

برگردان به فارسی: فرج اله موسوی، آذین ساردویی*
دانشجوی دکتری حقوق، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق

نرم افزار به مثابه کالا**

اشاره مترجمان

با ظهور پدیده‌های جدید در عرصه صنعت و تکنولوژی علم حقوق نیز ناگزیر به پوست‌اندازی و تطبیق خود با شرایط جدید گردیده است. چنین تطبیقی ممکن است به دو شیوه گوناگون صورت پذیرد. عده‌ای بر این عقیده‌اند که مفاهیم اولیه حقوقی را می‌بایست در دوره جدید آنچنان تفسیر و معنا کرد که پدیده‌های نوظهور را نیز دربرگیرد و بتواند خود را با نیازهای روز هماهنگ سازد. در نقطه مقابل عده‌ای دیگر آن مفاهیم اولیه را برای تحت پوشش قرار دادن چنین پدیده‌هایی ناکافی و ناکارآمد می‌شمارند و قائل به ضرورت تهیه و تصویب قواعد جدید و در انداختن طرحی نو برای حکومت بر این عرصه‌ها می‌باشند. یکی از این پدیده‌های نوظهور و فراگیر در عصر حاضر، نرم‌افزارهاست. ماهیت خاص و منحصر به فرد این پدیده آنچنان می‌باشد که حکومت قالب‌های سنتی قواعد حقوقی بر آنرا با تردید مواجه ساخته است. از جمله چنین تردیدهایی آن است که آیا آنرا می‌توان به حقیقت کالا به حساب آورد؟ زیرا اگر پاسخ این پرسش مثبت باشد این محصول مشمول قوانین بیع کالا می‌گردد و اگر منفی باشد قانون حاکم چیز دیگر خواهد بود. پاسخ به این پرسش در هر دو شکل مثبت و منفی توسط

*- نویسنده: سارا گرین، جکونگیر سدو. (Sara Green & Djakhongir Saidov)

** - منبع مقاله مجله حقوق تجارت در شماره مارس ۲۰۰۷ می‌باشد. البته برای جلوگیری از حجیم شدن مطالب از ذکر ارجاعات خودداری شد که علاقه‌مندان می‌توانند به دفتر مجله مراجعه کنند. (Journal of

نویسندگان گوناگون داده شده است. در این مقاله نویسنده کوشیده از دیدگاه اول دفاع کرده و ضمن تأکید بر ضرورت تصویب قوانین صریح و شفاف در این عرصه، قوانین فعلی در مورد بیع کالا را تحت پوشش قرار دهنده این عرصه بداند. هرچند استدلالات نویسنده مقاله الزاماً مورد تأیید مترجمان نیست، اما توجه به جرح و تعدیلاتی که نویسنده در راه دفاع از نظر خویش بیان کرده، می تواند ذهن خوانندگان را با مباحث جدیدی از این قبیل آشنا ساخته و راه تطبیق این مباحث با حقوق داخلی ایران را تا حدی هرچند اندک هموار کند.

مقدمه

نرم افزار اصطلاحی است که برای توصیف مجموعه‌ای از اطلاعات و داده‌ها به کار می‌رود (همچنین از آن به برنامه‌های کامپیوتری یاد می‌شود) که به کامپیوتر امکان فعالیت می‌دهد. بدون نرم افزار کامپیوترها وسایلی بی مصرف می‌باشند که قادر به اجرای وظایف و کارکردهای خود نخواهند بود. از نقطه نظر حقوقی نرم افزارها به دو دلیل عمده قابل ملاحظه می‌باشند. اول اینکه نرم افزارها دارای ویژگی‌های خاص و مختص به خود می‌باشند بدین معنی که حقیقتاً با سایر اموال منقول مرسوم و ساخته شده در حقوق قابل قیاس نمی‌باشند. دوم اینکه با وجود اینکه نرم افزار یکی از کالاهای پرمصرف و سودمند اقتصادی است که امروزه در تمام عرصه‌های تجاری عصر ما حاضر می‌باشد اما هیچ گونه ماهیت حقوقی مشخصی ندارد. برای مثال، باعث تعجب است که گفته شود حتی معتبرترین متون حقوقی رایج تنها چند پاراگراف را به این محصول شایع اختصاص داده‌اند و در قسمت قواعد مربوط به بیع کالا آورده می‌شود. این امر که با کمبود قوانین مربوط به موضوع ترکیب گشته منجر گردیده است که طرز برخورد حقوقی و شیوه‌ای که باید در دعاوی مربوط به نرم افزارها اعمال شود معلوم نباشد. چنین ابهامی خود را در رابطه با این سؤال که آیا باید نرم افزار یک کالا به حساب آید و به عنوان کالا تحت شمول قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ و همینطور کنوانسیون ۱۹۸۰ سازمان ملل در رابطه با بیع بین‌المللی کالا (CISG) قرار گیرد یا نه آشکار می‌کند. در این مقاله ما به دنبال آن هستیم تا آنجا که اوضاع و احوال اجازه می‌دهد نرم افزار در رده کالاهای براساس قانون بیع کالا و

همینطور کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قرار گیرد.

طرح مسأله

فقدان شفافیت که برخورد حقوقی نسبت به نرم‌افزار را احاطه کرده، از لحاظ مفهومی آنرا دچار یک هرج و مرج و از لحاظ تجاری مشکل‌ساز کرده است. امروزه، طرفین یک معامله که ابتدائاً با انتقال نرم‌افزار در ارتباط است، هرگاه با مسأله و اختلافی پیرامون آن معامله مواجه گردند، هرگونه پیش‌بینی حقوقی و قانونی جهت پاسخ به آن مسأله مورد انکار واقع خواهد گردید، در حالی که چنین پیش‌بینی نسبت به سایر محصولات متعارف امروزی عموماً فراهم آمده است. به چنین امری این حقیقت نیز اضافه می‌شود که هیچ‌گونه دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که نرم‌افزارها را از قوانین حمایتی که نسبت به سایر موضوعات قراردادهای خرید و فروش اعمال می‌گردد استثناء کنیم و این امر به نحو فزاینده‌ای جلوه‌گر می‌گردد که کوتاهی حقوقی نسبت به اسباب و لوازم این موضوع رضایت‌بخش نبوده و می‌بایست بر این نکته تأکید کنیم که مسئولیت ناشی از فروش کالا ابتدائاً و صرف‌نظر از موضوع آن، جهت جبران خسارت مشتری که انتظارات او از کالا فراهم نیامده، برقرار گشته است. خریداران نرم‌افزار نیز به طور کلی همان انتظاراتی را از فروشندگان این محصول دارند که همانند این انتظارات از سایر فروشندگان محصولات متعارف می‌رود. امتناع از طبقه‌بندی نرم‌افزار به عنوان کالا این اثر را دارد که باعث عدم شناسایی حمایت از این انتظارات مورد نیاز، خواهد شد. قانون بیع کالا و همچنین قانون فروش و تهیه کالا مصوب ۱۹۹۴ تضمینات حقوقی برای قراردادهای مربوط به بیع اموال منقول به جز حقوق موضوع دعوا و پول مقرر داشته است. حال پاسخ این سؤال که آیا نرم‌افزار توسط این تعریف پوشش داده می‌شود یا نه بستگی به این دارد که در طبقه‌بندی اموال منقول و جدای از استثنائات ذکر شده قرار گیرد. این مطلب یکی از مسایل تفسیری در حقوق کامن‌لا می‌باشد اما کامن‌لا هیچ‌گونه جواب روشنی به آن نداده است. همین مسأله در مورد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) نیز مصداق دارد. اگرچه این سؤال که آیا نرم‌افزار به عنوان کالا تحت شمول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قرار دارد یا نه، به علت دامنه وسیع اجرایی کنوانسیون در

موقعیت‌های بیشتری مطرح گردیده است اما همچنان بی‌پاسخ مانده و حل نگردیده است.

یکی از دلایل این امر آن است که چه قانون بیع کالا و چه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در زمان تصویب هیچ کدام در صدد تحت شمول قرار دادن معاملات مربوط به نرم افزار نبوده‌اند. دلیل دیگر نیز آن است که توسعه سریع اهمیت اجتماعی و تجاری نرم افزار، رشد قابل ملاحظه‌ای را در درک حقوقی تکنولوژی‌های مربوطه ایجاد کرده است. نمی‌توان و البته نباید انکار کرد که نرم افزار پدیده بی‌همتایی است و در نتیجه تلاش برای شناخت ماهیت حقوقی آن از طریق مقایسه با دیگر مفاهیم موجود همیشه مفید نخواهد بود. برای اینکه ماهیت حقوقی مناسبی بتوان برای نرم افزار تبیین کرد باید هم در شیوه طبقه‌بندی حقوقی و هم در معیاری که ما در رابطه با آن به کار می‌بریم تجدیدنظر کنیم. جهت طبقه‌بندی یک محصول آنچه می‌بایست مورد ملاحظه قرار گیرد و معیاری که باید اساس چنین طبقه‌بندی باشد، همان ویژگی‌های ذاتی آن محصول می‌باشد. واژه کالا بسیار کلی و دارای اهمیت کاملاً نامحدود می‌باشد و ابتدائاً معنای خود را از چهارچوبی که در آن به کار برده می‌شود اخذ می‌کند. عدم موفقیت در شناسایی کالا به این علت است که برخی مواقع نمی‌توان بین منافع گوناگون و بالقوه کالاها تمایز قائل شد، منافعی که هر یک برخورد حقوقی جداگانه‌ای را می‌طلبد.

برای مثال، پول در معمولی‌ترین و شناخته‌شده‌ترین شکل خود، واسطه انجام معاملات می‌باشد و در نتیجه نمی‌توان آنرا به عنوان موضوع اصلی یک بیع به حساب آورد. با این حال پول تنها از حوزه کالاهایی که به طور رایج انتقال می‌یابند خارج شده است اما ممکن است همین پول همانند یک نوشته فیزیکی یا در قالب سکه در جایی که به خاطر ارزش ذاتی خود نگاه داشته شده و مورد مبادله قرار می‌گیرد، موضوع اصلی معامله قرار گیرد. این مثال ساده نشان می‌دهد که چگونه طبقه‌بندی‌های حقوقی بستگی به ملاحظات و نگرش‌های پیرامون آن دارد.

اسلوب‌شناسی (روش تحقیق)

ما در این تحقیق هم کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG) و هم قانون بیع کالا را به

چند منظور بررسی می‌کنیم. اول اینکه هر دو اینها در محیط حقوقی بین‌المللی تأثیرگذار هستند و با توجه به اهمیت نرم‌افزار برای اقتصاد امروز این امر دارای اهمیت است که برخورد این دو سیستم مختلف حقوقی با این پدیده روشن گردد. دوم اینکه برخلاف این واقعیت که انگلستان کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا را تأیید و تصویب نکرده اما با این حال برای جامعه تجاری انگلیس آگاهی از این توسعه‌ها سودمند می‌باشد زیرا ممکن است تجار انگلیسی خودشان را به اجرای این کنوانسیون ملزم کنند یا دادگاه‌های انگلیس گاهی اوقات متعهد و موظف به اجرای آن شوند. دلیل سوم نیز آن است که رابطه بین توسعه یافتگی‌های داخلی و بین‌المللی آنچنان که شایسته است به عنوان هم‌زیستی توصیف شده‌اند. بنابراین ممکن است که آموزه‌های باارزشی برای هر دو سیستم جهت یادگیری از هم وجود داشته باشد.

آنچه که موجب ابهام مورد بحث در رابطه با نرم‌افزار می‌شود مشخص نبودن مفهوم حقوقی بیع کالا است که تلاش در جهت احراز ماهیت این امر را با بررسی دو ویژگی تولیدات آغاز می‌کنیم. یعنی قابلیت لمس و قابلیت انتقال (دو ویژگی که جهت کالا قلمداد کردن یک محصول ضروری است) سپس به قراردادهایی که موضوع آنها نرم‌افزار است نظری خواهیم داشت؛ قراردادهایی که در چهارچوب آن پرسش‌هایی در قالب این سؤالات که آیا معاملات نرم‌افزار، قراردادهایی در زمینه کالا می‌باشند یا خدمات و یا این که صرفاً معاملاتی جهت کسب مجوز استفاده (لیسانس) یا قرارداد فروش، بروز می‌کند. به نظر ما چنین روشی مفید نمی‌باشد زیرا هیچ دلیلی ندارد این گونه فرض کنیم که تمام قراردادهای مربوط به نرم‌افزار باید از یک نوع رایج باشند. حقوق باید برای هر قرارداد واحد یک چهارچوب تنظیم کند همانند قراردادهای مربوط به سایر محصولات، تا بتواند ماهیت دقیق هر قرارداد را ارائه دهد؛ ماهیتی که در تناسب با آن باشد. مبحث اصلی این مقاله آن است که نشان دهیم می‌توان نرم‌افزار را در رده کالاها طبقه‌بندی کرد و در یک چهارچوب متناسب، این همان چیزی است که باید صورت پذیرد.

قابلیت لمس

بر مبنای برخی از نظام‌های حقوقی معیار قابلیت لمس جهت تعیین این امر که آیا موضوع مورد بحث کالا است یا نه دارای نقش تعیین کننده است. قابلیت لمس نیز معمولاً بدین صورت تعریف می‌شود که موضوع دارای شکل فیزیکی بوده یا توسط حواس قابل لمس باشد. این مفهوم نقش مهمی در بحث رایج مذکور ایفا می‌کند و حتی اینگونه بیان شده است که از قابلیت لمس به عنوان سبب سقوط تعبیر گردیده، بدین معنی که قابلیت لمس عاملی است که مانع قراردادادن نرم افزار در دسته کالا می‌گردد. علاوه بر این در دعوی ST Albans DG v International Computers قاضی آین گلیدول بین دو دسته از نرم افزارهای ذاتی و به خودی خود و نرم افزارهایی که در یک دیسک کامپیوتری ذخیره گردیده‌اند قایل به تفکیک گردیده است. به عقیده وی نوع اولیه نرم افزار یعنی نرم افزار ذاتی و به خودی خود (Per Se) در تعریف قانونی کالا نمی‌گنجد، در حالی که دیسک کامپیوتری که در درون آن برنامه‌ها طراحی شده تا کامپیوتر را قادر به انجام عملکردهای خاصی کند، در چنین تعریفی خواهد گنجد. یک برداشت روشن از این عقیده آن است که اگر بخواهیم نرم افزار را به عنوان کالا قلمداد کنیم می‌بایست بر روی یک وسیله قابل لمس (واسطه انتقال) ذخیره گردد. برعکس، در تفاسیری که دادگاه‌ها و نویسندگان حقوقی از کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG) کرده‌اند کوچکترین صراحتی دیده نمی‌شود. در اینجا هیچ‌گونه نظر واحدی مبنی بر اینکه آیا قابلیت لمس یا عدم قابلیت لمس به عنوان یک عامل تعیین کننده مطرح می‌باشد به چشم نمی‌خورد. در یک پرونده، دادگاه مقرر داشته است که نرم افزارهای رایج قابل لمس نمی‌باشند و بر این اساس به طور ضمنی مقرر کرده که نرم افزار به عنوان کالا تحت شمول کنوانسیون بیع قرار نمی‌گیرند. دادگاهی دیگر با اتخاذ روش آزادمشانه تری اظهار داشته است که مفهوم کالا بر اساس کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا شامل هر شی محسوس و غیر محسوسی که ممکن است موضوع معاملات بین‌المللی قرار گیرند می‌شود. در اینجا همچنین اختلاف نظرهای آکادمیکی پیرامون موضوع وجود دارد. بدین صورت که برخی بر این عقیده‌اند که لازم نیست کالا حتماً قابل لمس باشد تا تحت شمول مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی قرار گیرد، در حالی که دیگران تنها کالاهای قابل لمس را مشمول آن می‌دانند.

در نهایت برخی از مفسران رو به سوی معیارهای مبهمی نهاده‌اند، بدین صورت که کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا عموماً شامل اشیای قابل لمس می‌گردد، اما همچنین پیشنهاد کرده‌اند که واژه کالا می‌بایست به نحو وسیعی تفسیر شود، آنچنان که تمام انواع نرم‌افزارها را دربرگیرد!

وابستگی تفکیک به کالا دانستن نرم‌افزار

جهت اثبات این امر که آیا چنین تمایزی جهت طبقه‌بندی نرم‌افزار ضروری است، لازم است تعیین شود که چرا قابلیت لمس تا این حد جهت کالا قلمداد کردن یک شی لازم است؟ این امر احتمالاً به خاطر این امر است که اموال می‌بایست تحت یک قرارداد فروش منتقل شود. در بیشتر سیستم‌های حقوقی قرارداد فروش را به عنوان توافقی تعریف کرده‌اند که به موجب آن مالکیت یک کالا در ازای دریافت مبلغی پول که ثمن (Price) نامیده می‌شود، انتقال می‌یابد و چنین انتقالی عموماً احتیاج به انتقال تصرف دارد. در مورد موضوع قرارداد کاملاً غیرمحموس، در هر دو سیستم حقوقی کامن‌لا و رومی گفته شده است که چه واگذاری و چه تصرف یک موضوع غیرملموس ناممکن است یا اینکه موضوعات غیرملموس قابلیت تملک را ندارد، زیرا آنها را به طور مادی و فیزیکی نمی‌توان تصرف کرد. بنابراین به نظر می‌رسد شکل‌هایی از قابلیت لمس ضروری می‌باشد.

بنابراین، بحث اولیه ما در این زمینه به مفهوم حقوقی قابلیت لمس اختصاص می‌یابد که می‌بایست به روز شده تا بتواند با نیازهای عصر اطلاعات خود را تطبیق دهد. یک اشتباه اساسی، زمانی که نرم‌افزار را تقسیم می‌کنند، همانا کشیدن یک خط تفکیکی کیفی میان سخت‌افزار و نرم‌افزار است. در حقیقت، از لحاظ قانونی هیچ‌گونه تفکیک مشخصی بین آنها صورت نپذیرفته است. همانطور که در زیر شرح خواهیم داد، اختلاف مادی میان سخت‌افزار و نرم‌افزار از لحاظ اجزا تنها به اندازه اجزای این دو برمی‌گردد و نه چیز دیگر. هر دوی اینها دارای شکلی مادی هستند به جز اینکه سخت‌افزار را می‌توان توسط حواس غیرمسلح لمس کرد اما نرم‌افزار را نه. اما چنین امری این حقیقت را که محصولات نرم‌افزاری ملموس می‌باشند، تغییر نمی‌دهد، همچنان که دادگاه عالی

لویز یا ناچنین امری را به رسمیت شناخت هنگامی که بیان کرد: «در تعریف قابلیت لمس، دیدن مختص به چشم غیرمسلح نیست و دارای وزن بودن مختص به اندازه گیری با ترازوی قصابی یا حمام نمی باشد! و دارای مقدار بودن محدود به یک معیار خاصی نشده است».

قاضی هال (Hall) سپس اظهار می دارد:

«نرم افزار به عنوان یک نسخه فتوکپی، صرفاً یک حق یا ایده ای که توسط فهم و ادراک قابل استنباط باشد نیست. خریداران نرم افزار هم نمی خواهند و اینطور هم نیست که صرفاً اطلاعاتی را دریافت دارند، بلکه ترتیب خاصی از مطالب را کسب می کنند که به وسیله آن کامپیوترشان یک عملکرد دلخواه و موردنظر را انجام می دهد. چنین ترتیبات خاص اطلاعاتی که از لحاظ فیزیکی بر روی وسیله ای قابل لمس ضبط گردیده اند، به عنوان یک هیأت مادی قلمداد می گردد».

این هیأت مادی در قالب حلقه انبوهی از بیت ها (Bits یا همان حداقل واحد اطلاعاتی) شکل می گیرد. اگر یک برنامه کامپیوتری به طور دایم در یک دیسک کامپیوتری ذخیره شود، هر بیت به وسیله وجود یا فقدان یک حفره بر روی سطح دیسک برقرار می شود و زمانی که یک برنامه به صورت موقت ذخیره می گردد، همانند جایی که بر روی دیسک سخت (Hard Disk) کامپیوتر قرار می گیرد، به صورت سلسله ای از حرکات مغناطیسی که به صورت صفر و یک می باشند، به منصفه ظهور می رسند. حتی در حالت انتقال الکترونیکی یا نسخه برداری (Download)، نرم افزار در وضعیت انتقال زودگذر و سریع خود، هنوز دارای یک هیأت مادی است زیرا در این حالت نیز متشکل از مجموعه ای از موج های الکترونیکی (Electronic Pulses) می باشد.

همانطور که ارتباطات الکترونیکی صرفاً شکلی از اتصالات میان سخت افزارهاست، هر نرم افزاری که یک کامپیوتر دریافت می دارد از یک محیط اثری و فرامادی حاصل نیامده، بلکه از یک کامپیوتر دیگر که در محلی دیگر قرار دارد، به دست آمده است و از آنجایی که نرم افزار دارای این شکل قابل لمس است در نتیجه قابل انتقال و تصرف نیز خواهد بود.

در اثبات این سخن، شایان توجه است که متذکر شویم، مفاهیم اموال و تصرف به

طور غیرقابل اجتنابی به هم پیوسته می‌باشد. همچنان که بریدج (Bridge) متذکر گردیده: «در حقوق اموال منقول، تصرف ارتباط بین یک شخص و مال است که بر روی تصرف حقیقی و مادی و همینطور قصد محروم کردن اشخاص دیگر از کنترل مؤثر بر روی آن مال، بنا گردیده است». اگر چیزی را نتوان تحت تصرف درآورد، در نتیجه مالک نیز نمی‌تواند دیگران را از تصرف در آن ممنوع سازد. برای اینکه نرم‌افزار را بتوان به تصرف درآورد باید دو ویژگی خاص را دارا باشد. اول اینکه مفهوم انحصار در استفاده جهت آن است که نرم‌افزار قابلیت کنترل از جانب مالک را دارا باشد و به این دلیل که نرم‌افزار به عنوان پدیده‌ای مادی بر روی یک سخت‌افزار ذخیره می‌گردد قابل کنترل بوده و دسترسی انحصاری به آن می‌تواند حفظ شود. دوم هم اینکه نرم‌افزار می‌بایست قابل انتقال باشد زیرا اگر چنین نباشد، نمی‌توان آنرا بدون آنکه صلاحیت تصرف انحصاری خود را از دست بدهد، انتقال داد.

عدم موفقیت در شناخت ماهیت حقیقی نرم‌افزار احتمالاً منتهی به این وضعیت ناخوشایند خواهد شد که در چنین وضعیتی حقوق قابل اعمال نسبت به یک معامله خاص وابسته به این امر خواهد گردید که آیا نرم‌افزار بر روی دیسک تحویل گردیده است یا از روی شبکه نسخه برداری شده است، هر چند که منظور از این معاملات اغلب یکسان است.

شکی نیست که طرفین چنین معاملاتی و به ویژه آنان که قرارداد را به عنوان مصرف‌کننده منعقد می‌کنند، متعجب خواهند شد وقتی بدانند وسیله تحویل انتخابی آنها (نسخه برداری یا تحویل بر روی دیسک) نتایج مهمی بر حقوق قانونی آنها خواهد داشت! براساس حقوق انگلستان، حقوق و تعهدات طرفین یک معامله‌ای که تحت عنوان قرارداد فروش طبقه‌بندی نشود، بیشتر مشمول قواعد عام کامن لا خواهد بود تا قانون بیع کالا.

همچنین قراردادی که استنباط شود به عنوان یک قرارداد فروش تحت حکومت کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قرار نمی‌گیرد، قضات و داوران را موظف می‌سازد تا قانون قابل اعمال به دعوا را (مطابق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی) تعیین کنند. به هر ترتیب، چنین نتایجی به عنوان امری نامطلوب و مخالف انتظارات معقول خریداران

نرم افزار تلقی می گردد.

قابلیت انتقال

چیزهایی که قابل انتقال نیستند نمی توانند بدون این که صلاحیت تصرف انحصاری خود را از دست بدهند انتقال یابند و در صورتی که به صورت انحصاری در تصرف مالک درنیاید، او نمی تواند از تصرف دیگران در آن مال ممانعت کند.

بریدج (Bridge) مطلب مذکور را از طریق یک انگشتی الماس و اطلاعات توضیح می دهد. بدین صورت که انتقال دهنده اطلاعات، اطلاعاتی را که انتقال می دهد نزد خود نگاه می دارد و بدین ترتیب یکی از ویژگی های حقوق اموال یعنی همان انحصار، نادیده گرفته می شود، در حالی که یک انگشتی الماس نمی تواند در یک زمان واحد در انگشتان دست دو نفر قرار بگیرد. بنابراین، قابلیت انتقال یک محصول به نظر می رسد معیار خوبی جهت قراردادن آن محصول در ردیف کالاهایی که می تواند موضوع قراردادهای فروش باشد است.

نرم افزار بر خلاف حقوق دینی (Chose in Action) قابل انتقال می باشد. یک حق بالقوه همانند حق نسخه برداری (Copy right) نمی تواند انتقال یابد. اگر دارنده چنین حقی از آن تخطی کند، او این حق را به نقض کننده انتقال نداده است. اما در جهت عکس، این حق وی را قادر می سازد که به طرح دعوا بپردازد.

نمونه دیگری از این حقوق دینی همانند «دانستن چگونگی ساخت یک برنامه»، از لحاظ فیزیکی قابل انتقال نیست، از این جهت که اگر چه ممکن است از یک ذهن به ذهن دیگری انتقال یابد، اما هیچ گاه منشأ خود یا همان ذهن انتقال دهنده را ترک نخواهد کرد، یک نسخه از آن ساخته می شود، اما فکر اولیه همان جایی که بوده باقی می ماند. چنین چیزهایی ضرورتاً با کسانی که طراح آن بوده اند در حرکت بوده و همراه آنان باقی می مانند. این حقوق نسخه برداری شده و به اشتراک گذاشته می شوند، اما به صورتی که از محل اول جدا شوند، انتقال نمی یابند.

در هر حال این امکان وجود دارد که یک قسمت از نرم افزار از یک قسمت از سخت افزار به قسمت دیگر آن انتقال یابد. البته چنین چیزی (نرم افزار) می تواند نسخه

برداری شده و به اشتراک گذاشته شود (که اغلب نیز چنین است)، اما چنین امری در مورد اکثر کالاهای منقول صادق است. تمایز اساسی بین چیزهایی که قابل انتقال اند و چیزهایی که چنین قابلیت را ندارند، امکان حذف آنها از منبع انتقال دهنده می باشد.

قابلیت انتقال به نحو مستقیم با شرط لزوم تحویل در ارتباط است. براساس قانون بیع کالا (SGA) تحویل به معنی انتقال ارادی تصرف از یک شخصی به شخصی دیگر می باشد و روشن است که تحویل بر اساس کنوانسیون بیع بین المللی کالا نیز قصد گردیده است تا شامل اعمالی گردد که این اعمال خریدار را قادر سازد به تصرف کالای فروخته شده بپردازد. این ویژگی همان چیزی است که می تواند در ارتباط با نرم افزار ایجاد گردد و بدین وسیله آن را بار دیگر از حقوق دینی که قابلیت تحویل ندارند، متمایز سازد. از آنجا که اجرای یک قرارداد فروش به وسیله تحویل کالاهای فروخته شده تحقق پیدا می کند، روشن می گردد که قابلیت تحویل ویژگی ضروری برای کالاهایی است که مهیا شده اند تا موضوع قرارداد فروش قرار گیرند. نشان دیگری از قابلیت انتقال نرم افزار صرف نظر از وسیله ای که نرم افزار بر روی آن عرضه می گردد، آن است که این چنین قصد می گردد که نرم افزار به عنوان یک کالای مجزا تحویل گردد. به بیانی دیگر زمانی که نرم افزار در وسیله دیگری همانند دیسک سخت یک کامپیوتر قرار می گیرد، این امر بدان خاطر است که نرم افزار می تواند به آن اضافه شود یا از آن جدا گردد، بدون آن که هیچ گونه خسارت مادی به آن وسیله وارد آید.

شاید این امر دارای اهمیت باشد که ماده ۲ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده به نحو صریحی از تعریف کالا که در آن اصطلاح «مال منقول» به کار می رفت دوری جسته و عبارتی را بدین صورت پذیرفته است که «تمام چیزهایی (که مخصوصاً کالاهای سفارشی را در بر می گیرد) که در زمان تعیین هویت موضوع قرارداد جهت فروش، قابل انتقال باشد».

چنین ارجاع صریحی به ملاک قابلیت انتقال و شناسایی، به نحو مؤثری ویژگی محصولات را از اینکه بیشتر به این سؤال برگردند که آیا می توانند کالا باشند یا نه کاهش می دهد.

تا آنجا که به کنوانسیون بیع بین المللی کالا مرتبط است، اگرچه بطور صریح این امر که

برای کالا تلقی شدن یک موضوع فروش، می بایست قابلیت انتقال وجود داشته باشد، بطور صریح لازم دانسته نشده است، اما چنین شرطی را از جابجای مقررات کنوانسیون می توان استنباط کرد. بخش مشابه قانون بیع کالا نیز که همچنان راغب به استفاده از اصطلاح «اموال منقول شخصی» است کمتر در این زمینه صراحت دارد و در نتیجه کمتر راهگشا خواهد بود. در کل، در حالی که برخی از اموال منقول شخصی قابلیت آن را دارند که به عنوان موضوع اصلی یک قرارداد فروش قرار گیرند، بقیه کالاها چنین قابلیتی را فاقد می باشند. پس بهتر آن است از آغاز به معرفی کالاهایی پرداخته شود که در قالب های قانونی قرار می گیرد، تا اینکه قاعده ای تعیین کنیم و سپس از درون آن استثنائات را بیرون بکشیم. چنین روشی از جمله در جایی صحیح است که چنین قاعده ای توسط انبوهی از مفاهیم محاصره گردیده است.

تفکیک کالا از خدمات

چنین استدلال شده است که معاملات نرم افزار، بیشتر قراردادهایی برای عرضه خدمات اند تا فروش کالا و از همین رو بر روی تفکیکی که در برخی از سیستم های حقوقی بر قرار گردیده تکیه می کنند. در این سیستم های حقوقی، رژیم های حقوقی قابل اعمال بستگی به این امر خواهد داشت که یک قرارداد خاصی چگونه طبقه بندی گردد (جزء فروش کالا باشد یا عرضه خدمات).

تلاش های چندی جهت تبیین تفاوت میان کالاها و خدمات صورت پذیرفته است. برای مثال استدلال شده است که قراردادهای عرضه خدمات برخلاف قراردادهای فروش بر مبنای رابطه قراردادی متداوم و در خواست برای مشارکت و عمل متقابل بین طرفین قرار دارد اما این دو ملاک تفکیک را می توان همچنین نسبت به قراردادهای فروش نیز اعمال کرد، زیرا برخی از این قراردادها در طی یک مدت طولانی اجرا می گردند و ممکن است محتاج به همکاری و مساعدت متقابل باشند. همچنین استدلال شده است که ارایه خدمات قابلیت ذخیره سازی (یا همان یک جا فروشی) را ندارد و این نکته شاید بازتاب همان اختلاف اصلی میان کالا و خدمات باشد که از آن به عدم قابلیت لمس پذیری خدمات یاد می شود.

ممکن است حقوق به خاطر جهات عملی و اینکه کالاها و خدمات به صورت‌های متفاوتی مورد معامله قرار می‌گیرند، رفتارهای متفاوتی با آنها بکند. بنابراین تا آنجا که به تولیدات قابل لمس مرتبط است، تأکید یا همان قابلیت لمس بر روی خود محصول قرار می‌گیرد، زیرا می‌توان آن را به نحو مادی از تولیدکننده به دست مصرف‌کننده رساند. برعکس، ماهیت غیرقابل لمس ارایه خدمات خود توضیح می‌دهد که چرا تأکید و معیار بیشتر بر روی روشی که آن خدمات ارایه می‌گردد قرار می‌گیرد تا نتیجه‌ای که از آن حاصل می‌شود.

دلیل محتمل دیگری که ممکن است برای تمایز کالاها و خدمات آورده شود این حقیقت است که انتقال حقوق مالکیت به عنوان عنصر اصلی یک قرارداد فروش به حساب می‌آید. بنابراین معاملات مربوط به ارایه خدمات نمی‌توانند به عنوان قرارداد فروش به حساب آیند، زیرا ارایه خدمات به خودی خود نمی‌تواند به تملک درآمد یا چیزی را منتقل کند و در نتیجه هیچ‌گونه انتقال مالکیتی به وسیله آن صورت نخواهد پذیرفت و در حالی که می‌توان استدلال کرد که طرف قرارداد ارایه خدمات می‌تواند طرح دعوای الزام به ارایه خدمات را بکند اما چنین حقی بیشتر قراردادی است تا اینکه ماهیتاً مربوط به مالکیت باشد.

آثار تمایز

یکی از آثار این تمایز این است که به طور کلی وظایف و مسؤولیت‌های یک فروشنده با یک ارایه‌دهنده خدمات متفاوت است. در چهارچوب قرارداد فروش، مسؤولیت فروشنده مطلق است و وی را مسؤول معایب کالا، حتی در فرض عدم تقصیر، قرار می‌دهد. برعکس وظایف ارایه‌دهنده خدمات معمولاً همان رعایت استانداردهای خاص مراقبت می‌باشد. در حالی که چنین تفکیکی که بر روی ماهیت غیر ملموس ارایه خدمات قرار دارد، حقوق را به سمت تمرکز بر روی اجرای قرارداد هدایت کرده تا نتایج آن، اجرای هر قرارداد ارایه خدمات نتایجی (همانند یک محصول مادی یا کسب اطلاعات) دربر دارد که حقوق می‌تواند به جای تمرکز بر روی اجرا، در عوض بر روی چنین نتایجی تمرکز کند.

انواع گوناگون معاملات نرم افزار

به دلیل آنکه تمایز میان معاملات کالا و خدمات در حقوق انگلستان و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به رسمیت شناخته شده است، با این حال این سؤال که معاملات نرم افزار را نسبت به چنین تقسیمی چگونه می‌بایست طبقه‌بندی کرد، واجد اهمیت است. چنین معاملاتی گوناگون بوده و زمانی که این معاملات منجر به ارائه خدمات نیز می‌شود، یک مسأله قضایی خواهد بود. معاملات متضمن نرم افزار مثال دیگری از این امر هستند که چگونه معاملات کالا به نحو روز افزونی ویژگی معاملات ارائه خدمات را به خود می‌گیرد و برعکس. بنابراین جای تعجب نخواهد بود که در مورد این که این معاملات چگونه می‌بایست طبقه‌بندی شوند، هیچ گونه اتفاق نظری در اینجا وجود نداشته باشد. اگرچه برخی از نویسندگان اظهار می‌دارند که هرگونه معامله متضمن نرم افزار یک قرارداد ارائه خدمات به حساب می‌آید، اما پیشنهاد شده روش بهتر آن است که از چنین کلی‌گویی فاصله بگیریم و میان انواع گوناگون قرارداد که معاملات نرم افزار در چهارچوب آن شکل می‌گیرد، قایل به تفکیک شویم.

قبل از همه، غالباً تفکیکی میان قراردادهای متضمن نرم افزارهای استاندارد (یعنی نرم افزارهای از قبل آماده که توسط مصرف کنندگان ابتدایی خریداری می‌شود) و قراردادهایی متضمن نرم افزارهایی که جهت نیاز مصرف‌کننده‌ای خاص ساخته می‌شود، برقرار گردیده است. چنین تفکیکی در چهارچوب کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در جایی که برخی از دادگاه‌ها رأی دادند که قراردادهایی که شامل ساخت نرم افزارهای تخصصی می‌باشند، قرارداد ارائه خدمات به حساب می‌آیند و قراردادهای شامل نرم افزارهای استاندارد قرارداد فروش، مورد تبعیت قرار گرفته است. اگرچه چنین تصمیماتی حمایت‌هایی از نویسندگان دانشگاهی را نیز جذب کرده اما نظری که اخیراً پذیرفته شده و بهتر شناخته گردیده آن است که این تمایز به خودی خود نسبت به این سؤال که آیا یک معامله خاص تحت کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا عقد بیع به حساب می‌آید یا نه، بی‌وجه و غیرمرتبط است.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقررات خاصی را در ارتباط با این سؤال که آیا یک قرارداد خاصی متضمن تولیدات یا ارائه خدمات در چهارچوب آن قرار می‌گیرد یا نه

ارایه کرده و چنین مقرراتی بیشتر می‌بایست ملحوظ شود تا این که میان نرم‌افزارهای استاندارد و سفارشی قایل به تفاوت شویم.

آنچه ممکن است به نظر دشوار برسد آن است که آیا طرح و ساختن نرم‌افزار برای یک مصرف‌کننده خاص در چهارچوب ماده (۱) ۳ کنوانسیون قرار می‌گیرد یا ماده (۲) ۳؟ کسانی که از تصمیمات قضایی ذکر شده در بالا حمایت می‌کنند فرض را بر این می‌گذارند که نرم‌افزارهای سفارشی در قالب ماده (۲) ۳ کنوانسیون جای دارند. اما به نظر ما تا آنجا که یک محصول به عنوان چیزی ساخته شده یا تولید شده به حساب می‌آید، ماده (۱) ۳ می‌بایست اعمال گردد. مفاد این مقررۀ آن است که مگر در مورد سفارش‌دهندگانی که در جریان فراهم کردن کالا، قسمتی اساسی از ضروریات مادی برای چنین محصولات یا تولیداتی را فراهم می‌آورند، این گونه قراردادها می‌بایست قرارداد فروش به حساب آید. با این حال، این پیشنهاد که در برخی موارد محدود تاثیرات متقابلی میان ماده (۱) ۳ و (۲) ۳ ممکن است بروز کند، به نظر صحیح می‌باشد. به طور مثال در جایی که موادی که توسط خریدار مهیا گردیده به خودی خود تحت ماده (۱) ۳ قسمتی اساسی از مواد لازم برای تولید قلمداد نمی‌گردد و در جایی که ارایه خدمات به جز آنهایی که مربوط به امر تولید یا ساخت است، براساس ماده (۲) ۳ بخش اعظم تعهدات فروشنده به حساب نمی‌آید، در شرایط استثنایی، ترکیب مشارکت طرفین می‌تواند ماهیت معامله را به طور کل آنچنان تغییر دهد که خارج از مرزهای حاکمیت کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قرار گیرد.

بنابراین، اینکه یک معامله متضمن نرم‌افزار که برای نیازهای یک مصرف‌کننده خاص مهیا گردیده، تحت کنوانسیون بیع بین‌المللی قرارداد فروش به حساب آید، بستگی به حقایق پیرامون هر معامله دارد. اگر چه وضعیت حقوق کامن لا در این قضیه، به طور کامل صریح و قابل فهم نمی‌باشد، اما با این حال به نظر می‌رسد اینکه معامله متضمن نرم‌افزار سفارشی قرارداد فروش تلقی شود، باز به اوضاع و احوال خاص هر معامله بستگی دارد. به طور مثال امروزه به طور وسیعی پذیرفته شده است که پاسخ این سؤال که آیا قراردادی تنها مرتبط با ارایه کار و مواد لازم است یا قرارداد فروش کالا، بستگی به آن دارد که اساس قرارداد چیست و چنین سنجشی با توجه به ارزیابی ارزش یا

اهمیت کار و مواد صورت می‌گیرد. به نظر می‌رسد که تمایز نرم‌افزار به دو گروه نرم‌افزارهای استاندارد و نرم‌افزارهای سفارشی الزاماً توسط «معیار اساس قرارداد» حاصل نخواهد شد و اگر چنین معیاری ملاک قرار گیرد به نحو غیرقابل توجیهی محدود و مقید می‌گردد.

دوم اینکه، در اکثر موارد فروش نرم‌افزار، تحویل نرم‌افزار با ضمانت‌های مختلفی از قبیل تضمین نصب، تضمین سیستم، برنامه، ارایه سرویس و آموزش همراه می‌گردد. براساس کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، چنین قراردادهایی تا آنجا که شامل تولید و ساخت نرم‌افزار (به صورت سفارشی) نشود و مشروط بر آنکه کار یا ارایه خدمات بخش غالب تعهدات شخصی که کالا را تحویل می‌دهد تلقی نگردد، قرارداد بیع به حساب خواهد آمد. پاسخ حقوق کامن لا به این مساله باز هم بستگی به تعیین جوهره اساس قرارداد خواهد داشت. با این حال پیشنهاد شده است که اگر کار و خدمات از ارایه کالا قابل تفکیک باشد، رژیم‌های مختلفی می‌تواند بر روی بخش ارایه خدمات و بخش ارایه کالای یک قرارداد حاکمیت داشته باشد.

سوم هم این که برخی از قراردادهای، متشکل از ایجاد حق استفاده از منابع اطلاعاتی بر روی خط (On line) همانند آنچه توسط Westlaw و Lexis - Nexis فراهم آمده می‌باشد. در حالی که برخی شارحین چنین امری را محتمل دانسته‌اند بتوان این گونه معاملات را بیع شمرد، دیگران استدلال کرده‌اند با این فرض که در اینجا قرارداد لیسانسی وجود ندارد، چنین قراردادهایی بیشتر به ارایه خدمات می‌مانند تا فروش کالا. به نظر ما قضیه پیچیده‌تر از اینهاست زیرا چنین معاملاتی ممکن است شامل هم ارایه کالا و هم خدمات باشد. دلیل ما این است علتی که باعث می‌شود قابل به چنین تمایزی شویم آن است که کالاهای غیرملموس از کالاهای ملموس متمایز است، زیرا کالاهای غیرملموس قابل تصرف، تملک و کنترل نمی‌باشند. اگر این توضیح تمایز میان کالا - خدمات و ملموس غیرملموس را ارایه دهد، در نتیجه قراردادهای فراهم آورنده دسترسی به منابع روی خط، هم شامل ارایه کالا است و هم ارایه خدمات. استفاده از موتورهای جستجوی روی خط، برای مثال نوعی از ارایه خدمات محسوب می‌گردد، زیرا نرم‌افزاری که این موتورهای جستجو را قادر به فعالیت می‌کند توسط استفاده کننده

به هیچ وجه تصرف و کنترل نمی‌شود. همچنین اگر قطعه‌ای از نرم‌افزار توسط کاربر در جریان استفاده از منابع اطلاعاتی نسخه برداری (Download) شود، آن قطعه از نرم‌افزار می‌تواند تحت عنوان کالا قلمداد گردد، زیرا به محض آنکه نرم‌افزار درون کامپیوتر کاربر نسخه برداری شد، می‌تواند آن را تحت تصرف درآورد و کنترل کند. بنابراین ما یک بار دیگر به این نتیجه می‌رسیم که طبقه بندی مناسب معاملات نرم‌افزار نمی‌تواند تنها بر روی مبنای ماهیت موضوع قرارداد قرار گیرد. اینکه یک توافق واقعاً قرارداد ارائه خدمات یا فروش کالا محسوب می‌شود، بعضاً با توجه به چهارچوب معامله خاص قابل ارزیابی است.

تمایز قراردادهای اجازه بهره‌برداری از قراردادهای فروش

قابل توجه است که بدانیم هرگاه پای نرم‌افزار به میان می‌آید، اغلب تمایز میان مجوز بهره‌برداری و قرارداد فروش دچار ابهام و گمراهی می‌گردد، در حالی که در مورد سایر موضوعات چنین امری کمتر به چشم می‌خورد. در حالی که ویژگی‌های خاص نرم‌افزار، طبقه‌بندی آن در زمره کالاها را با شک و تردید مواجه ساخته، ماهیت معاملاتی که نرم‌افزار موضوع اصلی آن است دچار ابهام مضاعفی گردیده است. استدلال رایجی وجود دارد مبنی بر این که بسیاری از معاملات متضمن انتقال نرم‌افزار قرارداد فروش به حساب نمی‌آید، بلکه صرفاً قرارداد اجاره بهره‌برداری می‌باشند و در نتیجه تحت حکومت قانون بیع کالا و همچنین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قرار نمی‌گیرد. اما چنین استدلالی بر پایه غلطی شکل گرفته است. در اکثر قراردادهای نرم‌افزار، به طور مثال، ضروری است میان دو مفهوم قابل به تفکیک شویم: معامله مالکیت فکری و معامله کالا. این معاملات به ترتیب در قالب قرارداد اجازه بهره‌برداری و فروش کالا شکل می‌گیرند. به طور مثال فرض رایجی را در نظر بگیرید که شخصی اقدام به خرید بسته‌ای نرم‌افزار کند. چنین خریداری نسخه کپی برنامه را خریده و تصرف و مالکیت آن نسخه به او منتقل گردیده است. در ارتباط با آن نسخه خریدار دارای حق تقدم در تصرف و مالکیت است؛ به طوری که او می‌تواند دیگران (از جمله فروشنده) را از دستیابی به آن برحذر دارد. البته، وی نمی‌تواند آن نسخه را باز تولید یا نسخه‌برداری کرده و یا آن

نرم افزار را بدون اجازه فروشنده به اشتراک گذارد. به همان ترتیب وی نمی تواند از اصالت و منحصر به فرد بودن آن نرم افزار جهت منافع تجاری خود بهره بگیرد. این محدودیت اخیر نمی تواند معامله ای که در ارتباط با نسخه فیزیکی نرم افزار به وقوع پیوسته را، تحت تاثیر قرار دهد. استدلال مشابهی، بالاتر از همه می تواند نسبت به خریدار یک کتاب صورت پذیرد. بر اساس قرارداد فروش، خریدار مالکیت و تصرف مطلق بر روی آن نسخه در برابر هم فروشنده نسخه کتاب و هم دارنده حق تکثیر (که ممکن است شخص دیگری باشد) دارد. این واقعیت که وی صاحب حقوق معنوی آن کتاب نشده (که معمولاً در چنین قراردادهایی اینطور است) باعث نمی شود که ادعا کنیم این کتاب به فروشنده فروخته نشده است!

تعدد منافع

در جایی که بحث پیرامون نرم افزار مطرح است، دو نوع از ارزش های مجزا وجود خواهد داشت. نوع اول در همان ماهیت جسمانی خود نرم افزار وجود دارد. به طور کلی شخصی که بسته نرم افزار را می خرد، آن را جهت ارزش استفاده از خود آن بسته کسب می کند. این حقیقت که حق مالکیت معنوی همراه با آن منتقل نشده و آن را محدود کرده است، هیچ گونه اثری نسبت به استفاده ای که وی از معامله می کند نخواهد داشت. این منفعت که همان ارزش استفاده از نرم افزار است مرتبط با قابلیت لمس و وضعیت کاربردی محصول است و در نتیجه محتاج آن است که انتخابات خریدار از لحاظ کیفیت، مناسب بودن جهت منظور وی از خرید و عملکرد محصول مورد حمایت قرار گیرد. در این چهارچوب هرگاه خریداری نرم افزاری را جهت ارزش استفاده از آن خریداری می کند، چنین معاملاتی از سایر معاملات مرتبط با کالاهای رایج که برای اهداف مشابه خریداری می شوند غیر قابل تمایز است. بنابراین دلیلی وجود ندارد میان این گونه معاملات از لحاظ حمایت های قانونی که نسبت به آنها می بایست به عمل آید قایل به تفکیک شویم.

نوع دوم از ارزش در ارتباط با ارزش مبادله ای حقوق مالکیت معنوی کالا که همراه آن است، مطرح می شود.

میل به دارا شدن چنین حقی الزاماً مقارن با میل به بهره‌برداری از ارزش استفاده از خود محصول نمی‌باشد (در حقیقت این دو ارزش در عمل کمتر قرین با یکدیگر می‌باشند) و تنها در ارتباط با چنین حق غیرمادی (مالکیت معنوی) است که یک قرارداد اجازه بهره‌برداری مطرح می‌شود، اما چنین حقی به همان صورتی که خود محصول تحت قرارداد فروش انتقال می‌یابد، منتقل نخواهد شد. دارنده حق بهره‌برداری از محصول (Licensee) مالکیت مطلق بر ارزش مبادلاتی غیرمادی (یا همان حق کپی رایت) را بر اساس قرارداد اجازه بهره‌برداری به دست نخواهد آورد. در نتیجه چنین حقوقی، فروخته نمی‌شود. تمام آنچه دارنده حق بهره‌برداری بر اساس قرارداد اجازه بهره‌برداری به دست می‌آورد همان حق استفاده از هیأت مادی محصول است که مالکیت معنوی محصول در ارتباط با آن مطرح می‌گردد مشروط بر آنکه حق نسخه‌برداری (Copy Right) دارنده رعایت گردد. تفاوت عملی میان این نوع معامله و فروش محصول واضح است بر اساس قرارداد اجازه بهره‌برداری مجوز دهنده (Licensor) به عنوان دارنده حقوق معنوی، قانوناً مستحق بهره‌برداری نامحدود از محصول می‌باشد، در حالی که بر اساس قرارداد بیع، دارنده حق استفاده از مالکیت معنوی (Licensee) دارای حق تصرف و مالکیت در همان یک نسخه از نرم‌افزار که به وی منتقل گردیده می‌باشد. چنین حق استفاده‌ای در مقابل تمام دنیا قابل استناد است که شامل مجوز دهنده حق مالکیت معنوی آن محصول نیز می‌شود اما به این دلیل که توافقات مربوط به مجوز بهره‌برداری مرتبط به یک مفهوم کاملاً مستقل دیگری است، هیچ‌گونه مناسبتی با تاثیر کالاهای دیجیتال نخواهد داشت.

بنابراین، وجود حقوق مالکیت فکری بر یک برنامه کامپیوتری، الزاماً تحویل نرم‌افزار را از این که به عنوان یک قرارداد فروش به حساب آید، ممنوع نمی‌سازد. با این حال به نظر می‌رسد در برخی مواقع ماهیت قرارداد اجازه بهره‌برداری می‌تواند بر روی چگونگی تحویل نرم‌افزار تأثیر بگذارد. به علت وجود ماهیت‌ها و شروط مختلفی که به خاطر وجود حق مالکیت معنوی ایجاد می‌شود تحویل نرم‌افزار همیشه نمی‌تواند به عنوان یک قرارداد فروش توصیف شود. به عنوان مثال در صورت نقض قرارداد توسط مصرف‌کننده ممکن است استرداد نرم‌افزار را ایجاب کرده یا بهای زمانی را جایگزین

بهای یکبار پرداختی (One off Fee) کند و مدت استفاده از نرم افزار ممکن است کاهش یابد. پیشنهاد شده است که در این گونه موارد شروط معامله حق مالکیت معنوی استفاده از خود نرم افزار را ممنوع سازد و تحویل نرم افزار نمی بایست به عنوان قرارداد فروش محاسبه گردد، زیرا چنین قراردادی تنها شاخصه های محدودی از قرارداد بیع را در خود دارد.

با این حال چنین موردی معمولاً حالت رایج نمی باشد. حتی یک قرارداد اعطای حق بهره برداری هنوز نمی تواند بسیار مشابه قرارداد فروشی باشد که در آن حق بهره برداری به طور دائم و در ازای دریافت قیمت یکبار پرداختی اعطا شده است. در این موارد، پیشنهاد شده است که معامله «معادل اقتصادی قرارداد فروش» به حساب آید زیرا مالک (حق تکثیر) هیچ انتظار واقع بینانه ای به برگشت آن نخواهد داشت. نکته مهم این است که این امر که وجود حق مالکیت معنوی می تواند بر روی ویژگی معامله نرم افزار تأثیر گذارد یا نه، مسأله مربوط به موارد خاص می باشد و لیست بی پایانی از عوامل تأثیرگذار مرتبط از جمله این که مدت استفاده از نرم افزار معین است یا نه، این که پرداخت به صورت یکباره یا زمانی تعیین شده و یا این که مجوز قابل فسخ است یا نه، می توان ارایه داد.

آیا خط مشی پیشنهادی موافق موازین قانون بیع کالا و کنوانسیون بیع بین المللی کالا می باشد؟

آخرین سؤالی که شایسته است در این بخش به آن پاسخ داده شود آن است که آیا قلمداد کردن معاملات نرم افزار به عنوان بیع، علی رغم وجود حقوق مالکیت فکری (IP)، مطابق موازین کنوانسیون بیع بین المللی کالا و قانون بیع کالا می باشد؟ در چهارچوب کنوانسیون بیع بین المللی کالا این استدلال ممکن است مطرح شود که مناسب نیست چنین قراردادهایی را بیع محسوب کنیم، زیرا هرچند این کنوانسیون بر روی انتقال مالکیت حاکمیت ندارد (ماده ب ۴ کنوانسیون) اما با این حال مقرر می دارد که یکی از تعهدات اصلی فروشنده انتقال مالکیت کالای فروخته شده است. (ماده ۳۰ کنوانسیون) با این حال، مقرراتی در کنوانسیون وجود دارد که اجازه می دهد چنین

قراردادهایی تحت حاکمیت آن قرار بگیرد. اول ماده ۴۲ که مقرر می‌دارد فروشنده می‌بایستی کالا را فارغ از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث که براساس حق مالکیت صنعتی یا سایر حقوق مالکیت فکری مطرح می‌شود تحویل دهد و سپس اشعار می‌دارد که چنین تعهدی به موردی که در لحظه انعقاد قرارداد خریدار آگاه بوده یا نمی‌توانسته آگاه از حقوق یا دعاوی ثالث باشد سرایت نخواهد کرد. به نظر می‌رسد مقرر اخیر در مورد آگاهی خریدار در اکثر موارد صادق می‌باشد زیرا یا قرارداد خود حاوی مقررات مربوط به حقوق مالکیت فکری است یا بسته کالا، اختطاری را مرتبط با چنین حقوقی بر خود دارد.

دوم این که از آنجا که کنوانسیون این اجازه را می‌دهد که طرفین قرارداد از مقررات آن اجتناب کنند، آنها می‌توانند از تعهد بایع نسبت به انتقال مالکیت کالا که در کنوانسیون ذکر گردیده صرف‌نظر کنند. بنابراین علی‌رغم وجود ماده ۳۰ کنوانسیون مبنی بر تعهد بایع به انتقال مالکیت کالا، به نظر می‌رسد حتی در فرض عدم وجود قصد طرفین برکنار گذاشتن مقررات کنوانسیون، وجود حقوق مالکیت فکری اغلب باعث نمی‌شود که معامله نرم‌افزار تحت حاکمیت کنوانسیون قرار نگیرد.

براساس مقررات قانون بیع کالا، مقررات مشابهی در بخش (۳) ۱۲ به طرفین اجازه می‌دهد که بر روی انتقال محدود مالکیت، توافق کنند. براساس این بخش از قانون فروشنده می‌تواند قرارداد فروش را تنها در مورد قسمتی از مالکیت کالا که دارای آن است منعقد کند، البته مشروط بر این که خریدار قبل از توافق نسبت به فروش کالا از این امر آگاهی یابد.

در حالی که یک رویه قضایی که براساس بخش (۳) ۱۲ شامل مثالی از این چهارچوب باشد به چشم نمی‌خورد اما هیچ ممانعتی در جملات بکار رفته در این بخش و به طور کل در قانون بیع وجود ندارد که چنین کاربردی را ممنوع سازد. بنابراین، به نظر می‌رسد هم تحت قانون بیع و هم کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا انتقال مالکیت در بخشی از نرم‌افزار کافی است تا آن را در طبقه‌بندی بیع قرار دهد، حتی در جایی که چنین انتقالی مقارن و همراه با انتقال حقوق مربوط به مالکیت فکری آن کالا نباشد.

تناسب راه حل انتخابی

یک سؤال اساسی در مورد این شک و تردید که آیا نرم افزار را می توان کالا توصیف کرد این است که آیا رژیم حقوقی عام حاکم بر عقد بیع واقعاً مناسب و کافی برای حکومت بر معاملات خاص نرم افزار می باشد؟

روشن است که همانند سایر قوانین بیع کالا، چه قانون بیع انگلستان و چه کنوانسیون بیع بین المللی کالا هیچ یک مدنظر نداشته اند تا بر معاملات نرم افزار حکومت کنند. بنابراین چندان عجیب نخواهد بود که اظهارات بی شماری نسبت به این امر که قوانین بیع مرسوم برای حکومت بر عرصه معاملات نرم افزار کفایت لازم را ندارند صورت پذیرد. عمده ایراد نیز این است که مبانی فکری که ما جهت برخورد با معاملات نرم افزار استفاده می کنیم (همان قواعد حاکم بر بیع) تناسبی با واقعیات و انتظارات پیرامون معاملات نرم افزار نداشته و یا این که قواعد حاکم بر عرصه بیع بر معیارهایی استوار است که تناسبی با عرصه معاملات نرم افزار ندارد. این پرسش که آیا رژیم موجود حاکم بر بیع کالا کافی و مناسب برای حکومت بر معاملات نرم افزار است یا نه بی اندازه دشوار و پیچیده است و نمی توان به آن، بدون بررسی کافی تناسب قسمت های مختلف قواعد حاکم بر بیع، پاسخ گفت. در حالی که چنین بررسی خارج از محدوده این تحقیق است، ما سعی خواهیم کرد نگاهی آزمایشی بر اساس تحلیل خود ارایه دهیم.

مسئولیت مطلق

چه بر اساس حقوق انگلستان و چه کنوانسیون بیع بین المللی کالا، مسئولیت بایع در قبال عدم مطابقت کالا مطلق است. در نتیجه فروشنده مسؤول عدم فراهم کردن کالا مطابق لوازم قانونی آن می باشد اما ضامن عدم رعایت استانداردهای خاص مراقبتی نخواهد بود. استدلال شده است که مناسب نیست با نرم افزار به عنوان کالا برخورد کنیم زیرا خریدار بسته های نرم افزار انتظار ندارد که این محصول به محض تحویل به وی به نحو کامل عمل کند زیرا نقایص کوچک و غیر قابل پیش بینی در معاملات نرم افزار مرحله ای طبیعی از آن به حساب می آید. ایراد دیگر نیز نسبت به قواعد مبتنی بر مسئولیت مطلق آن است که این قواعد مانع از رشد خلاقیت و نوآوری در صنعت

نرم افزار می گردد.

باین وجود پذیرفته شده است که هم حقوق انگلستان و هم کنوانسیون بیع بین المللی کالا دارای قابلیت انعطاف کافی جهت پاسخ به این ایرادات بوده و اگر درست تفسیر شوند، به نحو قابل توجهی نگرانی های مطرح شده را خواهند زدود. تا آنجا که به حقوق انگلستان مرتبط است، فروشنده در واقع مسؤولیت مطلق در قبال هرگونه تخلفی از بخش ۱۴ قانون بیع کالا خواهد داشت. چنین تخلفی نیز تنها هنگامی واقع خواهد شد که کالاهای فروخته شده استانداردهای لازمی که یک شخص متعارف آن را رضایت بخش می شمارد فاقد باشد. بخش (۲الف) ۱۴ قانون به طور صریحی مقرر می دارد که هرگونه قضاوتی می بایست با در نظر گرفتن هرگونه توصیف کالا، قیمت (اگر مرتبط باشد) و تمام اوضاع و احوال موجود، صورت پذیرد. این به معنای آن نیست که کالاها می بایست در لحظه اولیه تحویل کامل باشد. تناسب برای منظور و کیفیت رضایت بخش هر دو مفاهیم سیالی می باشند که معنای دقیق کاربردها را از حقایق و وضعیت ها و اوضاع و احوال هر موضوع خاص می گیرند. در تهیه و تنظیم لیستی از جنبه های مختلف کیفیت که کالاها بر اساس آن می بایست مورد قضاوت قرار گیرند بخش (۲ب) ۱۴ مقرر می دارد که تمام جنبه ها و نکات متناسب با جنبه های هر کالا بوده و زمانی که این معیارها نسبت به بازار نرم افزار مطرح می گردد این مفاهیم بازتاب آنچه رضایت بخش و معقول در چهارچوب خاص تجاری نرم افزار می باشد، خواهد بود. بنابراین برای مثال یک برنامه نرم افزار می تواند از لحاظ کیفیت رضایت بخش و معقول به حساب آید، مادامی که در طی مدت زمان هشت ماه از زمان تنظیم در محل کار بگذرد و ایراد اساسی پیدا نکند.

استدلال مشابهی نیز در چهارچوب کنوانسیون بیع بین المللی کالا قابل طرح است. با توجه به استاندارد تناسب برای منظور معمول ذکر شده در ماده (الف) (۲) ۳۵ کنوانسیون نظر غالب آن است چنین مقرره ای ضروری ندانسته که کالا بی نقص باشد. اگرچه در اینجا هیچ گونه توافقی نسبت به حداقل استاندارد لازم دانسته شده توسط این مقرره وجود ندارد، اما کمتر پیرامون این امر شک وجود دارد که در نهایت چنین حداقل استاندارد می بایست بر مبنای انتظارات معقول طرفین در اوضاع و احوال خاص هر معامله تعیین شود. اگر چنین پیشنهادی درست باشد، به نظر می رسد که کنوانسیون بیع

کالا این انتظار طرفین را حمایت می‌کند که معمولاً نرم افزارها به ندرت خالی از نقص می‌باشند.

نتیجه مشابهی از کاربرد استاندارد مناسب برای هر نوع منظور خاصی که به طور صریح یا ضمنی از فروشنده براساس ماده ۳۵ برود به دست می‌آید. اگر قراردادی به طور صریح مقرر دارد که نرم افزار می‌بایست به طور کامل خالی از نقص باشد، این اعتراض که مسؤلیت مطلق تناسب ندارد، بی‌مورد خواهد بود زیرا کنوانسیون به طور ساده توافق طرفین را به رسمیت می‌شناسد، بنابراین طرفین می‌توانند از چنین مقررهای صرف نظر کنند. با این حال اگر دادگاهی به دنبال منظور ضمنی از (خرید) کالا است می‌بایست قرارداد را براساس استنباط یک شخص متعارف با در نظر گرفتن تمام اوضاع و احوال مرتبط تفسیر کند.

بنابراین با توجه به انعطاف موجود در قانون بیع و کنوانسیون بیع کالا، می‌توان به وسیله یک تفسیر منطقی نگرانی‌های ذکر شده مبنی بر این که مسؤلیت مطلق مانع تحرک و خلاقیت در صنعت نرم افزار می‌شود را رفع کرد.

قواعد موجود در مورد مطابقت کالا

شاید به این دلیل که تحت پوشش قرار دادن معاملات مربوط به نرم افزار در سابق مورد توجه خاص توسط قانون بیع کالا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نبوده است هر دو رژیم حقوقی یک عدم صراحت و شفافیتهی پیرامون این که آیا شروط ضمنی آنها در مورد کیفیت و تناسب کالا تنها نسبت به وسیله انتقال و بسته‌بندی کاربرد خواهند داشت یا هم وسیله انتقال و هم خود برنامه نرم افزاری را دربر می‌گیرد، ایجاد کرده است.

در حالی که تصریح در این باب ضامن رشد و حیات تجاری و انسجام حقوقی است، فقدان چنین تصریحی الزاماً باعث نمی‌شود تا این دو رژیم حقوقی را ناکافی برای حکومت بر معاملات نرم افزار بدانیم. با اعمال دسته‌ای از ملاک‌های پذیرفته شده برای تکمیل آنها می‌توان به حل این مسأله پرداخت.

شاید این ملاک پیشنهاد شود این یک نسخه از نرم افزار است که در کلیت آن، قواعد پیرامون مطابقت کالا می‌بایست اعمال گردد. همانطور که در رای اس تی آلبانس پیشنهاد

شده بود اگر عیبی در وسیله انتقال یا برنامه نرم‌افزاری وجود داشته باشد، در اینجا یک نقض قرارداد نسبت به ضرورت وجود کیفیت و تناسب کالا برای منظور خرید که توسط قانون بیع کالا به نحو ضمنی مقرر گردیده وجود دارد. در تأیید چنین پیشنهادی می‌توان گفت اول این که چنین نتیجه‌ای از انتظارات خریدار و به وسیله یک نتیجه‌گیری معقول به دست می‌آید. خریدار یک برنامه کامپیوتری اگر از وی سؤال شود، مایل است آشکار سازد که او به قابلیت برنامه کامپیوتری خریداری شده به عنوان چیزی می‌نگرد که به وسیله آن ماهیت قرارداد خرید خود را تعیین می‌کند. در واقع او نمی‌خواهد با این ادعای فروشنده مواجه شود که وی (فروشنده) تنها مسؤل دیسکتی است که برنامه کامپیوتری بر روی آن عرضه شده یا فقط مسؤل کپی برداری معیوب نرم‌افزار است. دوم این که نرم‌افزار محصول خاصی است که متشکل از برنامه کامپیوتری و وسیله‌ای که بر روی آن برنامه قرار گرفته می‌باشد. همانطور که قبلاً اظهار داشتیم نرم‌افزار را می‌توان به عنوان کالا قلمداد کرد و اگر چنین امری صحیح باشد نرم‌افزار را به عنوان یک امر تجزیه‌ناپذیر و تماماً می‌بایست کالا قلمداد کرد و نه فقط وسیله انتقال آن را (همان دیسکت یا شی حاوی نرم‌افزار). به این دلیل که قواعد مربوط به مطابقت کالا نسبت به کالاها کاربرد دارند، این قواعد به نظر ما می‌بایست نسبت به هر چیزی که نرم‌افزار (اعم از برنامه و وسیله انتقال) تلقی می‌گردد اعمال گردد.

نتیجه

برخی از مناقشاتی که پیرامون شروط مربوط به مطابقت قراردادی کالا بیان گردیده به نظر می‌رسد توسط قانون و کنوانسیون بیع به نحو کافی مورد توجه قرار نگرفته است و درخواست وجود قانونی که به نحو خاص و مبسوط به معاملات نرم‌افزار بپردازد، در هر حال نمی‌بایست نادیده گرفته شود. در واقع یکی از نتایجی که ما به آن می‌رسیم این است که اگرچه قانون بیع و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا فاقد قابلیت حکومت بر عرصه معاملات نرم‌افزار نمی‌باشند، اما وجود قوانین خاص در این زمینه مخصوصاً در عرصه بین‌المللی جداً می‌بایست مورد توجه قرار گیرد. یک دلیل این امر آن است که عرصه فعالیت تجارت الکترونیک، همانند بازار نرم‌افزار، در حقیقت جهانی و بین‌المللی بوده و

این بحث مطرح گردیده که ضرورت وجود یک محیط حقوقی هماهنگ، استوار و امن جهت حمایت فعالیت‌های تجارت الکترونیک که نرم افزار در منطقه مرکزی آن قرار دارد، احساس می‌گردد. این پرسش که آیا در حال حاضر زمان مناسب برای ایجاد یک قانون هماهنگ یا واحد بین‌المللی می‌باشد یا نه قابل بحث است. برای شروع پاسخ به این پرسش این امر غیرممکن است که شک و تردیدهای پیرامون اقدامات پیرامون یکسان‌سازی‌های بین‌المللی را کنار بگذاریم. صرف‌نظر از اظهارنظرهای سنتی، برخی استدلال کرده‌اند که ساخت قوانین متحد راه حل مناسبی برای عرصه سیال و در حال رشد نرم افزارها نخواهد بود و آنچه به جای آن لازم است در واقع تحول تدریجی حقوقی به تبعیت از فعالیت‌های تجاری است.

این استدلال، همانند بسیاری دیگر از استدلال‌ات، شایسته توجه جدی است. تلاش‌های اولیه‌ای در ارتباط با برخی از جنبه‌های تجارت الکترونیک به وقوع پیوسته، اما هنوز راه درازی قبل از توافق اساسی بین‌المللی بر روی چگونگی برخورد مناسب با نرم افزار، می‌بایست پیموده شود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مركز مطالعات و تحقيقات علوم انسانی