پیش‌بینی نشده است. دادگاه بیان کرد:

«صرف اشاره به اینکه نرم‌افزار مشروط به قرارداد حق امتیاز است امکان مناسبی در اختیار خریدار نمی‌گذارد تا در مورد قبول یا عدم قبول این شروط تصمیم بگیرد. خریدار باید این امکان را داشته باشد که همه شروط را بخواند و بررسی کند. این امکان تنها زمانی محقق می‌شود که خریدار بسته‌بندی نرم‌افزار را باز کند».

دادگاه اضافه کرد: «گذاشتن بسته نرم‌افزاری در مغازه یک ایجاب است و پذیرش آن توسط مشتری با پرداخت پول یک قبول به شمار می‌رود. مجموع این دو عقد بیع را تشکیل می‌دهند. شروط قرارداد شرینگ

بازار عرضه کرد. در روی بسته سی‌دی رام به طور مختصر و با حروف ریز چنین نوشته شده بود: «استفاده کاربر از دیسکت و لیست اطلاعات به معنی رضایت به شروط قرارداد حق امتیاز است. در این صورت وی ملزم به رعایت شروط قرارداد است».

متهم متو زیدنبرگ (Mathew Zeidenberg) پس از خرید نسخه اولیه و نسخه بروز شده این دیسکت شرکتی به نام Silken Mountain تأسیس کرد و با استفاده از این دیسکت و دیسکت مشابهی از شرکتی دیگر، از طریق اینترنت به فروش خدماتی در همین رابطه پرداخت. این شرکت به تصور عدم اعتبار قرارداد شرینگ رپ نام تجاری سازنده را هم حذف کرده بود. شرکت ProCD علیه زیدنبرگ و شرکت وی Silken به دلیل نقض حق مؤلف و قرارداد حق امتیاز شکایت کرد.^{۵۸}

رای دادگاه بدوی

دادگاه ادعای نقض حق مؤلف را رد کرد چرا که دیسکت مذکور مشمول حمایتی قانونی حق مؤلف نمی‌شود و بیشتر از آنکه یک اثر فکری باشد یک سری اطلاعات با ارزش تلقی می‌شود.

^{۵۸} - note 5 Supra

هم وجود ندارد که بتوان شروط را روی آن درج کرد مثل خرید تلفنی».

دادگاه به بند یک ماده ۲۰۴-۲ قانون یکنواخت تجاری استناد کرد. این ماده اظهار می‌دارد: «قراردادهای فروش کالا ممکن است به هر روشی که برای نشان دادن تراضی کافی باشد، بسته شود. من جمله رفتار متعاملین». در این قرارداد ایجاب کننده نحوه قبول را مشخص می‌کند و آن، فعلی مثل نصب کردن نرم‌افزار و استفاده کردن از آن است. این عمل برای نشان دادن وقوع تراضی کافی شمرده می‌شود.

آقای زیدنبرگ نیز درست همین کار را انجام داد. او زمانی که نرم‌افزار را نصب کرد، شروط قرارداد حق امتیاز ابتدا روی صفحه مانیتور نمایش شد و برای نصب کامل نرم‌افزار چاره‌ای نداشت جز کلیک بر روی کلمه «قبول دارم». چرا که در غیر این صورت نرم‌افزار به او اجازه نصب کامل را نمی‌داد. در حقیقت، خریدار زمانی کالا را قبول می‌کند که بعد از امکان بررسی، از استرداد کالا خودداری می‌کند و اقدام به استفاده می‌نماید. زیدنبرگ با بررسی نرم‌افزار از مفاد قرارداد حق امتیاز آگاه شد و با این حال کالا را مسترد نکرد. براساس قانون یکنواخت تجاری خریدار این

رپ جزئی از ایجاب نبوده تا داخل در مفاد تراضی طرفین شوند. چرا که در زمان فروش به اطلاع مشتری نرسیده و صرف نوشته روی بسته‌بندی هم کفایت نمی‌کند».^{۵۹}

رای دادگاه تجدیدنظر

دادگاه تجدیدنظر ناحیه هفدهم رای دادگاه بدوی را درخصوص اعتبار قرارداد شریک رپ نقض کرد.

دادگاه ناحیه هفدهم تأکید کرد، ادعای دادگاه بدوی در مورد اینکه اطلاع از شروط قرارداد لزوماً باید قبل از پرداخت ثمن معامله باشد مردود است. در موارد دیگری هم مشابه این مورد را می‌بینیم که ابتدا پرداخت می‌شود بعد شروط قرارداد را می‌بینیم مثل خرید بلیط هواپیما و بلیط کنسرت موسیقی یا زمانی که شما یک رادیو می‌خرید در زمان خرید از ضمانت‌های بایع اطلاع ندارید و این ضمانت‌ها تنها پس از باز کردن جعبه آشکار می‌شوند. دادگاه در ادامه اظهار داشت: «اینکه تولیدکنندگان را ملزم کنیم کلیه شروط قرارداد را روی بسته بنویسند، به دلیل مفصل بودن شروط و اقتضات تجاری، اصولاً عملی نیست. ضمناً در برخی موارد اصلاً بسته‌بندی

^{۵۹} - opportunity to inspect

کلیه ضمانتهای ضمنی که قانون برقرار کرده است. حق مالک نرم افزار در جلوگیری از انتقال نرم افزاری که براساس قرارداد حق امتیاز شرینک رپ و کلیک رپ به فروش رسیده است. مقررهای در این قانون هست که به مالکین نرم افزار اجازه می دهد قراردادهای حق امتیاز شرینک رپ و کلیک رپ را به محض گشودن بسته بندی یا کلیک بر کلمه «موافقم» بدون توجه به اینکه شروط هنوز خوانده نشده اند، نافذ شمرده و اجرا کنند.^{۶۲}

شانس را دارد که تصمیم خود را پس از بررسی کامل اعلام کند.^{۶۰} در هر حال، با توجه به آراء مخالف و آراء موافق مذکور در خصوص اعتبار قرارداد شرینک رپ نبایستی رأی ProCD را پایان کار دانست بلکه هنوز رویه قضایی قاطعی در این باره وجود ندارد. باید دید در نهایت کدام گروه از میدان پیروز بیرون می آیند؛ قائلین به اعتبار یا قائلین به عدم اعتبار.

ج- قانون یکنواخت معاملات اطلاعات رایانه ای^{۶۱}

د - مبنای غیرارادی برای حمایت از مالک نرم افزار

در دهه های قبل مالکین نرم افزار با توجه به تردید در اعتبار قرارداد شرینک رپ به مبنای غیر قراردادی هم استناد می کردند و آن نقض حق مؤلف مالک نرم افزار است. بدین معنی که مطابق قاعده حقوق مالکیت فکری، تنها کسی که حق تکثیر اثر فکری را دارد مؤلف آن می باشد و دیگران تنها در صورتی مجاز هستند که از جانب وی اجازه داشته باشند.^{۶۳} استفاده از یک نرم افزار قهراً مستلزم

این قانون، قانون جدیدی در ایالات متحده است که به زودی در سراسر جهان تأثیرش آشکار خواهد شد. این قانون (UCITGA) حمایت چشمگیری از مالکین نرم افزار به عمل می آورد. با توجه به اینکه بیشتر نرم افزارها یا متعلق به شرکتهایی هستند که در ایالات متحده ساکن هستند یا امتیاز بهره برداری از آن متعلق به این شرکتها است، این قانون ممکن است شرایط قرارداد حق امتیاز را در سراسر جهان تغییر دهد.

این قانون امتیازاتی در اختیار مالک نرم افزار قرار می دهد، من جمله: امکان سلب

^{۶۲} - [http://www.shawpittman.com/news.Ndf/D/852568900075669085256825005177e8/\\$file/tech//99.pdf](http://www.shawpittman.com/news.Ndf/D/852568900075669085256825005177e8/$file/tech//99.pdf).

^{۶۳} - در ماده یک قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه ای هم، تکثیر نرم افزار حق انحصاری پدید آورنده شناخته شده است.

^{۶۰} - note 15. Supra

^{۶۱} - uniform computer Information Transaction Act

تکثیر آن است. برای آنکه نرم افزار نصب شود، بایستی از دیسکت به حافظه کامپیوتر (هارد دیسک) کپی شود و هر بار که نرم افزار استفاده می شود، عمل به کار انداختن (ruining) و لود کردن برنامه عمل تکثیر به شمار می رود. نتیجه آنکه، خریدار نرم افزار برای اینکه بتواند از آن بهره برداری کند و نقض حق مؤلف پیش نیاید، ناچار است از مؤلف اجازه بگیرد و از آنجا که حدود اجازه و اذن وی در قرارداد بیان شده، قرارداد حق امتیاز نمایانگر همین اذن است و لو قانوناً نافذ نباشد.

هـ - اعتبار قراردادهای کلیک رپ و بروز رپ

در خاتمه به طور مختصر به مسأله اعتبار قراردادهای کلیک رپ و بروز رپ اشاره می کنیم. همان طور که قبلاً گفتیم در بین این سه قرارداد حق امتیاز از نظر اعتبار کلیک رپ در مقام اول و بروز رپ در مقام آخر است. از آنجایی که در کلیک رپ مشتری تا تمام شروط را نبیند و روی دگمه «موافقم» کلیک نکند. این قرارداد، یک قرارداد الزام آور است. چرا که مشتری امکان مطالعه و بررسی کلیه شروط قرارداد را دارد و در صورت عدم تمایل می تواند بر روی کلمه «موافق نیستم» کلیک کرده و انصراف خود را از خرید

نرم افزار اعلام کند. لذا دادگاهها بارها بر اعتبار قرارداد کلیک رپ تأکید کرده اند. مثلاً، دادگاه بدوی پرونده ProCD صراحتاً قرارداد کلیک رپ را قراردادی نافذ و معتبر شمرد.^{۶۴}

در مقابل قرارداد بروز رپ وضعیتی بدتر از قرارداد شرینک رپ دارد. به طوری که به جرأت می توان گفت رویه قضایی عدم اعتبار این قرارداد را پذیرفته است. در این قرارداد کاربر یا مشتری هیچ الزامی و اجباری به مطالعه شروط قرارداد ندارد و مجبور نیست برای اینکه بتواند نرم افزار را دان لود کند روی کلمه «موافقم» کلیک کند، بلکه به سادگی با کلیک بر کلمه دان لود می تواند نرم افزار را تحصیل کند، لذا هیچ توافقی و تراضی شکل نگرفته و اراده یک طرفه مالک نرم افزار نمی تواند اجباری بر مشتری تحمیل کند. رویه قضایی در پرونده Specht, et al v. Netscape Communication et al سال ۲۰۰۱ بر عدم الزام آور بودن این قرارداد تأکید کرد. دادگاه شرط داوری موجود در این قرارداد را به لحاظ عدم الزام آور بودن خود قرارداد باطل شمرد.^{۶۵}

^{۶۴} - note 15.Supra

^{۶۵} - note 15.Supra & note 5. Supra & [http://shaw.pittman.com/news.nsf/\(on-line-Browse-Wrap-licenses-not-binding\)](http://shaw.pittman.com/news.nsf/(on-line-Browse-Wrap-licenses-not-binding))