

الباب الأول

انعقاد العقد

تمهيد وتقسيم

يصعب إيجاد تعريف مانع جامع للعقد بشكل عام وهذا هو حال التشريعات المدنية التي حاولت إمكانية إيجاد تعريف للعقد فقد تطرقت المادة 89 من القانون المدني المصري والمدة 87 من القانون المدني الأردني لتعرف العقد حيث أقرتا أن العقد عبارة عن تطابق ارادتين للقيام بالتزام بحيث يترتب على هذا الالتزام حقوق وواجبات على طرفي العقد .⁽¹⁾

ويذهب بعض الفقه لتعريف العقد بأنه توافق ارادتين على إنشاء التزام أو على نقله أو تعديله أو حتى زواله.⁽²⁾ في حين يذهب جانب آخر إلى القول إن القانون المدني المصري لم يعرف العقد موردا تعريف القانون المدني الفرنسي له بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء .⁽³⁾

¹ (1) المادة 89 من القانون المدني المصري (يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد) والمادة 87 من القانون المدني الأردني (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما مما وجب عليه للآخر) هذا وبلاحظ في نفس المعنى المادة 77 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

² (2) د-محمد حسني عباس - العقد والإرادة المنفردة - دار النهضة العربية - القاهرة - 2001-ص15

³ (1) أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين / نظرية الالتزام - ج1- مصادر الالتزام - الكتاب الأول / المصادر الإرادية . القاهرة 2003 حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف . ص 37 .

وبالرغم من تعدد التعريفات (او بالامتناع عنه) فإننا لا نجد فيها خلافا من حيث المضمون بل نجد توافقا إن لم نقل تطابقا حتى في صياغة الفقهاء للتعريف متفقين على تلاقي ارادتين أو أكثر للقيام بالتزامات غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة حسب يقرره القانون لهذه التصرفات وآثارها هذا من حيث العقد بشكله وتعريفه التقليديين وقبل الحديث عن انعقاد عقد إعداد برامج الحاسب لا بد من محاولة لتعريف هذا العقد.

عقد إعداد البرامج :-

قبل أن نحاول إيجاد تعريف فقهي أو قانوني لهذا العقد لابد من القول بأنه يشترط لانعقاد عقد الإعداد الشروط والأركان المطلوبة لانعقاد أي عقد , فلا بد من تراض ومحل وسبب وطبعا توافر الأهلية . هذا مع العلم ان عقود إعداد البرامج (المعلوماتية) عادة ما تقترن بخاصية أخرى وهي تعلقها بالحقوق الأدبية والفنية الواردة على عناصر (أو احد عناصر) أنظمة المعلومات أو برامجها⁽¹⁾ وتفرعاتها المختلفة.

وعودة إلى محاولة التعريف حيث نجد ان الفقه الانجلوساكسوني يرى أن عقد إعداد البرامج هو (الاتفاق المبرم بين العميل والمبرمج, على ان يقوم المبرمج بإعداد برنامج خاص بالعمل حسب المواصفات المحددة في شروط الاتفاق بينهما شرط أن لا يكون هذا الاتفاق مخالف لقواعد ومبادئ البرمجة⁽²⁾ وباختصار ان يتم إعداد البرنامج بإحدى الطرق الممكنة تقنيا , وفقا لما هو معمول به مقابل بدلا ماديا يدفع من قبل الطرف الأول إلى الطرف

¹ (2) د- شحاتة غريب - برامج الحاسب الآلي والقانون - دار النهضة العربية - القاهرة 2003 ص 8,9 .

² (1) D-Hector Macqueen-professor of privat law - university of Edinburgh-Soft ware Transactions and contract law -Hart Publishing - Oxford1999 -p 7.

الثاني بدلا عن هذا الإعداد مع إعطاء الحق للطرف الأول باستعمال هذا البرنامج حسب شروط الاستعمال⁽¹⁾

نستشف من ذلك أن أول صفات هذا العقد المقتبسة من محاولة تعريفه انه عقد ترخيص استعمال وليس تسليم شيء مادي , وهنا يطرح السؤال التقليدي في هذا المجال ؟ هل هو عقد بيع أم عقد مقاوله ؟ وهو ما سنحاول اكتشافه لاحقا من خلال بحثنا هذا إن شاء الله .

أما الفقه اللاتيني والمصري فقد لخص تعاريفه لعقد إعداد برامج الحاسب الآلي الدكتور عادل أبو هشيمة عندما قال (هو العقد الذي محله المعلومات المعالجة آليا والمبرم بين مورد ومستخدم مهني أو مستهلك والمعد مسبقا من الأول الذي استخدم لإبرامه تقنيات الاتصال عن بعد , ويتعهد بموجبه بتوريد معلومات إلى الثاني نظير مقابل مادي يلتزم به الثاني تجاه الأول.⁽²⁾

كذلك يمكن الإطلاع على المادة 138 بند رقم 3,4, 5 من قانون رقم 82 لسنة 2002 بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري .

مما سبق ذكره وبعد أن كونا فكرة عن تعريف هذا العقد في كلا المدرستين القانونيتين العريقتين وقبل الخوض في قضية الانعقاد والأركان, يمكننا أن

¹ (2) في الغالب يحتفظ الطرف الثاني بحقه الأدبي على البرنامج متنازلا فقط عن حق الاستعمال.

² (1) كذلك يمكن مراجعة المادة 2098 من القانون المدني لمقاطعة إلكيك الفرنسية في كندا والتي تعرف عقد إعداد البرنامج بأنه (العقد الذي يقدم من خلاله شخص سواء كان مقاولا أو مؤديا خدمة بالالتزام تجاه شخص آخر وهو العميل بإخراج مصنف أدبي أو فني أو الالتزام بتوريد خدمة مقابل مبلغ يقوم بوفائه العميل / يمكن مراجعة د- عادل أبو هشيمة - عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - 2005 ص 19 .

نستخلص أن طبيعة هذا العقد اقرب ما تكون إلى عقد مقاوله منها إلى عقد بيع , وانه من العقود الرضائية ولكنها رضائية ذي طبيعة خاصة اذ تطلبت اغلب القوانين الخاصة والمتعلقة به الكتابة وذلك بهدف حماية عناصره ودقة الاتفاقيات المتعلقة به وللتوثيق ثانيا بحيث تأخذ شكلا معينا.⁽¹⁾

هذا ونلاحظ أن محل العقد ليس موجودا دائما وإنما في اغلب الحالات يتم التعاقد على إنشائه وما الكتابة إلا للحفاظ على تفاصيله الكثيرة وعدم الادعاء لاحقا من قبل الأطراف.

وقبل البدء في فصول هذا الباب نقول إن ركن السبب لا جديد بشأنه في نطاق عقود الإعداد فالنظرية العامة للعقد كافية للتعامل مع السبب فهو لا يختلف في هذه العقود عنه في بقية العقود.

لذلك سنحصر دراستنا في هذا الباب لانعقاد العقد على الرضا والمحل في فصلين متتاليين وسندرس في فصل ثالث بعض العقود النموذجية في هذا المجال بدلا من الخوض التقليدي في نظرية السبب.

¹ (2) Mark Redcliff & Dina Brinson -Contract Law - written contract. P.R . .p .21

الفصل الأول

التراضي في عقود إعداد البرامج

إذا كان مناط العقد الإرادة، فإن الإرادة تتطلب تراض الأطراف من كل وجه لدرجة تطابق اراداتهم على إحداث اثر قانوني هو في الغالب إنشاء للالتزام،⁽¹⁾ فيكون الرضا هو التعبير عن إرادة أطراف العقد بالموافقة على التعاقد⁽²⁾ وهذا ما أكدته المادة 89 من القانون المدني المصري بقولها (يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفين التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)⁽³⁾ وهي تقابل المادة 77 من مشروع القانون المدني الفلسطيني في هذا الشأن⁽⁴⁾

ومدلول ذلك أن يتطابق القبول مع الإيجاب من كل وجه لكي يتم التعاقد، والإيجاب شرط مهم في التعاقد لأنه نقطة البداية في إبرام العقد لذلك يجب ان يكون واضحاً وبارتاً⁽⁵⁾ ولكن في عقود الإعداد (المعلوماتية) يصعب في اغلب الأحيان تحديد من هو الطرف الموجب أو الذي صدر عنه الإيجاب، وذلك نظرا للتبادل المتعدد للعروض، أو الردود التي

- 1 (1) قد يكون هذا الأثر تعديل أو نقل أو انقضاء الالتزام / أستاذنا الدكتور شرف الدين / نظرية الالتزام / المرجع السابق ص 66 / 67
- 2 (2) د سليمان مرقص / الوافي في شرح القانون المدني (2) في الالتزامات - المجلد الأول - نظرية العقد - الطبعة الرابعة القاهرة 1987 ص 132
- 3 (3) القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 منشور بالوقائع المصرية عدد 108 مكرر في 29/7/48
- 4 (4) تنص المادة 77 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن (ينعقد العقد بمجرد تبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاده)
- 5 (5) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الأول نظرية الالتزام - منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 1998. ص 183.

تتضمن إجابا جديداً أو المفاوضات التي تسبق الإبرام
أو سكوت احد المتعاقدين وكذلك في حالة وضعه
لبعض التحفظات على الإيجاب الأساسي, وسوف
نبحث كل ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل وهو
توافق الارادتين. ثم نبحث في صحة هذا التوافق أي
صحة التراضي وسلامته من العيوب في مبحث ثان.

المبحث الأول

توافق الارادتين

يجب أن يكون القبول الصادر من احد المتعاقدين مطابقا للإيجاب الصادر من المتعاقد الآخر , وذلك على الأقل في العناصر الجوهرية , فان جاء مخالفا له فان العقد لا ينعقد وإنما يصبح القبول إيجابا جديدا موجهها إلى من صدر عنه الإيجاب في البداية⁽¹⁾.

وبما أن التعبير عن إرادة أطراف العقد لا يعني بالضرورة إتمام التعاقد , وإنما هي مرحلة من مراحل إبرام العقد والسابقة له⁽²⁾ وهو كذلك لا يرتب أي اثر قانوني إلا إذا تلاقى الإيجاب مع القبول وتطابقا من كل جانب , ولم يخالف ذلك النظام العام فنكون أمام عقد .

وفي عقود المعلوماتية فان مشاكل يمكن أن تثور في الإيجاب و القبول كالتحفظات التي تصدر من الأطراف والقبول الضمني للعقد أو السكوت الذي يعبر عن القبول . فنلاحظ مثلا أن بعض الشركات تقوم بالإعلان عن توفر برامج لديها تقوم بحماية الحاسوب من الفيروسات , وعلى من يود الحصول على نسخة من البرنامج مراجعة الشركة للحصول عليه , مقابل مبلغ محدد من المال , فهذا الإعلان هو إيجاب واضح وصريح (حسب المواد 90 من القانون المدني المصري و93 و94 من القانون المدني الأردني و79 و82 من مشروع القانون المدني

¹ (1) المادة 96 من القانون المدني المصري وهي تقابل المادة 97 من القانون المدني الأردني والمادة 88 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

² (2) أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين -نظرية الالتزام - المرجع السابق ص 82 وما بعدها د / حسام الدين الاهواني -النظرية العامة للالتزام -ج1 دار النهضة العربية -ط3 - القاهرة 2000, ص 107

الفلسطيني) فان وافق احد الأشخاص على شروط الشركة مقتنعا أن البرنامج يصلح للحاسب الذي لديه ,وراسلهم حسب الإجراءات التي طلبوها للتعبير عن قبوله , فان رفضهم إتمام الصفقة لا يضعهم (كطرف موجب) أمام أي مسؤولية إذا كانوا قد وضعوا شروطا في إيجابهم تعير عن حقهم في عدم التعاقد مع أي شخص (طبيعي / حكومي) يجدوا انه غير مناسب وفق أسباب يحتفظوا بها لأنفسهم⁽¹⁾

ونحن اذ نسوق مثل هذه الأمثلة لنقدم بها للإشكالية التي نبحثها في هذه الأطروحة والتي دائما تتجسد في وجود أساليب جديدة لم تكن معهودة تقليديا .لذلك سوف لن نبحث في أساليب الإيجاب وشروطه (التقليدية) وفقط سنبحث مثلا في طرقه وأساليبه ومشاكله عبر هذه العقود , وهذا سيكون نهجنا في كل طيات هذه الرسالة .

المطلب الأول

الإيجاب في عقود الإعداد

الإيجاب في اللغة هو الإثبات والإلزام, وفي معناه الاصطلاحي هو الإعراب عن إرادة نهائية اتجهت فعلا إلى ترتيب اثر قانوني, أو هو الإرادة التي تصدر من احد المتعاقدين أولا إثباتا لما يريد.⁽²⁾

اما في معناه الفقهي و القانوني فهو التعبير النهائي عن الإرادة الصادرة من شخص إلى آخر , مظهرا إرادته الجازمة في الارتباط بعقد معين بالشروط المحددة بالإيجاب , بحيث إذا لحقه قبول مطابق له

¹ (Roger Brownsword-contract law -themes for twenty first century -Butterworths-London.2000.p 35)

² (1) اتحاد المجامع العلمية العربية - مصطلحات قانونية أقرتها ندوة دمشق - ط1973- ص 36

انعقد العقد⁽¹⁾ , هذا وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإيجاب بأنه (العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه حازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد⁽²⁾ .

وللتوضيح أكثر نقول إن أول تعبير من تعابير الإرادة يسمى إيجاب بحيث يكون صادر من أحد أطراف العقد ويسمى الموجب , وموجه إلى شخص آخر , يعرض عليه القيام بإبرام عقد حول إعداد برنامج من برامج الحاسب يقوم بمعالجة بعض الأمور (أي البرنامج) الخاصة بالطرف الآخر , ومما يجدر ذكره أنه لا فرق إذا كان صاحب شركة البرمجة هو الذي عرض , أو شخص من طرفه , أو أن شركة تحتاج لمعالجة بعض البيانات الكترونيا عبر برنامج يوفر لها ذلك , هي التي عرضت على شركات البرمجة أو المبرمجين مناقصة بذلك . وكذلك إذا ما احتاج شخص عادي إلى برنامج معين فطلبه عارضا مواصفاته..... الخ فايهما قال أولا وعرض فهو الموجب , والقول هنا يسمى إيجابا .⁽³⁾

والقاعدة التقليدية في هذا المجال, إن الإيجاب غير ملزم أي يجوز لصاحبه أن يرجع فيه طالما أنه لم يقبله قبول ممن وجه إليه الإيجاب, واستثناء عن هذه القاعدة يكون الإيجاب ملزما لصاحبه (أي لا يجوز الرجوع فيه) إذا حدد الموجب ميعادا للقبول أو إذا اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال

1 (2) يمكن مراجعة د/ احمد شرف الدين - نظرية الالتزام - مرجع سابق ص 84, وكذلك يمكن مراجعة د/انور سلطان - مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - منشورات المكتب القانوني /عمان 1998 ص61

2 (3) نقض مدني 19/6/1969 س 20 ص 1017.

3 (1) د . محمد سعيد خليفة : مشكلات البيع عبر الانترنت , دار النهضة العربية القاهرة 2004 ص73 وما بعدها

وطبيعة المعاملة, وفي مثل هذه الحالة يظل الإيجاب قائما طوال المدة ويسقط بسقوطها.⁽¹⁾ وللحديث عن الإيجاب في عقود الإعداد لابد أولا أن يتم تحديد طبيعة النظام المعلوماتي المطلوب بشكل دقيق من خلال دراسة تحليلية يقوم بها خبراء متخصصون في هذا المجال او يقول بها الموجب نفسه اذا كان هو من سيحدد احتياجاته . او في بعض الأحيان عن طريق مستشار خارجي يقوم بتعيينه اذا لم تتوفر لديه الخبرة اللازمة لذلك.⁽³⁾ وحتى يتسنى لنا الإلمام بهذا الجانب سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول شروط الإيجاب والتحفظات عليه , وفي الفرع الثاني بعض الموانع القانونية التي تمنع الانعقاد وكل ذلك طبعا مقتصر على عقود الإعداد .

الفرع الأول

شروط الإيجاب والتحفظات عليه

من خلال دراستنا لبعض العقود في هذا المجال , نجد ان الشركات التي تعمل فيه تتحمل مخاطر كبيرة وتتحمل مسؤوليات جسام , على اعتبار أنها تتحمل وحدها أمام العميل المسؤولية الكاملة من التصميم إلى التوريد إلى التركيب إلى التشغيل إلى

¹ (2) المستشار فاروق علي الحفناوي : موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات , الكتاب الثاني , دار الكتاب الحديث - القاهرة - الكويت- الجزائر.

(3) يمكن مراجعة د.حسن عبد الباسط جميعي / حماية برامج الحاسب الالى . بحث مقدم الى wipo بالتعاون مع اتحاد المحامين العرب ج 1 ص 145 , ونضيف هنا الى ضرورة توخي منتهي الدقة لنتائج اي دراسة تقام على احتياجات الموجب , لانه سيترب عليها نتائج خطيرة في النظام المعد من قبل الطرف الذي سيقوم ببرمجته او اعداده

الضمان⁽¹⁾ هذا بالإضافة إلى ان طبيعة مستلزمات العميل او النظام الذي طلبه او الوقت المتفق عليه , كلها تفرض دقة متناهية ومسؤوليات كبيرة.

ونضيف هنا ان مما يخفف من مخاطر ومسؤوليات الشركات العاملة في هذا المجال ان تضع وصفا دقيقا للبرنامج او للنظام وتطلب من العميل التوقيع عليه , وان ترفض في حالة الشك بقدرتها على تلبية متطلبات أو صفات او وظائف طلبها العميل , ولديها شك في إمكانية تحقيقها فنيا ان ترفض مقالة العمل .

والإيجاب في عقود البرامج عادة ما يسبقه مرحلة من المفاوضات , وهي تشبه مرحلة التفاوض في عقود الإنشاءات مثلا , او حتى في العقود بشكل عام , ولكن في عقود إعداد البرامج تأخذ شكلا معيناً يتمحور في توقيع وثائق قانونية في المرحلة التي تسبق توقيع العقد النهائي , تعرف بعدة مسميات مثل (مذكرة تفاهم) او

(خطاب النوايا)⁽²⁾ . وهذه الأشكال هي صورة من صور المستندات قبل العقدية , بحيث تكون مستندات يتم التوصل إليها من قبل التعاقد في مرحلة المفاوضات وهي المرحلة التي تسبق التوقيع على العقد النهائي . وللعلم نقول ان هذه تعابير عملية او عرفية في هذا المجال , وليست مصطلحات قانونية . بحيث يعرض الموجب رغبته ونيته في التعاقد مع الطرف الآخر على برنامج معين , ويقوم

¹ (1) Benjamin Wright the law of electronic commerce part V Electronic contract issues .Little Brown and company .Boston 2002 p.146

² (1) د, محمد حسام لطفي , المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض , دراسة مقارنة للقانونين المصري والفرنسي . دار النهضة العربية . القاهرة 1999 ص5 .

بتوجيه كتاب الى الطرف الآخر بإبداء الرغبة في
العائد على شراء نظام معين (بغض النظر أكان
برنامج متكامل ام كان جهاز يحتوي على برامج ...ام
برامج لأجهزة لديه) , فان وافق هذا الطلب قبول
الطرف الآخر , فانه وقبل ان يقوم الطرفان
بالمفاوضات المتعلقة بتفاصيل المشروع يوقعان على
مذكرة تتضمن رغبتهما بالتعاقد على الأسس
والشروط الميينة فيها⁽¹⁾ والتي تتضمن مثلا:

1- مسودة أولى لأفكار الموجب - طلبات - حاجات
.....وتسميها بعض الشركات مسودة أولى
للنقاش⁽²⁾

2- كيفية تأدية الثمن , وهل هو على مراحل ترتبط
كل مرحلة بإنجاز عمل معين

3- حالة النزاع والقانون الواجب التطبيق فيما لو
حدث نزاع , واللجوء للتحكيم وشروطه ان تم
إقراره .

4- اذا كانت لغات الأطراف مختلفة فيجب الاتفاق
على لغة العقد والمحكمة او الجهة المختصة
بتفسيره .

5- الملاحق وهي شيء جوهري ومهم في عقود
التقنيات , فليس من المعقول تحشير كل
التفاصيل في عقد واحد بل يتم اللجوء إلى
أسلوب الملاحق في هذا المجال .

6- الضمانات وفترة التجربة , قضايا لا بد من
الاتفاق عليها , ويلاحظ ان بعض الشركات
المتخصصة في هذا المجال تضع وقتا زمنيا

¹ (1) د,محمد حسام لطفي ,استخدام وسائل الاتصال الحديث في
التفاوض على العقود وابرامها /لقاهرة 1993ص35

² (2) المستشار /الحفناوي . موسوعة قانون الكمبيوتر ,مرجع سابق
ص 60 .

محددا تستغرقه المفاوضات بحيث لا يجب ان تكون لا نهائية .

7- وبالعودة إلى شروط الإيجاب فلا غنى عن القول ان التعبير عن الاردة اما ان يكون في صورة إيجاب offer او في صورة قبول acceptance ويشترط في الإيجاب ان يكون محددا وقاطعا وهو يكون كذلك اذا تضمن العناصر الأساسية للتعاقد ⁽¹⁾ .

ويكفي القبول من الطرف الآخر لقيام العقد ⁽²⁾

ولكي نستطيع ان نميزه عن مرحلة المفاوضات يجب ان يكون واضحا ومحددا وموجها إلى شخص او أشخاص معينين , سواء أكان قد صدر بطرق التعبير الصريحة ام الضمنية , ولكن لا يمكن ان يتم الإيجاب بالسكوت , لأنه هو الكلام الأول , والسكوت عدم والعدم لا يترتب عليه اثر . ⁽³⁾ فيجب ان يدل التعبير الصريح او الضمني على إرادة الموجب لإبرام عقد , فإذا كان العقد بيعا مثلا فيجب ان يتضمن الإيجاب ذكر المبيع من حيث نوعه ومقداره وبيان الثمن الخ. ⁽⁴⁾

¹ (1) د. حسام الدين الاهواني . نظرية الالتزام , مرجع سابق ص 107
د اسامة ابو الحسن مجاهد خصوصية التعاقد عبر الانترنت . مرجع سابق ص 43.

² (2) يمكن مراجعة المواد 89,90,91, من القانون المدني المصري والمواد 90,91, 93 من القانون المدني الاردني وهي تقابل المواد 78,79,80 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

³ (3) يمكن مراجعة المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني في شرحها للمادة 95 -الجزء الاول المكتب الفني , نقابة المحامين عمان 1998 ص 108 والمادة 83 من مشروع القانون المدني الفلسطيني . والمواد 167,169 من مجلة الاحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر , مكتبة النهضة, بيروت 1979 ص 235 . وكذلك المذكرة الايضاحية للمادة 98 من القانون المدني المصري .

وتثور هنا قضية اذا ما كان الإيجاب غير موجه إلى شخص بعينه , كان يكون موجه بالصحف او بالانترنت او بالتلفاز . فقد أجاب على ذلك المشرع الأردني في المادة 94 من القانون المدني بقوله

(1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً 2- اما النشر وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض او بطلبات موجه الى الجمهور او للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض)⁽¹⁾. وهذا الحكم اختلف معه جانب من الفقه وبالذات الفقه الفرنسي فقد أشار الأستاذ Ripert⁽²⁾ إلى أن الإيجاب الموجه إلى الجمهور هو إيجاب بالمعنى الصحيح ما دام مضمونه محدد تحديداً يكفي لإبرام التعاقد فور اقترانه بقبول لا سيما حين يكون الإيجاب جماعياً (offer collective) حيث ووفق رأي هذا الفقيه انه يجوز وفق القانون الفرنسي ذلك , لان الغالبية العظمى من التجار يصدرن إيجاباً عاماً للجمهور بعرض بضائعهم مع أسعارها .

وقد حسمت الموضوع المادة 14 من اتفاقية فيينا للبيع الدولية لسنة 1980 اذ جاء فيها (ولا يعد العرض الذي يوجه الى شخص او أشخاص غير معينين

4 (1) د. السنهوري , الوسيط , ج1, مرجع سابق ص 220 , و د. رمضان ابو السعود , عقد الايجار في القانون المصري واللبناني , الدار الجامعية بيروت , ط2 ص238 وكذلك , د, انور سلطان مرجع سابق ص61-65 .

1 (2) كان نفس هذا النص موجود في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري , وقد حذف من قبل لجنة المراجعة لعدم الحاجة اليه اذ يسهل تطبيق هذا الحكم بدون نص , الاعمال التحضيرية , ج2 ص43 اشار اليه استاذنا الدكتور احمد شرف الدين . مرجع سابق ص85 , وهي تقابل المادة 83 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

2 (3) د, عباس العبودي , التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها بالثبات المدني , دار الثقافة للنشر عمان 1997 ص98 .

إلا دعوة للإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه الإيجاب أبان بوضوح الى اتجاه قصده بخلاف ذلك (ويعلق الدكتور محسن شفيق⁽¹⁾ على هذا النص بأنه جاء حلا وسطا بين التشريعات بحيث اعتبر ان الأصل أن العرض الموجه الى الجمهور لا يعتبر إيجابا , ولكن اذا كان الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان قصده بوضوح فيكون تعبيره قاطعا ونعتبر ذلك إيجابا .

وإذا كان الفقه والقانون قد اجمعا ان التعاقد يكون اما بمجلس العقد وبحضور طرفيه (العميل والمبرمج) في نفس المجلس , فيكون الإيجاب بانتظار القبول الفوري , فان لم يلحق به قبول فان الموجب يكون في حل من إيجابه بعد انقضاء مجلس العقد الذي انعقد لإبرامه⁽²⁾ ولا يرتب ذلك أية مسؤولية على الموجب .

وإما ان يكون القبول ليس فوريا وذلك عندما يلزم الموجب نفسه بالبقاء على إيجابه مدة معينة , او ان تكون طبيعة المعاملة تستلزم اخذ وقت معين قبل صدور القبول , , ومن هنا تنص المادة 98 من القانون المدني الأردني (اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى ان ينقضي هذا الميعاد)⁽³⁾ وإذا انتهت المدة ولم يتم القبول , فان الموجب يكون كذلك في حل من إيجابه .

1 (1) د, محسن شفيق ,اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع , دار النهضة العربية , القاهرة 1988 ص92

2 (2) المادة 94 من القانون المدني المصري وهي تقابل المادة 96 من القانون المدني الاردني والمادة 86 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

3 (1) تقابل المادة 93 من القانون المدني المصري والمادة 85 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

هذا ولا يخفى انه يمكن سقوط الإيجاب في هذا العقد نتيجة لرفضه من قبل الطرف الآخر , سواء كان هذا الرفض كلياً أم كان جزئياً , كان يتم تعليق القبول على اضافة بعض الشروط أو إلغاء بعضها . وهذا يعني رفض الإيجاب وسقوطه أيضاً , إلا أن المشرع المصري اعتبر في مثل هذه الحالة أن الإيجاب كان لم يكن واعتبر التعديل أو الإلغاء هو بمثابة إيجاب جديد ينعقد العقد به إذا صادف قبولاً مطابقاً.⁽¹⁾

وعوده إلى برامج الإعداد فليس من المعقول أن يتم الإيجاب والقبول على البرنامج بكل تفاصيله , ففي هكذا عقود غالباً ما يسبقها كما أسلفنا مراحل مفاوضات أو عقود ابتدائية مقترنة بدراسات وتحفظات . ولكن وعلى كل الأحوال إذا تم الاتفاق على المسائل الجوهرية وعلى البديل يكون هنا عقد⁽²⁾ قد انجز في نظر القانون مقترنا بحسن تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم , أما بالنسبة للأمور التفصيلية فإن أرجائها إلى وقت آخر أو عدم الاتفاق عليها لا يؤدي إلى بطلان العقد وإنما يكون للأطراف الاتفاق عليها في وقت لاحق أو للمحكمة أو هيئة التحكيم النظر في الخلافات التي قد تنشأ عن الأمور التفصيلية , والنظر في أفضل الطرق لمعالجة هذا الخلاف تبعاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون

¹ (2) تنص المادة 96 مدني مصري (إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً) تقابل المواد 2/99 من القانون المدني الأردني ومادة 88 م. فلسطيني.

² (1) يمكن مراجعة المادة 95 من القانون المدني المصري والمادة 100 من القانون المدني الأردني وهي تقابل المادة 89 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي تنص على (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد انعقد وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون).

والعرف ان وجد في مثل هذه العقود وهو ما اضطرت عليه الشركات الكبرى والموردين في هذا الشأن مثلاً.

الفرع الثاني

موانع قانونية

نادراً ما يصدر قبول في عقود المعلوماتية بدون ان يرافقه تحفظ معين سواء في وثيقة العقد الاصلية او في الملحقات⁽¹⁾ فالصيغة المشهورة في هذا المجال والتي عادة ما يستعملها المستهلك في التعاقد هي اوافق على العقد بشرط ان يعمل النظام بشكل جيد , او ان يقبل تحت تحفظ تسليم المخططات , او ان يصر العميل على التزام البائع المهني بالاعلام , فان ذلك يعني التزام البائع (الموجب مثلاً) بالتوصيف المستندي للبرامج وبيان طريقة تشغيلها ودعم البرامج اي تدريب العميل عليها⁽²⁾ فهل تعتبر هذه التحفظات موانع قانونية تمنع من الانعقاد اذا احتواها ايجاب معين او اذا وردت في قبول لهذا الايجاب مثل تقييد حرية العميل مثلاً في تطوير البرامج او منعه من ادخال تعديلات عليها هذا ما سنبحثه في هذا الفرع.

في البدايه نقول ينعقد العقد على الرغم من وجود التحفظ اذا ما وافق الطرف الاخر على هذا الشرط

¹ (2) Roger Brownsword contract law. themes for the twenty first century-chapter one -the nature of - contract- promise as sufficient. Butterworths. London. 2000 . 1-12-p.9

² (1) د. محمد حسن قاسم , التعاقد عن بعد، قرائه تحليلية في التجربة الفرنسية مع اشارته لقواعد القانون الاوروبي . دار الجامعة الجديدة للنشر . الاسكندرية 2005 ص 32 وما بعدها .

او اذا أرجأه الى وقت لاحق او تحفظ عليه وذلك لا يؤثر على وجود التراضي على العناصر الأساسية فيه ، قياسا على قول العميل مثلا بشرط ضمان العيوب الخفية فهذا القول لا يعتبر إيجابا جديدا ، لأنه ما قيل الا تذكيرا بقاعدة عامه مستمدة من نص قانوني .⁽¹⁾ اما اذا علق العقد على شرط واقف كقول العميل بعد الاتفاق على كل العناصر الجوهرية والثانوية موافق شرط ان يكون التنفيذ اذا وافق المصرف على إقراضي او ساستمر بالعقد اذا ما حصلت على القرض فكذلك ينعقد العقد لكنه يكون معلقا على شرط واقف او فاسخ حسب طبيعة الحال .

وفي هذا قالت محكمة استئناف باريس ان موضوع تسديد الثمن هي شروط خاصة لا تدخل ضمن العناصر الجوهرية لعقد المعلوماتية التي لا يمكن فيها ان يدفع المستفيد الثمن ما لم يحصل على تحويل مالي مصرفي⁽²⁾ حيث يلاحظ انه اذا لم يلحق التحفظ العناصر الجوهرية فان العقد ينعقد بالوصف الذي ورد فيه التحفظ .

وفي حالات أخرى نجد ان المشرع المصري في قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 99 قد أبطل شروطا بعين ذاتها يمكن ان يضعها البائع للبرامج (مورد التكنولوجيا مثلا) فقد أوضح في المادة 75 ما معناه انه يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد حرية (المشتري) في استخدامها او تطويرها وذلك مثل حظر إدخال تحسينات على النظام او تدخله بالإنتاج او العمل او

¹ (2) إبراهيم المنجي . عقد نقل التكنولوجيا ط1. منشأه المعارف الاسكندرية 2002 ص 81 وما بعدها.

² (2) cap aris, 25 ch.b.23 fev. 1995, inf.op.cit,n879.p.575

اشتراكه في الاداره الخ. (1) ففي مثل هذه الحالات لم يبطل المشرع العقد ولكنه أبطل اي شرط تعسفي يمكن ان يضعه معد البرامج في مواجهة العميل .

اما اذا كان التحفظ يمس العناصر الجوهرية للعقد او مشروعية فان هذا يعتبر مانعا يحول دون الانعقاد فلا ينعقد العقد في هذه الحالة لانهدام ركن تطابق الارادتين . (2)

فقد يضع المستفيد في عقد من عقود الإعداد تحفظا يطلب فيه مناقشة بعض شروط العقد او جزئية المدة ، او ان يرسل طلبا يطلب وقت للدراسة او يطلب إعادة المفاوضات بشأن موضوع جوهري في العقد ففي مثل هكذا حالات لا ينعقد العقد . (3) وكذلك الشرط الذي بضعة المستفيد دائما والسابق الإشارة إليه والذي يفرض به على المتعهد او صانع أو مبتكر البرامج تدريب بعض العاملين لديه اي لدى المستفيد، او إذا وضع أحدهما تحفظا على وقت التشغيل للبرنامج او التسليم فلا ينعقد العقد في مثل هذه العقود لان التشغيل والتسليم والتدريب عناصر أساسيه وجوهرية في عقود الإعداد (المعلوماتية) خصوصا اذا ما سلمنا ان هذه عقود في غالبيتها ذات طبيعة تجارية. (4) وهناك شرط اخر دأبت

1 (2) يمكن مراجعة مجله المحاماه ملحق التشريعات يونيه 1999 ص384.

2 (1) يمكن مراجعة، د. انور سلطان ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ص 80 وما بعدها ، واستاذنا -د. احمد شرف الدين نظرية الالتزام، مرجع سابق ص 82 وما بعدها ، السنهوري ، الوسيط ، ج 1، مرجع سابق ، ص 250 وما بعدها .

3 (2) د. اسامه احمد بدر ، بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الانترنت ، دار النهضة العربية القايره 2002 ص26.

4 (3) هكذا صنفها قانون التجاره المصري الجديد رقم 17 لسنة 99 . يمكن مراجعة د . نصيره بو جمعة سعده . عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، رساله ، جامعة الاسكندرية، 1997 ص

الشركات في المملكة المتحدة على وضعه وهو ان المتعهد لا يتحمل مسؤولية عدم التنفيذ اذا كانت الدراسة التفصيلية لتنفيذ البرنامج او النظام المطلوب تشير الى استحالة تقنية او إدارية.... الخ⁽¹⁾ فهذه عناصر جوهرية أصلا تحول دون انعقاد عقد الإعداد.

وبذلك نلاحظ بان معيار التفرقة ما بين التحفظات والشروط التي تشكل موانع قانونية من انعقاد العقد وما بين التحفظات والشروط التي ينعقد بها العقد على الرغم من ورودها في عقود الإعداد هو مدى مساسها بالعناصر الجوهرية للعقد، فان كانت ثانوية انعقد بها العقد وان كانت جوهرية عطلت الانعقاد ، ولا يفوتنا القول ان للقضاء دوره هنا في استبيان مدى اهمية تلك التحفظات والشروط بالنسبة للعقد فيتحرى ملابسات التعاقد والمجلس الذي حصل به وانفضاضه على اي حال وهل هناك امكانية لاعتبار التحفظ او الشرط ايجابا جديدا يجب ما قبله. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية انه (اذا اتفقا الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفق عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند الاتفاق عليها ، فان العقد يعد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي ارجئ الاتفاق عليها كان لهما اللجوء للقضاء للفصل فيها).⁽²⁾

المطلب الثاني

القبول

18. و د. يوسف عبد الهادي الاكيابي . النظام القانوني لعقود نقل

التكنولوجيا . 1989 ص21 من دون دار نشر .

(1) د. عباس العبودي مرجع سابق ص136.

(2) نقض مدني 29/3/1983 طعن 1880 ص29 قرار لم ينشر

اشار اليه د . عباس العبودي مرجع سابق نقلا عن معوض عبد

التواب، مدونة القانون المدني الجزء الاول 1987 ص 773.

اتضح لنا فيما سبق ان التعبير عن الاردة إما ان يكون في صورة إيجاب او في صورة قبول , وقد تحدثنا عن الإيجاب , اما القبول فيجب ان يكون مطابقا للإيجاب , فلا يزيد عليه ولا ينقص منه , فإذا اقترن بما يزيد في الإيجاب او يعدل فيه , اعتبر إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الطرف الاخر حتى ينعقد به العقد⁽¹⁾.

والقبول هو التعبير الصادر عن إرادة الموجه إليه الإيجاب , والمعبر عن رضاه بإبرام التعاقد بالشروط الواردة في الإيجاب⁽²⁾ ويعرفه الفقه الإنجليزي بأنه (تعبير نهائي عن الإرادة غير مقيد بشرط يوافق بموجبه شخص على الإيجاب الذي تلقاه بالشروط الواردة فيه)

An acceptance is find and unqualified expression of assent to the terms of offer⁽³⁾

ولان مجال بحثنا كما أسلفنا ليس هو الحديث عن الإيجاب والقبول عبر النظرية العامة للعقد . ولكن هو بالحديث عنهما في عقود الإعداد , فسوف نتطرق إلى شروط القبول بشكل عام , ثم نبحت في في القبول في عقود الإعداد .

لذلك نقول انه يجب ان تتوفر في القبول بشكل عام الشروط العامة التي تتعلق بوجود الإرادة والتعبير

¹ (1) يمكن مراجعة المادة 98 مدني مصري والمادة 99 مدني اردني والمادة 88 من م . م . فلسطيني

² (2) في هذا المعنى يمكن مراجعة ,د, عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام . في القانون المصري واللبناني ,بيروت 1971 ص 125 ,و د, انور سلطان , مرجع سابق , ص 51 , استاذنا .د. احمد شرف الدين .

³ (3) Rojer Browns word . contract . law. Chapter . 2. freedom of contract . p.39

عنها واتجاهها لإحداث اثر قانوني , ويجب ان يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب ما زال قائما وان يكون هذا القبول مطابق للإيجاب من كل وجه , ويشترط أخيرا ان يصدر القبول في الشكل المطلوب , فان كان الأصل ان القبول لا يخضع لأي شرط خاص , الا ان الموجب اذا اشترط ان يصدر القبول في شكل معين , فان هذا القبول لا يكون صحيحا اذا صدر بشكل اخر , مثل ذلك ان يصدر القبول شفويا وكان الموجب قد اشترط صدوره مكتوبا.⁽¹⁾ وبخصوص عقود الإعداد فلا شيء يختلف كثيرا في القبول فيها عنه في القبول في العقود الأخرى , إلا ان القبول في هذه العقود في اغلب الأحيان يأخذ شكلا معيناً تبعاً لآلية التعاقد , سواء كان في مجلس عقدي حقيقي او حكومي , او كان عبر شبكة الانترنت , او كان عبر المراسلات في البريد العادي او البريد الالكتروني , او غيرها , وهذا يعني ان القبول لا يختلف كثيرا في عقود الإعداد او المعلوماتية عنه في العقود الأخرى , لذلك سنبحث وعبر فرعين متتاليين ما يمكن ان يثير مشاكل قانونية في قضية القبول في هذه العقود كالقبول الضمني والسكوت ومدى ملائمة اعتبارهما في هذه العقود .

الفرع الاول

القبول الضمني

لا تستبعد القواعد العامة في نظريه العقد ان ينعقد العقد في بعض الأحيان بالقبول الضمني، وهذا ما يمكن ان ينطبق على عقود الإعداد أيضا وفي هذا تنص المادة 90 من القانون المدني المصري على (

⁽¹⁾ يمكن مراجعة المواد 89,94,93, مدني مصري والمواد 96,98,99,100 من القانون المدني الاردني والمادة 96 مدني سوري والمواد 85,86,87, 88 مشروع فلسطيني .

1- التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة
والإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا
تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة
المقصود 2- ويجوز ان يكون التعبير عن الارده ضمنيا
اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون
صريحاً⁽¹⁾.

ولكن اذا كان القبول ضمنيا فمن الضروري ان يكون
مطابقا للإيجاب وذلك تحقيقا للقواعد العامة في هذا
المجال عبر إظهار ذلك للقابل دون اي إخفاء لأي
شيء، ويقع عبئ إثبات القبول الضمني على من
يدعيه وفي هذا يضرب البروفسور بنيامين رايت⁽²⁾
أستاذ القانون التجاري في جامعة تكساس في
الولايات المتحدة الأمريكية المثال التالي (اذا قام احد
الأشخاص (مبرمج مثلا) بإعداد برنامج معين في
شركة او بشكل فردي وقام بعمل دعاية عبر وسائل
معينه عن توافر البرنامج وصفاته، فاعتبره احد
الأشخاص ملائما له وقام باستخدامه دون التفاوض او
الاتفاق مع المبرمج فان هذا التصرف يعتبر قبولا
ضمنيا ، وذلك لأنه قام باستخدامه ، واستعماله
وممارسة كافة الأمور علىه دون التعاقد الصريح
فيكون مسئولا أمام المبرمج عن دفع البذل
المناسب) اذا ان تنفيذ العقد او البدء بتنفيذه يعتبر
قبولا، لكن نقول هنا إنه حسب الدارج من الفقه
والقضاء في هذا الشأن فيجب ان لا يشوب التنفيذ او
البدء بالتنفيذ اي غموض كادعاء احدهم انه كان
يجرب البرنامج اذا كان يصلح له او لا؟ وكذلك
اشتراك المستفيد من برنامج معين في إعداد دراسة

¹ (1) تقابل المواد 93 اردني والماده 79 مشروع فلسطيني
² Benjamin Wrght .The Law of Electronic Commerce
-EDI - Email & Internet - Technology Proof &
Liability .2nd edition .Little Brown & company .New
York2002.ch14.p.150

سابقة على البرنامج لا يعتبر قبولاً ضمناً للعقد ويمكن ان يفسر انه مفاوضات او اشتراك بمفاوضات قبل التعاقد . على عكس ما اذا قام من هو موجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد او جزء منه ففي هذه الحالة نكون أمام قبولاً ضمناً ، وقيام طرف بدفع جزء من الثمن يعتبر كذلك قبولاً ضمناً .
ومن الشائع في عقود المعلوماتية ان يقدر الثمن جزافاً بحيث يتم خلال مدة تنفيذ العقد إضافة تعديلات او خدمات أخرى تنشأ عبر متطلبات أخرى لم تكن في الحسبان ، او يطالب متعهد البرنامج بزيادة الثمن لظهور صعوبات لم تكن متوقعة فيبقى المستفيد صامتاً مع استمراره بالتعاون والتعاطي مع المبرمج لذلك فان هذا يعتبر قبولاً ضمناً للزيادة في الثمن .⁽¹⁾

ويمكن تطبيق هذا الحكم على المستفيد سيء النية من باب أولى ، بحيث يعتبر تنفيذه جزء من العقد قبولاً ضمناً منه جزاء له على سوء نيته ، فمثلاً لا يعتد بالعدول الصريح لإدارة شركة معينة (مستفيد) عن العقد اذا استمرت بالتعاون مع المبرمج (المتعهد) الذي نفذ جزء من عقد تركيب نظام حاسوب لهذه الشركة .⁽²⁾

وفي الولايات المتحدة الأمريكية اعتبر قيام المشتري برفع الملصق الموضوع على قرص يحتوي على برنامج حاسوب معين قبولاً ضمناً من هذا الشخص بالشراء لان هذا الملصق يسمح بتشغيل القرص ومن ثم استخدام البرنامج مع احتواءه على عبارة تقول : تنبيه (ان إزالته للملصق الموضوع

¹ (1) المستشار فاروق الحفناوي 0. موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج2 مرجع سابق ص19 يمكن مراجعة د. عزة خليل - رساله - القاهرة مرجع سابق ص130 وما بعده

² (2) د. اسامة ابو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 90

على القرص يعني قبولكم شراء البرنامج بالشروط التي حددها المتعهد (المبرمج) حيث كانت هذه العبارة موجودة على الملصق .⁽¹⁾

الفرع الثاني

مدى اعتبار السكوت قبولا في هذه العقود

لا ينسب الى ساكت قول , ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان , ويعتبر قبولا ,⁽²⁾ وهذا يدل على ان السكوت لا يعتبر قبولا في الأصل الا في حالات استثنائية قد نص عليها القانون , وقد تقرر ان السكوت لا يصلح ان يكون ايجابا لان الإيجاب يتضمن عرضا , والعرض يجب ان يشمل طبيعة الصفقة وشروطها , وهو ما لا يمكن للسكوت ان ينهض به .⁽³⁾

الا ان السكوت يمكن ان يحتل في الحياة القانونية دورا مهما , فقد يفقد الإنسان حقه في بعض الأحيان اذا التزم جانب الصمت خلال مدة معينة , كما لو سكت شخص عن اغتصاب الغير لحقه فترة انقضى بموجبها حقه في رفع دعوى على الغاصب , وفي

¹ (3) د , محمد حسام لطفي . الترخيص في مجال برامج الحاسب الالى , ورقة مقدمة الى ندوة ال wipo عن الملكية الفكرية مقدمة الى طلاب الحقوق في الجامعة الاردنية . 21,20 شباط عمان 2000 .

² (1) مادة 67 من مجلة الاحكام العدلية, وهي تقابل المادة 95 من القانون المدني الاردني , وتشابه المادة 98 من القانون المدني المصري , وتقابل المادة 83 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

³ (2) ذهبت محكمة التمييز الاردنية الى ان مجرد سكوت باقي الشركاء في الارض عن الايجارة لا يكفي لاعتبارهم موافقين عليها اذ لا ينسب الى ساكت قول , تميز . حقوق رقم 163/77/ ص 1087 مجلة نقابة المحامين 1977 ص 25 ص 857 . وكذلك يمكن مراجعة د. انور سلطان , مرجع سابق , ص 56 واستاذنا الدكتور احمد شرف الدين , مرجع سابق ص 71 .

حالات أخرى يمكن ان يعتبر السكوت جريمة , وذلك اذا تطلب القانون الإفصاح كسكوت الطبيب عن الإبلاغ عن و وباء يهدد البلد اذا اكتشفه لدى مريضه ,⁽¹⁾ ويمكن ان يكون السكوت إقرارا في حالات أخرى , كسكوت الخصم بدون سبب قانوني عن الرد على صحة دليل قدمه خصمه , ومن هنا قبل ان السكوت في معرض الحاجة بيان .

إلا أن السكوت أيضا وبموجب نصوص القانون يمكن ان يعتبر في بعض الحالات قبولا اذا اقترن بظرف ملائس , وقد كان مشروع القانون المدني الفلسطيني أوضح في تعداد هذه الحالات وتبيانها من القانون المدني المصري والأردني حيث وفق في صياغتها حيث وردت الفقرة الثانية من المادة 83 منه ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص:-
أ/ إذا نص القانون عن ذلك ؟

ب/ إذا كان هناك تعامل سابق واتصل الإيجاب بهذا التعامل وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد ؟
ج/ إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه .

د/ إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف وغير ذلك عن الظروف تدل على أن الموجب لم ينتظر تصريحاً بالقبول ولم يتم رفض الأيجاب في وقت مناسب⁽²⁾

وبتطبيق هذه البنود على عقود المعلوماتية يتضح لنا أن أبرز ما تتجلى فيه هذه النقاط في قضية وجود تعامل سابق ما بين مورد وبين مستهلك فإذا وجد مثل هذا التعامل وصدر إيجاب لإبرام عقد جديد وسكت القابل عن الجواب يعد سكوته قبولا⁽³⁾ ولكن لا

1 (1) د. عباس العبودي , مرجع سابق , ص 136

2 (2) يمكن مراجعته المواد 98 مدني مصري والمواد 95 مدني أردني ومقارنتها .

3 (1) د/ أيمن العشماوي /المسؤولية المدنية عن المعلومات /دار النهضة العربية القاهرة 2004 ص 114 وما بعدها .

يجوز أن تعتبر المفاوضات العقدية من قبيل التعامل السابق⁽¹⁾ وعليه إذا وجه أحد المتعاقدين إيجاباً إلى الطرف الآخر بعد المفاوضات وسكوت الأخير لا يعتبر سكوته قبولاً و نجد أن المحكمة العليا البريطانية قد رفضت حتى اعتبار السكوت ملائماً ودالاً على التعاقد في مجال الإلكترونيات حتى في ظل وجود تعامل سابق وذلك عبر قضية تتخلص أحداثها في أن شركة Boat قد اعتادت عن التوسط بين شركتي Adope و Informix للبرمجيات حيث قامت شركة Boat بطلب CD لصالح شركة A dope وقامت شركة Informix بإرساله من دون أن تعبر عن إرادتها في قبول أو رفض ذلك وقامت شركة Boat بنسخ هذه ال CD على مواقع شركة A dope على الانترنت مع سكوت الأخيرة فرفض القضاء الإنجليزي اعتبار أن هناك عقد أساساً وحمل الشركة الوسيطة Boat المسؤولية عن ذلك⁽²⁾ ولا يفوتنا التذكير أن التعامل السابق يجب أن يكون من نوع العقد ذاته ، فلا يكون توريد بدلاً من إيجار أو بيعاً ويكون الحديث على عقد توريد، فمثلاً إن عرض المتعهد برنامجاً على المستفيد لغرض شرائه وسكت الأخير لا يعد سكوته قبولاً، إن كان التعامل السابق عقد إيجار، حتى لو أرسل له مع البرنامج ما يفيد [أن هذا الإيجاب أعتبرك قد قبلته ما لم أتلّق منك ما يفيد غير ذلك لغاية يوم أو تاريخ محدد] فإن التزم المخاطب بذلك الصمت ولم يبلغ الموجب (البائع) بقبوله أو رفضه فلا ينعقد العقد في هذه الحالة⁽³⁾

¹ (2) المستشار فاروق الحفناوي مرجع سابق ص 38 ويمكن مراجعة د/محمد حسام لطفي المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض القاهرة دار النهضة العربية 1999 ص5 وما بعدها .

²

(3) FSR 1995 -686 scoott Ba 1996 4 auer 481 CA - Lilian Edward PR .p5. حكم أشار إليه

وعلى عكس ذلك يقال في هذا الصدد إن عرض المتعهد على المستفيد إجراء إضافات أو تعديلات على نظام المعلوماتية الذي اتفقوا عليه مسبقاً وسكت المستفيد فإن سكوته في هذه الحالة يعتبر قبولاً، استناداً الى وجود تعامل سابق لا يزالان يعملان في تفاصيله، ومن البديهي القول في هذه الحالة أنه إذا عرض عليه شراء برنامج متطور عن الذي اشتراه منه مسبقاً وسكت يعتبر سكوته قبولاً⁽¹⁾ .

ويمكن أن تثار مشكلة تقنية هنا تتعلق بخصوصية التعاقد عن برامج معلوماتية حيث أنها تتطلب بقاء الطرفين على اتصال قوي أثناء فترة تنفيذ العقد وذلك تبعاً لطبيعة هذه العقود وذلك لأن تعاونهم أثناء فترة التنفيذ ملزماً وألا تعذر إتمام التنفيذ على الوجه الأكمل⁽²⁾ فإذا أرسل أحدهما خلال هذه الفترة رسالة توضيح مثلاً ولم يرد الآخر فمعنى ذلك أنه قد وجدها لا تضر بمصالحه وإلا كان عليه الرد عليها خاصة وأن التنفيذ في عقود المعلوماتية قابل للتغيير بمرور الوقت لذلك يمكن أن يعتبر سكوته عن الرد قبولاً في

³ (2) د/ عباس العبودي مرجع سابق ص138 وقد أشار إلى مقوله شهيره للقاضي الإنجليزي Brian بقوله [إنه من الواضح أن قصد الرجال لا يمكن محاكمته لأن الشيطان نفسه لا يمكنه معرفة قصد الرجال .

For is Common learning That The intent of a men Can not bre tried for The Devil himself know the intention

¹ (1) أحمد الفزيع - عقد الحصول على أنظمة الحاسبات الالكترونية بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت العدد الثاني 1995.

² (1) يمكن مراجعة العقود النموذجية في هذا المجال سواء في أمريكا أو إنجليز أو فرنسا والتي تحتوي على شروط توجب بقاء التعاون والاتصال طيلة فترة التنفيذ ولوقت آخر بعد إتمام العملية أنظر النموذج رقم 17 - اتفاقية تنفيذ نظام معلوماتي متكامل - عقود النظم والأجهزة - حفناوي مرجع سابق .

هذه الحالة⁽¹⁾ ففي قضية نظرتها محكمة إستشاف باريس طالب فيها المستفيد المتعهد أن يسلم المعدات موضوع العقد خلال سبعة أيام ، اعتبرت المحكمة سكوت المتعهد قبولاً لهذا الطلب، حيث قالت المحكمة أن سكوت المتعهد على هذا الطلب دون أن يضع تحفظاً على الأيام السبعة المحددة من قبل المستفيد يعتبر قبولاً لتاريخ تسليم المعدات⁽²⁾.

أما بالنسبة لكون الإيجاب قد تمخض لمنفعة من وجه إليه، فيجب الحذر في عقود المعلوماتية حتى هذا التوجه لأن المتعهد قادر جداً تقنياً وفنياً بالنسبة للمستفيد فمن الشائع أن يعرض المتعهد على أحد زبائنه برنامجاً أكثر كفاءة حتى بدون مقابل، فإن لم يجيب الزبون على هذا العرض يكون سكوته قبولاً طبقاً للقواعد العامة، لكن في حقيقة الأمر فإن الزبون يكون قد استفاد مؤقتاً أو شكلياً فقط لأن المتعهد يكون في أغلب الحالات قد احتكر تجهيز برامج زبونه مستقبلاً عن طريق تقنيات معينة وذلك عن طريق حاجة البرنامج المجاني الى برنامج جديد مرتبط، به لكنه ليس بالمجان، مما يجبر المستفيد على شرائه معرضاً نفسه الى خسارة وخصوصاً إذا كان البرنامج الذي يريده لا يعمل إلا على البرنامج الذي أخذه مجاناً ولذلك يقال أن هذه المسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي⁽³⁾ فقضية مصلحة الزبون في هذه العقود لا يكفي فيها إلا رأي أهل الخبرة في هذا المجال وليس فقط عروض الشركات المبرمجة المغربية.

¹ (2) د/ جمال عبد الرحمن / الخطأ في مجال المعلوماتية ط2، 2003 من غير دارنشر ص2 وما بعدها .

² (3) نقلا عن عباس العبودي مرجع سابق ص200 رقم القضية ca Paris 5°, ch-A, 20 Mars 1995 Lamsy -inf -op-citn885-P-587 .

³ (1) في هذا المعنى يمكن مراجع د/ خالد مصطفى فهمي - مرجع سابق ص6 وما بعدها.

ونشير أخيراً إلى أن القبول الضمني عن طريق السكوت يجب أن لا يؤثر سلبياً على أحد أطراف العقد كان يكون السكوت طريقاً إلى التدليس وليس قبولاً صحيحاً فيترتب على ذلك بطلان العقد أو الحق في بطلانه وقد أكد على ذلك القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة 125 بقولها [ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملبسه إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة وهـ_____ هذه الملبسة⁽¹⁾]

المبحث الثاني صحة التراضي

اتضح لنا مما سبق أن المبادئ القانونية العامة قد استقرت مدعمة بنصوص القوانين المدنية على وجوب توافق وتطابق إرادات الأطراف المتعاقدة وذلك لتمام إبرام العقد، ولذلك نقول إن توافر الرضا هو مرحلة من مراحل إبرام العقد فإذا تم حسب ما يتطلبه القانون كان التراضي صحيحاً وتمتع العقد بقوة القانون بما يترتب على كل طرف من حقوق والتزامات⁽²⁾.

وقد تتأثر القوة الملزمة للعقد بعيوب الإرادة التي حصرتها التشريعات المدنية في أربعة أو ثلاثة عيوب⁽³⁾ تتخلص في الغلط والإكراه والتغريب

1 (1) تقابل المواد 144 مدني أو أدري والمادة 129 مشروع مدني فلسطيني .

2 (1) د. أنور سلطان مرجع سابق ص 49 وما بعدها والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الأول ص 95 كذلك يمكن مراجعته أستاذنا الدكتور شرف الدين نظرية الالتزام مرجع سابق ص 73 وما بعدها .

3 (2) يمكن مراجعة المادة 125 مدني مصري والمادة 1159 وما بعدها مدني فرنسي والمادة 104 من القانون المدني السوري

التدليس" والاستغلال وحسناً فعل المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الجديد عندما أضاف الاستغلال كعيب في عيوب الإرادة مخالفاً بذلك القانون المدني الأردني الذي أختصر موضوع عيوب الإرادة في الغلط والتغير المقترن بغبن فاحش وبالإكراه .

وقياساً على عقود المعلوماتية فإن نظام هذه العقود ينطوي على مصاعب فنية جمة ، فأطراف هذه العقود في الغالب يكونوا في وضع غير متوازن من ناحية التقنية والخبرة الفنية، حيث أن كثيراً من المتعاقدين لا يمكنهم الإلمام بالخبرات العملية والفنية لما تعاقدوا عليه مما يؤدي إلى أحداث بعض المشكلات التي من الممكن أن تعيب الرضا لعدم قدره أطراف العقد ملائمة إراداتهم، خصوصاً وأن إرادته المبرمج هي أساس العقد بالنسبة للعميل، فيجب عليه تحديد أساسيات البرنامج المتفق عليه، مثل إمكانياته، لغته، طرق التشغيل، قدراته، المشكلات الفنية التي من الممكن أن تواجه العميل⁽¹⁾ لذلك يجب على المبرمج محاولة تبسيط هذه الأمور وشرحها للعميل بالصورة التي يستوعبها، لا بل وعلى العميل لكي يحافظ على مصلحته استشاره خبير دائماً في مثل هذه الأمور إن كانت ثقافته لا تسمح له بهضمها ومن هنا تبرز أهمية المفاوضات ما قبل العقدية في هذه العقود فهي تمنح الوقت لكي يفهم كل طرف ما يريده وهي تعطي الحق بفهم تفاصيل أدق دائماً، لا بل عن الممكن أن تحمل في طياتها تجربة مبسطة لنماذج سيتم التعاقد عليها وهي أفضل طريقة للتعاقد على البرمجيات لأن

والمادة 122 أردني 137 من مشروع القانون المدني الفلسطيني

¹ (1) د/ جمال عبدالرحمن علي : الخطأ في مجال المعلوماتية ، ج 2 ، مطبعة كلية علوم بني سويف ، 2003، ص 66 وما بعدها .

المفاوضات إذا فشلت فلا مسئولية يؤدي على عكس
الخلافاً التي تنشأ بعد التعاقد ويكون من الصعب
إيجاد مخرج قانوني يعيد للأطراف بعض التوازن في
العقد ومن هنا تكمن أهمية تطبيق القواعد العامة
الخاصة بعيوب الإرادة على هذه العقود في محاولة
لإقامة التوازن بين أطراف العقد .

ولأن عيب الاستغلال يصعب من الناحية العملية
وجوده في مثل هذه العقود انطلاقاً من أن العلة من
وجوده في أغلب التشريعات كانت لحماية القاصرين
ومن هم في حكمهم ممن يقعون ضحية طيش أو
ضعف ... الخ .

وهذا صعب الحدوث في عقود المعلوماتية لأن
أطراف العقد غالباً على قدر من الثقافة والعلم لا
بل في أغلب الحالات يسترشدون بآراء خبراء هذا
المجال، ولأننا سنبحث في هذا العيب عند حديثنا في
حقوق الملكية الفكرية في المبحث الثاني من الفصل
الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة، لذلك
ستقتصر في بحثنا لهذه العيوب على ثلاثة منها وهي
الغلط والتغريب والإكراه في مطلب أول، ثم نبحث
في أثر هذه العيوب على عقود إعداد البرنامج في
مطلب ثاني .

المطلب الأول

عيوب الإرادة في عقود الإعداد

إن التوافق والتطابق في إرادته الأطراف لابد أن تواجهه صعوبات تنجم في أغلب الأحيان عن تعقيد وتقنية محل العقد ، هذا بالإضافة إلى حداثة موضوعات التعاقد في مجال عقود المعلوماتية⁽¹⁾ بحث ليس من السهولة بمكان إلمام طرف من أطراف العقد باللغة الفنية للبرنامج وكيفية الحوار والتخاطب مع المبرمج، ففي الغالب تحتوي هذه العقود على أمور لا يفهمها إلا من قضى فترة في مجال البرمجة الخ

على الرغم من هذه الصعوبات في المحل والتراضي يبقى العقد شريعة المتعاقدين، وتبقى هناك التزامات على الأطراف تنفيذها بكافة بنودها انطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة وقيام التشريعات المدنية المقارنة علي شتى اختلافها بتبنيه وقد رتبت التشريعات المدنية على هذه المبادئ عيوب من شأنها أن تؤثر على الإرادة وأوردتها على سبيل الحصر في ثلاثة أو أربعة عيوب كما سبق وأسلفنا، إلا أن الأنظمة والحكومات والفقه القانوني وانطلاقاً من التقدم الكبير وسيطرة الشركات الكبرى عادت فخفضت من مبدأ سلطان الإرادة لتحمي المتعاقد الأقل خبره أو قدره اقتصادية أو فنية أو قانونية إذا كان في مواجهة عملاق من عمالقة البرمجة مثلاً أو الأجهزة..... الخ كل ذلك حماية للمستهلك ومنعاً للتعسف وسنرى ذلك جلياً في الفصول القادمة من هذه الدراسة⁽²⁾ وخصوصاً أن هناك التزامات غير

¹ (1) د/ حسن عبد الباسط جميعي - عقود برامج الحاسب الآلي - دار النهضة العربية - القاهرة 1998 ص126 وما بعدها .

² (1) في هذا المعنى يمكن مراجعة د. ثروت عبد الحميد - التوثيق الالكتروني - مكتبة الجلاء - المنصورة 2002 ص18 وما بعدها ،

معروفة في الفقه التقليدي تقع على عاتق الطرف القوي وهو البائع أو المبرمج في هذا المجال توسع من باب أعمال عيوب الإرادة في نقض هذه العقود إن لم يتم بها كالاتزام بالنصيحة والأعلام وهذا أيضا مما سنبحثه لاحقاً⁽¹⁾

الفرع الأول الغلط [المعيب والمانع]

تنص المادة 120 من القانون المدني المصري في تحديدها للمقصود بالغلط بقولها (إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه)⁽²⁾

وقد حاول الفقهاء إيجاد تعريف للغلط فقالوا بأنه [توهم غير الواقع أو هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع] ويمكن أن ينجم عن هذا التوهم منع قيام العقد⁽³⁾ وهذا ما يطلق عليه الغلط المانع ويعتبر غلطاً مانعاً من الانعقاد أو أن

محمد حسام لطفي - استخدام وسائل الاتصال الحديثة التفاوض على العقود وإبرامها - القاهرة من غير دار النشر 1993 ص 24-49 ود. محمد حسن قاسم - التعاقد عن بعد - قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية -2005 ص 55-70 ود/ عادل أبو هشيمه مرجع سابق ص 113-132 .

1 (2) د/ محمد حسن منصور - المسؤولية الالكترونية - مرجع سابق ص 97 ما بعدها ود/ عادل أبو هشيمه مرجع سابق ص 200-210 ود/ عزة خليل - رسالة - القاهرة مرجع سابق ص 117-147 .

2 (3) تقابل المواد 152 أو 153 من القانون المدني الأردني في المواد 123 أو 124 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

3 (1) د/ عدنان سرحان ود/ نوري فاطر - شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية (التزامات) اريد 1997 ، ص 131 - 160 ود/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق ص 148 .

يكون غلطاً جوهري في المحل أو في الشخص مثلاً فيكون غلطاً معيباً من شأنه منح الحق لمن وقع فيه بطلب إبطال العقد أو ما يعرف بحق الفسخ في القانون المدني الأردني وسنتحدث عن نوعي الغلط فيما يلي وتأثيرهما على عقود الإعداد .

أولاً / الغلط المانع :-

نصت المادة 152 مدني أردني على أنه [إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شرط من شروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد]⁽¹⁾ وبقراءة سريعة لهذه المادة نستظهر أن الغلط هنا قد بلغ من الجسامة بأن مس ماهية العقد كعدم مطابقة الإيجاب للقبول وذلك قبل اعتقاد من اشترى برنامج حاسب معين بأن له حق الاستغلال عليه، بينما اعتقد البائع أن للمشتري حق استعماله فقط، فأى تطابق للإرادات هنا، مما يعني بالضرورة عدم توافر الرضا وبالتالي بطلان العقد.

وكذلك يمكن أن يأتي الغلط المانع نتيجة لغياب السبب كركن من أركان العقد كعدم وجود مقابل في العقد الملزم للجانبين، ففي قضية عرضت على القضاء الفرنسي طلب المستفيد من شركة خدمات برامج الحاسب الآلي " المتعهد " تزويده كل شهر بنظام إلكتروني قادر على تحديد أرقام السيارات الداخلة والخارجية من وإلى الشركة في مقابل مبلغ ثلاثمائة فرنك، وقام المتعهد بتنفيذ الطلب، غير أن المتعاقدين لم يوضحا هل المبلغ المذكور في العقد إجمالي لكل الصفقة، أم عن كل جهاز يقدمه المتعهد إلى المستفيد، وقد قام المتعهد بإرسال رسائل عدة يطالب المستفيد فيها بدفع مبالغ أعلى من المبلغ السابق، حيث بلغت المطالبات خمسة وسبعين ألف

¹ (2) تقابل المادة 122 مدني سوري والمادة 122 مشروع فلسطيني ولم نجد نص مقارناً في القانون المدني المصري .

فرنك، وقد رفض المستفيد دفع المبلغ رأت محكمة
إستئناف باريس أن هناك سوء تفاهم بين أطراف
العقد أصلاً وهو نوع من الغلط المانع الذي لا يلزم
المستفيد بدفع أي مبلغ لأن العقد باطل⁽¹⁾
وقد جاء هذا الحكم تماشياً مع موقف الفقه
الفرنسي الذي يقسم الغلط إلى ثلاثة أنواع، غلط
مانع وغلط يعيب الرضا وغلط غير مؤثر⁽²⁾ فقد
اعتبرت المحكمة هنا أن هذا الغلط هو غلط مانع
ينفي وجود اتفاق أساساً .
ويجب تحري الدقة في وجود الغلط المانع بالنسبة
لعقود الإعداد وكذلك عدم التعسف في إعماله
وخصوصاً بالنسبة للغلط في وجود المحل فالفقهاء
على أن الغلط بالنسبة للمحل يتوجب أن يكون عدم
وجوده مقترناً بتوهم وجوده فيكون الغلط مانعاً من
الانعقاد⁽³⁾

ثانياً : الغلط المعيب :-

إذا كان ما يترتب على الغلط المانع هو بطلان
العقد واعتباره كان لم يكن، فإن الغلط المعيب يجعل
العقد قابلاً للإبطال في القانون المدني المصري
والفرنسي ومشروع القانون المدني الفلسطيني،
وغير لازم في القانون المدني الأردني⁽⁴⁾ وكل ذلك
وفق شروط ومعايير تحدثت عنها هذه القوانين

1 (1) ca Paris 14°, ch. A, mai 1984, juris - Data n°, 22457
ورد الحكم في كتاب د/ نوري خاطر - مرجع سابق ص

32

2 (2) فرانسو تيريه القانون المدني (الالتزامات) ط7 (دالوز)
1999 بنو 201 ص 69 نقلا عن أستاذنا ود/ شرف الدين - مصادر
الالتزام مرجع سابق ص 149

3 (1) د. إسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق ط 3 -
القاهرة 1966 من غير دار نشر .

4 (2) يمكن مراجعة المواد 120 مدني مصري و1110 مدني
فرنسي و123 مشروع فلسطيني و153 أو 154 مدني أردني.

سنبحثها تطبيقاً على الغلط في عقود الإعداد فيما يلي :-

في البدء نقول إن هذا النوع من الغلط هو الشائع والغالب في أغلب العقود وهو كما عرفه الفقهاء [اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له أمراً على خلاف الحقيقة ويدفعه إلى التعاقد⁽¹⁾ وهو يمكن أن يلحق طبيعة العقد أو صفات المحل أو شخص المتعاقد .

لذلك فهو يقع في أمر جوهري مرغوب فيه في محل العقد أو في ذات المتعاقد أو صفه فيه بحيث لا يقوم رضاء المتعاقد بدونه أي لو لم يقع في هذا الغلط لما أقدم على التعاقد، وقد اشترط المشرع المصري في المادة 121 من القانون المدني أن يكون هذا الغلط جوهرياً موضحاً الجوهرية ببلوغها حداً من الجسامة يمتنع معها التعاقد لو علم بها من تعاقد⁽²⁾ ، بالإضافة إلى اتصاله بعلم المتعاقد الآخر ولا نريد أن نخوض بفكره الغلط مجرداً لأن كتب الفقه قد أشبعته بحثاً ولكننا سنبحث الغلط المعيب في عقود المعلوماتية وتطبيقاته منطلقين من تحديد القانون المدني المصري في المادة 121/2 حيث قال ويعتبر من قبيل الغلط الجوهري على الأخص :-

(أ) إذا وقع في صفه للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ... الخ

(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

¹ (3) أستاذنا الدكتور - أحمد شرف الدين - مرجع سابق ص 142

ود/ أنور سلطان مرجع سابق ص 100-105 .

² (1) المادة 121 الفقرة الثانية في القانون المدني المصري المواد

152-153 مدني أردني والمادة 123 مشروع فلسطيني وتقبل

المادة 1110 مدني فرنسي .

ولو أمعنا النظر لوجدنا أن المشرع المصري والأردني والفلسطيني ... الخ كلهم قد أخذوا بمعيار شخصي لتقدير الغلط وهذا من شأنه أن يوسع في الحماية للمتعاقد قليل الخبرة في عقود المعلوماتية⁽¹⁾ شرط أن يكون الغلط الذي وقع فيه من قبيل الغلط المغتفر الذي من الممكن أن يقع فيه أقرانه، وقياس ذلك على نظام المعلوماتية يخدم أيضا الشخص العادي وليس الخبير فالاحتراف هنا دليلاً على الخبرة وخطأ شركة برمجيات لا يغتفر فهو غلط ينجم عن خبير في مجال تخصصه⁽²⁾ ولكن ذلك لا يعني بالضرورة أن عدم خبرة العميل أو احترافه يعتبر دوماً من عناصر اقتناع القاضي بوقوعه في غلط مغتفر في التعاقد وذلك حرصاً على استقرار المعاملات ثم أنه لا يجوز اعتبار عدم الخبرة من أسباب نقص الأهلية بدون نص في القانون⁽³⁾ ويتطبيق صور الغلط المعيب علي براج الحاسب الآلي يتضح لنا ما يلي :-

أولاً : بالنسبة للغلط الذي يلحق محل العقد أو صفة من صفاته، فإن توفر الغلط في صفة من صفات البرنامج يعتبر غلطاً جوهرياً ويؤدي إلى

1 (2) يمكن مراجعته د/ حسن جميعي - مرجع سابق ص113 ، 134 .

2 (1) يأخذ القضاء الفرنسي بهذا التوجه ومن الامثلة على ذلك ما قضت به محكمة إستئناف باريس بخصوص طلب شركة سيجا للبرمجة إبطال أحد عقودها لوقوعها في غلط جوهري في محل العقد فقالت المحكمة [الادعاء يبطلان العقد استناداً إلى الغلط في محل التعاقد لا يمكن أن يكون قائم علي أساس صحيح طالما أخذنا بعين الاعتبار صفة الاحتراف المتوفرة في مجال التعاقد على برامج الحاسب والنظم المتعلقة بالحسابات لدي الشركة المستأنفة] Paris4 jain 1981, Jur isdata .Wo23481,Expertises No 31 Jaillet 1981.plo.ets

3 (2) د/ ميرفت عبد العال / عقد المشورة في مجال نظم المعلومات ، رسالة عين شمس 1997 ص66 وما بعدها د. جمال علي ، مرجع سابق ص49 وما بعدها .

عدم الاستفادة من البرنامج، وهي أغلب الحالات التي ينتج عنها الاختلاف فيما بين الأطراف وذلك لدقة وتقنية المتعاقد عليه ودقة المواصفات المتعاقد عليها والتي لا تسمح قدرات أحد أطراف العقد بفهمها جيداً في أغلب الأحيان وذلك لأمر يمكن أن تتعلق بملائمة الجهاز للبرنامج أو عدم ملاءمته أو سعة الجهاز أو أن البرنامج غير مخصص لأجهزة كالتي لدي العميل أو لعدم قدرة العميل على تشغيل البرامج بالشكل المطلوب .

وأهم ما يواجه العميل هنا بعد حقه في التمسك بالغلط هو صعوبة إثبات هذا الغلط الذي وقع فيه انطلاقاً من المفاوضات ما قبل العقدية والعقد الذي وقعه وعدم قدره البرنامج على تلبية حاجته ومن ثم عدم تعاقد له لو كان يعلم بهذه الأمور أي أن عدم التعاقد كان سيد الموقف لو أنه لم يقع في الخطأ ويكون من حق الطرف الآخر المورد الطعن في ذلك عبر إثبات عدم قدرة أجهزة العميل على استيعاب البرنامج مثلاً لتخلفها التكنولوجي ويبقى الأمر منوطاً بقاضي الموضوع في ظل غياب نص طالما أن الشركة قامت بواجبها بالإعلام والفحص وبمنتهى حسن النية.

ولا يفوتنا القول أنه طبقاً للقانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني فإن من وقع في مثل هذا الغلط يكون له الحق بالمطالبة بإبطال العقد أما في القانون المدني الأردني فحكم الغلط المعيب أن العقد يكون صحيحاً ونافذ ولكنه غير لازم أي قابل للفسخ من قبل الطرف الذي وقع في غلط معيب⁽¹⁾

¹ (1) م. 153 مدني أردني [للعقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفه فيه] .

أما إذا وقع الغلط في ذات البرنامج (أي المحل نفسه) أو نوعه وهو شيء نادر الحدوث في الحياة المعلوماتية فإن هذا الغلط يعتبر به العقد منعداً لأن في قبيل الغلط المانع وذلك تطبيقاً لأحكام القوانين الشائعة في الغلط .

ثانياً : بالنسبة للغلط في شخص المتعاقد أو في صفه من صفاته فيعتبر كذلك من الأسباب الجوهرية التي تبيح لمن وقع فيها طلب إبطال العقد في القانون المصري والمشروع الفلسطيني والحق في فسخ العقد في القانون الأردني فلو تعاقد شخص مع آخر عن أنه خبير وذو كفاءة عالية في إدارة نظام المعلومات " البرنامج " وتبين له فيما بعد عكس ذلك جاز لهذا المتعاقد المطالبة بإبطال العقد " فسخه " لوقوعه بالغلط شرط أن يكون الطرف الآخر " الخبير " على بينة بأن خبرته مرغوب فيها وجوهرية ودافعاً لمتعاقد الآخر للتعاقد معه⁽¹⁾ ويورد الفقه مثلاً آخر في هذا المجال فيقول إذا لجأ العميل الذي يملك برامج معلوماتية معينة إلى مستشار أو شركة صيانة واضعاً في اعتباره خبره هذه الشركة أو هذا المستشار وقدرتهما الفنية بوصفها جهات محترفة في تقديم هذه الخدمات للزبائن فإذا ثبت بعد التعاقد أن هذه الجهات لا تتوافر بها الخبرة والكفاءة فإن ذلك يعتبر من قبيل الغلط في شخص المتعاقد الذي يتيح للعميل التمسك بإبطال العقد⁽²⁾ أو الحق أن فسخه حسب القانون الأردني ونضيف ما قلناه سابقاً من شرط أن تكون هذه الجهة على بينة

1 (1) في هذا المعنى د/ محمد حسام لطفي عقود خدمات

المعلومات مرجع سابق ص 49-55 .

2 (1) د/ حسن جميعي / مرجع سابق ص 144 .

أن صفتها هذه هي التي دفعت الزبون " العميل " إلى التعاقد معها .

ثالثاً: بالنسبة للغلط الواقع في طبيعة العقد فهو من الأمور الشائعة في مجال عقود الإعداد وذلك لأنه لغاية الآن لم يتم تحديد طبيعة هذه العقود بشكل قاطع وهي مازالت تصنف تارة بيعاً وتارة أخرى وكالة وتارة ثالثة عقود ترخيص باستعمال ومرة رابعة تعتبر من عقود براءة الاختراع حتى هذه هناك جانب من الفقه يرفضها معتبراً أنها تتدرج تحت تصنيف حقوق ملكية المؤلف⁽¹⁾ وأن الغلط في فهم طبيعة العقد يؤدي غالباً إلى الحق في طلب الإبطال أو الفسخ وذلك لأن المثال الشائع هنا أن من يبيع برنامج إلى مستخدم يكون دوماً في اعتقاده أنه باعه حق استعمال هذا البرنامج وليس استغلاله والتصرف فيه ، فإذا فهم المتعاقد الآخر المستخدم أن هذا عقد بيع له استغلاله والتصرف فيه كما يشاء وكان في فهم المورد أو المنتج أنه إنما يتنازل عن حق الاستعمال أو ما هو إلا ترخيص بالاستعمال ، جاز لكليهما طلب إبطال العقد لأن هذا الغلط يعتبر جوهرياً بالنسبة للتعاقد الذي حصل.

وهناك رأي في الفقه يقول أنه إذا لم يتم تحديد طبيعة عقد الإعداد فإنه يعتبر عقد ترخيص باستعمال البرنامج فقط وذلك لأن الاتفاق الذي تم إبرامه بالمواصفات المدرجة كان يخضع لأحكام عقد المقاوله وليس البيع وأي تصرف خارج نطاق

¹ (2) د/ شحاده غريب / برامج الحاسب الآلي والقانون - دار النهضة العربية القاهرة 2003، ص19 وما بعدها ويمكن مراجعة د/ عادل أبو هشيمة / عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص27 وما بعدها .

الاستعمال يؤدي إلى المساس بحقوق (المنتج)
المبرمج الأدبية والمالية⁽¹⁾

وخلاصة القول في هذا المجال أن مهما كان
مصدر العيب في الغلط المعيب فإنه يكون لمن وقع
فيه الحق في طلب الفسخ بالنسبة للقانون الأردني
والحق في الإبطال في القانون المصري والفرنسي
ومشروع القانون المدني الفلسطيني .

(الفرع الثاني)

التغير "التدليس" مع الغبن الفاحش

التغير هو كل حيلة يستخدمها الشخص لإيهام الغير⁽²⁾
، والتغير كما يعرفه القانون هو أن يخدع أحد
العاقدين الآخر بوسائل احتيالية، قولية أو فعلية تحمله
على الرضا ، بما لم يكن ليرضى به بغيرها⁽³⁾ ، فهو
إيهام يصدر من أحد المتعاقدين في لحظة إبرام
العقد أو في لحظة سابقة عليه ، يؤدي إلى وقوع
المتعاقدين الآخر في غلط ، يدفعه هذا الغلط إلى
التعاقد⁽⁴⁾ ، ويتضح أن التغير "التدليس" ما هو إلا
السبب للوقوع في غلط وهو الذي يدفع إلى إبرام
العقد أي باختصار هو النتيجة لاتخاذ ظروف أو وسائل
عن خلاف الحقيقة والواقع وهي من الجسامة بمكان
بحيث تدفع أحد الأطراف إلى التعاقد⁽⁵⁾ .

1 (1) د/ عادل أبو هشيمة مرجع سابق ص30 وكذلك يمكن الرجوع
إلى د/ حسام لطيف مرجع سابق ، ص213 و د/ محمد حسين
منصور مرجع سابق ص239 وما بعدها.

2 (2) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني فيما يتعلق
بالتغير مع الغبن ، ج1، المكتب الفني /2000 ص 146 .

3 (3) م.143 مدني أردني ، تقابل المادة 125 مدني مصري والمادة
128 مشروع فلسطيني .

4 (1) د/ حسام الدين الأهواني - نظرية الإلتزام - ج1 - المصادر
الإرادية - ط3 - دار النهضة العربية - القاهرة 2000 ص207 وكذلك
يمكن مراجعة أستاذنا الدكتور/شرف الدين - نظرية الإلتزام مرجع
سابق ص175 وما بعدها .

5 (2) السنهاوري - الوسيط ج1 مرجع سابق ص420 - وكذلك يمكن
مراجعة المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني مرجع سابق

هذا وقد بينت مبادئ العقود التجارية الدولية مفهوم التدليس في المادة 3/8 والتي تنص على (يجوز للطرف أن يبطل العقد إذا كان قد دفع إلى إبرامه بناء على ادعاءات أو أعمال احتيالية من الطرف الآخر ، وتشمل اللغة والممارسات أو الإخفاء غير المشروع لظروف يجب عليه إعلانها وفقاً للمستويات التجارية المعقولة للتعامل العادل) ⁽¹⁾ .

وفي هذا السياق يجب التمييز بين التغيرير "التدليس" والغلط ، لأن التدليس هو عيب عام والغلط عيب خاص ، حيث أن المتضرر من العقد يستطيع الرجوع إلى قواعد التدليس كلما كان الرجوع إلى قواعد الغلط صعباً وذلك لأن إثباته أسهل من إثبات الغلط ⁽²⁾ .

وقبل الحديث عن التدليس بالنسبة لعقود الحاسب الآلي يجب القول أنه ومن خلال قراءتنا للنصوص التشريعية ولأحكام المحاكم يتضح لنا أن التدليس يقوم على ثلاثة عناصر : **العنصر الأول هو استخدام وسائل احتيالية** ، والعنصر الثاني هو أن تحمل هذه الوسائل الطرف الآخر على الغلط والتعاقد ، وثالثاً أن تكون هذه الوسائل من الجسامة بمكان بحيث تقنعه بالتعاقد ⁽³⁾ .

ص145 إلى ص148 ، وذهبت محكمة النقض المصرية أن التدليس يجب أن يكون وليد إجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التغيرير بالعقد بحيث يشوب إرادته ويفقده الحكم على الأمور حكماً سليماً - نقض مدني 20/2/1964 - مجموعة أحكام النقض 15 رقم 46 ص263 .

¹ (3) د/ هشام علي صادق / القانون الواجب على عقود التجارة الدولية منشأة المعارف، الاسكندرية - 1995 - ص54-55 وقد ورد في كتاب أستاذنا الدكتور / شرف الدين السابق الإشارة إليه أيضاً ص175 .

² (1) عدنان السرحان ونوري خاطر ، شرح القانون المدني الأردني مرجع سابق ص151 وص122 وما بعدها .

³ (2) المادة 125/1 من القانون المدني المصري لخصت ذلك بقولها (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد

وبتطبيق هذه المفاهيم على عقود المعلوماتية يمكن أن نرى مثلاً بأن يتعامل متعهد مع مستفيد بغرض إيهامه بكفاءة الحاسب أو البرنامج الذي يسوقه مدعياً أن هذا البرنامج قد صنع في دولة أوروبية (دولة المنشأ) في حين أنها مصنوعة في الصين مثلاً فهذا يعتبر تغريراً يمكن أن يلحقه حكماً على المتعهد بإختراق حقوق الملكية الفكرية والتقليد غير المرخص به⁽¹⁾ ، وقد وسع القضاء الفرنسي من مفهوم التدليس مدعماً بالفقه بحيث اعتبر أن الكذب المبالغ فيه يعتبر تدليس ، وأكثر من ذلك فقد اعتبر عدم تحقق المتعهد من مصدر البرنامج تدليساً ضد المتعاقد الآخر ، وخاصة أن مصدر البضاعة "المنشأ" كان عنصراً مهماً بالنسبة للمشتري ، إذ بسببه رضي الشراء⁽²⁾ . وللتوضيح أكثر نقول أنه مثلاً بالنسبة للعنصر الأول من عناصر التدليس "التغريير" وهو استخدام طرق إحتيالية فمن الممكن أن تكون هذه الطرق مادية أو غير مادية لكن يشترط فيها أن تتكون سبباً معقولاً للوقوع في التدليس كأن يثبت أن المواد التي جهزها المتعهد "المبرمج" للمستفيد لا تتطابق مع المواصفات التي اتفقا عليها والتزم بها المتعهد .

المتعاقدين أو أناب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد) .

¹ (3) يمكن مراجعة المادة 140 من القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية / مصري / وكذلك يمكن مراجعة د/محمد حسام لطفي - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي - دار الثقافة للنشر والتوزيع 1987 ص 178 وما بعدها - د/خالد مصطفى فهمي - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية - دار الجامع الجديدة للنشر 2005 - الاسكندرية ص 25 .

(1) مشار اليه لدى د/نوري خاطر - مرجع سابق ص 22

² - Cass.crim. 1er. 1-12-1981-lamy-ecmi094
cass.crim .

وفي قضية مشهورة حكمت محكمة استئناف باريس برفض الاستئناف المقدم من شركة محاسبة ضد شركة "فيليبس" للبرمجة بحيث أن الشركة المستأنف عليها قد تعهدت ببناء برامج حاسب آلي تتوافق وأغراض شركة المحاسبة طبقاً للمعايير والقدرات التي تتمتع بها أجهزة الشركة المستأنفة ولكن الشركة المستأنفة "شركة المحاسبة" قد قامت بتغيير أجهزتها وهو كما قالت في حيثيات الطلب أمر مألوف ومتوقع في هذه الشركات ، فإن البرامج التي أعدتها شركة "فيليبس" لم تؤتي أكلها بالنسبة لشركة المحاسبة مما أدى إلى عدم إنجاز المهام المحاسبية في الشركة لأن الأجهزة لديها كانت غير ما تعاقدت عليه شركة فيليبس ولذلك رفض الاستئناف وقالت المحكمة في حيثيات حكمها / لم يثبت قيام شركة فيليبس بأي عمل في أعمال التدليس أو بأي حيلة تدليسية للحصول على قبول الشركة المستأنفة وإبرام العقد ⁽¹⁾ .

وفي هذا السياق لابد لنا من الحديث حول نقطة خلافية في موضوع التدليس (التغريب) وهي علاقة الكذب به ومتى يعتبر الكذب تدليس ومتى لا يعتبر

¹ (1) مشار إليه لدى د/حسن الجمعي المرجع السابق ص 154 - CA paris 5° ch. A20 mai 1986 . jd . T . n° 22463 وفي حكم آخر يدل على اعتبار استخدام الوسائل الاحتيالية من قبيل التدليس رأت محكمة استئناف باريس أن طلب شركة IBM من المستخدم شراء حاسب آخر حتى تستطيع ذاكره الحاسب الجديد استيعاب برنامجها التي تعاقدت عليه معه طبقاً لمواصفات الحاسب الأول وبعد استشارتها للخبراء الذي أجمعوا أنه كان يكفي تحسين كفاءة الحاسب الأول بواسطة شراء ما يعرف بـ Double Discus لا شراء حاسب جديد من IBM فما قامت به شركة IBM يعتبر من قبيل التدليس \ OCT . B23 mai \ CA paris . 5° jurs datn n° 22943 1992 مشار إليه عند الدكتور/نوري خاطر مرجع سابق. ص 25 وكذلك يمكن مراجعة د. شرف الدين - مرجع سابق ص 178 - السنهاوري \ الوسيط ص 221 وأنور سلطان - مرجع سابق ص 88-93.

كذلك، لا يوجد نص قانوني صريحاً يحدد والأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لتحقيق التدليس ، دون أن يتبين بوضوح أن من وقع عليه التدليس لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بسبب هذا الكذب، فإن كان يستطيع فلا تدليس⁽¹⁾ . ولكن يجمع الفقه⁽²⁾ . أن الكذب المجرد إذا تم التعبير عنه كتابة يعتبر وسيلة من وسائل الاحتيال ، يجيز للمتعاقد قد الذي وقع ضحية له أن يطلب إبطال أو فسخ العقد⁽³⁾ ، انطلاقاً من انطباق حكم التدليس عليه نتيجة هذا الكذب .

وكذلك فإن القضاء الفرنسي تمكن من اعتبار الكذب متى كان مبالغاً فيه ومتى كان ذو تأثير على إرادة المتعاقد من قبيل التدليس ، ففي قضية مشهورة أبطلت محكمة استئناف باريس عقد توريد نظام حاسب آلي "أجهزة وبرامج" كانت شركة PI قد أعلنت أنها يمكنها أن تغني المستخدمين عن الإستعانة بأي مبرمج أو عن شراء أي برامج أخرى وقد أوردت إعلانها مذبلاً بعبارة تقول ثورة في عالم الكمبيوتر طبعاً وكانت قيمة الجهاز والبرامج كبيرة .

¹ (1) يمكن مراجعة المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بشأن المواد 125 و126 - مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 172 وشرف الدين مرجع سابق ص 178 - السنهاوري ، الوسيط ص 221 وأنور سلطان - مرجع سابق ص 88-93 .

² (2) د/ إسماعيل غانم مرجع سابق ص 211 وما بعدها - د/ السنهاوري - مرجع سابق ص 221 وحسام الأهواني - نظرية الإلتزام مرجع سابق ص 206 وما بعدها - أستاذنا د/ شرف الدين - نظرية الإلتزام مرجع سابق ص 178 وما بعدها .

³ (3) ورد حق الإبطال للعقد في القانون المدني المصري والفرنسي ومشروع القانون المدني الفلسطيني ، إلا أن المشرع الأردني لم يعتمد في نطاق عيوب الإرادة نظرية البيطلان النسبي بل اعتمد نظرية عدم لزوم العقد واعتباره لا يلزم متى وقع في غلط نتيجة للتدليس ، حيث أجاز له المطالبة بفسخ العقد شرط أن يكون من نتائج هذا الغلط الذي أوقعه به التعبير أن يقع في غبن فاحش - يمكن الرجوع إلى نص المادة 148 مدني أردني والمواد 125 و126 مدني مصري ، والمادة 1116 مدني فرنسي والمادة 128 مشروع فلسطيني .

فقامت شركة PA وهي شركة للخطوط الجوية بالتعاقد والشراء بناءً على الإعلان واتضح لها فيما بعد عكس ذلك وأن هذا النظام ما هو إلا نظام عادي يحتاج مبرمجين وتحسينات فقضت المحكمة بإبطال العقد دون أن تلجأ المحكمة إلى البحث عن أية وسائل أو مناورات تدليسية أخرى وإنما اكتفت بثبوت قيام مورد نظام الحاسب بالكذب التدليسي معتبرة أن هذا الكذب لعب دوراً محورياً في إقدام الشركة الأخرى على التعاقد⁽¹⁾.

أن مبادئ حسن النية والأخلاق يجب أن تمنع الكذب في التعامل وأن العقود بشكل عام يحكمها مبدأ حسن النية ، والتي لا تبرر الكذب وتستهنه في التعامل بين الأفراد ، ولكن هذا الكذب لا يمكن الاعتداد به إذا لم يشكل دافعاً جوهرياً للتعاقد ، فلا ينزل منزلة التغيرير إذا بقي كذباً مجرداً أو عارض أو فرعي في موضوع العقد . وقياساً على عقود إعداد برامج الحاسب في عصرنا الحاضر بعد كل هذا التطور في وسائل الدعاية والإعلان ففي رأينا لا يمكن الاعتداد بما تورده من نشرات أو دعايات للقدح في صحة التراضي من باب التدليس فسمة هذا العصر المبالغة ولقد أصبح عرفاً أن كل منتج لشيء يدعى أنه الأفضل ويكفي نظره واحده لإعلانات شركات الاتصال لكي يختار حتى الخبير ولكي يشعر المواطن أنه يحتاج لمهندس اتصالات لإرشاده ولذلك نقول أن ما يتردد في النشرات الإعلانية المختلفة لا يصلح سبباً لوقوع المستخدمين في أيامنا هذه في غلط سببه التدليس إلا إذا كان المنتج أو المبرمج قد خاطب شخصياً المستخدم عبر قائمة حقيقية فيها المواصفات، تخصصه هو بعينه وتمت مفاوضات ما قبل

¹(1) Paris 5 eme ch.B.11janu.1984,junisdata.2002

حكم أشار إليه د/حسن جميعي - عقود برامج الحاسب الآلي - مرجع سابق ص153 .

عقديه .. الخ حتى نستطيع أن نقدر في صحة الإرادة
واقترانها بعيب من عدمه ولذلك نقول أن المبالغة في
المدح المرافق لعرض البضائع لا يؤثر في صحة الرضا
(1)

هذا بخصوص الكذب ولكن ما هو الحكم لو كان
السكوت تدليلاً الأصل كما يقول الفقه (2) أن
السكوت عن ذكر بيان معين لا يعتبر تدليلاً - وهذا ما
قضت به محكمة النقض المصرية بقولها
(أن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليلاً ما لم
يقترن بحيلة غير مشروعة) (3) وهذا كله ما لم يوجد
إلتزام على المتعاقد بالإدلاء بالحقيقة . ومع هذا يكون
السكوت تدليلاً إذا ورد على واقعة أساسية وجوهرية
كان يجب الإفصاح عنها بحكم القانون أو الإتيافاق أو
ظروف العقد وطبيعته (4) وذهبت محكمة النقض
الفرنسية أبعد من ذلك عندما اعتبرت أن إخفاء
المعلومات يعد عيباً تدليلاً حتى لو لم يتعلق بعنصر
جوهرى في العقد ، مادام أن المتعاقد الذي أخفى
المعلومة قد استفاد من توهم المتعاقد الآخر دون أن
يعمل عن إيهامه (5).

1 (1) رفض محكمة النقض الفرنسية الأخذ بفكرة الكذب المجرد
مادام لم يترتب عليه آثاراً سلبية ضد أحد المتعاقدين ، معتبرة أن
القانون الفرنسي لا يعتد بالكذب المجرد الذي لم يكن له تأثير
جوهري في الموقع ، التعاقد - 78no77-13-55-Bull civ.1.p28 5
أشار إليه د/نوري خاطر /
مرجع سابق ص 25 .

2 (2) أستاذنا د/شرف الدين - نظرية الإلتزام - مرجع سابق ص 179 -
السنهوري مرجع سابق ص 225 - ود.أنور سلطان مرجع سابق
95-93 .

3 (3) نقض مدني 25/2/1943-مجموعة عمر 4-29 رقم 59 .

4 (1) تنص المادة 144 مدني أردني عن أنه (يعتبر السكوت عمداً
عن واقعة أو ملايسة تغريباً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد
لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملايسة) تقابل 125/ مدني مصري و
129 مشروع فلسطيني واخلوا القانون المدني الفرنسي من نص
مماثل .

وبلاحظ أن القانون المصري والقوانين العربية
المقارنة / أردني / سوري / مشروع فلسطين قد ورد
بها عن السكوت الذي يعتبر تدليساً ما يحكم أية
واقعة وخلا القانون الفرنسي من نص مماثل فكان أن
قامت محكمة النقض الفرنسي بهذا الدور بحيث
اعتبرت السكوت تدليساً إذا توافرت فيه الشروط
السابق الحديث عنها مستندة إلى مبدأ حسن النية
في التعامل والذي يقضي بأن لا يحقق أحد طرفي
العقد مصلحة بغض النظر عن مصلحة الطرف الآخر
الذي يجب أن يوفر له البيانات والخرائط
والمواصفات الإلكترونية والإمكانات بالإضافة إلى
إتجاهات التشريعات الأوروبية الحديثة التي أصبحت
تجبر المتعهد بالإعلام والتحذير والنصيحة وتعطي دوراً
للمفاوضات ما قبل العقدية حتى يتعاقد المستخدم
وهو على بينه من الأمر⁽¹⁾ .

وفهم مما سبق أن كتمان الحقيقة الضرورية
للمتعاقد المقابل يعتبر تدليساً يسمح لمن وقع عليه
إبطال العقد أو فسخه بحسب الأحوال ولكن تبقى
نقطة غاية في الأهمية وهي أن السكوت يجب أن
يصاحبه سوء نية من قبل من سكت يتلخص في دفع
الآخر إلى التعاقد مع علم من سكت أنه لو أفصح لما
تعاقد الطرف المقابل وبذلك يقترن بوسيلة احتيالية ،
وهذا في عقود المعلوماتية غالباً ما يستشف في
المفاوضات العقدية أو ما قبل العقدية ، فإذا كان
المتعاقد يعلم أو من السهل أن يعلم أن كتمانها يسبب
ضرراً للمتعاقدين الآخر قامت عليه المسؤولية وتعيبت

⁵ (2) Cass 3 civ.2.oct.1979 n° 78-11.1951.Bull.
civ.p.251,0 . 1979.ir.p.252

¹ (1) د/حسن جميعي مرجع سابق ص166 د/خالد مصطفى فهمي
مرجع سابق ص33، د/محمد حسام لطفي - عقود خدمات
المعلومات في القانونين المصري والفرنسي / مرجع سابق ص85
وما بعدها .

إرادة الطرف الآخر بأن شابها تدليس يبيح له طلب إبطال أو فسخ العقد .

العنصر الثاني: أن يكون التدليس دافعاً إلى

التعاقد :- وهو ما سبق الحديث عنه في السكوت والكذب ولا داعي للإطالة فيه ، وبإختصار نقول يجب أن يثبت من وقع عليه التدليس أن هذا الأمر هو الذي دفعه للتعاقد فإن كان من السهل عليه أن يتبين الأمر عند إبرام العقد فلا يعتد بإدعائه ، وهذا مما يقدره قاضي الموضوع أي أنه يقدر أثر الوسائل التي اتبعها المتعاقد في دفع المتعاقد الآخر للتعاقد وهي مما يرجع بها القاضي إلى معيار ذاتي أو شخصي بالنظر إلى إمكانيات الأطراف وثقافتهم وجنسهم ⁽¹⁾ وهل هو مختص بنظام المعلوماتية ويعرف مكوناته وهذا الأمر ضروري مراعاة لاستقرار المعاملات القائم على مبدأ حسن النية .

هذا ولا يفوتنا القول أنه في بعض الأحيان يترتب على التدليس جزاء جنائي إذا وصل حد الاحتيال أو الغش الصريح مما يترتب التعويض أيضاً طبقاً لأحكام القانون أو طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية ⁽²⁾ .

العنصر الثالث / اتصال المتعاقد بالتدليس :-

نصت المادة 126 مدني مصري أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس ⁽³⁾ وهذا نص خالف فيه المشرع المصري

¹ (1) د/ شرف الدين - مرجع سابق ص182 - نقض مدني 13/3/1973 ص44 ص1796 (استخلاص عناصر التدليس الذي

يجيز إبطال العقد من وقائع الدعوى . هي من المسائل التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض) .

² (2) عدنان السرحان ، ونوري خاطر - مرجع سابق ص184 .

³ (3) تقابل المادة 148 مدني أردني والمادة 1\130 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

موقف القانون المدني الفرنسي الذي استبعد التدليس الصادر من الغير من عيوب الإرادة متأثراً بالقانون الروماني الذي كان يعتبر التدليس جريمة⁽¹⁾ وفي حقيقة الأمر أن منطلق القانون المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني الذي تأثر إلى حد بعيد بالقانون المدني المصري أفضل من موقف القانون الفرنسي في هذا الشأن وخصوصاً وأن القضاء الفرنسي سار حديثاً على اعتماد التدليس الصادر من الغير في عقود المعلوماتية تدليساً إذا رافقه تواطؤ أو علم من الطرف الآخر فقضت محكمة استئناف باريس بتأييد حكم المحكمة الابتدائية ورفض ادعاء الشركة المستأنفة MAYER بإبطال عقد شراء أجهزة حاسب آلي بسبب عدم قيام الشركة المستأنف عليها ADLER بتسليم برامج حاسب التي اعتقدت المستأنفة أن سعر الشراء يشملها بناء على ما أدلى به مندوب المكتب الاستشاري وقالت وحيث أن المندوب الذي أوصى للشركة المستأنفة بذلك قد حضر إليها بناء على طلبها من المكتب الاستشاري الذي تتعامل معه بشكل معتاد وليس عن طريق الشركة الموردة للأجهزة كما أنه لم يثبت اتصال علم هذه الشركة بمسلك المندوب ولم يتم إخطارها به).

هذا ويلاحظ في هذا المجال أيضاً أن التدليس الصادر عن الوكيل أو عن أحد التابعين ، يعتبر بمثابة التدليس الصادر من المتعاقد نفسه ، على اعتبار أنه مسئول عنهم وأنهم يعملون لحسابه وبالتالي تحكمهم مسؤولية المتبوع عن فعل التابع وذلك بنص المادة 125 مدني مصري (والتدليس الصادر من نائبه).

¹ (4) د/السنهوري - مرجع سابق ص250 وما بعدها ، د/شرف الدين - مرجع سابق ص186-187-د حسام الأهواني - مرجع 210 وما بعدها .

وأخيراً نقول في هذا الشأن أن القانون المدني الأردني على خلاف المصري ومشروع القانون الفلسطيني اشترط أن يترتب على التدليس غبن فاحش لكي نحكم عليه بأنه معيب للإرادة⁽¹⁾ ويقصد بالغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وبعبارة أخرى أن يكون أحد المقابلين غير متعادل ولا يقترب حتى من التعادل مع المقابل الآخر وإذا كانت التشريعات الأخرى المقارنة تجنبت ذكر الغبن مرتبطاً بالتغيير أو التدليس فلأنها افترضت أن من غير المعتاد أن يطالب أحد الأطراف فسخ العقد أو إبطاله للتدليس ما لم يكن هناك ضرر لا يتسامح به (غبن فاحش) قد لحقه نتيجة وقوعه في غلط ناتج عن تدليس ، إما المشرع الأردني فذكر الغبن الفاحش متأثراً بالفقه الإسلامي⁽²⁾ .

الفرع الثالث

- الإكراه -

الإكراه يمكن أن يعرف بأنه استخدام وسائل ضغط غير مشروعة تحدث في نفس المتعاقد رهبه تدفعه إلى التعاقد⁽³⁾ ، والذي يجعل الإرادة معيبة في الإكراه ليس هو الوسيلة المستخدمة في الضغط الإرادة وإنما هي الرهبة الناتجة عن هذه الوسيلة التي تؤثر على إرادة ونفسية من وقعت عليه دافعه إياه

¹ (1) المادة 145 مدني أردني (إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد) .

² (2) راجع المادة 146 ومذكراتها الإيضاحية في القانون المدني الأردني ويمكن مراجعة عدنان السرحان ونوري خاطر. المرجع السابق. ص 156 و ص 189 .

³ (3) أستاذنا د/ شرف الدين - مرجع سابق. ص 187 - وكذلك شرح المواد 948-949 من مجلة الأحكام العدلية\ علي حيدر مرجع سابق - والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني عن المواد 135 و 131 والمادة 127 مدني مصري وهي تقابل المادة 132 مشروع فلسطيني .

إلى التعاقد . وباختصار هو إجبار للمتعاقد على التصرف دون رضاه التام ، فإن كان لهذه الرهبة أثر على قبول المتعاقد للعقد ، اعتبر التصرف معيباً ، أما دون ذلك فلا يعتد به باعتباره من عيوب الإرادة وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها (أن مفاد المادة 127 مدني أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بتهديد المتعاقد بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له بها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله عن قبول ما لم يكن يقبله باختياره ، ويجب أن يكون الضغط الذي تولد عنه رهبة في نفس المتعاقد غير مستندا إلى حق وهو يكون كذلك إذا كان الهدف منه الوصول إلى شيء غير مستحق حتى ولو سلك في سبيل ذلك وسيلة غير مشروعة⁽¹⁾).

ولأن مجال بحث الإكراه وشروطه بالتفصيل هو لكتب ومؤلفات القواعد العامة ولأنه لا جديد يحدث علي الإكراه في عقود الإعداد فإن توافرت شروطه بوجود تهديد غير مشروع بخطر معين مما يخلق لدى الطرف الثاني الذي وقع عليه التهديد رهبة تدفعه للموافقة على التعاقد واتصال المتعاقد بهذا التهديد فيأخذ حكم الإكراه المعيب للإرادة في النظرية التقليدية لعيوب الإرادة والمنصوص عليها في القوانين المقارنة والسابق الإشارة إليها بأن تجعل العقد قابلاً للإبطال في القانون المصري والفرنسي ومشروع القانون الفلسطيني وتجعل حكمه موقوفاً على إرادة المكره بعد زوال الإكراه أو ورثته فإن أجازوه اعتبر صحيحاً وأن لم يجيزوه بطل العقد في القانون المدني الأردني⁽²⁾ ونترك أحكامه وجسامته وشروطه وهل هو ملجأ أم غير ملجأ إلى كتب شروح

1 (1) نقض مدني 31/3/76 . س 27 ص 815 - مرجع سابق .

2 (1) م/41 مدني أردني .

القواعد العامة فهو كما أسلفنا لن يختلف سواء وقوع
على عقود معلوماتية أم على عقود أخرى فكلاهما
يأخذ نفس الحكم .

إلا أن هناك اتجاه حديث في الفقه الغربي يرى
أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار في نطاق عقود إعداد
برامج الحاسب ما يسمى بالإكراه الاقتصادي ، وخاصة
في المراحل التي تلي إبرام العقد ، حاجة المستخدم
إلى خدمات للبرنامج أو حاجته إلى صيانتته ⁽¹⁾ .

فإذا زود المتعهد المستفيد بأجهزة ذات كفاءة
عالية لا يوجد مثيلاً لها في الأسواق لأنها صنعت
خصيصاً بناءً على طلبه ، فعندما رجع المستفيد إليه
بهدف طلب خدمات معينه أو إجراء صيانة على
البرنامج الذي أبتاعه منه بهذه الحالة يكون المستفيد
تحت يد وسلطة المتعهد، فإن فرض عليه شروطاً
قاسية فإن إكراهاً هنا يكون قد وقع في هذه
العقود ، وقد حاول القضاء والفقه في فرنسا الحد
من هذه الظاهرة فاعتبروا أن من القواعد البذيهيه
في هذه العقود أن تحتاج البرمجة إلى تدخل مستمر
من جانب المتعهد من أجل ضبط البرنامج وبيان
دقته في الإدراك الكامل لجوانبه الخفية وطبيعة
عمله ، فاعتبروا أن التسليم الحقيقي لا يكون إلا
بعد فترة من التسليم الفعلي وهي فترة كافية
تسمح للمستفيد بالإقرار بحصول التسليم لا سيما
وأن هذا القضاء نفسه قد تسامح في بعض
مشكلات وأخطاء البرامج لبعض الوقت بعد
التشغيل وإعطاء الوقت للمتعهد لضبطها ومتابعتها
طالما أن هذه المشكلات والأخطاء لا تؤثر على كفاءة

¹ (2) Christopher Collard and Christopher Roquilly -
Closed Distribution Software and E
commerce .issues .International Review of law
computers .V.16 .N.1 .Carfax. publishing .Taylor and
Francis LTD.2002.P81-92 .

البرنامج يمكن للمتعهد تداركها⁽¹⁾ وهذا مما يجعل المستفيد في موقع أبعد ما يكون عن إمكانية إكراهه بعد الإبرام وفي أثناء التنفيذ ولكن لأن الأمر يمكن أن يقع فإن الفقه والقضاء في فرنسا مثلاً يعتمدان على اللجوء إلى الخبرة العملية في شأن تحديد ما يعتبر إكراها في هذا المجال.

وهذا سنتطرق إليه بشكل موسع عند حديثنا عن التعسف في الفصل الثالث في هذه الدراسة و خلاصة القول في هذا الموضوع أن عيب الإكراه يمكن الاحتجاج به إذا توافرت شروطه سالفة الذكر لا بل أكثر من ذلك يمكن الاحتجاج بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة إذا كان صادراً من الغير وليس من أحد المتعاقدين ، شرط أن يثبت من وقع عليه الإكراه أن

¹ (1) يمكن مراجعة د/حسن جميعي - مرجع سابق ص 245-248 وكذلك المستشار فاروق الحفناوي / عقود البرمجيات - المرجع السابق وفي العقود النموذجية لبناء نظام وتركيبه و ضمان لوازمه بعد تشغيله وصيانته استحدثت الشركات الأمريكية للبرمجة ما يعرف بفترة الضمان وهي فترة تبدأ عند إنتهاء المتعهد من بناء النظام "البرنامج" وتركيبه وإختباره وتشغيله والوفاء بكافة إلتزاماته التي تتأكد بشهادة القبول الإبتدائية للبرنامج ، وإلتزام المتعهد أثناء هذه الفترة قد يمتد إلى عام كامل وهو للتأكد أن البرنامج أو النظام يعمل ككل متكامل في تناغم وتناسق بين أجهزته المختلفة ، وبينه وبين البرامج والأجهزة الأخرى القائمة لدى المستفيد ، حيث يلتزم المتعهد أثناء هذه الفترة بتصحيح أية أخطاء تظهر وصيانة الأجهزة إن حدث شئ ، وكل ذلك لا يمنع أن يرافق بعض البرامج فترات ضمان تختلف عن برامج أخرى أو عن الأجهزة التي تعمل بها كأن يضمن النظام سنة ويضمن الجهاز سنتين ، وهذا له تأثير بالنسبة للصيانة المدفوعة الأجر والتي تبدأ غالباً بعد إنتهاء فترة الضمان حيث في الغالب ما يوضع = شروط في العقد بأن تباشر الشركة الصيانة لمدة معينة تبدأ هذه المدة بعد إنتهاء فترة الضمان . ويطلق على شهادة القبول النهائي في هذه العقود .

Final Acceptance Certifiat (FAC)

أو FINAL Hand Over Certifat (FHOC)

يمكن الرجوع إلى كتاب البرفسور

مرجع سابق Benjamin Wrghit / The Law Of

Electronic .P.R

Chapter 14-14/4 Model Agreement P.40

المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان حتماً بإمكانه أن يعلم بهذا الإكراه⁽¹⁾ وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في هذا الشأن أي أن يكون المستفيد يعلم بالإكراه أو بإمكانيته حسب ظروف الحال وبكل بساطة أن يعلم بالتزام الطرف الآخر بالتعاقد للحصول على مصالح معينة ملحقاً ضرراً به جراء هذا التعاقد .

¹ (1) م/128 مصري - لم يرد نص مشابه في القانون المدني الأردني عن الإكراه الواقع من الغير/ والمادة 135 مشروع فلسطيني .

المطلب الثاني

اثر عيوب الإرادة على عقود إعداد البرامج

تنص المادة 124 من القانون المدني المصري على انه (ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية)⁽¹⁾ وكذلك تشدد المشرع المصري في إبطال العقد اذا شاب إرادة احد الأطراف أكرهاها معينا محاولا قدر الامكان أعمال العقد بدلا من إبطاله⁽²⁾ وهذا نفس نهجه في التدليس والاستغلال⁽³⁾. ففي التدليس مثلا اشترط المشرع ان يقع عبء إثباته على العاقد الذي يطلب الإبطال ، ويتلخص أثره في انه يجعل العقد قابلا للإبطال ولكن وحسب ما يورد أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين انه لا يوجد ما يلزم المتعاقد المدلس عليه بطلب إبطال العقد وله ان يقتصر على مطالبة مرتكب الأعمال الاحتيالية بالتعويض⁽⁴⁾.

اما في الاستغلال يمكن للطرف الذي وقع عليه الاستغلال المطالبة بأحد أمرين ،إبطال العقد او إنقاص التزاماته تبعا للغبن الذي وقع عليه⁽⁵⁾. حتى ان المشرع قد اقتصر الحق في رفع دعوى الاستغلال على فترة زمنية قصيرة هي مدة عام فقط دون ان يضمنها فترة وقف او انقطاع ،فمجرد مرور سنة من تاريخ إبرام العقد تكون دعوى الاستغلال غير مقبولة ، على خلاف مدة سقوط دعاوى الإبطال للإكراه والتدليس والغلط التي جعلها المشرع ثلاث سنوات

1 (1) تقابل المواد 132 مدني اردني و127 من مشروع القانون المدني الفلسطيني

2 (2) المادة 128 مدني مصري

3 (3) د. احمد شرف الدين مرجع سابق ص 187 هامش (267) منسوبا الى تيريه بند 232 ص 222

4 (4) هو ما يسمى بالقانون المدني الاردني بالغبن الفاحش .

5 (5) المادة 129/1/2/3 مدني مصري /و 150 مدني اردني وتقابل المادة 136/1 مشروع فلسطيني

منذ اكتشاف هذه العيوب او خمس عشر سنة من تاريخ العقد .⁽¹⁾

ولقد أوردنا هذه النصوص لنبحث اثار عيوب الإرادة على عقود الإعداد وكذلك ما يمكن ان يلحق هذه العقود من نقض او تصحيح وما يترتب على ذلك من قضايا لذلك لا بد من القول ان المشرع المصري لم يتقيد في القانون المدني بعيوب الإرادة في إبطال العقد بحكم واحد لا منزوعة عنه ، اذا لحق احد الأطراف وذلك حرصا على استقرار المعاملات حتى انه في عيب الاستغلال مثلا اخرج فئة التجار من الاستفادة من هذا العيب معتقد وبحق ان من يكون تاجرا يجب ان يتمتع بما يتمتع به التجار من نظرة ثاقبة ودراية تجنبه من الوقوع ضحية للآخرين⁽²⁾، لذلك وان كانت هذه العيوب من شأنها ان تعطي الحق لمن وقع فيها بطلب إبطال العقد الا ان ذلك وفقا لشروط كثيرة وكذلك فقد اجاز القانون الحق في إجازة العقد او تعديل الالتزامات بحيث تتعدل او الخ وقد اورد الفقه في مجال المعلوماتية وبرامجها ان تقصير المستفيد او العميل في التحري او الاستعلام الذي يؤثر على اختياراته ويؤدي الى حصوله على برامج او أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية يؤدي الى انعقاد مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه ويتحمل المستفيد مسؤولية تقصير المتعهد (المبرمج) في إنجاز مهمته⁽³⁾

اما في القانون المدني الأردني فالوضع مختلف ، فلم يتقيد المشرع الأردني بحكم واحد في حالة وقوع احد الأطراف المتعاقدة ضحية عيب من عيوب الارادة

¹ (1) المادة 129/1 ، 140 / 1 ، 141/1 مدني مصري

² (2) في هذا المعنى المادة 52 من قانون التجارة المصري ويمكن

مراجعة مذكراتها الايضاحية

³ (1) د- محمد حسين منصور ، مرجع سابق ص 48

، ففي نطاق عيب التغيرير اذا اقترن بغبن فاحش ، وعيب الغلط اذا استوفى شروطه ، جعل حكم العقد المعيب بهذين العيين غير لازم أي قابلا للفسخ ، اذا طالب به المتعاقد الذي وقع فيه .

في حين انه جعل حكم العقد بالنسبة للإكراه الذي يقع على احد الأطراف موقوفا ، والعقد الموقوف هو العقد الذي لا ينعقد سببا لحكمه ، اي غير نافذ بحق المتعاقدين وبحق الغير⁽¹⁾ مما يترتب عليه ان العقد لا يترتب اي اثر ما لم يجزه المكره بعد زوال الاكراه او ورثته ، اما اذا نقضه عد كان لم يكن ، على عكس ما هي الحالة عليه في التغيرير مع الغبن الفاحش او الغلط الذي يعتبر به العقد صحيحا وناظا لكنه غير لازم اي يجوز لمن وقع ضحية تغيرير مع غبن فاحش او وقع في غلط ، ان يطالب بفسخ العقد ، وعلى الفرق بين الحكمين تترتب إشكالية بالنسبة للعقد غير اللازم لأنه كان صحيحا نافذا فكيف بالامكان إعادة الحال الى ما كان عليه في حالة الفسخ ؟ وهذا مالا نجده في حكم إبطال عقد المكره لأنه ان لم تقع عليه الإجازة كان باطلا لا يترتب عليه اي اثر ، وفي رأينا كان على المشرع الأردني ان يحذو حذو المشرع المصري في التعامل مع آثار هذه العيوب ، او ان يطبق حكم العقد الموقوف (حكم عقد المكره) على التغيرير مع الغبن الفاحش وعلى الغلط كذلك ، اذ كيف يتصور في مجال عقود المعلوماتية

ان يرد كل واحد من المتعاقدين ما أخذه بالحالة التي كانت عليها قبل التعاقد ، اذا ما مارس صاحب الحق حقه في طلب الفسخ وطلب ذلك . وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب من خلال البحث في إجازة التصرف المعيب وتطبيقه على عقود

¹ (2) المواد 145 و 141 و 153 مدني اردني وكذلك يمكن مراجعة المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني مرجع سابق ج 1 ص 150-160 و د، انور سلطان مصادر الالتزام ، ص 165-180 ، كذلك يمكن مراجعة د، عدنان السرحان ود، نوري خاطر مرجع سابق ص 140 وما بعدها لغاية ص 172

الإعداد في الفرع الأول أو نقض العقد كلياً وأثره على هذه العقود في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تصحيح التصرف المعيب

لا تثير الإجازة بالنسبة لعقود الإعداد مشاكل مختلفة عن العقود الأخرى فالقواعد العامة تتكفل بها ، والطرف الذي يقع ضحية للتدليس أو الغلط أو الإكراه له أن يبطل العقد أو يجيزه ويرفع عنه قابليته للإبطال أو الفسخ .

وقد حدد المشرع الأردني شروط الإجازة في المادة 174 من القانون المدني (يشترط لصحة الإجازة قبول التصرف للإجازة وقت صدوره ووقت الإجازة ، ووجود من له الإجازة وطرفي العقد والمتصرف فيه وبدله أن كان عينا وقت الإجازة)⁽¹⁾ وهذا يعني قيام العقد موضوع الإجازة مع أطرافه وبقاء العين إذا كان عينا معينة وجود البدل .⁽²⁾

وفي عقود الإعداد نجد أن إجازة العقد الذي لحق به عيب يمكن أن تحل بطريقة عملية إذا اتفق الطرفان على إزالة هذا العيب أو تعديله بما يتفق ومبدأ اقتراب الالتزامات المتبادلة من التعادل ، كما لو اشترى مستفيد برنامجا معيناً وبعد تركيبه على جهازه تبين له أن لا يتطابق مع المواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد ، فإن اكتشف المستفيد أن هذه النظام

¹ (1) لم يورد المشرع المصري نصاً مشابهاً لكن المادة 139 مدني بينت الإجازة في أنها تكون صريحة أو ضمنية والفقرة الثانية من نفس المادة اعتبرت أنها يجب أن تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد وأن لا تؤثر على حقوق الغير . أما القانون المدني الفرنسي فأعطى الحق بالإجازة مشدداً على الأهلية وعلم المتعاقد التام بالعيب ولم يذكر وجود المعقود عليه ، يمكن مراجعة المواد 1138 و 1115 منه ، كذلك يمكن مراجعة د. محمد إسماعيل الغشيم ، إجازة التصرفات - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة 1995 ص 196 وما بعدها .

² (2) د. السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 4 مرجع سابق ص 308

يمكن أن يلبي حاجات أخرى في أعماله ورضي بذلك ، فان هذا العمل يعتبر بمثابة إجازة للعقد ، ويرى بعض الفقه ان مثل هذا الحل هو اتفاق جديد يبعد كل البعد عن فكرة الإجازة⁽¹⁾. ونحن نرى ذلك ونعتقد ان تنازل المتضرر عن حقه في نقض العقد (اي حقه في إبطاله) ليس الا إجازة ضمنية للعقد ، تحوله إلى عقد بات وناجز لا يجوز الرجوع عنه ، شرط ان يعلم المجيز بالعيب الموجود كالغلط والتدليس .او ان يزول الإكراه او الاستغلال ،واعيا تماما الى ان إرادته اتجهت الى إجازة عقد كان له الحق في إبطاله (فسخه)، اما بالنسبة للأهلية التي تحدث عنها المشرع المصري فلا جدوي من بحثها في عقود الإعداد لأنه لا يتصور الا وجود الأهلية في المتعاقدين على نظم معلوماتية تتطلب فهما وإلماما كبيرين. هذا بخصوص إجازة عقود إعداد البرامج ، ولكن كيف يكون الحال فيما لو اختار المتعاقد المتضرر نقض العقد (إبطاله) نتيجة وقوعه في عيب من عيوب الرضا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

نقض العقد

في البدء يجب ان نحدد المبدأ العام ثم نقيس ذلك على عقود المعلوماتية، ولذلك نقول ان المادة 142(مدني مصري) تنص على (1- في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا

¹ (3) د. محمد الغشيم - مرجع سابق ص200 ، وقضت محكمة النقض المصرية ان الإجازة ليست منشئة للحق بل هي إزالة للمانع الذي يمنع من نفاذ التصرف ، نقض 7/2/1957 ص8 ص126

عليها قبل العقد فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل...) ولا نتحدث هنا عن العقد الباطل بطلانا مطلقا فهو يعتبر كان لم يوجد⁽¹⁾ بل نتحدث عن العقد القابل للإبطال , وحسب نص المادة 142 فان تقرر بطلان العقد فانه لا يترتب أي اثر قانوني اذا لم يكن قد تم تنفيذه او تنفيذ جزء منه أي اعتبر الوضع الطبيعي السابق على التعاقد قائما بينهما⁽²⁾ فلا دائن ولا مدين , اما اذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان , فيجب رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد , اما اذا كان الرد مستحيلا كما هي الحالة في اغلب عقود المعلوماتية لأسباب كثيرة منها الاستعمال مثلا او هلاك البرنامج او تعيبه في يد المشتري او لان العقد من عقود العمل مثلا , او من العقود التي للمدة دورا كبيرا فيها⁽³⁾ وجب الحكم بتعويض عادل , وهذا لياخذ حكم التنفيذ او التنفيذ الجزئي بل ياخذ حكم التعويض , فان كان مثلا البرنامج مستأجر فلا ياخذ التعويض المحكوم به حكم بدل الإيجار بل فقط هو تعويض عن المدة التي استخدم فيها هذا البرنامج⁽⁴⁾ والتعويض لا يكون الا اذا كان الرد مستحيلا , فان كان الرد ممكنا فلا يجوز العدول عنه الى غيره⁽⁵⁾.

-
- ¹ (1) يمكن مراجعة د, احمد شرف الدين مرجع سابق ص 266 ومابعدا ود انور سلطان , شرح عقدي البيع والمقايضة منشأة المعارف , الاسكندرية 1973 ص 140
- ² (1) د. انور سلطان , مصادر الالتزام , مرجع سلبق ص 179 , 180
- ³ (2) السنهوري , الوسيط , ج 1 مرجع سابق ص 250 ود, سليمان مرقس , الوافي , مرجع سابق ص 232
- ⁴ (3) راجع في هذا المعنى , د محمد حسين منصور , المسؤولية الالكترونية , مرجع سابق ص 32-50 . و د حسن جميعي مرجع سابق ص 161-176 .
- ⁵ (4) هذا الحكم الذي جاء في القانون المدني المصري هو عين ما ورد في مشروع القانون المدني الفلسطيني تحت بند (العقد القابل للإبطال) في المادة 154 منه .

اما في القانون المدني الأردني فالحكم مختلف بخصوص الإكراه لأن حكم العقد المقترن بإكراه معيب للإرادة كما أسلفنا هو موقوف اي غير نافذ , خلافا للغلط او التغرير مع الغبن الفاحش (التدليس) التي تأخذ حكم القانون المدني المصري بأنها عقود نافذة وصحيحة ولكنها قابلة للفسخ في القانون المدني الأردني ومعرضة للإبطال في القانون المصري .

وهذا يضعنا أمام حالة مستعصية في مجال عقود المعلوماتية فالبرامج تتبدل وتتغير في فترات متقاربة وتتطور تطورا سريعا , فلو أصبحت إحدى الأنظمة المعلوماتية المتعاقد عليها قديمة فنيا بحيث أصبحت قيمتها لا تساوي نصف ما دفعه المستفيد وقضي بطلان او فسخ العقد⁽¹⁾ لعيب لحق بإرادة المستفيد , فما هو العمل ؟ وكيف يمكن ان يستعيد كل منهما ما قد دفعه للآخر ؟ والرأي هنا ان على المتعهد ان يعيد للمستفيد كامل ما دفعه انطلاقا من انه حتى لو بقيت الأنظمة (البرامج) في يد المتعهد كان لابد لقيمتها ان تنخفض بمرور الزمن , طالما ان هذه القيمة لم تنخفض بفعل المستفيد , فلو كانت كذلك كان ملزما بالتعويض , بالإضافة الى ان المستفيد سيقوم حتما بالتعويض على المتعهد عن المدة التي استخدم واستفاد فيها من برامجه وذلك طبقا للقواعد العامة .

¹ (1) البطلان والفسخ في الفقه الغربي وتبعاً لذلك في القانون المصري يتفقان في الاثر المترتب على كل منهما وهو انعدام الرابطة التعاقدية , ولكنهما يختلفان في ان البطلان جزاء عدم توافر ركن من اركان العقد او شرطاً من شروط صحته , اما الفسخ فهو في القانون المصري عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه ونحن حين نورد كلمة الفسخ نكون قاصدين بها الفسخ في القانون المدني الاردني الذي يقابل الحق في الابطال في القانون المصري .

ولكن ماذا لو هلك محل العقد او فقد قبل نقض العقد؟؟

اذا هلك المعقود عليه قبل نقض العقد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد , نفرق بين اذا ما كان هلاك هذا البرنامج بفعل المستفيد فيكون عليه في هذه الحالة دفع قيمة هذا البرنامج , وقت إبرام العقد وليس دفع الثمن المتفق عليه في العقد⁽¹⁾ .
اما اذا كان الهلاك او التلف بسبب اجنبي ودون تقصير منه , فلا تقع عليه اية مسؤولية ويكون عليه التعويض عن الفائدة التي تحققت له من استعمال النظام ان كان ذلك قد حصل . ونضيف هنا انه فيما لو طالب المتعهد المستفيد برد النظام او البرنامج وامتنع رغم انه لم يستعمله بعد بل اشتراه فقط وهلك النظام حتى لو كان الهلاك بسبب اجنبي فيضمن المشتري دون شك , ويرى القضاء والفقه الفرنسيان ان التعويض يقدر بالنظرالى وقت إبرام العقد لا الى وقت إعادة الحال الى ما كانت عليه .⁽²⁾

وهذا ينسجم مع معنى المادة 248 من القانون المدني الأردني من ان فسخ العقد يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد والمادة 160 مدني مصري⁽³⁾ .
اما بخصوص تطبيق الأحكام العامة بخصوص العقود مستمرة التنفيذ , فلا يمكن ابطال العق في هذه العقود مع إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد , وذلك لان الزمن عنصر جوهري فان مر فلا يمكن إرجاعه الى الوراء.⁽⁴⁾ ولهذا السبب فان المنفعة التي ترتبت في الماضي لا يمكن ردها من هنا جاء مبدأ

¹ (1) يمكن مراجعة المادة 503 من القانون المدني الاردني والمادة 142 مدني مصري

² (2) يرى الفقيه (malaurie) انه اذا طالب البائع بالفرق يجب تحديد قيمة المبيع وقت التعاقد لا وقت إعادة الحال ..ورد رايه هذا في كتاب الدكتور عباس العبودي , مرجع سلبق ص276 .

³ (3) تنص على انه (اذا انفسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فان استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض .

التعويض عن هذه المدة , وقد استخدم الفقه الفرنسي كلمة (الانحلال) بدلا من الإبطال او الفسخ , ولكن حتى في القانون الفرنسي لا تحل مشكلة العقود مستمرة التنفيذ بالانحلال وذلك لان حكم التمسك بالعيب هو بطلان العقد والحكم به لا يترتب أثرا رجعيا , لهذا دائما ما يلجا إلى إلزام المتعاقد بدفع تعويض عن المدة السابقة , ويتم دفع التعويض على أساس اجر المثل.⁽¹⁾ دون الاعتراف بالعقد لفقدانه مشروعيته بعد إبطاله .

أما في القانون الأردني والمصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني , فان مشروعية العقد لا تمس لأنه ينشأ صحيحا , ولكنهم أعطوا المتعاقد المتضرر الحق في نقضه . فهذا عيب يؤثر في نفاذ العقد لا في انعقاده , لذلك نرى ان نطبق عليه فكرة الانحلال التي تؤدي الى إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل دون الرجوع الى الماضي⁽²⁾ .

وبتطبيق ذلك على عقود المعلوماتية تظهر لنا المشكلة جلية في نطاق عقود الخدمات حيث إعادة الحال الى ما كانت عليه مستحيلة , فتركيب النظام وتجهيزه وتجربته يستغرق مراحل طويلة من جمع المعلومات وتحليلها الى تزويده بالبيانات والبرامج وتشغيله وصيانته . وهذه أعمال تحصل على مراحل زمنية منتظمة ومتفق عليها بالعقد , بالإضافة الى فترة الضمان في العقود النموذجية .⁽³⁾

(1) د. انور سلطان - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص 180 , ود السهوري - الوسيط - مرجع سابق ص 260 , واستاذنا د احمد شرف الدين مرجع سابق ص 268.

(2) د . نوري خاطر - مرجع سابق - ص 43 .

(3) هناك من يرفض فكرة الانحلال في العقود مستمرة التنفيذ مطالبا بمساواتها بالعقود الفورية من حيث الفسخ والاثر الرجعي - تفاصيل ذلك د ياسر الصيرفي- الاثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة - دار النهضة العربية 1998 ص 105 .
(1) يمكن الرجوع الى المطلب السابق من هذه الدراسة .

لذلك فاول سؤال يطرحه القضاء على نفسه في منازعات هذه العقود هل الزمن عنصر جوهري في هذا العقد ام لا ؟⁽¹⁾ فاذا اقتصر الأمر على البيع والتركيب خلال وقت وجيز كان العقد فوريا , ولكن اذا كان التنفيذ على مراحل عدة وكانت كل مرحلة محل اعتبار في التنفيذ يمكن ان يتم تكييف العقد على انه من عقود المدة وحين اذ لا يمكن إعادة الحال الى ما كانت عليه بل يتم اللجوء حل العقد بالنسبة للمستقبل مع الاعتداد بالفترة السابقة ومحاولة إيجاد طريقة او سبيلا لتعويض الطرف الذي لحقه غبنا معينا , وفي هذا

المجال رأت محكمة استئناف باريس ان عدم استفادة المستفيد من العمل الذي قام به المتعهد بخصوص برنامج حاسب لم يتعاطى معه أبدا لابل لم يضعه على أجهزته يدل على ان العقد فوري وليس من عقود المدة ولذلك يجوز ويسهل إعادة الحال إلى ما كانت عليه .⁽²⁾

وفي نهاية هذا المطلب نقول ان تطبيق القواعد العامة بخصوص الأثر الرجعي تبقى مشكلة قائمة يصعب على القضاء تطويعها في حالة طلب المتعاقد المتضرر نقض او إبطال العقد , ويرى الفقه⁽³⁾ انه

¹ (2) د. حسن جميعي , مرجع سابق ص 100-118 . و د. محمد منصور مرجع سابق . و د. خالد مصطفى فهمي مرجع سابق ص 11-20 . و د. عادل ابو هشيمة , مرجع سابق ص 29 .

² CA. Paris . 5 ch. 20 Mars. 1985. juris data n(1) 2122 اشار اليه د,عباس العبودي مرجع سابق ص 85 .

³ (2) د. محمد الغشيم مرجع سابق ص 240 وما بعدها . د. ياسر الصيرفي مرجع سابق ص 200 وهو رأي للفقيه Chestin اوردّه الدكتور نوري خاطر مرجع سابق ص 43 موردا توثيقه على النحو التالي :

J.Chestin .Formation de contrat.L G D .1980 p .793

يصعب وضع نظرية عامة لمبدأ إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد . وليس معنى هذا ان يمتنع القضاء عن النظر في طلب إبطال العقود في مثل هذه العيوب ولكن عليه دائماً اللجوء الى مبدأ التعويض اذا استحال إعادة الحال الى ما كانت عليه , او اذا تبين له ان احد الأطراف قد أثرى او استفاد فترة زمنية محددة على حساب الطرف الآخر قبل طلبه لنقض العقد .

الفصل الثاني

المحل في عقود إعداد البرامج الالكترونية

يعرف محل الالتزام بأنه الأداء الذي يلتزم به المتعاقد المدين به وعادة ما يقال إن محل الالتزام إما إعطاء شيء كنقل ملكية شيء، أو ترتيب حق عيني على شيء وأما القيام بعمل ، كاللزام مقاول ببناء منزل ، وإما الامتناع عن عمل كالامتناع عن المنافسة غير المشروعة ، ⁽¹⁾ وعلى ذلك فالمحل هو العملية القانونية التي أرادها طرفا العقد ، والتي يترتب عليها آثاراً والتزامات تتجسد بالقيام بعمل او بالامتناع عنه او بأداء معين ، مع اشتراط ان يكون هذا المحل موجودا او ممكن الوجود ، ومعينا او قابلا للتعين ،

¹(1) - د- احمد شرف الدين/ مرجع سابق . ص 208 . د. أنور سلطان
مرجع سابق . ص 105

وطبعا في جميع الالتزامات لابد من ان يكون عين ما التزم به أي من الإطراف مشروعا.⁽¹⁾ ومحل التزام الإطراف في عقود الإعداد هو البرنامج والبدل , لذلك فان ما يهمننا في هذه الدراسة وكما أسلفنا سابقا (ليس البحث في النظرية العامة للمحل) ولكن تطبيق هذه النظرية مع ما يستتبعها من قوانين على عقود الإعداد . وفي هذه الجزئية تطبيق شروط المحل ومستلزماته على هذه العقود , لذلك سنحاول في هذا الفصل دراسة محل الالتزام في هذه العقود وتحديد المقصود بالبرنامج كمحل والمحددات التشريعية والصعوبة التي وجدها الفقه في تعريفه وتبيان مفهومه في مبحث اول , ومن ثم سنخصص المبحث الثاني للبدل أو ثمن الأداء الذي يلتزم به المستفيد والذي يعتبر محلا لالتزامه أيضا .

المبحث الأول

البرنامج (كمحل للعقد)

يجدر بنا قبل أن نتطرق لبرامج الحاسب الآلي كمحل لعقد الإعداد أن نتعرف على المقصود بجهاز الحاسب الآلي ⁽²⁾ أولا والذي لا يعتبر البرنامج

¹(2) يمكن استظهار هذه الأحكام من المواد 131-135 من القانون المدني المصري و157-163 من القانون المدني الأردني و138-144 من مشروع القانون المدني الفلسطيني هذا ويفرق الفقه ما بين محل الالتزام ومحل العقد فيقال في محل العقد بأنه العملية القانونية المراد تحقيقها من وراء العقد وتخضع لأحكام مغايرة لتلك الأحكام التي يخضع لها محل الالتزام , فقد يكون محل الالتزام صحيحا والعقد باطل وذلك لان العملية القانونية التي يرمي إليها يحرمها القانون , مثل التعامل بتركة مستقبلية

وعلى ذلك لا يشترط في محل العقد إلا ان يكون مشروعا , على خلاف متطلبات وشروط محل الالتزام كالتعين والوجود او القابلية لهما , والمواد الواردة في القوانين المدنية هي في الحقيقة تعالج محل الالتزام وهو الذي سنبحثه في هذه الدراسة .

²(1) - الحاسب الآلي computer كان في الماضي يتكون من عناصر كثيرة تشغل حيزا كبيرا . حيث كان أول جهاز كمبيوتر يزن 30طن وتقوم على تشغيله 18,000 لمبة وكان يحتاج لمبردات

ذات قيمه يدونه اذ على ماذا وكيف سيعمل البرنامج ؟ فالحاسب computer هو الملعب الذي يمكن البرنامج كلاعب من الأداء .

يعرف الحاسب بأنه (جهاز إلكتروني يستطيع ترجمة أوامر مكتوبة بتسلسل منطقي لتنفيذ عمليات إدخال بيانات data input أو إخراج معلومات information output , وإجراء عمليات حسابية أو منطقية , وهو يقوم بالكتابة على أجهزة الإخراج output devices أو التخزين , بحيث يتم إدخال البيانات عن طريق مشغل الحاسب operator بواسطة وحدات الإدخال , واسترجاعها عن طريق وحدة المعالجة المركزية CPU⁽¹⁾ التي تقوم بمعالجة البيانات عبر عمليات معينة ثم تتم كتابتها على أجهزة الإخراج (شاشة أو طابعات)⁽²⁾ .

وفي تعريف أكثر سهولة قيل في الحاسب الآلي (انه مجموعة أجهزة متكاملة مع بعضها بهدف تشغيل مجموعة من البيانات المدخلة بموجب برنامج مثبت للوصول إلى النتائج المطلوبة)⁽³⁾

عملاقة , وفي عام 1951 تم اختراع جهاز حاسب آلي يسمى univac , وتطورت أجهزة الحاسب وقامت شركة (IBM) بصناعة أجهزة بسيطة حتى وصلت الآن لصناعة أجهزة تعادل في حجمها كفاءتها لمزيد من التفصيل يمكن مراجعة د. محمد فهمي طلبة الحاسبات الإلكترونية حاضرها ومستقبلها _ موسوعة دلتا كمبيوتر 1. مطابع المكتب المصري الحديث . القاهرة 1992 ص 20-35

1 - (1) CENTRAL PROCESSING UNIT

2 (2) د. علاء الدين فهمي وآخرون , الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الإلكتروني , مطابع المكتب المصري الحديث 1991 حرف C ص 108 .

3 (3) - د. طاهر الشيخ , مقدمة في الحاسب الآلي , مركز الحاسب الآلي , جامعة عين شمس 1991

ويضاف هنا أن جميع العمليات التي يقوم بها الحاسب تتم بسرعة مذهلة ,تكاد لا تستغرق ثوان معدودة ,فالحاسب إذن هو جهاز يوجد عليه / :

أولا / مكونات مادية تسمى Hardware وتقسم إلى:-

- 1- وحدة التشغيل الرئيسية Processing Unit وهي عقل الحاسب وتتكون من الذاكرة الرئيسية ووحدة التحكم ووحدة الحساب والمنطق وفي مجموعها تشكل وحدة المعالجة المركزية. ⁽¹⁾
- 2- وحدات الإدخال والإخراج . Input/Output Unit وهي تستخدم في إدخال البيانات والمعلومات إلى وحدة التشغيل المركزية وإخراجها حتى يتمكن المستخدم من الانتفاع بها بعد المعالجة ⁽²⁾ طبعا وتضم كثيرا من أجهزة التحكم والضبط والتوابع مثل الشاشات والفارة (mouse) وإذا شئت الماسح أو الناسخ (scanner) الخ . (
- 3- وحدات التخزين storage devices وأهم جزء فيها هو وحدة الأقراص الصلبة Hard disk وهو ما يطلق عليه المشتغلون بهذا المجال (الفنيين) القرص الثابت ³ وفي لغة محلات بيع وصيانة أجهزة الكمبيوتر (C) حيث يتميز بسعته التخزينية الكبيرة جدا بحيث يعتبر هو مخزن البرامج والمعلومات , ويتبع وحدات التخزين الصلبة أو الثابتة وحدة للأقراص المرنة أو المتحركة (أي يمكن إدخالها

¹(?) د.محمد فهمي طلبة .مرجع سابق ,ص35-59 .و.د. عزة خليل
مرجع سابق ص22-25 ويمكن مراجعة Wetherb James and
Kickson Gary -management of information system
McGraw-Hill New York,1984 - p 55

² (2) د. عزة خليل مرجع سابق , ص 23

³ (3) د. علاء الدين فهمي وآخرون _دائرة معارف الحاسب الآلي
موسوعة دلتا كمبيوتر- مرجع سابق 3 ص63.

وإخراجها من جهاز الحاسب) وهي تعتبر اشهر وسائل التخزين ⁽¹⁾ والتي تكون متاحة للمستفيد دائما .

ثانيا/ المكونات غير المادية أو (المنطقية) البرامج Software

تمثل برامج الحاسب الآلي العنصر غير المادي في الحاسب (الكمبيوتر) وبمعنى أوسع أو أدق هي الكيان غير المنطقي في نظم المعلومات². وتشكل مجموعة من الأوامر والتعليمات المعدة من قبل مبرمجين متخصصين والتي تستخدم في مراقبة وتشغيل وإدارة جهاز الحاسب الآلي . وكذلك للقيام بوظائف محددة , والقيام على حل مشكلات معينة أو وضع الخطط المناسبة لها³ وهذه البرامج هي مجال بحثنا في الجزء الأول من محل عقد الإعداد وهو البرنامج .

والبرنامج يعرف لغويا بأنه تعليمات مكتوبة بلغة معينة , موجهة إلى جهاز تقني معقد يسمى حاسب آلي , بهدف الوصول إلى نتيجة معينة.⁽⁴⁾ ويرى البعض ان البرنامج مصطلح يستخدم للدلالة على جميع المكونات غير المادية لنظام الحاسب الآلي , وباختصار يعني ذلك كافة العناصر غير المادية اللازمة

¹ (1) -تسمى Floppy Disk وحاليا يوجد قرص مضغوط يسمى CD والذي تساوي سعته ملايين المرات أكثر من ال Floppy. يمكن الرجوع إلى الموسوعات المشار إليها أعلاه كذلك يمكن الرجوع إلى - فان ولفرتون - تشغيل أنظمة الكمبيوتر - ترجمة مركز التعريب والبرمجة .الدار العربية للعلوم بيروت 1995 ص 45 .

² (2) د. خالد مصطفى فهمي .الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي _دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2005 . ص 9 .

³ (3)- في هذا المعنى يمكن مراجعة .د. حسام لطفي ,مرجع سابق ص 7 .و.د.محمد فؤاد غنيم وآخرون -أساسيات الحاسب الآلي ونظام التشغيل _ كلية العلوم جامعة طنطا 2004 ص 116 .

⁴(1) Clion Tapper .Computer Law. Long Man, Forth Edition,. London and New York . 1999 .p 29

للتعامل مع الجهاز ومجموعة الوثائق والقواعد المتعلقة بتشغيله ليتعامل مع المعطيات الموجودة بهدف المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات¹ أما من الناحية القانونية أو التشريعية فقد عرف القرار الوزاري المصري رقم 82 لسنة 1993 برامج الحاسب الآلي بأنها (مجموعة تعليمات يعبر عنها بأي لغة أو رمز متخذة أي شكل من الأشكال يمكن استخدامها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في الحاسب لأداء وظيفة أو الوصول لنتيجة , سواء أكانت هذه التعليمات في شكلها الأصلي أو في أي شكل آخر تتحول إليه بواسطة الحاسب² .

هذا وقد عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية Wipo برامج الحاسب الآلي بأنها (مجموعة تعليمات يمكنها إذا نقلت على ركيزة بحسب نوعها أن تساعد في الوصول إلى نتيجة معينة عن طريق آلة يمكنها القيام بالتعامل مع المعلومة محل المراجعة⁽³⁾ .

وقد عرف القرار الوزاري الفرنسي الصادر في 22/12/1981 برامج الحاسب الآلي بأنها مجموعة

¹ (2) - د . شحاتة غريب شلقامي , الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي , دار النهضة العربية - القاهرة 2004 . ص 18.

² (3) قرار وزير الثقافة المصري منشور في الوقائع المصرية عدد 104 مايو 1993. ومما يذكر هنا ان المشرع المصر قد نأى بنفسه عن تعريف برنامج الحاسب الآلي في القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية بحيث انه في المادة 140 منه قد منحه الحماية تحت بند حقوق المؤلف دون ان يضع تعريف له . منشور في الجريدة الرسمية عدد 22 مكرر 2/6/2002 هذا وقد عرفه القانون الإماراتي بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية رقم 2 لسنة 2002 بأنه مجموعة بيانات = = وتعليمات تستعمل بطريق مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة معلومات الكتروني لغرض إيجاد أو الوصول لنتائج محددة .

³ (1) - موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية على الانترنت www.wipo تحت بند اقتراح بشأن اتفاقية دولية لحماية برامج الحاسب الآلي 1994 . wipo - protection of software ص 13

من الخطوات والإجراءات التي تهدف إلى تشغيل نظام متكامل لأنظمة معالجة المعلومات وتوظيفها وفقا للغرض الذي تم من اجله وضع نظام هذا البرنامج⁽¹⁾

ويطلق العاملون في مجال الحاسبات الالكترونية على الكيانات غير المادية نفس المصطلح الإنجليزي software ويقولون عنها بأنها أوامر مرتبة منطقيا تتوجه إلى جهاز حاسب بعد صياغتها بلغة وحيدة يفهمها الحاسب وهي لغة الأرقام الثنائية Binary Code⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق وبعد أن تعرفنا على ماهية البرنامج ومدى دقته كمحل لعقد الإعداد سنحاول الآن دراسة ومناقشة شروط المحل في النظرية العامة للعقد وتطبيقها على البرنامج كمحل لعقد الإعداد، حيث يفترض لقيام هذا العقد وجود المحل وتعيينه وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في الأول وجود المحل وفي الثاني تعيينه.

المطلب الأول

وجود البرنامج

لم يتطرق المشرع المصري لا في قوانين حقوق المؤلف ولا في القانون المدني لهذا المحل، وكذلك فعل المشرع الأردني⁽³⁾ لذلك فإن أول الشروط

¹ (2) د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق ص 13 .

² (3) - Binary Code أو الشيفرة الثنائية لغة يتم بها تمثيل الحروف بأرقام، هذه الأرقام تأخذ إحدى قيمتين 1 أو صفر ويتم تمثيل الحروف والأرقام بمجموعات من الأرقام الثنائية لمخاطبة الحاسب وجعله يفهم ماذا يريد المستخدم . د. هاني كمال مجدي وآخرون - المرجع الشامل لنظام التشغيل Dos - موسوعة دلتا كمبيوتر 3 مطابع المكتب المصري الحديث / القاهرة 1992 ص 188.

³ (1) - ولم يرد أي ذكر له في مشروع القانون المدني الفلسطيني أو المشاريع و القوانين ذات الشأن .

التي تستشف من التشريعات المدنية في النظرية العامة هي إمكانية توافر (تواجد) المحل (البرنامج) وعد اعتباره من الأمور المستحيلة والا كان العقد باطلا.⁽¹⁾ فقد احل

القانون المتعهد من التزامه إذا كان البرنامج محل التعاقد من المستحيل إعداده , ولا يخفى أن المقصود بالاستحالة هنا حسب القانون هي الاستحالة المطلقة التي لا يمكن زوالها , ولا احد يملك القدرة عليها , مما يستوجب ذلك عدم القدرة نهائيا على إعداد البرنامج أي عدم القدرة على اخراجه إلى الواقع التطبيقي و العملي⁽²⁾.

ولكن اذا كانت هذه الاستحالة نسبية أي يمكن السيطرة عليها عبر زيادة الخبراء أو عبر بذل جهد اكبر أو دراسات أكثر فان ذلك يجعل إمكانية كون هذا البرنامج الذي ستحال على جهة او شخص يعينهما محلا صحيحا للعقد مع غيرهما , كان تكون مثلا عملية إعداد برنامج بإحدى لغات الكمبيوتر مستحيلة على شخص ما لعدم درايته بهذه اللغة وتشكل أمرا اعتياديا لشخص آخر قادر ويعمل دوما على الإعداد بهذه اللغة فيكون المحل مستحila على الأول ويبطل عقد وصحيحا ومقبولا من الثاني .أو أن يكون المستفيد طلب برنامج للقيام بتصليح الأخطاء التي تظهر في برامج معينة لديه ولأول وهلة تبين للشركة أو المبرمج أن هذا البرنامج مستحيل عمله , ولكنها بعد قيامها بدراسات معينة واستشارة الخبراء تبين لها ان هذا البرنامج (مطلب المستفيد) هناك إمكانية

¹ (2) - المادة 132 من القانون المدني المصري (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته وقت التعاقد كان العقد باطلا) تقابل المادة 159 مدني أردني والمادة 141 من المشروع الفلسطيني.
² (1) د. سليمان مرقص, نظرية العقد ,مرجع سابق ص 253 .
والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج 1 مرجع سابق ص 162

كبيرة لبلورته وعمله وبذلك تنقلب الاستحالة إلى ممكن مما يستتبع معه صحة العقد وعدم بطلانه⁽¹⁾ ولمناقشة قضية تواجد المحل أو إمكانية وجوده وقابليتها لا بد أن نعي أن البرامج كمحل لهذا العقد تمر في إنشائها بعدة مراحل , تبدأ في اللحظة التي يحدد فيها مؤلف البرنامج المواصفات والاحتياجات المطلوب تواجدها في البرنامج المطلوب إعدادة , ومن ثم يقوم بتحليل الأفكار والنتائج ووضع التصميم الفني للبرنامج , بحيث يقوم بتدوين المعادلات وترجمتها كما اسلفنا من اللغة العادية إلى لغة الآلة , بما يسمح للآلة بالتعرف عليها وقبولها وتحويلها إلى معادلات مكونة من وحدات من رقمين هما (الصفر و الواحد) لكي يتمكن جهاز الحاسب من التعامل معها , ومن ثم يقوم المبرمج بنقل البرنامج إلى دغامة مادية (قرص مرن أو قرص مضغوط ..الخ) وبعد ذلك يقوم بتدوين ما قام به على وثائق يتم إرفاقها دائما مع البرنامج , بحيث تساعد في فهم طبيعته وكيفية عمله وتنزيله على الجهاز , وكذلك تشكل سندات ملكية بنسبته إلى مؤلفه.⁽²⁾ وهذه البرامج تقسم إلى نوعين وذلك بالنظر إلى وظيفتها وطبيعة أدائها النوع الأول يطلق عليه برامج النظام (التشغيل) والثاني يسمى برامج التطبيق

¹ (2) في نفس هذا المعنى .د , خالد حمدي عبد الرحمن ,الحماية القانونية للكيانات المنطقية,رسالة دكتوراة جامعة عين شمس 1994 ص350 وما بعدها

² (1). د, حسن جميعي ,مرجع سابق ص14 وما بعدها .د, خالد حمدي عبد الرحمن ,مرجع سابق ص104
و.د, السيد عمران محمد عمران -مرجع سابق ص50 وما بعدها .

أولا / برامج التشغيل : System program/ software⁽¹⁾ وهي البرامج اللازمة لتشغيل أجهزة الحاسب , أي تشغيل نظم الجهاز وتقوم أيضا على الربط بين الجهاز وبين الأجهزة الأخرى الملحقة به , حيث ان المستخدمين لا يمكنهم التعامل مباشرة مع الحاسب ولكن يتم هذا التعامل من خلال برامج التشغيل , والتي تساعد بالتحكم بالجهاز وتساعد على قيامه بأداء وظائفه الأكثر عمومية التي ليس لها علاقة بالإغراض الخاصة بالمستخدمين⁽²⁾ وذلك مثل برامج التشغيل Windows التي تصدرها شركة Microsoft أو برامج التشغيل Machintosh التي تنتجها شركة Apple البريطانية.⁽³⁾

وتكون هذه البرامج عمومية أي مستقلة عن أي تطبيق معين , فهي مفتاح يخدم برامج التطبيق , فمثلا عند تشغيل جهاز الحاسب يقوم برنامج Windows بتجهيز الأجهزة والمكونات للعمل , وإذا أردت مثلا إضافة برنامج تطبيقي إلى جهازك ولنقل مثلا قاموس فرنسي / عربي فيقوم برنامج التشغيل windows

⁽¹⁾ Stephen Fishman , Legal Guide to Web & Software Development , NOLO , California, 5th edition, 2007. p.12.

⁽²⁾ (1) د, خالد مصطفى فهمي , مرجع سابق ص 21 , د. عزة خليل , مرجع سابق ص 33. د, علاء الدين فهمي وآخرون _ عالم الجداول الالكترونية _ موسوعة دلتا كمبيوتر 4 , مطابع المكتب المصري الحديث 1992 , ص 26. د, هاني كمال مهدي وآخرون , المرجع الشامل لنظام تشغيل Dos , موسوعة دلتا كمبيوتر 3 , مرجع سابق ص 9-15 .

⁽³⁾ (2) تعتبر هذه الشركات من كبريات الشركات في العالم في مجال البرمجة وأوسعها انتشارا , وهذه البرامج من الأهمية بمكان بحيث يعتبر جهاز الحاسب بدونها مجرد حيز معدني لا يغني ولا يسمن من جوع وشاشته مجرد مجال الكتروني ينتظر أمرا فقط لا غير . في هذا المعنى يمكن مراجعة د , محمد سامي عبد الصادق - حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة- رسالة دكتوراة , جامعة القاهرة 2000 ص 414 .

بالتعامل معه وإيجاد حيز له ونسخه علي أي موقع في الجهاز تريده وحفظه ...الخ
وقد اعتبر البعض ان مثل هذه البرامج جزء من الأجهزة , إذ يتم تثبيتها على الذاكرة الرئيسية الدائمة في اللوحة المركزية في جهاز الحاسب ⁽¹⁾ , ويمكن إدخال هذه البرامج إلى القرص الأساسي للحاسب Hard disk مباشرة عن طريق نسخها , ومما يلاحظ أن هذه البرامج متاحة للجميع وتباع مع الحاسب وتطرح في الأسواق ليس بناء على طلب من احد لذلك تم اعتبارها مت ملحقات جهاز الحاسب الأساسية ⁽²⁾ أو كما أسلفنا في رأي آخر تعتبر من ضمن الأجهزة التابعة للحاسب وعلى ذلك فان هذا النوع من البرامج اذا ورد كمحل للعقد فانه دائما موجود ومتوفر ويجوز التعاقد عليه لإبل أصبح من البديهيات الملحقة ببيع جهاز حاسب آلي أيا كان نوعه, فقد أصبح من التقليدي أن يلحق به برنامج التشغيل.

ثانيا / برامج التطبيق Application programs software

وهذه البرامج يتم تصميمها لأداء وظائف معينة أو محددة بعينها حيث لا يمكن تنفيذها من قبل برامج التشغيل , لذلك تم إنشاء وابتكار هذه البرامج لأداء الغرض الذي أنشأت من اجله , مثل القيام بعمل معين أو الوصول إلى نتائج معينة ومحددة , وطبعا تعمل هذه

¹ (1) د. حسن جميعي , مرجع سابق ص 18 . ود, محمد احمد فكيرين , أساسيات الحاسب الآلي _ دار الراتب الجامعية , بيروت 1993 . ص 145 .

² (2) الأستاذ , فليب لوتورنو , Ph..Letourneau. Tresbrevés , observation .Jcp.1982.1.3078
أشار إليه , د , حسن جميعي مرجع سابق ص 31 .

البرامج بإمكانيات الحاسب , وبالذات إمكانيات برامج التشغيل وإمكانيات المستخدم الذي يعمل عليها ويزودها بالبيانات والمعلومات .⁽¹⁾ وتقسم برامج التطبيق إلى نوعين أيضا وهما :-

1- برامج تطبيق نمطية : وهي برامج تطبيقية موحدة تم تجهيزها وبرمجتها ومن ثم طرحت للتداول لكي يستفيد منها عدد كبير من المستخدمين , بحيث تكون متماثلة وتعالج مشكلات بعينها (محددة) ويتم عرضها للجميع في الأسواق , على اعتبار أن العمليات التي تستطيع هذه البرامج القيام بها هي من العمليات النمطية ⁽²⁾ , مثل برنامج Internet explorer مثلا والمعد كي يساعد على الربط مع الشبكة الدولية للمعلومات (الانترنت) مع نظام برنامج التشغيل في الحاسب . أو برامج ال Word وذلك لمعالجة الكلمات والطباعة أو أجندة المواعيد الالكترونية , أو برامج رسم الخرائط للمهندسين , أو برامج قواميس نمطية مثل الوافي الذهبي...الخ.

2- برامج تطبيق خاصة :- وهي برامج يتم إعدادها بناء على عقد مع مستخدم معين للقيام بأعمال ووظائف خاصة به وفي ضوء احتياجاته ووفقا للغاية المراد تحقيقها من تشغيلها ⁽³⁾ . أي أنها تعد بناء على رغبة المستخدم , فهذه البرامج بالنظر إلى طبيعتها لا يمكن أن تتوفر بشكل

¹(1)- د. محمد حسام لطفي , مرجع سابق ص 17-21, وموسوعة دلتا كمبيوتر 3, مرجع سابق ص 20-25

وموسوعة دلتا كمبيوتر 4, مرجع سابق ص 30 .
²(2)- يمكن مراجعة نفس المراجع المشار إليها أعلاه ونفس ترتيب الصفحات المشار إليها أيضا .

³(1)- د . حسن جميعي مرجع سابق ص 20 , د , عزة خليل , مرجع سابق ص 33, د , خالد مصطفى فهمي . مرجع سابق ص 22.

نمطي لأسباب عدة أهمها طبيعة الغرض أو الهدف الذي يجب أن تؤديه .

والأمثلة على هذه البرامج كثيرة , كان يطلب مدير إحدى الشركات من شركة برمجة معينة إنشاء أو تصميم برنامج خاص بالعمال في شركته , أو ان تطلب الدولة عبر إحدى وزاراتها برنامج خاص بالانتخابات أو بالتعداد السكاني .

أما بخصوص شرط الوجود في هذه البرامج فبالنسبة لبرامج التطبيق النمطية, فينطبق عليها ما قلناه في برامج التشغيل , أما بخصوص برامج التطبيق الخاصة فهي التي تشكل مجالا للبحث في قضية الاستحالة من عدمها أو قضية الاستحالة النسبية, كذلك هي ما ينطبق عليها إمكانية الوجود حسب ما أسلفنا سابقا, فلو كان البرنامج غير موجود مثلا ولا يمكن وجوده في المستقبل لعدم قدرة المتعهد على إنتاجه , فان العقد يكون باطلا لعدم إمكانية وجود المحل .

ولو تعاقدت شركة مع مستفيد على إنشاء برنامج معين لأداء غرض معين , فتبين للشركة أن أجهزة المستفيد غير قادرة على استيعاب وتشغيل البرنامج , ينعقد العقد صحيحا وتلتزم الشركة بالتعويض على المستفيد وذلك لتقصيرها , فقد كان بإمكانها كشركة محترفة ومن السهل عليها أن تعلم بعدم جاهزية وقدرة جهاز الحاسب لدى المستفيد على تشغيل البرنامج . (1)

ولابد من القول في نهاية هذا المطلب أن المشرع لم يفرق بين أنواع البرامج التي تصلح محلا للعقد , ونستشف ذلك من ان القوانين المختلفة في هذا المجال تجعل من جميع برامج الحاسب الآلي تستفيد

¹(1) - في هذا المعنى .د, شحاتة غريب , مرجع سابق ص 22-40 و,د. جمال عبد الرحمن محمد علي -الخطأ في مجال المعلوماتية - ط 2 مطبعة كلية العلوم جامعة القاهرة/ بني سويف 2002, ص 65 وما بعدها

من الحماية القانونية , سواء كانت برامج تشغيل تهدف إلى تنظيم التشغيل السليم للنظام المعلوماتي , أم كانت برامج تطبيق بنوعها نمطية أو خاصة , فكلها تخضع لنفس مفهوم البرنامج وطرق حمايته في القوانين ذات الشأن ⁽¹⁾ .

ف نجد ان المشرع الفرنسي في تعريفه لبرامج الحاسب الآلي في قانون (3 يوليو لسنة 1985) بشأن تعديل القانون رقم 11 لسنة 1957 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية قد عرف برامج الحاسب الآلي (بأنها كافة العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع الجهاز, أي مجموع البرامج والمناهج والقواعد والوثائق المتعلقة بتشغيل مجموع يتعامل مع المعطيات). ⁽²⁾ وهذا ما يدل على أن المشرع سواء في مصر أو في فرنسا لم يفرق بين أنواع البرامج التي تصلح محلا للعقد.

وفي نظرة عملية لعالم البرامج والأجهزة نلاحظ ان برامج التشغيل للأجهزة متعددة في وقتنا الحاضر , ويمكن لاي مستخدم الاستعانة باي برنامج يختاره , طالما كان متوافقا مع التجهيز الفني للجهاز . ⁽³⁾ ويؤكد ذلك التطور الحالي والحاصل في انتاج الأجهزة والبرامج , والذي قاد بالفعل إلى الفصل بين الأجهزة

¹ (2) - تنص المادة 140 من القانون المصري رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية على (تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية وبوجه خاص المصنفات الآتية 2- برامج الحاسب الآلي ...) وهذا يؤكد ان القوانين ذات الشأن لم تفرق بين نوعي البرامج كمحل للعقد .

² (3) - وهذا ما عاد وأكد عليه المشرع الفرنسي في تعديله لهذا القانون في المادة الثالثة من قانون 10 مايو لسنة 1994 , والذي قرر فيه حماية البرامج بقانون حق المؤلف دون أن يفرق بين أنواع البرامج , يمكن مراجعة د, خالد حمدي عبد الرحمن - مرجع سابق, ص 256 .

³ (1) المستشار د, فاروق الحفناوي , موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات . ج 1 مرجع سابق ص 315

والبرامج الأساسية اللازمة لتشغيلها , فما بالك
بالبرامج النمطية الخاصة , أو التي يتم تصميمها بناء
على طلب المستفيد , ويستشهد الخبراء في هذا
المجال بأن برامج Windows وهي اللازمة لتشغيل
أجهزة IBM فقد أصبح البائع الآن لا يستطيع إلزام
المشتري بشرائها مع الجهاز , فمن الممكن أن
يشترى المستخدم أو

المستفيد الجهاز ويضع عليه أي نسخة قديمة من
برامج ويندوز أو حتى يقوم بتشغيله عبر استخدام
برامج dos.⁽¹⁾

وعلى جانب آخر فقد أكد القضاء أن القانون لا
يفرق بين أنواع البرامج التي تصلح محلاً للعقد من
حيث الطبيعة أو الغرض من الإنشاء أو
الحماية, ففي قضية مشهورة تتعلق بنزاع وقع على
برامج تطبيقية أنتجتها شركة Apple
قررت محكمة باريس الابتدائية (أنه بالرغم من
التكنولوجيا التي تسمح بالوقت الحالي بإدخال
برامج الحاسب الآلي في ذاكرة جهاز الحاسب إلا
أن هذا لا يؤدي إلى تغير في طبيعة هذه البرامج
ووصفها القانوني , وعلى ذلك ومن حيث الجوهر
, فلا يمكن القول بوجود اختلاف في الطبيعة
القانونية بين برامج التشغيل الأساسية والبرامج
التطبيقية يسمح باختلاف النظام القانوني الذي
يحكم العلاقات الناجمة عن تداولها أو التعامل
عليها) .⁽²⁾

¹ (2) د, حسن جميعي , مرجع سابق , ص 28 .

²(1)

T.GI.Paris.21.spt.1983.D.1984.Jur.p77.not.C.H.L.e.stan
c .D.1985.IR.Obs.j.Huet. JCP.1984
حكم مشار اليه عند ,د, محمد حسام J.M.Wagre II.2029.note
لطفی_الملكية الفكرية وبرامج الحاسبات , مرجع سابق ص 101 .
: وعند ,د حسن جميعي , مرجع سابق ص 28 . وكذلك يمكن مراجعة
Stephen Fishman ,Legal Guide to Web & Software

كل ذلك مما يؤكد أن البرنامج هو البرنامج في نظر التشريعات الحديثة والقضاء على حد سواء مهما كان الغرض من إنشائه , طالما هو قائم على نفس تلك الخطوات اللازمة للبناء أو يدور في فلكها , وطالما هو احد مبتكرات مؤلفه , وطالما هو يساعد في القيام أو إتمام عملية معينة , فهو في نظر القانون برنامج حاسب فقط لاغير , يصلح محلا للعقد إن وجد أو توفرت إمكانية وجوده .

وهذا مما يسهل علينا تحديد طبيعة هذا العقد من حيث تعيين محله كشرط آخر من شروط المحل وهو ما سنبحثه في المطلب الآتي .

المطلب الثاني

وجوب تعيين البرنامج ومواصفاته

يجب تعيين المحل عند التعاقد تعيينا نافيا للجهالة والا انعقد العقد باطلا, ولكن تنص المادة 131 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على انه (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا)⁽¹⁾ , والتعيين هنا يعني بيان مضمون المعقود عليه , ويكون ذلك بالإشارة المفصلة إلى المحل أو بتحديد أوصافه بما تنتقي معه الجهالة الفاحشة , في حالة ما إذا كان غير موجود .⁽²⁾

Development ,P.R.p173

¹ (1)- تقابلها المادة 160/1 من القانون المدني الأردني وتطابق المادة 143/1 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

² (2) - يمكن مراجعة المادة 133.مدني مصري , والمادة 161,مدني أردني وهما يقابلان المادة 139مشروع مدني فلسطيني .

ولكن ليس من الضروري تحديد المحل وتعيينه لحظة إبرام العقد , إذ يكفي حسب القانون ان يكون قابلا للتعيين , على أن يكون تعيينه فيما بعد , ولكن شرط أن لا تترك مهمة تحديد وتعيين المحل لسلطة احد المتعاقدين .

ويقودنا البحث في تحديد محل الالتزام عندما يكون برنامجا من برامج الحاسب الآلي إلى القول انه بالنظر إلى حداثة العهد بالتنظيم القانوني لبرامج الحاسب الآلي فقد اختلف الفقه وتنازعه الكثير من الأفكار بشأن تعيين أنواع العقود التي يمكن أن يتم تداول هذه البرامج من خلالها وتحديد طبيعتها القانونية .⁽¹⁾

وفي محاولة الإجابة على هذا السؤال نقول ان قيام المنتج بوضع برنامجه تحت تصرف المستفيد لا يخرج عن التكييفات القانونية المعروفة في القانون المدني فقد يكون هذا العقد عقد بيع , وبالتالي نعود إلى الطبيعة القانونية لعقد البيع في باب العقود المسماة, لنعرف شروط تعيين المحل, وفي هذه الحالة يكون منتج البرنامج بعد أن صممه واعدّه قد طرحه للبيع , وسواء تم ذلك بواسطة نفسه , أم قام بالبيع موزع يعمل لحسابه , والأمثلة على هذه العملية كثيرة في الأسواق , وذلك

¹ (1)- يرى جانب من الفقه ان هذه تشكل عقود بيع واتجه جانب آخر إلى اعتبارها عقود مقاوله وجانب آخر اعتبرها عقود ترخيص بالاستعمال وجانب رابع اعتبرها عقود إيجار .. الخ وطبقا لتحديد ذلك يجب العودة إلى التزامات الأطراف وطبيعتها لنهتدي إلى أي عقد هي اقرب وذلك بعد دراستها مقترنة بظروف التعاقد علما بان الرأي الراجح عند اغلب الفقه المصري أنها اقرب إلى عقود المقاولات وخصوصا عند الحديث عن برامج نمطية خاصة. يمكن مراجعة د. محمد حسام لطفي. عقود خدمات المعلومات. مرجع سابق ص 45-90. و, د. حسن جميعي. مرجع سابق ص 20 وما بعدها. و, د. السيد محمد عمران. الطبيعة القانونية لعقود المعلومات. مرجع سابق ص 55 وما بعدها .

مثل برامج ال Word سواء لمعالجة الكتابة أم للترجمة أم للإحصائيات ⁽¹⁾ وقد يكون التصرف مقاولة ⁽²⁾ وهي برامج تصنع خصيصا ويتم تفصيلها لمستفيد معين تخدم نشاطا خاصا به فقط . كان يتم الطلب من منتج معين ببناء برنامج يخدم منشأة سياحية بعينها , أو شركة بتزول بعينها ... الخ .

ورغم ان مجال بحثنا ليس دراسة ماهية تصنيف عقد الإعداد أو لأي عقد من العقود الكبيرة (المسماة) يمكن أن يخضع, إلا انه لا مندوحة من القول أن الطبيعة الخاصة للبرامج , باعتبارها محلا للتصرف , وكونها أداء معنويا ⁽³⁾ , أثارت الكثير من الخلاف فيما يتعلق بمدى صلاحيتها لتكون محلا لعقد المقاوله . ⁽⁴⁾ إلا أننا نستطيع أن نقرر أن الفقه والقضاء يكادان يجمعان على صلاحية البرامج لتكون محلا لعقد مقاوله, من منطلق أن عقد المقاوله يرد على عمل أو على صنع شيء, والبرنامج هو العمل الذهني

¹ (2) - موسوعة دلتا كمبيوتر 2, مرجع سابق ص 421 .

² (1) - يطلق العاملون في مجال الحاسوب عليها مصطلح Tailored software أي برامج التفصيل. يمكن مراجعة فاروق الحفناوي, عقود البرمجيات, مرجع سابق ج 2 ص 315.

³ (2) - يمكن الرجوع إلى المادة 140 من القانون المصري رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية, منشور بالجريدة الرسمية عدد 22 مكرر في 2/2/2002. وهو ما يتوافق مع التوجه الأوروبي باعتبار برامج الحاسب من المصنفات الذهنية الخاضعة للحماية المقررة في تشريعات حماية حق المؤلف في الدول الأوروبية الصادر في 5/1/1989, وقد صدر تعديلا له يؤكد هذه الحماية في مايو 1994 . وكذلك يمكن الرجوع إلى المواد من 2-12 من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم 22 لسنة 1992, منشور بالجريدة الرسمية عدد 3821 بتاريخ 16/5/1992 . حيث أكدت وأجمعت كل هذه القوانين أن المؤلف (المصنف) أداء معنويا خاضعا للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلفين على مؤلفاتهم ومصنفاتهم... الخ .

⁴ (3) - د. حسن جميعي - مرجع سابق. ص 85-106

للمبرمج (المؤلف) وهو بذلك عمل ⁽¹⁾، ولكنه عمل ذو طبيعة معنوية ⁽²⁾

وحتى يخرج هذا الكيان إلى الوجود فهو يحتاج من المنتج إلى عمل ذهني شاق، لا بد له من معطيات يقوم رب العمل بتسليمها إلى المبرمج أو المنتج (خبير البرمجة) ، وللتوضيح نضرب المثال التالي لنفرض أن المستفيد (رب العمل) تعاقد مع المنتج أو (خبير البرمجة) على أن يعمل له الأخير نظام معلوماتي لإدارة فندق مثلا، فيجب ان يقدم له بيانا بالغرف والأقسام والعاملين والرواتب والموجودات .. الخ، حتى يستطيع المنتج ان يقوم بإعداد البرنامج المطلوب للوفاء بالغرض المعين، وهذا الإعداد للبرنامج هو عمل، فان قام به المنتج أو خبير البرمجة مستقلا عن أي تبعية أو إشراف من قبل رب العمل (المستفيد)، في مقابل اجر فانه وبلا أدنى شك يكون عقد مقاوله، أي تكون هذه العملية جميعها هي عين المقاوله . ⁽³⁾ وان الاختلاف هنا فقط يتلخص في كون المحل لهذه المقاوله هو ذو طبيعة معنوية أو ذو طبيعة خاصة.

وعليه يمكن تلخيص هذه العملية أن محل هذا العقد هو القيام بوضع التصاميم الفنية وإنتاجها للخروج ببرنامج حاسب يخدم أغراض خاصة بالمستفيد. وهو

¹ (1) - د. السيد محمد عمران - الطبيعة القانونية لعقود المعلومات - مرجع سابق، ص 55 وما بعدها . د. شحاتة شلقامي - برامج الحاسب والقانون - مرجع سابق، ص 65 وما بعدها .

² (2) - من هنا جاءت تسميته كيان منطقي .

³ (3) - انظر المادة 646 من القانون المدني المصري والمواد 780 و781 من القانون المدني الأردني والمواد 800 و802 من مشروع القانون المدني الفلسطيني. ويمكن مراجعة كل من. د. محمد لبيب شنب - شرح أحكام المقاوله - دار النهضة العربية. القاهرة 1962. و. د. فاروق الاباصيري- عقد الاشتراك في قواعد المعلومات -دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية - دار الجامعة الجديدة للنشر 2002، ص 22

الشخص الذي طلب برنامجا ذا مواصفات معينة، ويتم تسليم هذا الكيان المنطقي في اغلب الأحوال عبر وسيط مادي (دعامة) يتم تثبيت هذا المحل (البرنامج) عليه.

ومن اجل ذلك اتجهت غالبية الفقه إلى أن العقد المبرم بين مورد أو (منتج) البرامج وبين المستفيد (العميل) عندما يتعهد الأول بان يصمم وينتج برنامجا خاصا يستجيب لاحتياجات العميل أو المستخدم في مقابل اجر يدفعه هذا الأخير إليه هو عقد من عقود المقاوله. ⁽¹⁾

ومما يذكر هنا، انه لايعني ذلك أن البرامج لا يمكن أن تكون محلا لعقد إيجار أو هبة أو عارية، ويؤكد على ذلك حكم شهير صدر عن محكمة النقض الفرنسية في 9/11/1991، فقد قررت المحكمة بضرورة إعطاء الوصف الدقيق للعقد بغض النظر عن الوصف الذي يقرره أطراف العقد وذلك بخصوص منازعة على عقد أطلق عليه أطرافه عقد بيع برنامج حاسب الي ، وقد ورد فيه ان البائع ينقل للمشتري سلطة الاستئثار بالبرنامج ، ولكن يمتنع المشتري عن بيعه أو التنازل عنه باي شكل من الأشكال ، فقد رأت المحكمة أن هذا العقد الذي احتفظ فيه البائع (منتج البرنامج) بحق استئثاري على البرنامج لا يستوفي الشرائط اللازمة لاعتباره من العقود التي تستلزم نقل الملكية، باعتبارها حقا جامعا ومانعا واستثنائيا ، وانتهت المحكمة إلى اعتبار نقل بعض السلطات ، بهدف الاستعمال أو إعادة النسخ ، في بعض الأحيان ، يعد صورة من صور عقد الإيجار ، يمكن وصفه بأنه

¹ (1)- د، حسن جميعي _مرجع سابق ص 86-106. و.د، حسام لطفي -عقود خدمات المعلومات -مرجع سابق ص163. و.د، ميرفت عبد العال-عقد المشورة في مجال نظم المعلومات -مرجع سابق ص 113، د، عادل ابوهشيمة -عقود خدمات المعلومات -مرجع سابق ص 30.

عقد إيجار أشياء معنوية , وعرفته بأنه عقد ترخيص بالاستعمال.⁽¹⁾

وفي الواقع العملي فان الغالبية العظمى من البرامج النمطية السابق الحديث عنها وسواء كانت برامج تشغيل ام برامج تطبيق (كبرامج الترجمة مثلا) يتم تداولها من خلال عقود الترخيص بالاستعمال,⁽²⁾ حتى لو تضمنت سماحا من قبل المؤلف أو المنتج ببعض أشكال الاستعمال كعمل نسخة إضافية يمكن أن يلجأ إليها المستخدم فيما لو تعطلت النسخة التي لديه , أو منح الحق في تطويرها أو ترجمتها , فكل هذه الامتيازات إنما تتم لكونها لازمة لحق الاستعمال ومرتبطة به , ولا يمكن الاستناد إليها باعتبارها جوهرًا يتم تكييف العقد على أساسها , وإنما فقط هي توابع للمحل الرئيس للتصرف , وهو تأجير البرامج باعتبارها من الأموال المعنوية.⁽³⁾

ولذلك نلاحظ انه من الناحية العملية والتي تساعد في فهم طبيعة العقد وبالتالي محاولة تعيين محله بدقة , ان العقود الأكثر شيوعا في هذا المجال (أي التعاقد على إعداد البرامج) هما عقدي المقاولة والبيع , ففي معظم بلدان العالم ومنها مصر والولايات المتحدة والمملكة المتحدة وفرنسا - نلاحظ أن منتجي برامج الحاسب الآلي يحصرون إنتاجهم من البرامج في

¹(1) Cass .com .9Nov.1993.Bull.civ.n 91

مشار إليه عند ,د. أسامة احمد بدر , بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الانترنت , دار النهضة العربية , القاهرة , 2002 , ص 123

²(2) Phillip G .Armour, The Laws of Software Process .A new Model for the Production and Management of software .Auerbach. Publication .U.S.A.2003.P.197

³(1) قضت محكمة استئناف موبليه باعتبار العقد الذي مكن العميل من سلطة استعمال برنامج محاسبي مع منحه بعض الامتيازات التابعة لهذا الحق كعمل نسخة احتياطية للبرنامج ..الخ هو من قبيل عقود إيجار الأشياء المعنوية , ورفضت المحكمة اعتباره من قبيل عقود البيع .
n , 141 , 9 JCP.1992edE.1 , 2Juillet.1991.Montpellier.
أشار إليه , د, حسن جميعي, مرجع سابق , ص 79.

نوعين ,النوع الأول هي تلك البرامج التي يقوم بإعدادها خبير البرمجة (المنتج) خصيصا لمستفيد معين بناء على اتفاق وعقد مع هذا المستفيد ,لتفي بأغراض معينة لديه (أي صممت خصيصا لأجله) ,والنوع الثاني هي برامج سابقة التجهيز ,وهي التي يقوم المنتج بإعدادها لتكون صالحة للاستجابة لقطاع واسع من المستخدمين (1) ولان صناعة البرامج هي قضية حديثة نسبيا , وكون البرنامج اصلا كيانا منطقيا (معنويا) غير ملموس ,فانه يصعب في بعض الاحيان تعيين المحل وتحديدده,فمن الدارج في مثل هذه العقود ان يدعي المستفيد ان هذه البرامج أو هذا البرنامج الذي استلمه من المنتج أو المبرمج غير مطابق لما تم الاتفاق عليه في العقد ,وفي هذه الحالة فان القضاء يلجا إلى شروط العقد ,فان لم يسعفه ذلك فانه يلجا إلى الوثائق المرفقة بالعقد ,فإذا استبان وضوحها اعتمدها لحل النزاع ,اما اذا لم تشر إلى شيء أو توضح شيء في موضوع الخلاف ,فقد يلجا القضاء هنا إلى الحكم ببطلان العقد

¹(2) Spill Nicholas ,How to Beat those lousy computer viruse. Technology and Legislation support .New Jersey. Low Journal .4 oct 1990 ,p66

موجود على الموقع الالكتروني <http://www.Low.technology.org> وكذلك يمكن الرجوع إلى.د. السيد محمد عمران,مرجع سابق ,ص55 وبرنارد أ . جالر. مرجع سابق ص 37-57 .

وذلك للجهالة في تعيين المحل . (2) أو حتى الحكم بعدم وجود عقد أصلا.

ففي حكم حديث قضت إحدى محاكم الولايات المتحدة الأمريكية بان الفشل في تحديد طبيعة عمل البرنامج المتفق عليه والناتج عن الفشل في قيامه ببعض الوظائف التي يدعي أحد الأطراف بالاتفاق عليها , وعدم وضوح ذلك بالوثائق الخاصة المرفقة بالعقد , والذي كان هو الآخر غير واضح في قوله (هام اقرأ بعناية الشروط والأحكام التالية قبل قيامك بتحميل Installing البرنامج , إن قيامك بذلك يعني قبولك لهذه الشروط) , فقد دفع المستخدم انه لم يتم بالتحميل أساسا لان النظام لم يتلاءم مع البرنامج , قضت بان لا وجود لعقد بين الطرفين , ويجوز للمستخدم إعادة البرنامج واستعادة ما دفعه .⁽¹⁾

هذا بخصوص العنصر الأول في محل عقد الإعداد , وهو البرنامج وسنبحث فيما يلي وعبر المبحث الثاني العنصر الثاني في محل هذا العقد وهو الثمن .

المبحث الثاني

المقابل (الثمن) في عقد الإعداد

²(1) - يورد الباحثان Rays man و Brown في بحث نشرته ال Law Journal انه من خلال دراسة معمقة أجريت على ثمانية آلاف عقد تصميم وإنتاج برامج حاسب آلي في الولايات المتحدة عام 1996 ان 30% من هذه العقود تم فيها فسخ العقد للاختلاف على المواصفات الخاصة بمحله حيث واجهت صعوبات فنية خطيرة أثناء مرحلة التنفيذ , وان القضاء أبطل هذه العقود وألغاه .

Raysman Richard and Brown Better .Computer law Drafting and Negotiating .Form and Agreements .Law Journal. Seminar press. Vol 2.P12-18 .

و يمكن مراجعة Allen T. Widdison R .Can computer make contracts .Harvard Journal of Law & Technology, Vol, 9-No.1 p26 .1996. ..

¹(1) Operative Resources .Inc.V. Dynasty .Inc.1999.

Computer Law Association Bulletin. حكم مشار إليه في Vol . 14 no (3) 1999.p 102

عرف الفقه الثمن بأنه المقابل الذي يحصل عليه المورد أو المنتج بدلا (ثمنا) للتكنولوجيا (البرنامج) التي يحصل عليها المستخدم. ⁽¹⁾ ولم يتفق هذا الفقه حول التسمية التي يتم إطلاقها على هذا المقابل , فيقال الثمن , ويقال السعر , ويقال الأجر أو الأتعاب , ونعتقد أن السبب في ذلك هو الخلاف الذي لا يزال يورق أذهان الفقهاء حول طبيعة هذا العقد , وما قد ينعكس على موضوع الثمن كمحل لهذا العقد , تبعا للخلاف حول تكييفه , والآثار القانونية التي تترتب على ذلك .

فإذا كان الثمن لم يتم تحديده في عقد من عقود المعلوماتية , وتم تكييف هذه العلاقة على أنها عقد من عقود البيع , فإن ذلك يؤدي إلى بطلان العقد , وذلك تبعا لنصوص القانون التي تحتم تحديد الثمن في هذا المجال , أو على الأقل تفترض أن المتعاقدين على علم بكيفية تحديده . ⁽²⁾ أما إذا تم تكييف هذا العقد على أنه عقد من عقود المساواة , فإن عدم تحديد الثمن لا يؤدي إلى بطلان العقد , إذ أنه يمكن تحديد هذا الثمن في وقت لاحق

¹ (1) - د. يوسف عبد الهادي خليل الاكياي - النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا - منشأة المعارف الإسكندرية , 1989 ص 198 . د. حسام محمد عيسى - نقل التكنولوجيا - دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية - دار المستقبل العربي 1988 ص 61 .

² (1) - المادة 479 من القانون المدني الأردني (يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوما ويكون معلوما 1- بمشاهدته والإشارة إليه 2- ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرا 3- بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ .) وهي تقابل المواد 1583 و 1591 من القانون المدني الفرنسي , وفي نفس المعنى ولكن بأقل تشددا المادة 486 من مشروع القانون المدني الفلسطيني المنقولة حرفيا عن المواد 423 و 424 من القانون المدني المصري

على تمام العقد ويمكن ذلك أيضا تحت رقابة القاضي
(¹) .

ولأننا لا نريد أن نخوض في هذه الإشكالية التي سبق
الحديث حول تعقيداتها من اختلاف الفقه حولها ,
ونقصد هنا تكييف هذه العقود , ولأن أغلب الفقه
المصري

والفرنسي قد تبنى وذهب مع الاتجاه القائل بتكييف
هذه العقود بأنها من عقود المقاولة . (²) والذي تأكد
لهم من نص المادة 646 من التقنين المدني المصري
بان (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن
يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقد
الآخر). والمادة 647 من نفس القانون بأنه (1- يجوز
أن يقتصر المفاوض على التعهد بتقديم عمله على ان
يقدم رب العمل المادة 2...- كما يجوز أن يتعهد
المفاوض بتقديم العمل والمادة معا) (³)

فمن المؤكد أن عنصري العمل والابتكار هما القيمة
الحقيقية في مجال إعداد برامج الحاسب الآلي , ولا
يمكن القول أن المادة التي يتم وضع البرامج عليها أو
إنتاج البرامج بها هي العنصر الأساسي في هذه
العملية , فقيمتها لا تذكر بالنظر إلى مجموع الخطوات
التي اتخذها المنتج (المبرمج) (المفاوض) ونقصد هنا
الشخص الذي صمم البرنامج ليفي بحاجات العميل
, ثم انه لم يتنازل للمستخدم في نهاية الأمر عن عمله
وابتكاره وتصميماته , بل هو يمكنه من الانتفاع بها

¹ (2) - تنص المادة 659 من القانون المدني المصري (اذا لم يحدد
الاجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المفاوض
(. تقابل المادة 796 مدني أردني والمادة 818 من المشروع
الفلسطيني . ونلاحظ هنا كيف اختلفت تسمية البذل من الثمن في عقد
البيع إلى الاجر في عقد المقاولة .

² (1) - د. حسن جميعي , مرجع سابق ص 22. د. خالد مصطفى
فهمي, مرجع سابق ص 55 وما بعدها. د. فاروق الحفناوي, مرجع سابق
ص 33 وما بعدها.

³ (2) - تقابل المواد 781 مدني أردني و 802 مشروع فلسطيني.

واستغلالها للوفاء بوظائفه , وهذا كله ما رجح كفة عقد المقابلة لدى الفقهاء عند تصنيف وتكييف هذا العقد .

وبالتالي وإيا كان , فان هذا عقد يقوم بمقتضاه مؤلف البرنامج أو صاحب حق الاستغلال لهذا البرنامج يتمكن شخص آخر من الغير من استعمال البرنامج نظير مقابل نقدي ⁽¹⁾ يتم تحديده بموجب الاتفاق المبرم بينهما .

وهذا المقابل يمكن ان يكون مبلغا مقطوعا يتم دفعه مرة واحدة , كما يمكن ان يكون دفعة دورية يتم دفعها شهريا أو سنويا .

وقد سقنا التعريف أعلاه لمساعدتنا على البحث في شروط الثمن والأسس التي يتم

على أساسها تعيينه خصوصا وان المذكرة الإيضاحية للمادة 82 من قانون التجارة المصري تبين لنا أن المستخدم دائما يلتزم بدفع هذا المقابل ثمنا لهذه البرامج أو التحسينات التي يتم إدخالها عليها (التكنولوجيا) بشكل عام في الموعد والمكان المتفق عليه , معتبرة أن هذا المقابل ركنا من أركان العقد .

(2)

¹ (1) - لا نعرف لماذا هذا الإصرار في كتب الفقه على كون المقابل في هذه العقود دائما نقدي , أليس من الممكن مثلا ان يقايض العميل المبرمج على مبادلتته شيئا بدل قيام الآخر بتصميم برنامج له ؟ كان يحصل المبرمج على عدد معين من الأقراص المرنة CD مقابل أن يقوم بإعداد برنامج خاص لهذا الشخص .

² (2) - مجلة المحاماة- ملحق التشريعات, 6/ 1999 ص 389. وخيرا فعل المشرع المصري في قوله المقابل ولم يحصره في المقابل النقدي في هذه المادة. وفي هذا المعنى تنص المادة 656 من القانون المدني المصري (يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل, إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق غير ذلك) تقابل المادة 739 مدني أردني والمادة 534 مشروع فلسطيني.

المطلب الأول شروط الثمن

يجب توافر شروط المحل كاملة في الثمن، وذلك من حيث وجوده ومشروعيته وتعيينه (وهنا وعلى افتراض أننا نتكلم في حكم الثمن في عقد البيع ، علما بأنه وكما أسلفنا فإن الفقه يكاد يجمع أن هذه العقود تنطوي تحت مسمى عقود المقايضة ، إلا أن أحكام الثمن هذه وردت في القوانين المدنية في باب عقود البيع لذلك سنستظهر شروط الثمن وأحكامه وأساسه مما ورد فيها) ، ولقد كان المشرع الأردني في القانون المدني أدق عند حديثه عن شروط الثمن من المشرع المصري والمشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني ، حيث نصت المادة 479 من القانون الأردني على أنه (يشترط أن يكون الثمن المسمى عند البيع معلوما ويكون معلوما 1- بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضرا 2- ببيان مقداره وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضرا 3- بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي بها الجهالة حين التنفيذ)⁽¹⁾

وإذا كان الثمن في الغالب يتم تعيينه من قبل أطراف العقد ولا سلطان لأحد عليهم في ذلك ، إلا أن القضاء يتدخل في بعض الأحيان للكشف عن وجود الثمن ومقداره ، فإن كان غير محدد أو كان تحديده غير واضح ، ولم يكن هناك إمكانية لمعرفة ما قصده

¹ (1)- تقابل المواد 1583 و1591 من القانون المدني الفرنسي وقد قلنا كان المشرع الأردني أفصح في تحديده لشروط الثمن لأن المشرع المصري تحدث في نفس هذا المعنى ولكن بصياغة أقل وضوحا في رأينا حيث نصت المادة 423 على (1- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد 2- إذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع ...) وقد نقل المشروع الفلسطيني هذا النص حرفيا في المادة 486 من المشروع.

المتعاقدان بخصوص كيفية التحديد فلا مجال إلا الحكم بالبطلان وذلك لعدم تعيين الثمن .
أما إذا كان الثمن قابلاً للتعيين، فلا يحكم بالبطلان تبعاً لنصوص المواد السابقة، فإن لم يكن كذلك فإن القانون لا يتدخل ليحل محل إرادة الأطراف في تحديد الثمن ، فيجب على القضاء إذا ما أحيل إليه النزاع الحكم ببطلان العقد .⁽¹⁾
وإذا كانت عقود المعلوماتية بحسب الراجح في القه القانوني تعتبر عقداً من عقود المقايضة، فإن الأجر (الثمن) لا يختلف أوصافه وشروطه عنه في عقود البيع من حيث تعيينه أو قابليته للتعيين وعليه فإن التزام المتعهد (المقاول في عقود الإعداد) هو أداء معلوماتي وذلك تبعاً للأحكام العامة في عقد المقايضة والتي وردت في المواد 646 إلى 660 من القانون المدني المصري⁽²⁾ حيث تنطبق على جميع المقاولات (بغض النظر عن طبيعة العمل)، فهي تلخص في تعهد المتعهد (المبرمج) بأن يقوم بعمل لمصلحة المستفيد لقاء أجر محدد ، وما يهمنا هنا هو الأجر المحدد ، فإن كان هذا الأجر غير محدد سلفاً عندئذ يجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل وإلى نفقات المقاول⁽³⁾، ونخشى هنا من إقحام العرف أو سعر السوق في التطبيق على عقود المعلوماتية لأن هذين المفهومين فضفاضين في هذه العقود إلى درجة كبيرة .
وخلاصة القول في هذا المجال وأياً كان تصنيف عقد الإعداد، بيعاً أم إيجاراً أم مقايضة، فإنه يمكن تحديد

¹ (1)- د. جمال عبد الرحمن محمد علي ، الخطأ في مجال المعلوماتية ، مرجع سابق ص 37-38

² (2)- تقابل المواد 780 ولغاية 791 مدني أردني و المواد 800 ولغاية 811 مشروع فلسطيني

³ (1) انظر المادة 659 من القانون المدني المصري.

الثلث أو بدل الإيجار أو الأجر عند تنفيذ العقد، حيث يجوز تثبيت الثمن بعد الانعقاد أي سحب ما ورد في أحكام عقد المقاولة في المادة 659 بجواز الرجوع في تحديد الأجر إلى قيمة العمل ونفقات المقاولة، أي تطبيق ذلك على عقود المعلوماتية، وإن كان بيعاً وتم الاتفاق على أساس لتعيين الثمن ستم بعد الانعقاد فلا ضير في ذلك كان يتم الاتفاق على ثمن المعلومة أو الخدمة انطلاقاً من وحدة قياس معينة، أو كان إيجاراً كما في عقود الاشتراك للحصول على برنامج معين واستخدامه مقابل مبلغ يدفع أول كل شهر أو سنة، بغض النظر عن حجم هذا الاستخدام أو باعتبار عدد مرات الاستخدام⁽¹⁾.

وهذا ما هو عليه الحال في عقود الإعداد، فلو تصورنا أن الحديث يدور حول تركيب نظام معلوماتية، أو إعداد برنامج خاص أو تقديم خبرات وإعداد كوادر سواء تجزأت هذه الالتزامات أم كانت اتفاقية واحدة بملاحقها، فأمام كل هذا التنوع لابد من مواجهة مصاعب جمة عند التعاقد في تحديد المقابل، فيصار إلى تثبيت هذا المقابل وتعيينه وتحديده عن بدء التنفيذ أو عند إنجاز النظام واستعماله⁽²⁾. وقد جرت العادة في مجال عقود الإعداد على اعتماد طريقتين رئيسيتين لتحديد وتعيين الثمن أو الأجر بحيث تحققان شروط ومتطلبات القانون وهما:-

الطريقة الأولى :- أن يتم تحديد قيمة العمل على أساس سعر إجمالي ثابت للأعمال

موضوع الاتفاقية، وتسمى بالإنجليزية Fixed price³ وتتلخص بدفع جزء من القيمة عند التعاقد مثلاً، وجزء آخر عند قبول وثيقة تحديد المواصفات

¹ (2) د. جمال عبد الرحمن علي - المرجع السابق - ص 38-42 .
² (1) د. محمد حسام لطفي - عقود خدمات المعلومات - مرجع سابق ص 149-153.

و جزء عند الانتهاء من عرض النماذج proto Types
والموافقة على هذه النماذج , و جزء عند قبول
البرامج والتدريب عليها وتشغيلها, والجزء الأخير عند
انتهاء فترة الضمان التي تلازم هذه العقود دائما .⁽¹⁾

الطريقة الثانية: _ وتعرف باسم Time and

Material وفي هذه الطريقة لا يتم تحديد ثمن
ثابت أو اجر ثابت للأعمال والبرامج وإنما يتم حساب
هذا البذل على أساس الوقت والجهد المبذول والمواد
المستعملة (فيما إذا كانت المواد الخام من عند
المتعهد مثلا وهو الغالب في مثل هذه العقود) حيث
يتم الاتفاق مسبقا على أسعارها (أي يتم تحديد
المقابل عنها مسبقا حسب سعرها) ولا يتبقى يتبقى
سوى معرفة كميتها التي استغرقها العمل وكم من
الوقت والجهد قد تم بذله في هذه الإعداد⁽²⁾
وبذلك تكون شروط الثمن في هاتين الطريقتين
المعمول بهما عالميا , قد تحققت من حيث تعيينه , أو
قابليته للتعيين , ويتبقى لنا أن نعرف أسس وكيفية
تعيين وتحديد هذا المقابل في عقود الإعداد , وهذا ما
سنبحثه في المطلب التالي من هذا المبحث .

³(2) P.R.p 315. Phillip G .Armour, The New of Software Process

¹ (3) د. فاروق الحفناوي - عقود البرمجيات - ج1. مرجع سابق ص243
, وقد أورد سيادته عقد دولي نموذجي لمثل هذه الاتفاقيات تحت عنوان
Software Development Agreement (اتفاقية تطوير وإنتاج
برمجيات) . ويمكن مراجعة د. أسامة أبو الحسن مجاهد, مرجع
سابق. ص 91 وما بعدها .

²(1) The cost relating to the development work shall be
calculated on a time and materials basis and based on
the developers current rates as the same may vary form
time to time .

هذه العبارة المشهورة هي أساس الطريقة الثانية والتي تكلمنا عنها
أعلاه وهي ترد في أغلب العقود النموذجية بخصوص تطوير وإعداد
البرامج بموجب طريقة الوقت والجهد . يمكن مراجعة :

Rennie .T .Michele - Computer Contracts - Sweet and
Maxwell .London .2001 ,P63

المطلب الثاني

أسس تعيين المقابل " في عقود الإعداد "

المقابل هو محل الالتزام الأول للمستفيد وهو عصب الاتفاق الذي يسعى اليه المنتج "او المورد للبرامج" وقد عرف الفقه المقابل في هذه العقود بأنه ثمن التكنولوجيا والتحسينات التي يحصل عليها المستفيد من المنتج ، فهو في الغالب مبلغ من النقود يقوم متلقي البرامج بدفع كمقابل للبرامج والمعرفة التقنية التي نقلها او ابتكرها المنتج له وبناءً على طلبه للقيام بالوفاء بوظائف محدده مسبقاً من قبله ، وبعبارة موجزة يعتبر المقابل النقدي هو ما ينطوي عليه الالتزام بدفع الثمن "الأجر، التكلفة ، المصاريف" المتفق عليه دائماً في هذه العقود⁽¹⁾ ولان حديثنا في هذا المطلب عن أسس تعيين هذا المقابل سوف نترك الالتزام بدفعه وأثار ذلك الى الباب الثاني من هذه الدراسة وسيقتصر بحثنا في هذا المطلب في أسس تعيينه وطرق تحديده .

إذا تم تعيين وتحديد المقابل عند إبرام العقد وهذه هي الطريقة المعتادة - فلا توجد مشكلة ، حيث يتفق طرفا العقد بشكل واضح وصريح على الثمن او الأجر... الخ ، حيث يكون المقابل الجزافي هو المتبع عادة ، فليس من الضروري في هذه الحالة ان نحدد أمام كل التزام يقع على عاتق المتعهد المقابل الذي

1 . (1) . د/ يوسف الاكياي - مرجع سابق - ص 198 . د/ عبد الفتاح مراد . شرح العقود التجارية . ط1 . دار النهضة العربية - العربية 2000 ص 94 وما بعدها . د/ حسام محمد عيسى . مرجع سابق ص 109 .

يتوجب على المستفيد دفعه طالما ان المبلغ محدد مسبقاً وجزافياً وعن كل الالتزامات⁽¹⁾ دفعة واحدة⁽²⁾. وان تحديده بهذه الطريقة يلزم طرفي العقد بعدم المساس به وهذا أعمالاً لنص المادة 658 من القانون المدني المصري حيث نصت في فقرتها الأولى على (إذا أبرم العقد باجر إجمالي على أساس تصميم ... فليس للمقاول ان يطالب بأية زيادة في الأجر ، ولو حدث في هذا التصميم تعديل او إضافة الا أن يكون ذلك راجعاً الى خطأ من رب العمل ...)⁽³⁾. على أن تطبيق هذه القاعدة على عقود الإعداد يمكن ان يكون على حساب المستفيد بحيث يقوم المقاول " المنتج " بالعمل بوساطة مواد خام ذات تكلفة او نوعية رديئة وذلك على حساب نوعية البرنامج والعمل في النهاية ، فلا بد لتلافي ذلك من تحديد شروط المقابل والمواد بشكل واضح ، بحيث تكون الالتزامات معروفة بطريقة تحول دون قيام المنتج او المتعهد بالاقتصاد بالنفقات او بالتقصير. ولان عدم تحديد المقابل عند التعاقد لا يؤدي الى بطلان العقد تلقائياً ، اذا كان هذا المقابل قابلاً للتعين والتحديد بعد الانعقاد وقبل تمام التنفيذ كما رأينا سابقاً ، فبسبب طول فترة تنفيذ العقد ، وبسبب تعدد

1 (2) . يطلق الانجليز على هذه الطريقة Bespoke software ويطلق الأمريكيان عليها Custom software لمزيد من التفاصيل راجع د/ حسام لطفي عقود خدمات المعلومات - مرجع سابق - 149 وما بعدها . د/ ميرفت عبد العال - مرجع سابق- ص 251 وما بعدها و د/ عادل ابو هشيمة - مرجع سابق ص 208-210.

2 (3) . تنص الفقرة الثانية من المادة 82 من قانون التجارة المصري الجديد { يجوز ان يكون المقابل مبلغاً إجمالياً يؤدي دفعة واحدة او على دفعات متعددة... الخ } .

3 (1) . تقابل المادة 795 من القانون المدني الأردني (1- اذا وقع عقد المقاوله بموجب تصميم متفق عليه لقاء بدل إجمالي فليس للمقاول ان يطالب بأية زيادة في الأجر يقتضيها تنفيذ هذا التصميم ...) وهما يقابلان المادة 816 فقرة (1) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

الخدمات والتقنيات التي يقدمها المنتج او المتعهد ،
وبسبب تبدل الأسعار وتقلبها ولأسباب أخرى كثيرة ،
يصعب في هذه العقود تعيين الثمن عند التعاقد ،
خصوصاً وان المتعهد يخشى من استجداد التزامات
تزيد على المقابل الذي اتفق عليه مع المستفيد ،
فبقوم باشتراط تحديد وتعيين الثمن فيما بعد على
أسس ضمن القانون له الحق باشتراطها ⁽¹⁾ وسوف
نتناول في هذه الفروع أسس وطرق تحديد المقابل
في عقود الإعداد وهي وان كانت لا ترد على سبيل
الحصر ولكنها الأكثر شهرة في هذا المجال او الأكثر
اعمالاً في عقود إعداد البرامج .

الفرع الأول

اعتماد سعر الدليل (Catalogue)

تنتشر طريقة الدليل او الكتالوج في عقود الإعداد
بشكل كبير في تحديد الثمن مسبقاً ، وهي على
شهرتها لا تخلو من مشاكل تترافق مع أعمالها ، فلو
افترضنا أن هناك عقد فوري التنفيذ فان الكتالوج في
هذه الحالة يعتبر إيجاباً موجه الى المستفيد ، وإذا
اشتراط في العقد ان الثمن سوف يتم دفعه عند
التنفيذ أي التسليم كقيد مثلاً على التنفيذ وتم تحديد
سعر تقديري قابل للنقض او للمراجعة ، فان العقد
بهذه الطريقة لا ينعقد وذلك لان الثمن لا يعتبر في
مثل هذه الحالة قابلاً للتعيين ⁽²⁾
وإذا ما افترضنا ان المستفيد قد قبل بتحديد المتعهد
للمقابل عن طريق الدليل فانه وفقاً للأحكام العامة

¹ (1) .راجع المواد 423,424,659، 660 من القانون المدني المصري
وهي تقابل المواد 478-483 و796 و797 مدني أردني والمواد 486-
491 و818 و819 مشروع مدني فلسطيني .

² (2) د. حسن عبد الباسط جميعي -مرجع سابق -ص 22 و75-82
ود. فاروق الحفناوي عقود البرمجيات - ج1 مرجع سابق ص 227-242
ود. عادل ابو هشيمة - مرجع سابق ص 207 -212 .ود. جمال عبد
الرحمن علي - مرجع سابق ص 38-42 .

في عقود المساواة لا يجوز ان ينفرء اءء طرفي العءء في ءءءء الأءر ءءى لو قبل الطرفان بذلك⁽¹⁾ وءء أءءء مءءمة النءض الفرنسفة بءلان العءء الءى ٱءرك ففة ءعفن الءمن عءء الءسلفم ، لان فف ذلك ءرءفء لإراءة اءء المءعافءفن علف ءساب الآخر ، فلا فءوز ان فستاأءر اءءهما بءءءء الءمن⁽²⁾ ، وءهءب المءءمة فف قرار آخر الى أن الءمن المءبء فف العءء كان ءءءرففاً لان الءمن ءم ءءءءءه عءء الءسلفم ، وبذلك لا فءءرف بالعءء لان الءمن ءفر مءفن وءفر قابل للءعفن وعلفه فان العءء لا فنعءء فف هءه ءالة الا عءء الءسلفم أما قبل ذلك فهو باءل من ءفء المباء ونءن نرى أن موفف المءءمة الفرنسفة ووسطفاً ومقبولاً بءفء لم ءءءر العءء باءلاً الى النهاءة ، والأفضل هو اءءبار طرفة الءفل بأنفا ءءءفر للءمن من ءانب المءءءء ، وفف هءه ءالة لا فنعءء العءء الا عءء قبول المستاففء للمعقوء علفه عءء الءسلفم بالءمن الءى وءعه المءءءء فف الءفل ، إلا أن العءء قبل قفام المءءءء بالءسلفم لا فكون منعءداً بل فنعءء عءء قبول المستاففء فف لءظة ءسلفم المعقوء علفه وقبوله بالءمن الءى ورف فف الكءالوء . وأوضء مءال علف ذلك عءء قفام مستففء بالءلب الى مءءء بءزوفءه بأءهزة او برامء موءوءة أصلاً فف الأسواق ، فلنفرض ان الشركة المءءءة لءهء البرامء او الأءهزة قء وءعت ءسعفره بموءب ءفل (كءالوء)

¹ (1) ء.مءمء لففب شنب - شرح أءكام عءء المساواة - ءار النهاءة العربفة - القاهرة 1962 ص 152-160. ء.السنبورف مرفء سابق - المءء السافء ء 1 ص 171 وما بعءها . والسفء مءمء عمران - مرفء سابق ص 89 وما بعءها.

²(2) CASS-CIV 13 MARS 1973N⁰71-14-386 BULL

و. CIV.I.P89.

CASSCIV 20MAI 1981N⁰79 10.87 J.C.P.ED

C.198211N⁰1984

أشار الى هءفن القرارفن ء. ز نورف ءاظر- عقوء المءلوماءفة- مرفء سابق. ص 56

فان أطراف العقد يكونوا مقيدين بالتسعيرة التي وضعتها الشركة المنتجة شريطة ان يتفقا على ذلك في العقد وذلك لان المتعهد يقوم بالتوريد على أساس السعر الذي تحدده الشركة فإن لم يتفقا على الثمن الذي حدده الغير كان العقد باطلاً وذلك لأنهما أساساً اتفقا على سعر الشركة المنتجة . وهذا ما يقودنا الى الاستنتاج بأنه حتى في هذه الطريقة يجب دائماً انصراف إرادة المتعاقدين الى تحديد الثمن او الاتفاق على طريقة واضحة لتعيينه ، اما اذا تم الاعتماد على دليل او نموذج في تحديده فلا يتم الانعقاد لان الثمن الذي يرد فيه تقديرياً وغير بات مما يجعل المقابل غير معين او قابل للتعيين ، الا إذا تم الوفاق والتراضي عند التسليم كما أسلفنا .

الفرع الثاني

تحديد المقابل على أساس سعر الوحدة

يصعب في اغلب الأحيان تحديد أسعار مستلزمات عقود الإعداد ومعدات والالتزامات التي تنشأ عن هذه العقود ، وبدلاً من القيام بالتحديد الجزافي لثمن او تكلفة هذا العقد ، تلجأ بعض الشركات العاملة في هذا المجال الى الاتفاق مع المستخدم او المستفيد على سعر معين لكل وحدة عمل ، وتكون هذه الوحدة بمثابة وحدة قياس ⁽¹⁾ محددة ابتداءً ، ويعرفها العاملان في هذا المجال اذا كانت مثلاً دائرة تقنية "معلوماتية " او تقسم البرامج الى أنواع يتم تحديد الواحد منها بوحدة عمل وكذلك

⁽¹⁾ انظر اتفاقيات شركة أنظمة الكمبيوتر المتكاملة العالمية ITS - شركة مساهمة كويتية أسسها بيت التمويل الكويتي عام 1981 وتعلم في مجال تنفيذ أنظمة الكمبيوتر ونظم المعلومات في الوطن العربي وإفريقيا - موسوعة عقود الكمبيوتر - مرجع سابق ص 220- 230 ويمكن الرجوع الى د.حسام لطفي - عقود خدمات المعلومات - مرجع سابق ص 82-85 ود.أسامة ابو الحسن المجاهد - مرجع سابق هامش ص 99-100.

الأجهزة ، وفي طريقة أخرى يمكن ان يكون مقابل الأداء حسب عدد الأيام (⁽¹⁾) وفي النهاية يتم تحديد الثمن الكلي بناءً على مجموع الثمن "اوالسعر او اجر " وحدات القياس ، وهذه أصلاً طريقة متبعة في عقود المقاوله التقليديه (2).

وهنا كذلك لا يلتزم رب العمل ان يدفع الا المبالغ او المقابل المعين عن كل أداء او كل وحدة ونطبق القواعد العامة في عقد المقاوله بحيث لو حصلت مثلاً زيادة جسيمة على الاداءات حق له فسخ العقد دون مسؤولية (3).

وهذه الطريقة اقرب الى كون المحل قابل للتعين منها الى كون المحل معين ويثبت السعر على أساس ما تكلفه كل وحدة عمل يتم انجازها ، وهي بذلك تحقق شروط البديل او الثمن حسب القواعد العامة ، فإذا زاد البديل عما هو متوقع في الاتفاق كان العقد قابلاً للفسخ حسب القانون .

الفرع الثالث

تحديد المقابل على أساس سعر السوق

¹ (2) إبراهيم المنجي-عقد نقل التكنولوجيا - مرجع سابق ص 195-198 .

² (3) مثلاً يحضر شخص متعهد بناء ويتفق معه على بناء بيت له ويتم الاتفاق على ان " كيل البناء سيكون بالمتر " وان كل متر مسطح سيكلف صاحب البيت \$100 ، وفي النهاية يكون الحساب حسب مساحة البيت وطبعاً صاحب البيت ليس له علاقة بالإشراف او سير العمل الخ ، عقد مقاوله بسيط وبالقياس ينطبق على سعر الوحدة التكنولوجية مثلاً .

³ (4) تنص المادة 794 مدني اردني في فقرتها الأولى (اذا تم عقد المقاوله على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحدة ثم تبين ان تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد إعلامه بمقدار الزيادة ان يتحلل من العقد مع أداء قيمة ما أنجزه المقاول من العمل وفقاً لشروط العقد او قبول متابعته مع التزامه بالزيادة) تقابل المادة 657/1 مدني مصري - المادة 815 مشروع مدني فلسطيني .

ولا نرى الاتفاق على تحديد المقابل بناءً على السعر المتوسط للسوق ذا نفع أو جدوى في أغلب حالات عقود الإعداد ، لان سوق هذه العقود واسع جداً ومتقلب انطلاقاً من كونه يقوم على المنافسة ، هذا بالإضافة الى الجودة وبلد المنشأ كل تلك عوامل تحدد القيمة خصوصاً وان النوع للمعدات او البرامج المعينة يمكن ان يدل على الإمكانيات والخدمات التي يمكن ان تؤديها وهي بالضرورة متباينة فالحديث عن جهاز كمبيوتر محمول من إنتاج الولايات المتحدة مثلاً IBM او COMPAC ليس كالحديث عن جهاز كمبيوتر محمول من إنتاج الصين مثلاً أيسر ...، والقصد هنا حول الإمكانيات والمواد الخام المستعملة في الإعداد ... الخ .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن من الصعب وجود سعر ثابت في السوق نستطيع به أن نقيم عقد إعداد برنامج و بالتالي قضت ببطالان العقد لتعذر تعيين المقابل⁽¹⁾ .

ونعود الى نقطة جوهرية في هذا الموضوع وهي أننا اذا كنا أمام عقد من عقود الإعداد تم تكيفه على انه عقد بيع فان عدم تحديد الثمن يؤدي الى بطلان العقد⁽²⁾ ، على عكس عقود المقايضة التي يمكن ان يتم تحديد الثمن فيها في أي وقت لاحق على تمام العقد او تحت رقابة القاضي ، لذلك اذا كان الموضوع متعلقاً بعقد بيع يجوز ان يتم تحديد السعر على أساس السعر المتوسط في السوق ولكن شرط ان يتم تحديد وقت تنفيذ العمل⁽³⁾ ، اذا كان متعلقاً

CASS.COM.22jullet⁽¹⁾

1986N⁰85_10.237BULL.C.I.V.162CA حكم ورد في كتاب د.

نوري خاطر - مرجع سابق ص 54 .

⁽²⁾ د.حسن عبد الباسط جمعي -مرجع سابق ص 22-23.

⁽³⁾ د.شحاته غريب شلقامي - برامج الحاسب الآلي و القانون - مرجع سابق ص 34-37 ود. خالد مصطفى فهمي - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي / مرجع سابق ص 87-89 وما بعدها .

بتسليم المحل ، ومكان التنفيذ بحيث يتم على أساس تحديد السوق الذي يعتمد في احتساب المقابل ، الا إذا تم اعتماد زمان ومكان انعقاد العقد وذلك عملاً بنص المادة 423/2 من القانون المدني المصري (اذا اتفق على ان الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك ان يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري ، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع الى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف ان تكون أسعاره هي السارية)⁽¹⁾ هذا بالإضافة إلى أنهما يجب ان يتفقا على نوعية وجودة وتفاصيل معينة وقبل كل ذلك ان يتفقا صراحة على سعر السوق في العقد ، وإلا قضي بعدم تعيين المقابل وبالتالي بطلان العقد ونعود ونؤكد رأينا هنا بأننا ما زلنا لا نحيد أعمال هذه الطريقة في عقود الإعداد وذلك لان مورد البرنامج او منتجه لا يستطيع ان يدعي التسليم مثلاً وان يطالب بالمقابل في حالة كون العقد مركباً مثل نظام حاسب متكامل كبرنامج مترتب على عمل برنامج وبمواصفات معينة وهناك فترات تجربة والتزامات متابعة فمتى وأين التسليم وكيف يمكن الحكم على ذلك .

الفرع الرابع

تحديد المقابل بناءً على معيار القيمة

يكون دفع المقابل او البدل في هذه العقود في أغلب الأحيان على أقساط حسب الاتفاق ما بين المستخدم والمبرمج وذلك تبعاً للمراحل التي تمر بها عملية إعداد البرنامج وذلك لضمان حسن سير عملية إعدادة ، وتقييداً للمبرمج (وبالذات اذا كانت شركة كبرى مثلاً) بشروط العقد ، مما يؤدي الى طول فترة

⁽¹⁾ تقابل المادة 478 مدني أردني والمادة 486/3 مشروع مدني فلسطيني .

الرابطه التعاقدية ودوامها حتى بعد التسليم لفترة
تجربة مثلاً واختبار وملائمة للعمل وفحص للمواصفات
لا بل يمكن ان تحتوي فترة صيانة معينة⁽¹⁾
لذلك ولان عقود الإعداد في غالب الأمر تتعلق بعقود
ذات تنفيذ متتابع فلا بد ان يكون الدفع هو الآخر
تدرجياً ومتتابع ، ومن اجل الدفع بهذه الطريقة التي
يمكن ان تدل على نوع من الائتمان في التعامل ابتكر
الواقع العملي معيار القيمة⁽²⁾ أو المؤشر في التعامل
فيما بين المنتج والمستخدم ، حيث يتخذ المتعاقد من
بضاعة او سلعة معينة لها صفة الاستقرار في السعر
والعمومية في التداول ثمناً لبدل نقدي في الوقت
الراهن يكون معياراً لتحديد قيمة النقد او البديل في
هذا الوقت وعند حلول الأوقات الأخرى .وبعبارة
أخرى يتم الاتفاق على سعر أولي محدد بموجب
معيار القيمة وهذا المعيار يسمح بإجراء تعديل لاحق
عن السعر يستند الى السعر الأولي بالقياس إلى
معيار القيمة الذي تم تعيينه عند إبرام العقد حيث
يكون الطرفان قد اتفقا ابتداءً ان السعر او الثمن
الحالي هو لتقييم واستخراج السعر أو الثمن المقابل
عندما يحين موعد الدفع .
وبهذه الطريقة يكون أساس تحديد الثمن مشروعاً
فالبديل المتفق عليه ابتداءً إضافة الى بعض التغيرات
التي قد تدخل عليه والذي يفرضها الاتفاق نفسه ،
فاختيار قيمة سلعة معينة قد تختلف على أساسه
المقابل لعقد الإعداد عند حلول آجال الدفع طبقاً

¹(2) د/ نصيرة بو جمعة سعدى - عقود نقل التكنولوجيا في مجال
التبادل الدولي - رسالة - الإسكندرية 1987-ص 293 ود/ عبد الفتاح
مراد مرجع سابق ص 110.

²(1) يطلق على معيار القيمة ايضاً المؤشر السلعي او الخدمي ويمكن
ان يقاس هذا المعيار ايضاً على أساس أجور العمال كقولك طبقاً للحد
الأدنى من الأجور ... الخ - راجع د/ رشوان حسن رشوان احمد ، اثر
الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد - دار النهضة العربية ط
1 القاهرة 1994 ف 60 ص 140 .

لتغير سعر هذه السلعة كمؤشر على القيمة فلو هبطت أسعارها هبطت قيمة الالتزام المرتبط بها ولو حدث العكس وارتفع سعرها ارتفعت قيمة الالتزام⁽¹⁾ . وقد تبدو الأمور أكثر تعقيداً في أعمال معيار القيمة لو كان مثلاً عقد الإعداد نفسه به أكثر من أداء لكل أداء فيه معياراً مختلفاً عن المعيار الذي يحكم الأداء الآخر في تحديد الأسعار⁽²⁾ .

ولا يفوتنا التنويه الى ان هذا المعيار من الحساسية بمكان بحيث يجب ان تتوافر فيه بعض الشروط ليتم إعماله إعمالاً يجعله مقبولاً في نظر القانون وهذه الشروط هي المشروعية والقابلية للتعين . أولاً / شرط المشروعية .

يجب ان يكون المعيار الذي على أساسه سيتم حساب قيمة معينة معياراً مشروعاً ومعتبراً به من قبل سلطات الدولة التي يتم التعاقد بها او الدولة التي سيتم تطبيق قانونها على العقد ، فهناك دول تمنع أساساً هذه الطريقة في التعاقد⁽³⁾ وهناك دولاً أخرى تمنع هذه الطريقة في داخل إقليمها وتسمح بها في العقود الدولية⁽⁴⁾ وفي الواقع ان هذه المسألة لم تعالج لا نظرياً ولا عملياً ، بل تم تركها وفقاً للنظام الاقتصادي في كل بلد حيث تركت للقاضي لينظر في أمرها وفق نظامه العام ، فقد يتعارض مثلاً معيار القيمة مع تحديد الدولة للأسعار او العكس قد

¹ (1) محمد بشير - القاموس الاقتصادي - المؤسسة العربية للدراسات والنشر - بيروت - ط 1985 - ص 204 .

² (2) د/ حسن رشوان - مرجع سابق ف 60 ص 141 .

³ (3) مثل اعتماد معيار الحد الأدنى لأجور العمال لتحديد المقابل في الخدمات . فهذا الفعل تمنعه الدولة في مجال العقود لان به مساساً بحقوق العمال . د. نوري خاطر . مرجع سابق . ص 62 .

⁴ (4) مثل فرنسا وسوريا و بعض الدول الاشتراكية . - د . عبد الرزاق قاسم . معيار المحاسبة الدولي - الادوات المالية والاعتراف والقياس - منشورات جمعية المحاسبين القانونيين السورية - دمشق 2002 ص 9

يتعارض مع حرية الأسعار إذا تم تحديده في دولة تمنع تحديد هذه الأسعار ، فلا مندوحة أمام القاضي في مثل هذه الحالات من الحكم ببطلان العقد لمخالفته للنظام العام والذي يخفف من تعلق ذلك بالنظام العام ويجعل عقود الإعداد في الغالب تسري وفق الاتفاق على هذا المعيار هو ان هذه العقود هي في الغالب عقود دولية . وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية مثلاً اعتماد معيار سعر النقض في البورصة لتحديد المقابل الا في العقود الدولية ⁽¹⁾ .

ثانياً / شرط قابلية معيار القيمة للتعين .

يجب ان يكون معيار القيمة معيناً عن إبرام العقد ويتم تعيينه عبر اعتماد الرقم المحدد من قبل الجهات والسلطات المختصة في شأنه في تاريخ معين ⁽²⁾ يتم الاتفاق عليه وعلى كل هذه التفاصيل بين المتعاقدين ، ومن ثم يكون على كاهل المتعاقدين متابعة التطورات والتغيرات التي تحصل على هذه القيمة المعينة أثناء تنفيذ العقد ، فقد تتغير الظروف في بلد ما مما يلجأ السلطات المختصة الى تعديل هذا المعيار او حتى إلغائه بسبب ظروف اقتصادية معينة ، فيصبح غير موجود ، او ممنوع التعامل به ، مما ينعكس فوراً على المقابل في عقد الإعداد فيصبح غير قابل للتعين ويستحيل به تنفيذ العقد الذي يعتبر منفسخاً بحكم القانون ، لزوال شرعيته عن التنفيذ بسبب تخلف المحل وهذه الحالة تعتبر من محاذير

⁽¹⁾ cass.1.civ 15 Juin 1983 n°82-11882 Jcp.ed G 1984 11,n° 20123,ca Verseailles 12 ch.18mai 1989 juris-Data,n° 42257.j.Ghestinet.M.Billian.o.p.cit,n° 43.p.75

يمكن مراجعة د/ مصطفى محمد الجمال - عقد البيع - الفتح للطباعة والنشر - الإسكندرية 1998 ف 24- ص 30-33 .

⁽²⁾ (3) د/ فاروق الحفناوي / عقود البرمجيات / مرجع سابق - موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات - ج2 ص 23-45 اتفاقية نموذجية لتنفيذ نظام معلوماتي متكامل .

اللجوء إلى معيار القيمة ⁽¹⁾ ولا يمنع ذلك بالطبع الطرفين من الاتفاق مجدداً على معيار آخر ... الخ ولكن يبقى السؤال الذي يطرح نفسه ؟ هل حقاً يمثل معيار القيمة البديل أو المقابل الحقيقي تبعاً للوضع الاقتصادي في بلد ما وهل ذلك سيبقى عادلاً إذا اختلفت البلدان ؟. ونعتقد من الصعب الإجابة بدقة على هذا السؤال، فغالباً ما ترتب على هذا المعيار غبنا لأحد المتعاقدين وذلك لان معيار القيمة في كثير من الحالات لم يمثل مقابلاً عادلاً لما يستحقه احد أطراف العقد سواء كان منتجاً او مستخدماً "مستفيداً"

هذه بعض طرق تعيين البديل أو المقابل في هذه العقود وهي كما أسلفنا ليست محصورة بهذه الصور ، فسوق البرمجيات يفرز كل يوم طريقة جديدة لا ضير من أعمالها اذا كانت مشروعه وتتسق مع إحكام القانون .

نستخلص مما سبق ان عقود إعداد البرامج لها محل التزام مزدوج ، البرنامج الذي هو محل التزام المبرمج والذي سيقوم بإعداده والعمل على انجازه وفق شروط العقد التي يجب ان تحدده وتبين تفاصيله والوظائف التي يجب القيام بها تحديداً دقيقاً ومفصلاً لكونه المحل الأساسي لهذا العقد وإلا اعتبر العقد باطلاً ، والمقابل أو البديل الذي يجب ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين حتى يتوفر الاستقرار التعاقدي فيما ين الأطراف ورأينا كيف يتم تعيينه او جعله قابلاً لتعيين .

الفصل الثالث

دراسة لبعض العقود النموذجية

تفسير عقد الإعداد

¹ (1) . د. رشوان حسن رشوان - مرجع سابق ف 77 ص 179 .

ان وثائق العقد في مجال عقود إعداد برامج الحاسب ، يمكن لها ان تحل مشاكل كثيرة بشأن تفاصيل هذه العقود والمقابل الذي ألتمزم به الأطراف ، مع الأخذ بعين الاعتبار ان اغلب طرق التعاقد في هذا المجال ، غدت عبارة عن نماذج عقدية (عقود نموذجية متعارف عليها في سوق البرامج)⁽¹⁾ يتم من خلالها تحديد الالتزامات بشكل دقيق والأسعار ، والتفاصيل ، وتفاصيل الأجهزة الخاصة بهذه البرامج أيضاً والمعدات والمدة وطريقة الدفع ... الخ. ولا عيب فيها في رأينا كونها أنموذج ، شريطة ان تحفظ التوازن في الالتزامات او توازن العقد بالنسبة لأطرافه .

ولان هذه العقود تبرم في الغالب بين طرفين غير متكافئين ، حيث يكون فيها المبرمج " المنتج " يستحوذ على معرفة وخبرة تقنية عالية، يصعب على العميل العادي استيعابها ومجاراتها ، حيث تتسم هذه العقود بتعقيدات تكنولوجية ، وأساليب كثيرة فنية وقانونية للتعاقد⁽²⁾، فمن اجل كل ذلك تلعب نظرية عيوب الإرادة دوراً هاماً في نطاق عقود الإعداد ، فكما رأينا سابقاً بالنسبة لعب الغلط مثلاً تعدد صفة عدم الخبرة او عدم الاحتراف ، عنصراً جوهرياً في قبول ادعاء المتعاقد الوقوع في غلط جوهري في الوقت نفسه يصعب قبول الغلط من الطرف المتخصص ، الا اذا اثبت انه قدم من البيانات والوثائق والمستندات العقدية ما يعتبر كافياً لتلافي الوقوع في الغلط . وقد جرى القضاء على قبول إبطال العقد اذا ثبت وقوع المتعاقد في غلط جوهري (مثل عدم

¹ (1). د/ فاروق الحفناوي / موسوعة قانون الكمبيوتر - مرجع سابق ج 2 ص 13-21 .

² (1). يمكن مراجعة د/ حسن عبد الباسط جميعي - مرجع سابق ص 175 ود/ جمال عبد الرحمن علي - مرجع سابق ص 40-43 . ود/ حسام الدين لطفي- عقود خدمات المعلومات - مرجع سابق ص 150-151 .

مناسبة البرنامج للوفاء بالغرض المطلوب او غلط في طبيعة العقد كمن يتعاقد معتقداً انه بيع ثم يتضح انه إيجاراً او ترخيصاً بالاستعمال⁽¹⁾.

وقد تبدو أهمية مستندات وأوراق هذه العقود أوضح في الحالات التي قضي باعتبارها تدليساً، فقد رأينا كيف ان القضاء قد درج في حالات اصطناع مستندات وأوراق غير حقيقية او في سبيل تشجيع ضعيف الخبرة غير المعترف علي التعاقد على اعتبار ذلك تدليساً مبطلاً للعقد وسبباً للحكم بالتعويض .

هذا بالإضافة الى ان أهمية صياغة العقود بطريقة واضحة تعبر بجلاء عن حقوق والتزامات الطرفين ، وهذه المسؤولية نكاد نجزم بوقوع ثلاثة أرباعها على عاتق المبرمج " المنتج " فهو الذي يعد في الغالب نماذج للعقود في صورة مطبوعة ومعدّه سلفاً حيث يكون المستخدم او العميل لا يملك هامشاً كبيراً من حرية نقاشها ، بالإضافة الى انه من المقرر في مثل هذه العقود ان كل عبارة او شرط مشوب بالغموض او الإبهام سيتم تفسيره في غير صالح المبرمج على اعتبار انه الطرف القوي ذي الخبرة في هذا المجال⁽²⁾.

¹(2).Juris-Data.n°22943. C.A Paris 10 Juill.1992. أشار إليها د. محمد حسين منصور - مرجع سابق ص 62 .

²(1). تطبيقاً لذلك قضي في فرنسا بأن عدم وضوح صيغة توريد برنامج الحاسب يؤثر على إرادة المتعاقدين ، وبالتالي على تكوين العقد C.A Paris 25marus.1988 .Juris-Data.n. 21681 وقضي أيضاً بأن عدم وضوح مضمون التزام الشركة فيما يتعلق بتوريد برامج حاسب محل التعاقد بعد إخلالاً بالتزامها بالإعلام مما يؤثر على إرادة العميل " المستخدم " حيث يتبين له عدم ملائمة تلك البرامج لاحتياجاته Cass.civ.13oct.1993 .R.Jd-a1994.n17

مشار إليه لدى د.محمد حسين منصور - هامش ص63ويمكن في هذا الشأن مراجعة :

. Colin Taper. computer law . P.R.p 45

حيث اورد انه في الولايات المتحدة مثلاً يجري العمل في مجال البرامج والأنظمة على اتباع تعليمات قياسية معينة تصدرها الحكومة الفدرالية بصفة دورية وتتعاون معها عدة هيئات متخصصة .

من هنا تبد أهمية تفسير هذه العقود لصعوبتها ولكثرة تفاصيلها وللنزعة التي أصبحت تتبناها اغلب تشريعات دول العالم في حماية المستهلك او الطرف قليل الخبرة في مواجهة المنتج ان جاز لنا التعبير باعتبار العميل او المستخدم مستهلكاً في عقود البرمجيات وسنحاول من خلال هذا الفصل دراسة بعض تفاصيل هذه العقود من خلال ما هو مطروح في سوق البرمجيات من عقود نموذجية محاولين البحث في وثائق هذا العقد وشكله وإمكانية ارتباطه بإذعان معين او تعسف طرف في مواجهة الآخر وكيف تتم حماية المستهلك وذلك في مبحث اول ونبحث في سريان هذه العقود من حيث المكان والزمان في مبحث ثاني .

المبحث الأول

وثائق العقد

ينعقد عقد الإعداد طبقاً لمبدأ الرضائية في انعقاد العقد أي بمجرد ارتباط القبول بالإيجاب ، وينحصر دور الكتابة او تحديد العقد في شكل كتابي معين للإثبات ، هذا حسب القواعد العامة ، ولكن في عقود الإعداد وللأسباب التي تحدثنا عنها سابقاً من كثرة تفاصيلها ودقتها وتقنية هذه العقود العالية ، تبقى في رأينا الكتابة تلعب دوراً أهم بكثير من دورها في إثبات العقود الأخرى ، فالنزاع حول هذه العقود من المستحيل ان يحسم بدون وثائق مكتوبة وكذلك اقتران هذه العقود في كثير من الأحيان بالبعد الدولي في التعاقد يجعل من الكتابة عنصراً أساسياً فيها . والأصل في هذه العقود ان العقد يتجسد في المحرر الذي يتم توقيعه بين الأطراف ، حيث يتضمن شروط ومضمون التعاقد وعادة ما يلحق بمثل هذه العقود مستندات إضافية يقدمها احد المتعاقدين الى الآخر

مثل الكتيبات والأوراق الدعائية المطبوعة⁽¹⁾، وهناك الملحقات التي تعتبر حجة على المتعاقد ملزماً بما ورد فيها مثل الشروط العامة أو الصيغة النموذجية⁽²⁾ التي يتم الإحالة إليها حيث لا بد من أن يكون المتعاقد على علم بها عبر إعطائه نسخة أو الإشارة إليها بوضوح وتمكينه من معرفتها . ولا ينبغي في هذا المجال إغفال المستندات التفاوضية مثل الرسائل المتبادلة أو محاضر الاجتماعات وطلبات الشراء .

المطلب الأول شكل العقد

يحرر عقد المعلوماتية في الغالب بعدة نسخ أصلية يتم التوقيع عليها من قبل أطرافه ، بحيث تعتبر حجة على الغير وعلى موقعيه ، ولكن تكمن أهمية هذه النسخ في صياغتها اللغوية وخصوصاً أن أغلب الحديث يدور عن تكنولوجيا تحمل مصطلحات لها أسماء انجليزية وفرنسية في الغالب ، فيجب توخي الحذر عبر استخدام ما يقابلها باللغة العربية أو بقاءها

¹ (1) يذهب الاتجاه المعاصر في الفقه الى اعتبار الأوراق الدعائية المطبوعة حول البرامج وإمكانياتها لا تمثل مجرد إعلان دعائي حيث أنها بما تتضمنه من تفاصيل تؤثر على رضا المتعاقد الآخر بالتعاقد تعتبر جزء من العقد وتلزم من أصدرها بما ورد فيها حماية للمستهلك .. الخ . د/ محمد حسين منصور - المسؤولية الالكترونية / مرجع سابق ص 65 . د/ حسام لطفي مرجع سابق ص 207 وما بعدها ود/ خالد مصطفى فهمي - الحماية القانونية لبرامج الحاسب - مرجع سابق ص 143 وما بعدها .

² (2) . يمكن مراجعة الفقرة 1 و2 من المادة 77 من قانون التجارة المصري الجديد ومذكراتها الإيضاحية حيث جاء فيها ما معناه ان على المنتج تقديم المستندات التفصيلية الشارحة للمعرفة والتكنولوجيا وتقديم المساعدة =
= الفنية عبر تقديم كافة المستندات والمعلومات والوثائق الفنية اللازمة واعتبارها جزءاً من العقد مجلة المحاماه - ملحق تشريعات يونيو 1999 - مرجع سابق ص 386 وكذلك يمكن مراجعة -د. عبد الفتاح مراد- مرجع سابق ص 104 .

بلغتها الأم مع وضع المرادف المناسب ⁽¹⁾ ، لأن أي خطأ في هذا المجال قد يكون قاتلاً أو يؤدي الى فشل النظام المعلوماتي الذي سيعمل بموجبه المشروع مثلاً . وهنا كانت النصائح التي أوردتها الفقهاء في هذا المجال والتي وردت في صفحات سابقة من هذا البحث بوجوب استعانة العميل " المستخدم " بخبير للتفاوض والاتفاق وتحديد ما هو مطلوب بدقة متناهية الخ .
لذلك فإن من مصلحة المتعاقدين ان يحررا العقد بلغة واضحة ومفهومة دون لبس او غموض ، واذا ما اختلفت لغتهما ان يتفقا على لغة معينة هي التي تحكم العقد وأثاره ⁽²⁾
وحيث انه لا يوجد معيار ثابت يتم الاعتماد عليه من قبل المتعاقدين لتحرير العقد بطريقة مفصلة وإجمالية بحكم ان مثل هذه العقود يتضمنها تفاصيل كثيرة فان الشركات تلجأ الى التفصيل بأن تقول مثلاً في بعض عقودها النموذجية.

اتفاقية إنتاج وتطوير البرمجيات

تمهيد ويأتي بعد مقدمة العقد وتفاصيل الأطراف وعناوينهم وأرقام وبيانات المراسلات وممثلهم ، وعدد الملاحق الخ
يرغب الطرف الأول إنتاج برمجيات كمبيوتر تقوم بالمهمة بمواصفات ومزايا معينة وارده تفصيلاً في ملاحق هذه الاتفاقية .
وحيث أبدى الطرف الثاني القدرة والرغبة في تطوير وإنتاج البرمجيات موضوع هذه الاتفاقية وقدم عرضاً

¹ (1).د/ حسن جميعي - مرجع سابق ص166-167- ويمكن مراجعة - فاروق الحفناوي - موسوعة قانون الكمبيوتر - ج1 عقود البرمجيات - مرجع سابق ص32-39 . د/ حسام لطفي - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض من غير دار نشر- القاهرة 1999 ص 5 وما بعدها .
² (2).د/ محمد حسام لطفي / استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها - القاهرة 1993 ص 7 .

بذلك برقم وتاريخ .. وقد لاقى هذا العرض قبولا من الطرف الأول لذا فقد تم الاتفاق بينهما وفقاً للشروط والأحكام الواردة فيما يلي :

مادة (1) التمهيد السابق والعرض المقدم من الطرف الثاني برقم .. بتاريخ ... والملاحق المرفقة وعددها خمسة ملاحق تعتبر جزء لا يتجزأ من هذه الاتفاقية وبيانها كالتالي :

ملحق رقم (1) البرمجيات Software
ملحق رقم (2) الجدول الزمني Development
Timetable

ملحق رقم (3) المواصفات الفنية Specification

ملحق رقم (4) خطة القبول

ملحق رقم (5) نموذج قبول البرمجيات
(1) Acceptance or Accepted

طبعاً وكأي عقد تقليدي لا بد من التفاهم على هذه الملاحق والتوقيع عليها كالتوقيع على الاتفاقية الرئيسية وتشمل هذه الملاحق كل ما يمكن ان يثار أثناء تنفيذ العقد من مشاكل وجميع المواصفات .. الخ وفي محاولة لتفسير عقد نموذجي نلاحظ من خلال دراستنا مثلاً للعناوين الرئيسية في ملاحقه ان دلائل ومعاني الملاحق كانت كالتالي :-

1. البرمجيات : هي برامج " او برنامج " الكمبيوتر التي تم الاتفاق على قيام الطرف الثاني "

¹⁽¹⁾ Means acceptance of any part or the whole of the software which has successfully passed the acceptance test specified in the specification. ويمكن الرجوع الى جداول العقود باللغة الانجليزية عند د/ فاروق الحفناوي / مرجع مشار اليه في . الهامش رقم (2)

- المبرمج " ⁽²⁾ بتصميمها وتطويرها لحساب المستخدم " الطرف الأول " .
2. الجدول الزمني : هو جدول متفق عليه بين الأطراف لمباشرة أعمال الإعداد " والتطوير ممكن " حتى نهايتها ويتم تفصيله خطوة بخطوة ⁽¹⁾ .
3. المواصفات الفنية : وهي الخصائص الفنية والمواصفات الخاصة بالبرامج التي تشكل في مجموعها قدرتها على القيام بالوظائف المرجوة منها والتي يتم تحديدها من قبل المستخدم أولاً والمبرمج أو المنتج ثانياً بقبوله والتزامه ليس ببذل جهد في قيام هذه البرامج بوظائفها بل بنتيجة قيام هذه البرامج بالوظائف التي على أساسها تم اقتراح التعاقد ومن ثم قبوله ⁽²⁾ .
4. نموذج وخطة القبول : وتعني الخطة التي يقترحها الطرف الثاني ويوافق عليها الطرف الأول حيث يقترح المبرمج "أو المنتج" خطة ونموذج للمستخدم تتضمن إجراءات ومعايير تتخذ أساساً لقياس قدرة البرنامج أو البرامج

⁽¹⁾2. مبرمج (أو منتج البرامج) هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يحترف عمل البرامج بناءً على تكليف من قبل المستخدم بإنتاج برنامج (برامج معينة) خصيصاً لخدمة نشاط هذا المستخدم سواء كبر هذا النشاط (كما في المؤسسات التجارية الكبيرة أو المنشآت الصناعية الضخمة) أو صغر مثل (مكتب محامي أو عيادة = طبيب) .
Hector .Macqueen, (professor of private law .university of Edinburgh). -software Transactions and contract law- Hart Publishing oxford 1999.p 122-127

⁽²⁾1. جرى العرف في مجال البرامج بقيام المنتج أو المبرمج بإرسال كتب دورية للمستخدمين المتعاقدين معه تتضمن إعلاناً بوقت صناعة البرامج والتسهيلات والإمكانيات التي تدخل عليه أن كان قد تم تطويره وكان قد اعد ابتداءً - يمكن مراجعة د/ أمية علوان - دروس في ضمان العيوب الخفية في عقد البيع في القانون المصري والفرنسي لطلاب الدبلوم الخاص - القاهرة 1988- 1989 ص 55 وما بعدها .
⁽²⁾1 (د/ حسن جميعي - عقود برامج الحاسب - تقسيم البرامج وفق المعيار الفني - مرجع سابق ص 16-21.

على أداء وظائفه المرجوة منه تأسيساً على
المواصفات المتفق عليها .
أما نموذج القبول في هذه العقود فيقترن دائماً
باختبارات معينة كأن يتم الاتفاق على قيام
المبرمج او المنتج باقتراح وثيقة تصميم النظام
System Design Document بما في ذلك
نماذج العرض خلال مدة معينة ، ويقوم قبل
الموعد المحدد لتسليم البرمجيات بإعداد عينه من
البيانات Test Date التي يراها مناسبة لفحص
واختبار مدى صلاحية البرنامج ومطابقته
للمواصفات شرط ان تخضع هذه العينة لموافقة
المستخدم "الطرف الأول" ⁽¹⁾ ومن ثم يتم تحديد
موعد باتفاق الطرفين لإجراء اختبارات القبول
طبقاً لعينة البيانات التي على الأجهزة مع ضرورة
استعداد الطرفين لتقديم كافة التسهيلات وإبداء
حسن النوايا في إتمام عملية الاختبار .
فإذا تحققت النتائج المتوقعة والمتفق عليها بين
المتعاقدين ، يتم قبول البرمجيات فوراً من جانب
المستخدم "الطرف الأول" ويقوم بالتوقيع على
شهادة بقبول البرمجيات على الملحق المرفق بهذا
العقد او هذه الاتفاقية بحيث تعتبر البرمجيات
مقبولة ومطابقة للعقد بمجرد اجتيازها لاختبارات
القبول بنجاح وبعبارة أخرى تعتبر مقبولة متى
اجتازت وضع التشغيل الفعلي Live operation
بنجاح ⁽²⁾ .

¹ (2) د/ فاروق الحفناوي - عقود البرمجيات - مرجع سابق ص 240 .
² (1) Rays man Richard and Brown Beter, Computer law -
Drifting and Negotiating forms and Agreements-low
Journal-seminar press . vo21998.p.2.18..

وكذلك يمكن مراجعة Claren H.Ridly and peterQuittmeyer
and John Matuszeski-computer software Agreement-
Forms and commentary-Revised Edition .USA warren
Gorham Lamont 1998 p.24-3

ولكن ما هو الحل لو أخفقت البرامج في معالجة العينة؟ من قراءتنا لبعض العقود التي تعمل من خلالها شركات عالمية في هذا المجال نلاحظ ان هذه الملاحق تعطي فرصة أخرى للمنتج " المبرمج " في موعد آخر يتم الاتفاق عليه بين الطرفين بحيث يجري إعادة الاختبار بذات الأسس والشروط فان أخفقت يكون للمستخدم او الطرف الأول فسخ العقد واسترداد ما دفعه للمنتج بحيث تورد الشركات بنداً ينص على ان استرداد ما تم دفعه هو الحد الأقصى للتعويض المستحق للمستخدم او ان يعطى المنتج او المبرمج فرصة أخرى أي مدة زمنية يتم الاتفاق عليها لإجراء التعديلات او استبدال أجزاء بحيث تمكن النظام من اجتياز اختبار التشغيل والصلاحية ⁽¹⁾ .

وهذه الطريقة هي أشهر الطرق في التعاقد بهذا المجال و Time and Material وهي طريقة مفصلة كونها تعتمد على ذكر التفاصيل بعد وضع الفقرات الأولية كالمقدمة والعنوان والأسباب الموجبة للتعاقد وتعريف بعض المصطلحات ، ومن ثم تخصص مواد في العقد لبيان بدايته ونفاذه ونهايته وشروط تعديله وكيفية التفسير وطرق حل النزاع " تحكيم ، قضاء " والقانون واجب التطبيق ، ودائماً كما أسلفنا يرفق مع مثل هذه الاتفاقيات كتيبات للتوصيف المستندي للبرامج ودليل لأغراض التنفيذ ووثائق تفسيرية بالإضافة الى الملاحق التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ منها ⁽²⁾ وفترة صيانة ان وجدت ⁽³⁾ وحقوق الملكية الفكرية التي سنناقشها في

⁽¹⁾ Hector .L.Macqueen. Software transactions and contract law-P.R p128-130,some typical terms.

⁽²⁾ د/ عزة خليل - مشكلات المسؤولية المدنية - رسالة - مرجع سابق ص 41-60

⁽³⁾ عادة في مثل هذه العقود ما يتفق الأطراف على سعر ونوع الخدمات التي تقدم من قبل المنتج اثناء فترة الصياغة وذلك في ملحق

الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة والتي تبقى دوماً بموجب هذه الاتفاقية ملكاً " للمنتج أو المبرمج " (سواء كانت اختراع أو حقوق مؤلف أو أسرار تجارية أو علامات تجارية ...) طبعاً المتعلقة بالبرامج حل العقد ⁽¹⁾.

وعادة ما يصر المستخدم أو المستفيد في مثل هذه العقود على اعتبار المفاوضات العقدية والتمهيدات وعروض المنتج جزءاً من هكذا اتفاقيات حيث يورد نصاً بذلك فيها كأن يقول (التمهيد السابق ومحاضر المفاوضات ما قبل العقدية والعروض المقدمة من الطرف الثاني برقم كذا وتاريخ كذا و الملاحق المرفقة وعددها كذا تعد جميعاً جزء لا يتجزأ من هذه الاتفاقية).

وهناك في سوق البرمجيات وإعدادها طرق أخرى للتعاقد عليها لطريقة النموذج والتي تعتمد على عقد محرر مسبقاً يشكل نموذج عقدي "standard" ولا مجال فيه للتعديل أو المفاوضات ورغم أن هذه الطريقة أقل بالتكلفة على الطرفين إلا أنها لا تستجيب لمقتضيات العلاقة التعاقدية ولا تتعرف على مفاوضات عقدية أو ما شابه ، ونرى أن هذه الطريقة تنسجم مع عقود بيع البرامج أكثر من انسجامها مع عقود إعدادها ⁽²⁾.

وكذلك هناك طريقة القائمة أو الجداول والتي تعتمد على جداول بالشروط التي يتم الاتفاق عليها من قبل الأطراف ومن ثم تتم صياغة العقد ولكن تتطلب الصياغة هنا دقة متناهية تجنباً للتناقض والغموض

خاص بها في الاتفاقية / راجع د/ حسن جميعي -عقود برامج الحاسب - مرجع سابق 246-248 .

¹ (4).د/ شحاته غريب -برامج الحاسب والقانون - مرجع سابق ص 52-59 و د/حالد مصطفى فهمي - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الالى - مرجع سابق ص 79 .

² (1).د/ حسن جميعي - مرجع سابق هامش ص 172 . د/ نوري حمد خاطر - عقود المعلوماتية - مرجع سابق ص 67 .

وهذه الطريقة أفضل في رأينا من طريقة النموذج لأنها يمكن ان تلبي احتياجات الأطراف بالذات المستخدم⁽¹⁾.

يتضح لنا مما سبق ان شكل العقد وبالذات فيه صياغته يجب ان تتم بطريقة جيدة تنم عن فهم جيد وخصوصاً من قبل المستخدم الذي يريد ان يتعاقد مع خبير البرمجة " المنتج، المبرمج " لان الآخر محترف في مواجهة الأول ولذلك نقترح دوماً ان تسبق التعاقد مناقشات ومفاوضات واستعانة بخبراء في هذا المجال ان أمكن بحيث تساعد المستفيد أو المستخدم باختيار الطريقة المثلى التي تناسبه للتعاقد والتي تحقق صالحه أثناء تنفيذ العقد لذلك دائماً نركز على قضية الاستعانة بالخبراء خاصة اذا كان موضوع العقد الإعداد أو محله أجهزة وبرامج اي معدات ترافق البرامج سيقوم طرف وهو الشركات عادة بإعدادها وصنعها لصالح طرف هو المستخدم قليل الخبرة عادة (أي مقابلة إعداد كاملة) او كما يسمى عقد تسليم مفتاح⁽²⁾.

وبالنسبة للعقود النموذجية فبالنظر الى سبق الولايات المتحدة والدول العربية في مجال إنتاج الحاسب وبرامجه فان هذه العقود عادة ما تكون مكتوبة بطريقة نمطية وبلغة أجنبية وبالذات بالنسبة للبرامج التي تباع في الأسواق (البرامج النمطية التي سبق الحديث عنها) فعقودها تكون مليئة بالمصطلحات

¹ Hector .L MoQueen-some typical terms. P.r p 132.(2)

ويمكن مراجعة د/ محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية - مرجع سابق ص 133-136 .

² (1). عرف الأستاذان ليان وهولاند عقد تسليم المفتاح في مجال عقود الإعداد (ذلك العقد الذي يقوم به العميل "المستخدم " بتحديد احتياجاته وأغراض استعمالاته بشأن توريد نظام حاسب متكامل يشمل الاجهزة والبرامج ويطلب من المورد المتخصص ان يقوم بإعدادها وتسليمه اياها خلال مهلة زمنية يتم الاتفاق عليها) . راجع في ذلك د/ حسن جميعي - مرجع سابق ص 96.

الفنية والقانونية الغربية والمستعصية على المستخدم في بلادنا فيقبل العقد دون فهم لشروطه لذلك فاننا نهيب بالمشروع في فلسطين ان يحذو حذو المشروع الفرنسي بالقانون الصادر في 31/12/1975 بشأن الالتزام باستخدام اللغة الفرنسية في مجال ترويج السلع والخدمات فقد جاء في مادته الاولى (في عرض وتوزيع السلع والخدمات او الدعاية المتعلقة بها او التعاقد عليها سواء بشكل مكتوب او شفوي وفي شأن بيان تشغيل او استخدام هذه السلعة او الخدمات وشروط التعاقد والضمانات ، فان استخدام اللغة الفرنسية يكون أمراً لازماً وفي سياق الوثائق المحررة باللغة الفرنسية فانه يحضر استخدام أي لغة أجنبية او مصطلح وجد بديل له باللغة الفرنسية).⁽¹⁾ طبعاً مع العلم ان نفس المشرع الفرنسي لم يحظر استخدام لغة أجنبية لكن بجوار اللغة الفرنسية.⁽²⁾ وان كان يصعب أعمال اللغة العربية في شأن التكنولوجيا وعقودها الا ان التجربة أثبتت ان ذلك ممكناً والدليل ان المواد الغذائية مثلاً المصنعة في دول الاتحاد الأوروبي اغلبها تصل جمهورية مصر العربية متضمنة ترجمة عربية للمكونات والتصنع

¹ (1) د/ حسن جميعي - مرجع سابق ص 118 .
² (2) يلاحظ ان التوجه الأوروبي رقم 7/97 في هذا الشأن في الحثية رقم 12 والخاصة بحماية المستهلك قد نص على (يجب ان يظهر طابع المعلومات التجاري دون أي غموض ويجب ان يتم الإدلاء بها للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة - بكل الوسائل الملائمة الخ) ومن ثم احوال قضية اللغة الى قوانين الدول الأعضاء .ولكن المرسوم الفرنسي الذي صدر إعمالاً الى هذا التوجيه لم يتحدث عن اللغة وإنما تركها للقانون رقم 665 / 94 الصادر بتاريخ 4/8/1994 فقد ورد في مادته الثانية وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كل وصف للشيء او المنتج او الخدمة وطريقة التشغيل والاستعمال وتعيين نطاق وشروط الضمان وكذلك فيما

يقدم من مخالصات - راجع في هذا الشأن د/ أسامة ابو الحسن مجاهد- مرجع سابق ص65 ود/ محمد حسن قاسم / التعاقد عن بعد - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية -2005 ص 40-41.

الخ فلماذا لا ينعكس ذلك على التكنولوجيا أيضا ،
لذلك نهيب بالمشروع الفلسطيني والعربي اشتراط
اللغة العربية ليس تعصباً ولكن لكي نوفر للمستهلك
في بلادنا تقنية يفهم معظم لغتها .
ونستخلص أيضا أن صياغة العقود نفسها وبالذات
النموجية منها يجب ان تتضمن عبارات واضحة
ومصطلحات فنية وقانونية مبسطة تتيح للمستخدم
المخاطب بها مقدرة عالية على فهم بنودها ، خصوصا
اذا كان التعاقد بطريقة نموجية على برامج شائعة
ومعروفة في الأسواق او أجهزة شائعة ذات قدرات
متاحة ومعروفة والتي لا تتضمن ذكر تفاصيل كبيرة او
إجراء مفاوضات خصوصا كما أسلفنا اذا كان الحديث
يدور عن عقد بيع مثلاً لبرنامج او جهاز نمطي والذي
يكون في الغالب المستفيد او المستخدم لا يملك
خياراً في تعديل أي بند فيما أن يقبل او ان يرفض
وهذا ما جعل عقود الإذعان لها دور كبير في وصف
بعض عقود الإعداد وهو ما سنبحثه الفرع التالي .

الفرع الأول

شيوع بعض عقود الإذعان في هذا المجال

كنا قد سلمنا سابقاً ان الطرف الأكثر قدرة من الناحية الفنية او القانونية والاقتصادية هو من يملئ شروطه على الطرف الآخر ، وقد يقوم بنفسه بإبرام العقد بحيث في أغلب الأحوال لا يملك الطرف الآخر الا قبوله بكل شروطه او رفضه ، أي لا يملك ان يناقش البائع المهني⁽¹⁾.

وعند الحديث عن عقد من عقود الإعداد فان الإذعان يمكن ان يتضح جلياً في أغلب الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال وخصوصاً عندما يكون الحديث عن برامج نمطية معده مسبقاً وموجودة بالأسواق ترافقها عقود نموذجية ليس للمستهلك أي خيار الا ان يأخذ او يضع . Keep it or leave it .

ورغم ان الأنظمة القانونية المختلفة قد حاولت التخفيف من الشروط التعسفية التي ترد في العقود التي تتسم بكون احد المتعاقدين فيها أقوى من المتعاقد الآخر ، الا أنها لم تبين موقفاً رادعاً في عقود الإعداد تحديداً او والذي يمكن ان يتمحور ضعف وقوة أطرافه في فكرة اختلاف الخبرة بينهما وليس فقط الشروط الأخرى التي نعرفها في عقود الإذعان ، لذلك فيمكن ان تشكل الخبرة اهم ظواهر الضعف

¹ (1).ذهب الفقه والقضاء الفرنسيان الى إطلاق اصطلاح البائع المهني بصفة عامة على طائفتين الاولى تضم الصناع الذين يصنعون البرامج ثم يقومون بتصريفها بأنفسهم والثانية وتشمل التجار الوسطاء الذين يقومون بتصريف انتاج غيرهم - انظر في ذلك - د عبد القادر علي الحاج - مسؤولية المنتج والموزع - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة 1982 ص 48 وما بعدها ود ثروت فتحي اسماعيل - المسؤولية المدنية للبائع المهني (الصانع والموزع - رسالة دكتوراه حقوق عين شمس / ص 82 وما بعدها.

التعاقدية التي يحاول القضاء التصدي لها في اغلب النظم القانونية الحديثة .⁽¹⁾ قلنا ان التعامل في عقود الإعداد اذا كان على برامج معده مسبقاً فان المبرمج او المنتج هو الذي ينفرد بإعداد العقد وصياغته بشكل نموذجي مما يتيح له فرض بعض الشروط المجحفة بحق الطرف الآخر والتي لا يكاد يخلو منها أي عقد من عقود الإعداد . وإذا كان المشرع المصري قد تنبه لتلك المحاذير وإمكانية الإجحاف بحق الضعيف في العقود بشكل عام فحدد بنص المادة 100 من القانون المدني المصري ما هو المقصود بعقد الإذعان (القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).⁽²⁾ فان القضاء في مصر قد زاد على ما أورده هذه المادة من عدم المناقشة ووضع الشروط بإرادة الموجب المنفردة ، قد زاد عليها احتكار الموجب للسلعة او الخدمة وان تكون هذه السلعة او الخدمة من حوائج وضرورات الناس بمجموعهم وان يصدر ايجابية الى الناس كافة.⁽³⁾ هذا هو المفهوم الضيق لعقود الإذعان

¹ (1).د. حسن جميعي - مرجع سابق ص 167 ، د/ فاروق الحفناوي - موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج1 مرجع سابق ص 135 .
² (2).تقابل المادة 104 من القانون المدني الأردني والمادة 93 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .
³ (3).قضت محكمة النقض المصرية (من خصائص عقود الإذعان انها تتعلق بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين ويكون فيها احتكار هذه السلع او المرافق) احد المتعاقدين احتكاراً قانونياً او فعلياً او تكون سيطرته عليها من شأنها ان تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وان يكون صدور الايجابي فيها الى الناس كافة وبشروط واحدة . والسلع الضرورية هي التي لا تستطيع مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم الى التعاقد بشانها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة) نقض مدني 12/3/74 س 25 ص 492 . وكذلك نقض مدني 13/2/78 طعن 726 س 44 ويمكن مراجعة أستاذنا د. احمد شرف الدين -مصادر الالتزام - مرجع سابق ص 119-123 ود.حسام الاهواني - النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام -دار النهضة العربية والقاهرة - ص 132-

ولكن وبعد التطور في مجال التكنولوجيا ونظم المعلومات والاتصالات الخ ظهر في مصر اتجاه فقهي جديد يدعو الى تبني مفهوماً جديداً لعقود الإذعان تتبناه الأنظمة والقوانين المعاصرة والحديثة يتمحور في اعتبار العقد عقد إذعان إذا تم تجهيزه مسبقاً بواسطة احد المتعاقدين "الموجب مثلاً" ولا يقبل مناقشة للشروط الواردة فيها.⁽¹⁾

ويضيف الأستاذ الدكتور حسام الاهواني ان المتعاقد المذعن يعتبر طرفاً ضعيفاً بسبب عدم إمكانيته او قدرته على مناقشة شروط العقد التي فرضت عليه عبر ظروف التعاقد بطريقة العقود النموذجية " النمطية " وهنا تبرز قوة الموجب عبر تكراره لنفس الاعمال وتوفر الخبرة له فيها بحيث دائماً ما يقوم بوضع العقد استقلاً عن الطرف الآخر ويبرز ضعف الطرف الآخر بعدم قدرته على مناقشة شروط التعاقد .

وبناءً عليه يمكن ان يتم تكييف كثيراً من عقود الإعداد على إنها عقود إذعان وبالذات عبر تطبيق المفهوم الحديث والواسع لهذه العقود والذي خرج من دائرة كونها محتكرة فعلياً او قانونياً وكذلك كونها تمثل سلعة أساسية من حاجات الناس مكتفياً بمن يملئ الشروط والقدرة على النقاش لهذه الشروط وخبرة طرف في مواجهة طرف ، بناء على هذا سنقوم بمناقشة بعض بنود أي اتفاقية ولناخذ مثلاً اتفاقية من الاتفاقيات الموجودة بكثرة في الأسواق للبرامج النمطية وبدون ذكر أسماء للشركات فهي اتفاقية مكررة - مثلاً

اتفاقية ترخيص باستعمال برامج الكمبيوتر:

124 .

¹ (1).د. حسن جميعي - مرجع سابق ص 168. د/ حسام الاهواني - مرجع سابق - ص 125 .

نلاحظ في هذه الاتفاقية النموذجية دائماً على واجهة الغلاف وبشكل واضح ومقروء وبعد شروط الترخيص مكتوب ما يلي (بما معناه طبعاً) (إذا كنت ترغب في استعمال هذا البرنامج وان تنضم الى قائمة المرخص لهم باستعماله فنرجو ان تقرأ بامعان شروط الترخيص على ظهر الغلاف ، ونرجوا كذلك الا تفض الغلاف او تفتح العبوة قبل ان تقرأ هذه الشروط بامعان وان تقبلها وتوافق عليها ان فض الغلاف وفتح العبوة يعني موافقتك وقبولك لشروط الترخيص ومن ثم التزامك بها قانوناً ، وان لم تكن قابلاً للشروط فما عليك الا ان تعيد العبوة غير مفتوحة الى الجهة التي قمت بالشراء منها وسوف نعيد لك ما دفعته كاملاً) .

إذن في البدء هو لم يناقشك بل عرض برامج مغلقة بإحكام وعلى عبوة من الأربع جهات او من الجهتين شروط اقبلها كلها او اتركها كلها لكن لا مجال للنقاش فيها ⁽¹⁾ واليك بعض الشروط التي يسميها البروفسور هكتور مكويين ⁽²⁾

unfair terms in consumer contracts

¹ (1) Do not open this sealed package until you have read and accepted all the terms of this license and wish to become the licensee of the software. Acceptance shall bind you and all of your employees to the terms of the license. your opening of this package will be deemed to be your acceptance of the following terms. if do you not to accept the terms return this package unopened to the licensor or its agent or other party form whom you obtain this package and any license Fee you may have paid with be refunded to you.

يمكن مراجعة. Prof -Hector, McQueen-software- transactions and contract-p.r-p.122-128
² (2).أستاذ القانون المدني في جامعة أدنبرة - - مرجع سابق ص 212 .

او الشروط غير العادلة او المجحفة يحق المستهلك
(المستخدم) طبعاً والتي يضعها دائماً المهني (المنتج ،
المبرمج)⁽¹⁾

مثلاً -يضمن الطرف الثاني (المنتج او المبرمج)
للطرف الأول ترخيصاً شخصياً غير قابل للتنازل وغير
مقصور عليه (أي ليس للمستخدم فقط) لاستعمال
البرامج ... الخ⁽²⁾ .

او يقر الطرفان ان البرامج المرخصة من المنتجات
التي لا تخلو من عيوب او أخطاء والتي تظهر عادة
أثناء التشغيل ، كما انها عرضة للفيروسات لذلك فان
ظهور أخطاء في البرامج لن يعتبر انتهاكاً لهذه
الاتفاقية .⁽³⁾

او يسري الضمان لمدة ثلاث شهور تبدأ من تاريخ
شراء الوسيط المحمل عليه البرنامج
او يلتزم الطرف الاول (المستخدم) باستعمال هذه
البرامج والمواد المتعلقة بها في معالجة البيانات
الخاصة به لأغراض أعماله الداخلية فقط وفي حدود

¹ (3). فان ولفرتون - تشغيل أنظمة الكمبيوتر - مركز التعريب
والبرمجة . الدار الجامعية للعلوم بيروت ط1/ 1999 .

² (4). the second herby herby grants to the first party a
personal -non exclusive non- transferable license to
use the licensed program materials subject to the terms
and conditions hereinafter contained.

³ (5). The licensee acknowledges that software in general
is not error free and agrees that existence of such
errors shall not constitute a breach of this license.
although the licensor on does not warrant that the
software supplied here under shall be free from all
known viruses it has used commercially reasonable
efforts to check four the most commonly known viruses
prior to packaging but the licensee is solely responsible
for = virus scanning the software . or the licensee a
acknowledges that the software in general is not error -
free and agrees that the existence of such error shall
not constitute a breach of this agreement.

عدد المستعملين المصرح لهم باستخدام البرامج
المرخصة

او يحظر على الطرف الأول :

أ- عمل نسخ من البرنامج .

ب- السماح للغير باستعمال البرنامج .

ج- تعديل او ترجمة البرنامج .

د- تفكيك او إعادة هندسة البرنامج ⁽¹⁾ .

الخ من الشروط التي لا تحتاج الى تفسير فكلها لا
مجال فيها لأي نقاش او جدال وكلها تم وضعها

بموجب إرادة المنتج او المبرمج الفردية ولا يملك
فيها المستخدم الا الموافقة عليها كلها او عدم

الشراء مما جعل بعض الفقه يطلق عليها عنوان

Shrink-wrap- software license

Agreement

او اتفاقية ترخيص بطريقة الإذعان ⁽²⁾

ومما يؤكد ان اعتبار اغلب عقود البرمجيات من

قبيل عقود الإذعان هو نظام bundling الذي

شاع في الدول المتقدمة في الثمانينات وأوائل

التسعينات بحيث يقوم بموجبه المنتج او المتعهد

بتجهيز المستخدم او المستفيد تجهيزاً كاملاً

(حاسوب وبرامج تشغيل ومعدات احتياطية

ويضيف عليها المساعدة الفنية بشكل احتكاري

¹ (1) د. محمد سعد خليفة - مرجع سابق ص 27-31 ود. حسن جميعي

- مرجع سابق ص 166-180 ود. حمد خاطر - مرجع سابق - ص 69
وكذلك يمكن مراجعة د. هكتور ماكوبن - مرجع سابق - ص 128-135 .

² (1) the first party shall use the licensed program for
processing it's own data for its own internal business
purpose only . the first party shall not permit any third
party to use the licensed program nor use the licensed
program on be half of or for the benefit or any third
partying any waywhats over .

طبعاً الخ من هذه الشروط التي يمكن لأي باحث في هذا المجال
إيجادها بكل سهولة عبر اطلاعه على أي عقد نموذجي يمكن مراجعة د/
فاروق الحفناوي - عقود البرمجيات - مرجع سابق ص 120.

بحيث على المستفيد ان يقبل بالمساعدة على الرغم من إمكانية عدم رغبته فيها ولكنه لا يملك خياراً⁽¹⁾.

ان هذه النماذج وتلك الشروط وغيرها الكثير الكثير من الاتفاقيات في مجال عقود الإعداد وبالذات عند استخدام العقود النموذجية والتي كما أسلفنا توضع من المتعهد مطبوعة وجاهزة ولا تقبل أي تغيير او تعديل فيها لا بد أنها محل انتقاد وذلك لتعارضها مع أبسط مبادئ حسن النية في العقود وكذلك فهي دائماً تقترح في التوازن العقدي المفترض فما بالك والحال ان لا توازن أصلاً في عقود الإعداد ما بين خبير بالبرمجة ومستخدم عادي ليس له أدنى معرفة في هذه التقنية ، لهذه الأسباب مجتمعة نجد ان التشريعات المدنية في اغلب دول العالم تسعى الى الحد من عدم التوازن الناجم عن عقود الإذعان ، بعده طرق كإعطاء سلطة للقاضي بتعديل العقد مما ينصف او يقترب من انصاف الطرف المذعن⁽²⁾ تفسير العقد دائماً لمصلحة الطرف الضعيف او المذعن سواء صدر عنه الإيجاب او القبول⁽³⁾.

¹ (2).تم العدول عن هذه الطريقة في عقود مقاولات الإعداد بعد التوجه الكبير في الدول الأوروبية والولايات المتحدة لحماية المستهلك وبعد الطفرة الهائلة والمنافسة الشديدة بين الشركات في تقديم البرامج وإعدادها . يمكن مراجعة د/ احمد عبد الرحمن الملحم - نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها- مجلة الحقوق - جامعة الكويت س16-4-4-1-آذار 1992ص241 وما بعدها .

² (2).تنص المادة 149 مدني مصري (اذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). وهي تقابل المواد 1/240 مدني أردني والمادة 182 مشروع مدني فلسطيني .

³ (2) تنص المادة 151 مدني مصري على (2- ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن) وتنص المادة 198 من مشروع القانون المدني الفلسطيني (3- ومع ذلك ففي عقود الإذعان يفسر الشك دائماً لمصلحة الطرف

وكذلك فان هذه التشريعات تحاول الحد من القدرة الهائلة لشركات الإعداد وغيرها عبر قوانين أخرى كثيرة أشهرها قوانين منع الاحتكار وحماية المستهلك والتي ستتضح لنا أكثر عند دراستنا للشروط المتعارف عليها والتعسف وكيفيته في عقود الإعداد في مطالب لاحقة من هذا الفصل .

الفرع الثاني **الشروط المتعارف عليها** **Boilerplate Terms**

يصادف الباحث في هذا المجال أثناء استعراضه بعض العقود المشهورة والاتفاقيات التي تتواجد في سوق البرمجيات شروط تكاد تتكرر في اغلب الاتفاقيات والعقود حتى أصبحت شروط متعارف عليها ولا نريد ان نبالغ فنقول شروط عرفية ، لأنه ما زالت هناك بعض عقود مقاولات الإعداد التي يمكن ان تختلف بها هذه الشروط بعض الشيء .⁽¹⁾

فمثلاً تحديد فترة ضمان البرنامج ثلاثة أشهر وهي الفترة المتعارف عليها في الغالب او في العقود النمطية⁽²⁾ ولكن طبعاً يمكن ان تطول هذه الفترة

المذعن) وهي تقابل المادة 140/2- مدني أردني وكذلك يمكن مراجعة/ أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين - نظرية الالتزام مرجع سابق 119-123 والدكتور عبد الحكيم فودة - تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن - منشأة المعارف الإسكندرية 1993 ف 224 ص 337 وما بعدها .

¹(1). يمكن مراجعة / بيل غيتس - المعلوماتية بعد الانترنت - طريق المستقبل - ترجمة عبد السلام رضوان - المجلس الوطني للثقافة والآداب - الكويت 1998 ص 35 وما بعدها . ومايكر مولدينج - حلول التجارة الالكترونية - ترجمة مركز التعريب والبرمجة - الدار العربية للعلوم بيروت 2000 ص 211. وكاتا بلت خطوة خطوة لمايكروسوفت - ترجمة مركز التعريب والبرمجة - الدار العربية للعلوم - بيروت 2006 ص 372 وما بعدها .

² (1). يمكن مراجعة /د فاروق الحفناوي / موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات - مرجع سابق ج 1 ص 140 .

الى ستة أشهر أو أكثر طبقاً لاتفاق الأطراف ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا متى تبدأ هذه الفترة ، وللإجابة عليه نقول ومن خلال استعراضنا لبعض العقود والاتفاقيات في مجال إعداد برامج الحاسب ان هناك ثلاثة نقاط يمكن ان تبدأ من عندها فترة الضمان وهي :

1. تاريخ التسليم للبرامج - Delivery Date .
 2. تاريخ تركيب البرنامج - Installation Date .
 3. تاريخ القبول - Acceptance Date ⁽¹⁾ .
- وطبعاً تاريخ القبول مثلاً في بعض الاتفاقيات يكون بعد ان يقوم المستهلك او المستخدم بفحص عينة من العينات على البرامج المصنعة وإعطاء نتائج مرجوة حسب الوظائف التي تم التعاقد عليها في مقابلة البرنامج او البرامج المعنية حسب ما رأينا سابقاً أي بعد إجراء اختبار القبول ⁽²⁾ وفي اغلب الاتفاقيات النمطية فان فتح البرامج او فتح المغلف الموجود به البرنامج يعتبر بحد ذاته قبولاً بالتعاقد عليه بكل ما فيه من شروط ، لا بل أكثر من ذلك فان فتحه يعني قبوله هو شرط متعارف عليه في هذه العقود .

ومن أهم الشروط الأخرى والمهمة والمتعارف عليها في عقود الإعداد ما يلي :
أولاً : استبعاد العروض والمفاوضات السابقة ويسمى (شرط استبعاد الوثائق من العقد) ⁽³⁾ ، عادة في

1

The second party shall have no liability or (2) obligations under the said warranty unless it shall have received written notice of the defect or error any question no after than the expiry 3 months after the acceptance date

انظر فاروق الحفناوي - عقود البرمجيات - مرجع سابق ص 140 ..
² (3). انظر صفحة 121.

³ (1). عقود ال IBM ترجمة مركز التعريب والبرمجة - الدار العربية للعلوم - بيروت 1993 ص 185 ..

عقود الإعداد يحاول المتعهد
(المنتج او المبرمج) ان يستبعد الوثائق السابقة على
إبرام العقد صراحة وبالإشارة إليها من العقد النهائي
على ان يشير إليها فيه والصيغة المشهورة لهذا
الشرط تكون على النحو التالي :
(يتضمن هذا العقد الاتفاق الكامل والتعديلات التي تم
الإعلان عنها صراحة او ضمناً من قبل المتعهد
والمستفيد والمتعلقة بالبرامج والمعدات والخدمات
مثلاً التي يجب تزويدها ، ويحل هذا العقد محل
الاتصالات السابقة بما فيها العروض الشفوية وغيرها
).

او مثلاً (يعترف الطرف الأول (المستفيد ،
المستهلك) بأنه على علم تام بهذا العقد وبملحقاته
وكل فقراته المكتوبة او المطبوعة ويصرح بقبوله
لكل المحتويات والشروط ويقر أيضاً ان الوثائق التي
تحتوي على كل الاتفاق الذي تم بين الطرفين تحل
محل المقترحات والالتزامات المكتوبة او الشفوية
السابقة وكل الاتصالات الأخرى المتعلقة بهذا العقد)
(1)

ولا يخفى ان هذا الاستبعاد لتلك المفاوضات
والعروض المغرية جداً التي يكون قد قدمها المتعهد
في الغالب لجذب المستفيد الى التعاقد وخصوصاً اذا

¹ (1). يمكن الرجوع إلى Raysman and Brown - computer law - Drafting Negotiating Form and Agreements-law Journal - Seminar press Volume 1.p.18

مع ملاحظة ان نماذج الشروط العربية ليست ترجمة حرفية للنماذج
الانجليزية اذ لا يخفى مدى صعوبة نقل نصوص عقود معينة من لغة الى
لغة سيما اذا اختلفت الأنظمة القانونية (انجلوساكسوني - لاتيني - الخ)
حيث يرى الباحث ان يكون الفاصل في الموضوع دائماً في مثل هذه
العقود هو اتفاق الطرفين على لغة معينة طالما لا زالت قوانين بلادنا لا
تخضع عقود التكنولوجيا الى العربية بطريقة إلزامية (للتوسع اكثر
يمكن مراجعة د/ ابو العلا علي النمر - دور المستشار القانوني في
عقود التجارة الدولية - ط1 دار النهضة العربية القاهرة -2001 ص74
وما بعدها .

ما تم الإشارة إليه صراحة هو ملزم للأطراف وللقاضي ، حتى لو جاء العقد النهائي مناقضاً لما تم الاتفاق عليه صراحةً بين الأطراف سابقاً ، فالاعتماد والتفسير هو كما ورد في العقد النهائي ، لأن إرادة الأطراف قد نسفت ما تم الاتفاق عليه سابقاً وذلك طبقاً لنصوص القانون .⁽¹⁾

وفي أغلب الأحوال تكون سلطة القاضي في مثل هذه الشروط الواضحة والصريحة سلطة محددة في البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وذلك لأنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح⁽²⁾ ، فالعبارات غير الواضحة مثلاً أو المتناقضة التي وردت في العقد النهائي لا تفسر إلا بالاستناد إلى الوثائق النهائية المرفقة مع العقد طبقاً للشرط الصريح التي يورده المتعاقدان في عقدهما النهائي باستبعاد أمر الوثائق والعروض والمفاوضات السابقة من عقدهما الجديد ، ومع ذلك لا يسلب القاضي كل سلطة وذلك أيضاً بنص القانون شرط أن يكون هناك محلاً للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وتكون هذه النية قد وردت في نصوص العقد النهائي بطريقة لا يمكن استظهارها واستجلاء حقيقتها فتبقى سلطته مجرد

¹(2).المادة 147 مدني مصري (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ... الخ) والمادة 148 مدني مصري أيضاً (1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل إليه ...) والمادة 150 مدني مصري (1- اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المنعقدين) تقابل المادة 213 مدني أردني (الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزموا في التعاقد) وهما تقابل المواد 179 و 197 من مشروع القانون المدني الفلسطيني

² (1).تنص المادة 215 من القانون المدني الأردني على (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) وهي تطابق المادة 292 مشروع مدني فلسطيني وأصل هذه المواد هو قواعد كلية فقهية من الشريعة الإسلامية يستعان بها عندما يوجد نص خاص بالقانون وأصلها مجلة الأحكام العدلية ، راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج1 مرجع سابق ص 254 .

- كشف عن النية الحقيقية للمتعاقدين ولا يعني ذلك ترتيب أي التزام أو تعديل في العقد⁽¹⁾.
- ثانياً : دائماً نلاحظ شرط لا يكاد يخلو منه أي برنامج وبأي طريقة كانت تمت بها إعدادة من شرط يحتفظ به المنتج أو المبرمج (المتعهد) لنفسه بحقوق الملكية الفكرية على البرنامج والتي ينص عليها القانون⁽²⁾ أي انه يندرج تحت هذا البند شروط كثيرة مثل :
1. تحديد الغرض من استعمال البرنامج وهو ينحصر في الغالب في إدارة عمليات أو معالجة بيانات خاصة بالمستفيد فقط أي عدم جواز استخدامه في تقديم خدمات للغير .
 2. تحديد الحيز المكاني الذي يصرح باستخدام البرنامج فيه كأن يقال (فرع الشركة الكائن في الشارع كذا أو كافة فروع شركة كذا) وفي العقود الدولية تحظر الشركات المنتجة استخدام البرنامج خارج نطاق دولة معينة أو مدينة معينة⁽³⁾.
 3. عدم النسخ أو التعديل أو التحويل أو الاضافة وحتى في بعض البرامج عدم الترجمة الى لغة اخرى .
 4. ان استعمال البرنامج سيكون على الجهاز او الاجهزة التي يتم تحديدها في ملحق العقد ... الخ .

¹ (2). المادة 150 مدني مصري (1- اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عن طريقة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . 2- اما اذا كان هناك محل للتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ... الخ) تقابل المادة 239 مدني أردني والمادة 197 مشروع فلسطيني .

² (1). د/ شحاته غريب شلقامي/ برامج الحاسب الآلي والقانون - مرجع سابق ص 95-113 و د خالد مصطفى فهمي / الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي - مرجع سابق ص 89 وما بعدها . ود حسن جميعي - عقود برامج الحاسب - مرجع سابق 186-200.

³ (2) Rays man. Brown-computer low P.R.P22. ود/ ابو العلا علي النمر- مرجع سابق ص 78 .

وسنرجأ الحديث حول هذا الشرط (الملكية الفكرية)
لأننا سنبحثه في الفصل الأول من الباب الثاني من
هذه الدراسة .

ثالثاً : شرط التحكيم⁽¹⁾ حيث نرى انه في الغالب فان
الشركات الكبرى في مجال المعلوماتية ترفض
الخضوع لأحكام قضاء معين وللأسف اذا كانت أمام
مستفيد من دول العالم الثالث في العقود الدولية مثلاً
لا بل وحتى في العقود في داخل الإقليم فان هذه
الشركات او فروعها دائماً تشترط التحكيم لفض
النزاع في مثل هذه العقود بحيث يتفق الأطراف على
ان يعين كل طرف محكم ويقوم المحكمان باختيار
محكم ثالث يرأس الهيئة واذا لم يتفقا على محكم
يقوم رئيس مركز تحكيم معين يشار اليه بالعقد
باختياره ويتم اتخاذ إجراءات متبعة في مركز تحكيم
دولي او إقليمي معين لتكون هي إجراءات التحكيم
المتبعة وطبعاً يتم الاتفاق على اللغة والقانون
المطبق على موضوع النزاع .. الخ من إجراءات
التحكيم المتعارف عليها⁽²⁾.

¹ (1). ويرد في الغالب في عقود او اتفاقيات (مقاولات الإعداد)
وليست في العقود النمطية رغم وجوده في بعضها) .
² (2). يرد في العادة النص كالتالي وهو ليس ترجمة حرفية (1- لا
اختصاص لاي محكمة في أية دولة بالمنازعات التي قد تنشأ بسبب هذه
الاتفاقية 2- يتم تسوية النزاع بواسطة هيئة تحكيم تشكل من ثلاثة
أعضاء يتولى كل طرف تعيين عضو ويتفق الطرفان على اختيار العضو
الثالث الذي يكون رئيساً للهيئة ، فان لم يتفقا على تعيينه تولى رئيس
مركز ... الإقليمي للتحكيم التجاري " الدولي " مثلاً " تعينه 3- تتبع فيما
يتعلق بالتحكيم إجراءات التحكيم المتبعة لدى مركز التحكيم .. الإقليمي
... الكائن في العنوان التالي ... ولغة التحكيم هي ... وعلى هيئة
التحكيم ان تطبق القانون ... على موضوع النزاع) للتعرف على
النصوص بالانجليزية يمكن الرجوع الى د/ فاروق الحفناوي / عقود
البرمجيات ج 1 - مرجع سابق ص 129 . وكذلك يمكن مراجعة د/ حسن
جميعي مرجع سابق ملحق رقم (1) و(2) ص 305 وما بعدها ، ود. أبو
العلا على أبو العلا - مرجع سابق ص 92 .

ويلاحظ ان شرط التحكيم كما أسلفنا هو شرط يتكرر دائماً في مثل هذه العقود وبالذات اذا ما اصيغ عليها الطابع الدولي .

رابعاً : شروط الإحالة :

اذا كانت العقود النموذجية او النمطية في مجملها تورد شرطاً يستبعد المفاوضات والمراسلات السابقة على التعاقد من الأعمال في العقد النهائي او عند بروز خلاف معين بين الطرفين كما رأينا في الشرط الأول في هذا الفرع فان عقود مقاولات الإعداد عادة ما تتضمن بند في العقد النهائي يحيل الأطراف إلى الملحقات او التفسيرات السابقة وذلك لغرض تفسير بعض النقاط الغامضة في العقد⁽¹⁾، كأن ترد العبارة التالية (يعتبر من ضمن العقد الحالي كافة المراسلات المتبادلة بين طرفي العقد مع الملحقات المرفقة)⁽²⁾

ان اعتماد المراسلات والملحقات يساهم جداً في تفسير العقد او النقاط الغامضة فيه وكذلك يساهم في تثبيت نقاط لم يكن لها مجال او مكان في الوثيقة الأصلية النهائية للعقد⁽³⁾، بسبب مثلاً إعداده المسبق او نمطيته فيكون من الضروري الرجوع إلى الملحقات او المراسلات لبيان بعض العناصر المهمة مثل الخرائط مثلاً او تعريفات للمواصفات الفنية او حتى مخطط المشروع الأولي المقترح والتي تعد جميعاً قبل إبرام العقد النهائي ، وعند حصول نزاع يمكن الرجوع إليها لمطابقة تنفيذ العقد مثلاً مع

¹ (1).د محمد حسين منصور - مرجع سابق ص 64-66 ود / ابو العلا علي النمر - مرجع سابق ص 80 وما بعدها .

² (2)-The preceding recital ,schedule any addendum that may be added to this agreement , each referring to (...this agreement .

³ (3).د/ حسن جميعي - مرجع سابق 118-126 د/ فاروق الحفناوي - موسوعة قانون الكمبيوتر ج 1 مرجع سابق نماذج العقود ونصائح مرحلة التعاقد ,ص 56-65

مخطط المشروع او مواصفات البرنامج ، هذا بالإضافة إلى تضمن الملحقات عادة أحكام مالية وفنية وقد يتم تثبيت الثمن وطريقة الدفع ونلاحظ ان الأطراف عادة يعتمدون الى التوقيع على كل صفحات الملاحق والاتفاقية الأصلية دلالة على توجه إرادتهم الى كل ما فيها ولتلافي أية مشكلة قد تنجم عن الإحالة هذه وذلك بعد النص الصريح في العقد بضرورة الإحالة إليها عند الحاجة او عند بروز نزاع معين بين الأطراف ، علماً انه حسب القانون لا يشترط التوقيع على كل صفحة من هذه الملاحق طالما ان العقد الأساسي قد أحال إليها ولكن زيادة في الحرص من قبل الأفراد يتم ذلك.

هذه بعض الشروط التي أوردناها ليس على سبيل الحصر ولكن على سبيل مناقشتها ولا بد لنا في ختام هذا الفرع ان نقول ان الشروط التي ترد في عقود الإعداد متنوعة وكثيرة وذلك تبعاً لتنوع ونوع البرنامج او البرامج والغرض الذي يتم التعاقد عليها من اجله وهل تشمل خدمات أخرى مثل التركيب installation والتدريب training والدعم الفني والصيانة maintenance and technical support أم لا ⁽¹⁾ فالشروط التي ترد في عقد معين تقدم حماية تفصيلية للأطراف وللبرامج بآليات وإجراءات محددة تتلاءم مع برنامج معين على الرغم من كون بعض الشروط تتكرر في معظم البرامج إلا انه تبقى شروط خاصة جداً تحاكي وتلائم برنامج معين وعلى الرغم من تنوع المنتجين "شركات الإعداد" وازدياد المنافسة في الأسواق على جذب المستخدمين والتعاقد معهم إلا أننا لا زلنا نلمس تعسفاً في هذه العقود يقع على المستخدمين والمستفيدين من عقود الإعداد تباشره هذه الشركات

¹ (1).د/ خالد مصطفى فهمي / مرجع سابق ص 144-154 وكذلك انظر الهامش السابق .

عليهم عبر مجموعة من الشروط والعقود وهو ما سنناقشه من حيث كيفية وقوعه وكيفية حماية المستخدمين منه في المطلب اللاحق .

المطلب الثاني

التعسف في عقود الإعداد

كنا قد تحدثنا عن كيفية مصاحبة برامج الحاسب المستوردة وحتى الموجودة في الأسواق المحلية مصاحبتها لعقود في الغالب قد تم صياغتها في ظل نظم قانونية تختلف عن نظامنا القانوني ، إضافة إلى كون العقد المحرر بلغة أجنبية كثيراً ما يتضمن شروطاً محددة بشكل مبهم أو غامض مما يمكن أن يفاقم من المشكلات القانونية إذا نظرنا إلى كون مورد البرنامج أو منتجه يتمتع بخبرة فنية وتقنية تفوق كثيراً المستخدم وتجعل من عقودهم دائماً بصفته صاحب حقوق استغلال على البرامج تهدف إلى التنصل من المسؤولية أو التخفيف منها قدر الإمكان وهذا ما يقوم بفعله كذلك موزع البرامج النمطية أو النموذجية ⁽¹⁾ التي تصاحبها كذلك عقود نمطية أو نموذجية وإذا كنا لا نستطيع المناذاة بإلغاء هذه العقود " النمطية " لأنها تشكل ضرورة عملية لا يمكن لأحد إنكارها أو طلب التخلي عنها ، لكننا نستطيع المطالبة بتخفيف الشروط المجحفة أو التعسفية بحق الطرف الضعيف (الأقل خبرة) في مثل هذه العقود ⁽²⁾ .

¹ (1) د/ حسن جميعي - مرجع سابق 166 - 170 .

² (2) لا يجب أن يفهم من هذه الدراسة أن العقود النمطية أو النموذجية هي محل نقد في حد ذاتها ، بل تعتبر أمراً معناداً وضرورياً لمواكبة سرعة الانتاج والتوزيع اللذان يستهدفان ملايين المستخدمين حول العالم ، وإنما نحن نحاول أن نخفف من الشروط التعسفية أو المجحفة والتي تهدد مصالح الطرف الذي لا يتمكن من مناقشتها أو التحفظ عليها وتساعد على ذلك قوانين حماية المستهلك التي انتشرت كذلك على الصعيد العالمي .

لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين نبحث في
الفرع الأول ، كيفية التعسف في عقود الإعداد وبعضاً
من صورهِ ونبحث في الفرع الثاني كيفية مواجهته
عبر حماية المستهلك والقوانين ذات الشأن في هذا
المجال .

الفرع الأول كيفية التعسف

للتعسف في عقود الإعداد صور كثيرة أهمها مثلاً
ان اغلب العقود النموذجية نراها مكتوبة بنوعية
خطوط (أنماط) لا تكاد تقرأ مما يجعل المستفيد
الراغب في التعرف على شروط العقد في حيرة من
أمرهِ فهو لا يستطيع أن يقرأ وفي أحسن الأحوال إذا
قرأ

لن يستطيع أن يفهم ، وتتمحور هذه المشكلة بشكل
أوسع في العقود التي يتم التعاقد على برامجها من
خلال فض الغلاف الذي يحتوي هو نفسه " الغلاف"
شروط تعاقدية هامة .⁽¹⁾

فإذا ما احتوى الغلاف على شروط تخفف من
مسؤولية المبرمج او المنتج او تعفيه منها وكانت هذه
الشروط يصعب قراءتها فان ذلك يعني ان المستفيد
لن يتمكن من الاطلاع عليها خصوصاً أنها مكتوبة
بشكل غير واضح على غلاف يعتبر تمزيقه وسيلة
تعبير المستفيد او المستخدم عن قبوله .
وصورة أخرى من صور هذا التعسف الذي يقع من
المنتج على المستخدم وهو ما يسمى بشروط الأربع

¹ (1).د/ فاروق الحفناوي - موسوعة قانون الكمبيوتر - مرجع سابق
ص78 .

زوايا⁽¹⁾ والذي كنا قد ناقشنا جزءاً منه في المطلب السابق⁽²⁾ تحت بند شروط متعارف عليها . فكل من في سوق هذه المنتجات يرى بوضوح كيف انه بصدد مفاوضات عقدية معينة لمشروع إعداد برامج لمحل تجاري او صناعي .. الخ يقدم المتعهدون فيه وعوداً كثيرة تكون في الغالب غير مدروسة والهدف منها جذب المستخدم وإقناعه بكفاءة المتعهد ، ويقوم المستخدم بتعليق آمال كثيرة على هذه الوعود تتجاوز في الغالب ما يتطلع إليه من عملية التعاقد اي هدفه الحقيقي⁽³⁾ . وعند التعاقد يقوم المتعهد باستبعاد كل أو ثلاثة أرباع وعوده متذرعاً بالوقت تارة والمخاطر في التنفيذ وارتفاع الأسعار ... الخ ويقدم بديلاً من ذلك عقداً نموذجياً جاهزاً متضمناً نصوص تدل صراحة على استبعاد كل الملاحظات والتقارير والمفاوضات السابقة على التعاقد ، بحيث يضع الصيغة التالية (وقع هذا العقد مع ملحقاته في نفس اليوم متضمناً كل التزامات أطرافه المتبادلة ولا يعتد بالاتصالات وطلب العرض والاقتراحات السابقة المتعلقة بنفس موضوع العقد)⁽⁴⁾ ونلاحظ كيف ان المنتج او المبرمج يهدف من خلال هذه الصيغة الى استبعاد كافة الوثائق المتعلقة

¹ (2). يسمى كذلك شرط الأركان الأربعة والذي بمقتضاه يستبعد من نطاق العقد كل ما لم يفصل في الاتفاقية وملاحقها وكراسة شروطها والتي تهدف الى تحديد احتياجات المستخدم كما انها تعد المرجع في تحديد اذا ما كان هناك مخالفة عقدية ام لا وهو ما يلزم القاضي اذا ثار نزاع معين حول التزام المنتج باداء معين من عدمه فهذه الشروط مع الكراسة تلزمه . راجع -محمد حسام لطفي - عقود خدمات المعلومات - مرجع سابق هامش ص 89 .

² (3). انظر فيما سبق صفحة 132

³ (1) Raysman.Beown.computer low .P.R.P 25 وانظر كذلك د/ ابو العلا علي النمر - مرجع سابق ص 74 وما بعدها .

⁴ (3). د/ فاروق الحفناوي / موسوعة الكمبيوتر ج1 مرجع سابق ص 80 .

بالمرحلة التمهيدية أي كافة عروضه ومحاولة جذبه للمستخدم للتعاقد الذي بنى عليها آمالاً كبيرة واعتقد انه حقق من خلالها انجازات لم تكن اصلاً في حسبانته ، ينسفها المتعهد عند التوقيع على هذه العقود بشرط كهذا ملزم للطرفين .

وكذلك يبرز التعسف جلياً من قبل المنتج او المبرمج عندما يشترط في عقود الإعداد ويفرض على المستخدم شراء المعدات او الاجهزة (كمبيوترات- ديسكات - وصلات... الخ) او قطع غيارها من عنده او عندما يحدد في مثل هذه العقود من اين يتم الشراء (تحديد منشآت بعينها) وهو ما اصطلح على تسميته (شرط الشراء الإجباري) او الالتزام بالتزود⁽¹⁾ بحيث ترد نصوص نموذجية في عقود الإعداد (بالذات العقود النموذجية) تحرم المستخدم من الحصول على كل ما ذكر سابقاً من مصادر أخرى حتى لو كانت بشروط أفضل تحت بند ان المنتج غير مسؤول او لا يضمن او ... كثيراً من العبارات التي تصب في تخلصه من المسؤولية حال قيام المستخدم باشتراك ايأ كان بالصيانة او قطع الغيار او المعدات ... الخ ونضرب مثلاً هذه الشروط التي تتكرر في اغلب عقود الإعداد (يشترط لاستحقاق التعويض ما يلي:

1.الا تكون هذه المطالبات قد نتجت عن استعمال البرامج استعمالاً غير مشروع وذلك عبر إشراك أجهزة او برامج غير متفق عليها او غير موافق عليها من قبل المنتج) . وكذلك يتعهد المستخدم بعدم إجراء أي تعديل او تغيير كلياً او جزئياً وبأي صورة كانت وبعدم تحليل او تفكيك هذه الأجزاء

¹ (1).ابراهيم المنجي - مرجع سابق 174-179 و عبد الفتاح مراد - مرجع سابق ص 104 ود/ فاروق الحفناوي - قانون الكمبيوتر - مرجع سابق ج1 نماذج اتفاقيات اعداد برامج ص 103 .

decompile or disassemble او إعادة هندسة
Perverse engineer .
2. لن يكون (المنتج او المورد او المبرمج) مسئولاً
عن أي أخطاء او توقف او قصور في اداء البرامج
لوظائفها اذا تبع ذلك نتيجة ما ذكر سابقاً او اشتراك
الغير في التعديل او الهندسة ... الخ .⁽¹⁾
وشرط آخر نوره على سبيل التأكيد ينص دائماً على
(يتعهد المستخدم باتخاذ إجراءات رقابية دقيقة
تضمن عدم استعمال او حصول أشخاص غير مرخص
لهم او غير مخولين للتعامل مع البرامج بأي صورة) .
ونضرب مثلاً آخر يتلخص في اشتراط المنتج او
المبرمج بأنه لن يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار او
الخسائر التي تلحق بالمستخدم بشكل مباشر او غير
مباشر جراء استعماله للبرامج⁽²⁾ وبوجه خاص يشترط
انه لن يكون مسؤولاً عن الأضرار الناشئة عن فقدان
او تلف البيانات الخاصة بالمستخدم او الناشئة عن
توقف أعماله بسبب يرجع الى البرامج⁽³⁾ وقد
يشترط المنتج ان التعويض اذا كان له مقتضى أي
خارج عن نطاق تلف او توقف البرنامج سيكون بحد
أقصى مبلغ كذا⁽⁴⁾ .

¹ (1).د. فاروق الحفناوي -قانون البرمجيات - مرجع سابق ص 248.
ويسمىها الدكتور فليب امور البرمجة المتطرفة (extremist programming) . Phillip G . Armour, The Laws of
Software Process.P.R.p 311

² (2) د. خالد ممدوح ابراهيم - ابرام العقد الالكتروني -رسالة
الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية 2006 - ص 363-366.
³ (3) انظر في المواد 149 مدني مصري والمواد 20 و66 مدني أردني

⁴ (4) في الغالب لا يزيد التعويض عن البديل الذي دفعه المستخدم الى
المنتج تحت كل الظروف .

وهذه صورة تمثل في رأينا⁽¹⁾ تعسفاً من قبل المنتج او المبرمج يتعلق بتعديل أحكام المسؤولية العقدية او الإعفاء منها في الحالة التي تصيب المستخدم بها ضرر جراء استعماله للبرامج محل العقد ، فالأصل في عرف هذه العقود ان المستخدم يستخدم هذه البرامج في إدارة أعماله على مسؤوليته الخاصة بحيث ينص هذا الشرط على إعفاء المنتج او المبرمج من المسؤولية عن الأضرار التي يمكن أن تسببها البرامج او عن توقفها او تعطيلها وإضاعة فرص عليه او حدوث إرباك وتعطل في العمل يكلفه أضراراً جسام سواء كانت هذه الأضرار مباشرة او غير مباشرة .

كما ونضع حداً أعلى للتعويض فيما اذا كان له مقتضى (طبعاً المقتضى خارج نطاق ما اشترطه هنا من عدم مسؤوليته عن الأضرار...) وقصد المبرمج او المنتج هنا هي تلك الحالات التي لا يسمح فيها القانون بالإعفاء من المسؤولية لأي سبب كان⁽²⁾ . وذلك باشتراطه ان لا يزيد هذا الحد عما دفعه المستخدم وكحد اقصى مهما كانت قيمة الضرر المستحق

¹ (1). يرى جانب من الفقه ان مثل هذه الشروط لا تعتبر تعسفاً فان لم يقبلها المستخدم فما عليه إلا أن يرفض التعاقد راجع د/ فاروق الحفناوي- موسوعة الكمبيوتر /ج1 مرجع سابق ص 78 ويضيف هذا الجانب ايضاً انه يجب على المشتري المذعن ان يسلم باحترام العرف في صناعة البرمجيات وتجاريتها فان منتجو البرامج يضعون شروطاً وضوابط نافذة في مواجهة المستخدمين ويلاحظ هنا مثلاً ان قانون التجارة المصري الجديد قد ابطال معظم شروطهم طالما لم تأت حماية للمستهلكين الذين يتعاملون معهم راجع في ذلك المادة 75 من قانون التجارة ومذكرتها الإيضاحية /مجلة المحاماة -ملحق التشريعات - 6/1999 ص 384 وما بعدها .

² (2). تنص المادة 66 من القانون المدني الأردني (أ- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ب- ويكون استعمال الحق غير مشروع ج- اذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر د- اذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة) تقابل المادة 5 من القانون المدني المصري والمادة 7 و 8 من مشروع القانون الفلسطيني .

للتعويض بموجب القانون او الضرر الذي يبطل القانون شرط خروجه من دائرة التعويضات .
هذه بعض صور التعسف التي يمكن ان ترد في عقود الإعداد لا بل هي موجودة في اغلب هذه العقود والتي وان حاول البعض ان يخرجها من دائرة التعسف في استعمال الحق إلا أننا وبتطبيق نصوص القانون عليها نجدها تحمل في طياتها تعسفاً من قبل المنتج او المبرمج في مواجهة المستفيد او المستخدم فما معنى عدم الالتزام بالتعويض او تحديده كائناً ما كان حجم الضرر وما معنى عدم شراء صيانة او قطع غيار او أجهزة إلا من قبل المنتج ، وما معنى التزام أقصى درجات السرية ، وما معنى أن العروض السابقة لا يشملها العقد ... الخ من هذه الشروط التي تحدث عنها مشروع القانون المدني الفلسطيني معتبراً إياها شروط تعسفية في المواد 7 و8 منه (لا يجوز التعسف في استعمال الحق) (يعتبر استعمال الحق تعسفاً في الأحوال التالية ج/ اذا كانت المصالح التي يرجى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ألبته مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها د/ اذا كان من شأنه ان يلحق بالغير ضرر غير مألوف)⁽¹⁾.
وقد حاربت القوانين المختلفة هذا التعسف والإجحاف بحق المستخدم او المستفيد عبر حمايته كمستهلك وهو ما سنبحثه في الفرع الآتي .

الفرع الثاني **حماية المستهلك**

بالإضافة إلى كل القواعد القانونية التي قدمها القانون المدني لحماية المتعاقدين "وبالذات الطرف

¹ (1). عقود ال IBM - مرجع سابق ص 190 وكذلك يمكن مراجعة هيكتور - ماکوين - مرجع سابق 128-135 و د احمد عبد الرحمن الملحم - نماذج العقود ومواجهة الشروط المجحفة - مرجع سابق ص 230.

الضعيف". كخيار الفسخ بعد التجربة أو بعد الاطلاع على النموذج أو خيار الشرط⁽¹⁾ وحق القاضي في تعديل شروط التعسف في عقد الإذعان⁽²⁾، وتلك الحالات التي رتب عليها القانون المدني آثاراً كالإكراه والغلط والتغريب مع الغبن الفاحش "التدليس، الاستغلال"⁽³⁾، الخ. فإن المشرع في الدول المتقدمة شعر أن كل تلك القواعد قد لا تكفي لحماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك انطلاقاً من إنتباهاة المشرع لإمكانية أن يستغل أحد المتعاقدين مبدأ الرضاينة في العقود وتوظيف خبرته وإمكانيته القانونية والتكنولوجية والاقتصادية الكبيرة في مواجهة طرف لا يملكها فيضع شروطاً تعسفية بحقه، كأن يعفي المنتج نفسه من ضمان عيب خفي أو أن يخفف أو يلغي مسؤولية نتاج أضرار تسببها أخطاء في سلعته.. الخ. فأصدر المشرع في هذه الدول وتبعاً لذلك قوانين تسعى لحماية هذا الطرف تسمى قوانين حماية المستهلك والظاهر أن هناك خلاف بين الفقه والقضاء من جهة وبعض تشريعات حماية المستهلك من جهة أخرى وذلك حول تعريفها لمن هو المستهلك⁽⁴⁾ لذلك سنبحث في هذا الخلاف لنعرف

⁽¹⁾ يمكن مراجعة المواد 420 و421 و422 و434 و447 من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد 468 و469 و470 و471 و476 و477 من القانون المدني الأردني والمواد 475 و476 و477 و478 و484 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

⁽²⁾ راجع سابقاً المواد 149 مدني مصري والمادة 240 مدني أردني و182 من مشروع القانون المدني الفلسطيني مشار إليها في ص من هذه الأطروحة.

⁽³⁾ كذلك راجع سابقاً المواد 120 و121 و125 و126 و127 و128 و129 من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد 135 و140 و143 و144 و151 و152 و153 من القانون المدني الأردني والمواد 122 و123 و124 و128 و129 و130 و132 و135 و136 من مشروع القانون المدني الفلسطيني المشار إليها سابقاً في الفصل الأول من هذه الأطروحة في عيوب الإرادة ص.

⁽⁴⁾ د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي - دار الجامعة الجديدة

من هو المستهلك الذي تجب حمايته في هذه القوانين ومن ثم لتعرف على كيفية حماية الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين لا تحميهم هذه القوانين لعدم اعترافها بكونهم مستهلكين ومن ثم سنبين رأينا الخاص بالنسبة لعقود الإعداد.

أولاً: من هو المستهلك؟؟

تعرف المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2006 المستهلك بأنه (كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية، أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص)⁽¹⁾.

وقد عرفت المادة 2/هـ من التوجيه Directive الأوروبي الصادر في 8/6/2000 المستهلك بأنه (كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار أنشطته المهنية أو التجارية)⁽²⁾.

وهو نفس ما جاء في التوجيه رقم 13/93 لمجلس الاتحاد الأوروبي أيضاً والصادر في 5/4/1993 والخاص بالشروط التعسفية المبرمة مع المستهلكين حيث عرفت المادة 2/ب منه المستهلك بأنه (كل

للنشر - الإسكندرية، 2005، ص 24. ود. عادل أبو هشيمة حوتة، مرجع سابق ص 112-115، ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 114-115.

⁽¹⁾ (2) مجموعة القوانين الاقتصادية، البدراوي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، تم نشر القانون في الجريدة الرسمية عدد 20 مكرر 2/5/2006. وراجع كذلك المادة 6 من قرار رقم 886 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك والصادرة عن وزارة التجارة والصناعة المصرية في 29/11/2006 = البدراوي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.

⁽²⁾ (1) ART2E: (Consommateur): Toute personne physique agissant à des fins qui ne relèvent pas de son activité professionnelle ou commerciale. مشار إليه عند د. عادل أبو هشيمة، مرجع سابق ص 51

شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار أنشطته المهنية⁽¹⁾.

وقد كانت اتفاقية فينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع قد أشارت إلى استبعاد المستهلك وفق هذه الأحكام من تطبيق بنودها على العقود التي يبرمها المستهلك (لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البضائع التي تشتري للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي...)⁽²⁾.

كما عرف أحد الفقهاء الفرنسيين المستهلك بأنه الشخص الذي يحصل على المال أو الخدمة للاستعمال الشخصي) ...الخ⁽³⁾. وهذه التعريفات هي ما سارت عليه التشريعات في دول العالم التي أصدرت قوانين لحماية المستهلك كفرنسا وبريطانيا اللتان استلهمتا التوجيهات الأوروبية ووضعت قوانينهما بما يتلاءم معها⁽⁴⁾. وبهذا نرى أن المستهلك وبغير خلاف بين هذه القوانين هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يبرم العقد لغايات شخصية أو عائلية وهذا يخلق إشكالية حماية من تعاقد لأغراض مهنته أو

¹ (2).مشار إليه عند أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين/ عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد واثباته) دروس لطلبة الدكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس - القاهرة 2001، ص 147-151. ومشار إليه أيضاً عند الدكتور عادل أبو هشيمة ، مرجع سابق، ص 113.

² (3).د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع - القاهرة 1986 ص 93 وما بعدها. وأستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين - عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ص 136 وما بعدها لغاية ص 159.

(1) Michel PELICHET Les Vents aux consommateurs Rec. Des .cours LAHAYE 1986, 111. p. 204

مشار اليه لدى د.عادل أبو هشيمة مرجع سابق هامش ص 115 .³

⁴ (2). أنظر قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في 26/7/1993 وتعديلاته في 5/1/1995 واللجان التي شكلت لهذا الغرض يمكن مراجعة د. حسن جميعي - مرجع سابق ص 170-176 وقد تبنت بريطانيا عام 1994 توجيه السوق الأوروبية رقم 13/93 في شأن حماية المستهلك، د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، هامش 122، ص 149.

تجارته والتي سنناقشها تالياً لنقاشنا لكيفية حماية المستهلك على ضوء المعنى الضيق.

ثانياً: حماية المستهلك وفق المعنى الضيق

انطلاقاً من أن تشريعات حماية المستهلك قد حددته بكونه من يتعاقد لأغراض شخصية أو عائلية فإن هذه القوانين حمت هذا الشخص ووفرت له أسباب الطمأنينة عبر عدة أحكام وردت فيها وهي تتشابه فيما بينها على الرغم من الاختلاف في الصياغة فنلاحظ مثلاً أن المادة الثالثة من قانون حماية المستهلك المصري⁽¹⁾ تفرض على المنتج أو المستورد للبرامج أو السلع أو الخدمات... الخ أن يرفق ترجمة باللغة العربية وبشكل تسهل قراءتها منه، أسعارها، مميزاتها، خصائصها وأشارت إلى ذلك أيضاً المادة 13 من لائحة هذا القانون التنفيذية السابق الإشارة إليها أيضاً عبر عدة التزامات فرضتها على المنتج (1). أن تكتب البيانات باللغة العربية ويجوز كتابتها بلغتين أو أكثر على أن تكون إحداها اللغة العربية. 2. أن تكتب البيانات بطريقة يتعذر إزالتها. 3. أن تكتب البيانات على السلعة ذاتها فإذا استحال ذلك تكتب على بطاقات تلصق عليها أو على عبوتها) وأضافت أن على المنتج أن يلتزم بالامتناع عن وضع أية بيانات يكون من شأنها خداع أو تضليل المستهلك⁽²⁾.

ونلاحظ كيف أن هذه المواد في هذا القانون والمتكررة في أغلب قوانين حماية المستهلك⁽³⁾ قد حمت المتعاقد الضعيف في عقود الإعداد من لغات لا

¹ (1) قانون رقم 67 لسنة 2006 بإصدار قانون حماية المستهلك - السابق الإشارة إليه.

² (2). راجع سابقاً القرار الوزاري رقم 886 بإصدار لائحة تنفيذية لقانون حماية المستهلك.

³ (3). د. خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني - مرجع سابق ص 366 وما بعدها .

يفهمها بأن ألزمت التعامل في اللغة العربية وهذا ما كنا قد طالبنا به التشريعات العربية في مطلب سابق وكذلك ضبّطت أساليب الإعلام بتحميل المنتج مسؤولية أي تضخيم أو معلومات غير حقيقية يكون من شأنها دفع المستهلك إلى التعاقد... الخ. بل أكثر من ذلك مثلاً نجد أن القانون الانجليزي بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية وتحت بند التنظيم القانوني لشروط التعاقد مع المستهلكين في بريطانيا والذي أصدرته بريطانيا عام 94 و انسجاماً مع التوجه الأوروبي السابق الإشارة إليه رقم 13/1993 قد أعفى المستهلك من الالتزام بالشروط الجائرة التي فرضها عليه المنتج "المبرمج" أو المورد مثل شروط عدم المسؤولية أو تحديدها بشرط أن تكون هذه الشروط من ضمن الشروط الواردة في العقود النموذجية والتي لم يتم عليها تفاوض فيما بين المستهلك والمنتج... الخ⁽¹⁾.

وقد أشار إلى ذلك أيضاً قانون حماية المستهلك المصري في المادة 10 منه بإبطاله كل شرط في تعاقد مع مستهلك من شأنه أن يعفي المنتج أو المبرمج (المورد) من التزاماته الذي ينص عليها القانون وتحدثت الفقرة 2 من المادة الثانية من نفس القانون حول حق المستهلك بالحصول على تعويض عادل جراء أضرار يمكن أن تسببها له منتجات أو خدمات أو سلع كان قد اشتراها وذلك بغض النظر عن شروط التعاقد.. الخ، من هذه النصوص والتي نلاحظ فيها ما يلي:

1. أنها تبطل كل شرط مجحف بحق المستهلك وبالأذات الشروط التي لم يتم التفاوض عليها.
2. أنها تلزم المنتج أو المبرمج "المورد" بالضمان وهذا ينسف شرط عدم الضمان الذي تورده العقود

¹ (4). أستاذنا د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، هامش 124، ص 150.

النموذجية فيما بين الأطراف في مجال عقود الإعداد.

3. أنها تفرض على المنتج أو المبرمج أن يصيغ بلغة المستهلك في بلده عبارات واضحة بسيطة مفهومة وبنفس اللغة التي يفهمها حول شروط التعاقد ومواصفات المعقود عليه واسم المنتج وعنوانه وتفاصيل كثيرة تحمي المستهلك⁽¹⁾.

4. أنها تحمل المنتج أو المبرمج أو "المورد" المسؤولية عن إتيانه أية أفعال عبر مستندات أو عروض أو دعايات من شأنها دفع المستهلك إلى التعاقد وهي غير حقيقية أو مبالغ جداً بها⁽²⁾.

وهذه أمثلة على نصوص تتكرر في معظم قوانين حماية المستهلك في العالم نستشف منها أن مستخدم البرامج متى كانت لاستعماله الشخصي أو العائلي فإنه محمي بموجب نصوص أمرة في قوانين خاصة لحمايته من طرف قوي وخبير ومهني. بحيث أنها بالإضافة إلى القواعد العامة في التشريعات المدنية كفيلة بإعادة التوازن إلى العقد ومنح الطرف الضعيف فيه الكثير الكثير من الحماية ولكن وهو الأهم ما هو موقف المتعاقد الذي يتعاقد من أجل تجارته أو عمله أو منشأته وليس لأغراضه الشخصية أو العائلية وكيف يمكن حمايته في عقود الإعداد خصوصاً وأنه أمام طرف قوي جداً في مجاله، طرف مهني محترف، وهو وإن كان محامياً أو طبيباً أو صاحب مصنع أو شركة

¹ (1). راجع المادة 4 من قانون حماية المستهلك المصري والمادة 11 و 15 من لائحته التنفيذية.

² (2). راجع المادة 65 من نفس القانون أو المادة 17 من لائحته التنفيذية والتي اعتبرت أن هناك خداع إذا مارس المنتج إعلان يتضمن بيان كاذب أو عرض غير حقيقي متى كان من شأنه أن يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خلق انطباع غير حقيقي عن صفات السلعة أو مصدرها أو نوع الخدمة أو صفاتها الجوهرية أو شروط التعاقد أو النتائج المتوقعة من استخدام محل العقد. يمكن مراجعة المادة 17 من اللائحة السابق الإشارة إليها والتي تحمل المورد "المنتج المبرمج" المسؤولية كاملة عن ذلك.

تأمين يريد هذه البرامج التي لا يفقه بها شيء لتساعده
في قضاء حوائجه وأعماله، فكيف تتم حمايته؟؟

ثالثاً: حماية المستهلك وفق المعنى الموسع:

ساهم التوجيه الأوروبي رقم 13/1993 والخاص
بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين
في إثارة خلاف فقهي وقضائي بخصوص إمكانية
مساواة "المستهلك وغير المهني" في الاستفادة من
الحماية المقررة في قوانين حماية المستهلكين في
أوروبا.

فبعد أن كان القانون الفرنسي المسمى قانون
Scriven رقم 23/1978 بشأن الشروط التعسفية⁽¹⁾
قد حدد صراحة أن مجال تطبيقه يشمل العقود المبرمة
بين المهني من ناحية و(غير المهني والمستهلك) من
ناحية أخرى وذلك بنص المادة 35 منه وأكدت على
ذلك الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية
عندما قبلت باستفادة شركة متخصصة في أنشطة
تجارة العقارات بالحماية المنصوص عليها في قانون
عام 1978 مرسخة بذلك أحقية استفادة غير المحترفين
ممن لا تتوفر فيهم صفة المستهلك من الحماية
المقررة بنص المادة سالفة الذكر في مواجهة الشروط
التعسفية حيث جاء في الحكم (العقد تم إبرامه بين
شركة الخدمات الالكترونية وبين شركة الخدمات
العقارية والتي لا يتعلق تخصصها بنظام الحاسب ومنها
نظام الإنذار الالكتروني المتعاقد على تركيبه مع
الشركة الطاعنة وإن المادة 35 من قانون 1978 قد
وردت بعبارات صريحة مفادها أن نطاق تطبيقه يشمل
جميع العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين
أو المستهلكين وهو ما يعني بوضوح أن المشرع قد

⁽¹⁾ راجع بخصوص هذا القانون

O. Carmet, (Reflexion sur les clauses abusive au sens de la loi n 78 - 23 du 10 janvier 1978) R.T. D com. P.7

مشار إليه لدى د. حسن جميعي - مرجع سابق ص 176-177، وكذلك
يمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 24-25.

أراد أن يوفر الحماية لكل شخص لا تتوفر له الخبرة في مجال التعاقد حينما يكون المتعاقد الآخر من أصحاب الخبرة والاحتراف (...).

ويفهم من هذه النصوص وهذا الحكم وغيره الكثير من الأحكام⁽¹⁾. أن هذه النصوص والأحكام كانت تساوي ما بين غير المهني والمستهلك من حيث حقوقهما بالحماية من شروط المحترف المهني ذي القدرة والقوة الاقتصادية والتقنية ومعالجة هذه الشروط بما يكفل نوعاً من التوازن بالعقد وهذه كانت حال التطبيق العملي والقضائي ليس فقط في عقود الإذعان بل في مجمل الشروط التعسفية في مصر والعالم العربي فالنظرية العامة للعقد كانت تحمي الطرف الضعيف عبر القواعد العامة والتطبيقات القضائية "سلطة القاضي". إلى أن جاءت قوانين حماية المستهلك وبالذات التوجيه الأوروبي المشار إليه أعلاه وقامت الدول الأوروبية بتعديل قوانينها بما يتلاءم معه وقامت الدول الأخرى بمجاعة النزعة الدولية لحماية المستهلك فأصدرت هي الأخرى قوانين في هذا الشأن برز على أثرها الخلاف في أحقية⁽²⁾ تمتع هذا الشخص الذي لم يتعاقد لأغراضه الشخصية أو العائلية بل لأغراض تجارته

¹ (1) Cass Civ 1er CH 28 Avril 1987, JCP. 1987 ed g, 11, 20893note paissant, RT CIV (1). 1987. p. 537 ob s. Mestue.

, مشار إليه لدى د. عادل أبو هشيمة مرجع سابق، ص 116، ولدى د. حسن جمعي، مرجع سابق، ص 177. أنظر مثلاً القانون الانجليزي لعام 1977 بخصوص الشروط الجائرة - أستاذنا د. أحمد شرف الدين عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، 141-149 وهوامشها ، وانظر كذلك Bernard D .Reams , The Law of electronic contracts , LEXIS, Publishing , 2end edition 2002.p 56.

وأنظر حكم لمحكمة النقض الفرنسية
(1) Cass Civ lere 29 Oct 1992 et cass Civ6 (Janv 1993, JCPED G1993 11 n^o 22007 note.

مشار إليه لدى د. حسن جمعي، مرجع سابق، ص 178. Paisan.

أو عمله في مدى اعتباره مستهلكاً يستحق الحماية أم لا.

فأول الخلاف بدأ مع نص قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في 26/7/1993 وتعديلاته المتوافقة مع التوجيه الأوروبي وبالذات تلك الخاصة بتعريفه لمن هو المستهلك حيث تم الأخذ به صراحة باعتبار المستهلك من يتعاقد لأغراضه الشخصية أو العائلية. ومن ثم إخراج غير المهني من دائرة الحماية ومن ثم تبعه المشرع الإنجليزي في قانون عام 1994 والخاص بحماية المستهلك في ضوء الشروط التعسفية كذلك باعتبار المستهلك كما أسلفنا. وتوالت بعدها القوانين وصولاً إلى التشريع المصري في حماية المستهلك بمادته الأولى ولاتي جاءت متوافقة تماماً مع التعريف الأوروبي والفرنسي والبريطاني للمستهلك بكونه الشخص الذي تقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية.

وعلى ضوء ذلك ثار خلاف كبير في الفقه والقضاء⁽¹⁾ حول تمتع غير المهني أو غير المستهلك بمعناه الضيق في الحماية الواردة في هذه القوانين. فقد تبنت محكمة النقض الفرنسية تعريفاً ضيقاً للمستهلك حيث استبعدت من نطاق الحماية كل المهنيين حتى ولو أبرموا تصرفات خارج نطاق اختصاصهم طالما أن تصرفهم له صلة مباشرة مع نشاطهم المهني ففي رأيها أن صاحب مصنع الأدوية الذي يتعاقد على شراء برنامج يلبي احتياجات مصنعه لا يعتبر مستهلكاً بينما لو اشترى هذا البرنامج لأولاده

¹ (1). يمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 24، وهامشها وكذلك د. حسن جمعي، مرجع سابق، 166-186، ود. محمد حسين منصور مرجع سابق 111-117.

فهو مستهلك⁽²⁾. طبعاً متفق بذلك مع تعريف الجماعة الأوروبية للمستهلك والسابق الإشارة إليه. لا بل وأكثر من ذلك فإن محكمة العدل الأوروبية في قرار حديث لها رفضت أن تعتبر الشخص المعنوي مستهلكاً تجب حمايته بموجب قوانين حماية المستهلك، ففي قرار لها بتاريخ 22/11/2001 وتحت بند الشروط التعسفية أو المجحفة قالت (إن المستهلك بالمعنى الوارد في المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 13/93 والصادر بتاريخ 5/4/93 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك هو فقط الشخص الطبيعي)⁽¹⁾. وعلى النقيض من ذلك فقد ظهر جانب كبير من الفقه يؤيد ويبرهن على أن حماية الشخص غير المحترف تدرج تحت بند حماية المستهلك متبين في ذلك المفهوم الواسع للمستهلك منطلقين من محاولة تعريف الشخص غير المحترف بأنه (كل شخص يتعاقد في مجال غير مجال خبرته أو تخصصه ولا تتوافر فيه الخبرة أو المعرفة الفنية في مجال التعاقد)⁽²⁾. وبهذا وبمفهوم المخالفة فإن منتج أو مبرمج البرامج الالكترونية إذا تعاقد يكون شخصاً محترفاً أمام ذلك الطرف الذي لا يمارس إنتاج تلك البرامج أو برمجتها.

² (2) أنظر في هذا الشأن Cass Civ. 1995 m B. C 1. p510. وانظر كذلك: Cass Civ. 24/1/1995. D. 1995 Jurisprudence. P327 note. Paisnt, 5/3/2002 G.C.P. 2002 11-10123. note Paisant
مشار إليهما لدى كل من د. محمد حسن قاسم ص 25، ود. محمد حسين منصور، ص 115.

¹ (1) راجع في ذلك C. Rondey, Le Consommateur est une personne physique. Le Dalloz 2002 Junisprudence. P 90 et. S أو راجع على موقع محكمة العدل الأوروبية على الانترنت العنوان التالي: <http://www.curia.eurpa.eurpa>

² (2) يمكن مراجعة د. حسن جميعي، مرجع سابق ص 179، ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 115.

لا بل وأكثر من ذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الفرنسي بشأن حماية المستهلك الصادر على أثر التوجيه الأوروبي في عام 93 وتعديلاته في عام 95 والسابق الإشارة إليها، نفسه قد تبنى الحماية التي تشمل المستهلك بمفهومه الواسع انطلاقاً من المادة 35 من القانون الفرنسي بشأن الشروط التعسفية لعام 1975 بشكل حاسم وصرح بتحديدته أن الحماية تشمل كل من لم تتوفر له الخبرة في مجال التعاقد⁽¹⁾.

والواقع أننا نميل ونساند الأخذ بالمفهوم الواسع في تعريف المستهلك في مجال عقود الإعداد للبرامج الالكترونية لإسباغ أكبر قدر ممكن من الحماية على شخص لا يملك أدنى مقومات الخبرة في مواجهة المحترف والواقع أن محكمة النقض الفرنسية تبنت أيضاً بعد صدور التوجيه الأوروبي وتعديل القانوني الفرنسي بما يتلاءم معه موقفاً واضحاً في اقامتها على الأخذ بالمفهوم الواسع لمعنى المستهلك ففي قرار لها في 3/1/1996 رفضت انتفاع المهني من الحماية المنصوص عليها في قانون 1978 لصالح المستهلك وغير المهني فكان القرار التالي (إن المادة 25 من قانون مارس 1978 تمنع في العقود المبرمة بين المهني من ناحية والمستهلك وغير المهني من ناحية أخرى، أي شرط يلغي حق هؤلاء غير المهنيين والمستهلكين في التعويض في حالة عدم تنفيذ المهني لأحد التزاماته)⁽²⁾.

ونحن بدورنا وإزاء هذا التذبذب في الموقف القضائي وإزاء اختلاف وجهات النظر فيما بين الفقهاء

1 (1).د. حسن جميعي، مرجع سابق، ص 180، ود. نوري محمد خاطر، مرجع سابق، ص 74-75.

2 (2).أنظر في عرض هذه الأحكام.د. عادل ابو هشيمة- مرجع سابق هامش ص 116-117 و د. محمد حسن قاسم - مرجع سابق ص 70-74.

حول الأخذ بالمفهوم الواسع أو الضيق للمستهلك نرجح ونؤيد توسيع مفهوم المستهلك ليشمل كل من لا يملك خبرة فيما يتعاقد عليه أو على الأقل أن يشمل الشركات والأشخاص المعنويين فيما لو تعاقدوا على تكنولوجيا معينة أمام منتجي ومخترعي ومسوقي هذه التكنولوجيا، ونطالب بتعديل قانون حماية المستهلك المصري في تعريفه لمن هو المستهلك ليشمل التعديل فقط تعريف المستهلك أي لا يبقى فيه من تعاقد لأغراضه الشخصية أو العائلية وذلك أسوة بالمشروع المصري في قانون التجارة الجديد عندما حمى في عقود نقل التكنولوجيا الطرف الضعيف "مستورد أو مشتري أو مستخدم التكنولوجيا وذلك دون النص على كونه يريد هذه التكنولوجيا لأي غرض⁽¹⁾.

ونرى أن المهنيين والحرفيين والشركات التجارية والصناعية يمكنهم التمسك بالمفهوم الواسع لمعنى المستهلك وذلك لمواجهة الشروط التعسفية في العقود المبرمة بينهم وبين منتجي ومبرمجي وموزعي برامج الحاسب ونظم المعلومات لأنهم حقيقة ومنطقياً يجب أن يتمتعوا بالحماية من شروطهم وبالذات كما فعل المشرع البريطاني مع تلك الشروط التي وردت دون السماح بمناقشتها أي وردت في عقود نمطية.

ونقترح أن يكون تعريف المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد لأجل حاجاته الشخصية أو الوظيفية أو المهنية. لا نفرق في ذلك بين من يشتري برنامجاً لكي ينمي قدرات أولاده اللغوية أو من يشتري أو يتعاقد على برنامج لإدارة حسابات

¹ (1). راجع المادة 75 من قانون التجارة المصري رقم 17/1999، وأنظر كيف يحمي المتعاقد أمام مورد التكنولوجيا دون تحديد لأي غرض قد تعاقد على هذه التكنولوجيا، وهو ما يجب العمل به في حماية المستهلك.

مكتب المحاماة الخاص به. فإن لم يكن وعرضت قضية ما في الواقع العملي على القضاء ورفض القضاء توسيع نطاق الحماية فما علينا إلا التمسك بالقواعد العامة في القوانين المدنية بخصوص التعسف والإذعان في نظرية العقد ... إلخ والسابق الإشارة إليهما لمحاولة إنصاف الطرف الضعيف وخلق شيئاً من التوازن في عقد الإعداد.

المبحث الثاني

سريان عقود الإعداد

إن عقود الإعداد بطبيعتها أو في الغالب منها يحكمها موضوعان مهمان نراهما دائماً على شكل شروط سواء أكانت هذه الشروط محل للمفاوضات وتم التوقيع عليها من قبل الأطراف أو سواء وردت في عقود نموذجية وافق عليها طرف دون أن يناقش الطرف الآخر فيه.

وهذان الموضوعان هما السريان الزمني لعقد الإعداد والذي يعتبر من العقود الزمنية المرتبطة بالزمن أو بالمدة أي أن عنصر الوقت فيه في الغالب هو عنصر جوهري والسريان المكاني لهذا العقد حيث في الغالب ما نجد شروط تحصر مكان استعمال هذه البرامج في منطقة معينة أو على أجهزة معينة وبواسطة أشخاص معينين في بعض الحالات.

هذا بالإضافة إلى أن تثبيت مدة نفاذ العقد هي ضرورة ملحة في عقود الإعداد والتي يتم التعاقد عليها مع ترك مباشرة تنفيذها إلى وقت آخر مما يخلق إشكالية في معرفة القانون الواجب التطبيق وأن سريان هذه العقود من حيث المكان يفيد أيضاً في معرفة المحكمة المختصة بنظر النزاع فيما لو ثار بين الأطراف. لذلك كله سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في المطلب الأول المدة في عقود

الإعداد ونعالج في المطلب الثاني سريان العقد من حيث المكان.

المطلب الأول

المدة في عقود الإعداد

الأصل في العقود الزمنية أن الزمن يكون عنصراً جوهرياً فيها يتحدد على أساسه التزام أحد طرفي العقد أو التزام الطرفين معاً⁽¹⁾. وعقود الإعداد كما هي العقود الأخرى يترتب عليها آثار وهذه الآثار البعض منها ينفذ فوراً والبعض الآخر بحكم طبيعتها يأخذ وقتاً لكي ينفذ، فنقل ملكية برنامج مثلاً من ذمة البائع إلى المشتري تنفذ فوراً وبحكم العقد⁽²⁾. والترخيص باستعمال برنامج⁽³⁾ يتفق الطرفان على مدة أو قد تكون مدى الحياة مثلاً مع حفظ حقوق الملكية الفكرية وفي عقود المقاولات هناك آثاراً تحتاج مدة لتنفيذها يتفق طرفا العقد على تحديدها وهي لا تكون كما رأينا إلى مالا نهاية ففي

¹ (1). أستاذنا د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام ج1، مرجع سابق، ص 62-63. ود. أنور سلطان، مرجع سابق ص 21-22.

² (2). نص المادة 199 من القانون المدني الأردني (1- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك) وكذلك راجع المادة 204 من القانون المدني المصري والمادة 180 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

³ (3). عقد الترخيص Software license agreement هو عقد يوقع بين صاحب حق الملكية على البرنامج وبين مستخدم أو مستعمل البرنامج بحيث يقوم صاحب حق الملكية بوضع ضوابط وشروط لاستخدام هذا البرنامج من قبل المستخدم ومفاد ذلك أن استخدام هذا البرنامج بدون هذا الترخيص أو بالمخالفة لشروطه يعتبر مخالفة لعقد ملزم يستوجب المسؤولية العقدية فضلاً عما يمثله في الغالب هذا الاعتداء على حقوق صاحب الترخيص وفقاً للحماية الواردة في قوانين حق المؤلف. يمكن مراجعة د. فاروق الحفناوي موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 174، و د. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب، مرجع سابق، ص 86 وما بعدها.

الغالب تعطى فرصة ثم يتم تحديد سقف أو حق بالفسخ أو بالتراجع... الخ.

خلاصة القول أن المدة في عقود الإعداد تكاد تكون عنصراً متلازماً وبالذات في مقاولات الإعداد. وما يترتب على التفرقة بين العقود الفورية والمستمرة من آثار أيضاً بالنسبة للأثر الرجعي للفسخ بالنسبة للعقود فورية التنفيذ حيث نصت المادة 160 من القانون المدني المصري أنه (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض)⁽¹⁾. ويرى الفقه في ذلك أن العقود فورية التنفيذ ينسحب فيها أثر الفسخ على الماضي حيث يعتبر العقد كأن لم يكن وتزول كل آثاره⁽²⁾.

على عكس العقود المستمرة التنفيذ فإن الرأي الغالب في الفقه يرى أنه إذا ما تم فسخها فإن آثار هذا الفسخ لا تنسحب على الماضي بل تنفذ من وقت وقوع هذا الفسخ وكما يوضح أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين في ذلك أن الزمن في العقد مستمر التنفيذ (مقصود لذاته يقاس به المعقود عليه)⁽³⁾. هذا بالإضافة إلى أهمية الإنذار في العقود الفورية لاستحقاق التعويض وعدم أهميته في عقود المدة أو العقود المستمرة.

لذلك كله سنناقش في هذا المطلب وعبر الفرعين المتتاليين العقود مستمرة التنفيذ والعقود فورية التنفيذ طبعاً بتطبيقها على عقود إعداد برامج الحاسوب.

1 (1). تقابل المواد 248 مدني أردني والمادة 206 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

2 (2). راجع في ذلك د. السنهوري = مرجع سابق، ص 207، ود. سليمان مرقص، مرجع سابق ص 109 وما بعدها.

3 (1). د. أحمد شرف الدين، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 64، ود. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 22.

الفرع الاول

العقود مستمرة التنفيذ

بداية نقول أنها العقود التي يكون بها الزمن عنصراً جوهرياً. إذ على مقتضاه يتحدد المقابل الذي يكون التزام آخر في ذمة طرف آخر، فالزمن كما ورد أعلاه فيها (عنصر مقصود لذاته) لقياس قدر وكمية الالتزام المقابل.

وبالحديث عن عقود الإعداد إذا كانت صيغتها من العقود مستمرة التنفيذ بأي شكل كان فثمة مبدأ يجب الانطلاق منه يكاد يكون مسلم به في معظم القوانين والتطبيقات القضائية قوامه أنه يجوز للأطراف باتفاق فيما بينهما أو بموجب شروط نموذجية (نمطية) تحديد مدة سريان العقد وكيفية البدء بهذا السريان ووقت الانتهاء⁽¹⁾ وأوضح ما يجد هذا المبدأ تطبيقاً له هو في عقود الإعداد والتي تكون طبيعتها الخاصة تتطلب أوقات وفترات معينة كنا قد تحدثنا عن بعضها سابقاً كفترات التجربة والاختبار وسنتحدث عن بعضها الآخر فيما يلي.

ففي عقود الإعداد نجد مثلاً أن تحديد المدة ضروري جداً في العقود المؤجلة النفاذ بالقدر الذي تبلغ من الأهمية بتحديد نهايتها الأمر الذي يصعب معرفته في العقود الفورية بالنسبة لإعداد البرامج أو حتى بالنسبة للبرامج المعدة سلفاً، فشراء برنامج على قرص مضغوط مثلاً CD من أي محل سواء متضمناً هذا الشراء التنازل عن الملكية وهو الأمر النادر الحدوث أو متضمناً شراء الترخيص بالاستعمال وهو الأمر الشائع في مثل هذه المواقف ففي هذه الحالة ويقصد الشراء تتم عملية الدفع والتسليم في وقت واحد أي أن تاريخ النفاذ وتاريخ الإبرام بالنسبة للعقد لا يفصل بينهما أي فاصل لذلك فالمدة في مثل

¹ د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 161.

هذه العقود ليست لها دور كبير، حتى لو افترضنا جدلاً أن التنفيذ سيكون عبر فترات متباعدة بالنسبة لوقت إبرامه حيث تبقى المدة ليست لها دور في جوهر الموضوع طالما أن تنفيذ الالتزام سيتم في وقت محدد وثابت حتى لو كان هذا الوقت بعيداً عن تاريخ الانعقاد وهذا ما يختلف كلياً عن بعض العقود بالنسبة لإعداد البرامج إذا تعلق نفاذ العقد بمدد مختلفة كعقد إيجار البرنامج أو عقود المساعدات الفنية⁽¹⁾ أو عقود مقاولات البرامج⁽²⁾ والتي تأخذ وقتاً لإنجازها مما يصدق عليها وصف أنها عقود مستمرة التنفيذ. وأوضح دليل على دور المدة في مثل هذه العقود ما استقر في رأي الفقه⁽³⁾ من تعريف عقد الترخيص بالاستعمال⁽⁴⁾ فيما لو تم إعداد برنامج معين لشخص معين بهذا النوع من العقود بقولهم (هو ذلك العقد الذي يتفق أطرافه على أن يتمتع العميل (المستخدم) بسلطة استعمال البرنامج لوقت معين أو لمدى الحياة نظير مقابل نقدي يدفعه للمورد (المنتج..)) وبمحاولة استظهار هذا التعريف ومقارنته مع ما هو

1 (1) Undertaking from technical employees, professional services agreement

2 (2) Software development agreement

3 (1). د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 33، ود. حمد خاطر، مرجع سابق، ص 112، وفي هذا الشأن أيضاً يمكن مراجعة: Michel Rennie - Computer contract - Sweet and Maxwell - London, 1999.P.48

4 (2) Software License Agreement / ويقسم عقد الترخيص بالاستغلال إلى عقد ترخيص استثنائي exclusive وهو ترخيص لا يجوز معه منح تراخيص أخرى من المالك إلى مستخدمين آخرين لاستخدام البرنامج. وغير استثنائي Non Exclusive وبه يجوز منح ترخيص استغلال البرنامج نفسه لمستخدمين آخرين/ يمكن مراجعة معجم الكيلاني لمصطلحات الحاسب الآلي، مكتبة لبنان، 1997، ص 349، ود. = شحاته غريب شلقافين برامج الحاسب الآلي والقانون، مرجع سابق، ص 80-100، ود. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.

موجود بسوق العمل من شروط وعقود نلاحظ ما يلي:

أولاً: المدة دائماً محددة في مثل هذه العقود والتي يرخّص خلالها باستعمال البرامج وهي قد تكون شهراً أو سنة أو عدة سنوات وقد تكون مدى الحياة Perpetual، ولا يجب أن تقلقنا قضية الترخيص الممنوح مدى الحياة فهي لا تختلف عن الترخيص لمدة معينة لأسباب عدة نذكر منها:

1. هناك شروط بجواز إلغاء هذا الترخيص سواء كان مدى الحياة أو لمدة معينة بسيطة وذلك فيما لو خالف المرخص له بالاستعمال شروط الترخيص سيما المخالفات الجسيمة⁽¹⁾.

2. أنه من خلال استقراء عقود الترخيص نلاحظ أنه دائماً ما تتصرف نية المتعاقدين إلى الدخول في عقد ترخيص وليس عقد بيع كامل إذ حينها سيكون الفرق في الأسعار هائلاً ما بين عقد الترخيص وعقد البيع طبعاً لصالح عقد البيع، مما يستتبع أن يلتزم المرخص له باحترام شروط الترخيص والتقيّد بها الأمر الذي يجيز للمرخص دائماً إلغاء الترخيص فيما لو خولفت وذلك لأن المرخص له لمدى الحياة يمكن أن يدفع بدل الترخيص مرة واحدة ويمكن أن يدفع بطريقة إيجار الترخيص وذلك على فترات معينة.

3. الشروط الواضحة على بعض البرامج والتي تفيد بعدم البيع أو النسخ أو التعديل أو أي شيء آخر والسابق الحديث عنها والتي تؤكد في مجملها أن هذا عقد ترخيص لفترات وليس عقد تملك لإمكانيات البرنامج أو لحقوق نشره⁽²⁾.

¹ (1). أنظر في الطبيعة القانونية لعقد الترخيص باستعمال برنامج الكمبيوتر وهل هو من قبيل عقود بيع حق الاستعمال أم من قبيل عقود الإيجار، د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 70-85.

² (2). راجع سابقاً الشروط النموذجية ص.

ثانياً: إن الواقع العملي يشير أن الغالبية العظمى من البرامج النموذجية يتم تداولها من خلال عقود ترخيص بالاستعمال بحيث يمكن تكيفها كما أسلفنا بأنها عقود تأجير للمال المنقول المعنوي⁽¹⁾ والذي هو البرنامج وطبعاً إن عقود الإيجار محورها المدة، أو الوقت الذي يشكل بديلاً للثمن في المحل. وهو محور المنفعة بالمأجور ويؤكد على ذلك في عقود الإعداد ما يلي:

1. إن عقد الترخيص لا يقدم للمستخدم إلا حق شخصي في مواجهة المورد أو المنتج على خلاف عقد التنازل بالبيع الذي يمكنه من كافة حقوقه الملكية⁽²⁾.

2. يلتزم المورد أو المنتج طيلة فترة إيجار الاستعمال بإصلاح الأعطال وهذا ما رأيناه سابقاً في بعض العقود النموذجية في مقابل إمكانية المستخدم بالانتفاع بطريقة مثلى ببرنامجهم في ضوء الغرض الذي من أجله تم إنتاج البرنامج وهذا دليلاً آخر على دور المدة أو الوقت في مثل هذه العقود⁽³⁾.

3. يري الفقه أن أية مميزات يمنحها مؤلف البرنامج مثلاً أو مورده إذا كانت له الملكية للمستخدم كبيع أشكال الاستعمال والاحتفاظ بنسخ احتياطية إنما تتم في ضوء كونها لازمة لحق

¹ (1).د. حسن جميعي مرجع سابق ص 76-80، د. محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 82 وما بعدها، وفي هذا المعنى أيضاً د. أنس السيد عطية سليمان، ضمانات نقل التكنولوجيا للدول النامية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1996، ص 287 وما بعدها.

² (2). يمكن مراجعة المواد 143 و 145 و 147 و 149 من القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية المصري الكتاب الثالث حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية عدد 22 مكرر 2/6/2002 وهي تقابل المواد 9/ و 7 من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم 22 لسنة 1992 - الجريدة الرسمية عدد 3821، 16/5/1992.

³ (1). احمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مرجع سابق، ص 250، ود. نصيره بو جمعة سعدى، مرجع سابق، ص 162-163.

الاستعمال ومرتبطة به مثل حق النسخ المقيد.. الخ. وقد قضت محكمة استئناف مونيبلية برفض تكليف عقد ترخيص برنامج محاسبي بأنه عقد بيع للبرنامج أو بيع لحق الاستعمال وانتهت إلى أنه عقد ينحصر بتمكين العميل من الانتفاع بسلطة استعمال البرنامج مع بعض المميزات التابعة لهذا الحق من خلال عمل نسخة احتياطية للبرنامج وقالت أن هذا يعتبر من قبل عقود إيجار الأشياء المعنوية⁽¹⁾.

ثالثاً: ولنا دليل على دور المدة وأهميته بالشرط المشهود الذي تضعه شركة مايكروسوفت⁽²⁾ العالمية على برامجها المنتشرة بالأسواق وبالذات برامجها التطبيقية (بطريقة فض العبوة) (يدخل العقد حيز النفاذ بمجرد فض العبوة لأي من طرفيه أن يضع حداً لاستمراره بإعذار الطرف الآخر برغبته في إنهاء التعاقد قبل شهر من حلول التاريخ الذي يحدده لذلك).

وبحسب مايكروسوفت أيضاً بالنسبة لعقود مقاولات الإعداد أن الترخيص يبقى سارياً طالما العميل ملتزماً بدفع الأجرة بشكل دوري ما لم يعلن أحد المتعاقدين رغبته في الإنهاء أو الفسخ ويعتبر العقد منفسخاً بغير حاجة إلى اعذار عند إحلال العميل بشروطه، وفي حالة فسخ العقد فإن العميل يلتزم فوراً بإعدام كافة الوثائق وجميع النسخ التي يحوزها من البرنامج أو عنه⁽³⁾.

¹ (2).أشار إليه د. حسن جميعي، مرجع سابق، ص 78
Montbtellier-2Jullet.1991-ede,1,141n⁰⁹..

² (3).هي شركة برمجيات يعمل فيها حوالي 16 ألف موظف وتبلغ مبيعاتها السنوية 6 مليارات دولار وتقدر قيمتها السوقية بـ 500 مليار دولار ويملك بل غينس لوحده 80% من أسهمها، طبعاً وهي كبرى شركات البرمجة في العالم. د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص 22.

ويتضح لنا مما أوردناه سابقاً أن هذه في أغلبها عقود مستمرة التنفيذ حيث تتميز بالتزامات متكررة مثل عقود الإيجار فعلى المستفيد المستأجر أن يدفع كل مرة بدلاً للإيجار⁽¹⁾، إذا تم تحديد مدة أما إذا لم يتم تكون مدتها غير محدودة فينقلب العقد إلى عقد غير لازم ينتهي كما رأينا في عقود المايكروسوفت بإفصاح أحد الطرفين عن رغبته في ذلك⁽²⁾، وقد يشترط أحد المتعاقدين بحق الاحتفاظ لوحده بإنهاء العقد على أن لا يكون هذا الحق أبدي لأن في ذلك ما يخالف النظام العام.

هذا بالإضافة إلى إمكانية تجديد هذه العقود ونقص العقود مستمرة التنفيذ عند انتهاء المدة بشرط يسمح بهذا التجديد سواء اتفاقي أو تلقائي وهذا مستمد من القواعد العامة في القانون المدني وبالذات في عقد الإيجار، ولكن إذا تم النص صراحة على أن التجديد يجب أن يكون صريحاً فلا مجال لأعمال التجديد التلقائي.

ويمكن اعتبار التجديد قد تم ضمناً كاعتبار السكوت المتخذ من قبل الأطراف خلال مدة معينة سابقة للمدة الأولى تجديداً للعقد وهذا كله يعمل به في حالة عدم وضع شروط تنص على كيفية التجديد للعقد فمثلاً يمكن أن يرد شرط يحدد التجديد بقاء الأطراف

³ (1) د. فاروق الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، ج1، ص 70 وما بعدها. وهيكتور مكيوين، مرجع سابق، ص 133، وكذلك يمكن مراجعة د. أبو العلا علي النمر، مرجع سابق، ص 77-85، ود. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 97-98.

¹ (2) المادة 586 فقرة 1/ من القانون المدني المصري تقابل المواد 666 و667 مدني أردني والمادة 703 فقرة 1 مشروع فلسطيني.

² (3) تنص المادة 670 من القانون المدني الأردني (إلا إذا لم تحدد مدة لعقد الإيجار وقد جرى العقد بأجرة معينة لكل وحدة زمنية، انعقد لازماً لوحدة زمنية واحدة ولكل من الطرفين فسخه في نهايتها، وكلما دخلت وحده أخرى والطرفان ساكنان تجدد العقد لازماً عليها) قريباً من هذا المعنى المادة 563 مدني مصري، والمادة 669 مشروع مدني فلسطيني.

فالتقاءهما لا يعني التجديد ولكن يعني المفاوضات على التجديد⁽¹⁾.
 وفيه قد أجمع الفقه على أن تجديد عقد الإعداد والذي يعتبر اتفاق جديد على العمل بالعقد السابق ليس بالضرورة فيه أن تتطابق المدة الجديدة مع السابقة وكذلك ليس بالضرورة أن يكون بنفس المقابل ولكن يمكن أن يرد الاتفاق على العمل بالعقد السابق على شروط الملكية الفكرية وقوانين الحماية إذا لم يكن قد استجد ما يعيق العمل بها وكذلك على شروط الترخيص... الخ⁽²⁾.
 ونحن إذ نطبق بعض أحكام عقد الإيجار على بعض عقود الإعداد فهو ليس من باب أن كل عقود الإعداد يطلق عليها وصف عقود إيجار ولكن فقط لكي نبرز دور المدة في هذه العقود. لتشابهها الكبير في بعض هذه النماذج مع الأحكام العامة لعقد الإيجار لذلك لا ضير من استلهم بعض أحكامه.

الفرع الثاني

المدة في العقود فورية التنفيذ

بداية نقول إن العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً أساسياً فيه أي حتى لو كان للزمن دور في وقت أو أجل التنفيذ، لكن لا دور له في تحديد محل الالتزام⁽³⁾.

والمبدأ العام في العقود كافة أن الالتزامات الناشئة عن العقد تبدأ مباشرة حالما يتم إبرام العقد وهذا يعني أن بداية التنفيذ تكون مع اللحظة التي يتم فيها

¹ (1). راجع المواد 598 و 599 مدني مصري والمواد 707 مدني أردني والمواد 716 و 718 مشروع مدني فلسطيني.

² (1). راجع في هذا د. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 116، ود. حسن جميعي، مرجع سابق ص 62-66.

³ (2). أستاذنا د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 62. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 21، د. السنهوري، مرجع سابق، ص 256.

إبرام العقد، وقياساً على رأي الفقه بخصوص العقد الفوري المشار إليه في الفقرة السابقة فإن بيع برنامج أو الترخيص باستعمال برنامج ينشأ التزام بالتسليم ودفع الثمن حالما يتفق الطرفان على المبيع أو شروط الترخيص والبدل حتى لو تم تأجيل وقت التسليم إلى وقت لاحق يختاره الطرفان، إذ أن الالتزام قد نشأ مع إبرام العقد ورتب في ذمة كل منهما واجبات.. الخ وطالما أن العقد ونقصد هنا العقد الذي محله برنامج طبعاً سواء كان بيعاً أم ترخيصاً باستعمال وسواء سيتم إعداده أم معد سلفاً. طالما أن هذا العقد قد نص على أن التسليم لاحقاً فلا مانع قانوني من ذلك كما أسلفنا، وكثيراً ما نصادف في عقود الإعداد أن يتم تحديد وقت معين لتفقد العقد، وكذلك تعليق تنفيذ الالتزام نفسه على إنجاز عمل معين⁽¹⁾ كأن يطلب معد أو منتج البرامج تجهيز المستخدم لنفسه أو بأية طريقة كانت (يمكن أن يقوم بها المنتج نفسه بأجهزة ذات طاقة استيعابية مثلاً معينة أو بأجهزة من نوع معين أو يشترط هو تدريب من سيعمل على برامجه أو انتداب خبير من عنده... إلى ما شاء الله من شروط يمن أن تجعل دخول حيز النفاذ في وقت لاحق لوقت إبرام العقد. وبالبحث والتدقيق نلاحظ ملاحظة هامة وهي أنه رغم أن هناك في مجال الإعداد عقود فورية التنفيذ إلا أنه وكما أسلفنا في الفرع السابق فإن هذه المدة

¹ (1). ذكرنا سابقاً أن هذا العقد يمكن أن يتم تنفيذه النهائي بعد اجتياز عدة مراحل وبالذات قضية اختبارات القبول الأولية والثانية وكذلك بعض البرامج التي تعرف في الغرب، of the shelf والتي توحى بأن عقد شرائها هو عقد بيع عادي لأنه يتم تناولها من على الرف ولكنها في الحقيقة عقود ترخيص باستعمال يشترط في بعضها أن يتم تشغيلها على جهاز من نوع كذا أو طبقاً لمواصفات كذا أو موجود عليه برنامج أساسي كذا وهذه كلها تتطلب من المستخدم القيام بأعمال لبدء سريان عقد الترخيص - راجع سابقاً ص ، وكذلك يمكن مراجعة د. فاروق الحفناوي، موسوعة الكمبيوتر ونظم المعلومات، نماذج عقود ج 1، ص 90 وص 242 وما بعدها.

تبرز بشكل أوضح وأكبر في عقود الإعداد حيث أن العقود مستمرة التنفيذ تطغى صورها على العقود الفورية التي تكاد تنحصر في بيع برامج تتضمنه حقوق الملكية الفكرية للبرنامج نفسه وهي تكون على شكل تنازل المبرمج نفسه لشركة برمجيات لتسويق برنامجهم ولتصرف فيه كيفما شاءت بعد أن تنازل عن حقوق المؤلف التي يضمنها القانون له أو أن الشركة المسوقة للبرامج وهي التي أنتجتها أو اشترتها من المبرمج قد باعها متنازلة في هذه الصفقة أو العقد وبصورة جلية وواضحة عن حقوق الملكية كاملة بحيث ينقذ العقد فوراً في هذه الحالة وتترتب آثاره ويملك المستخدم كافة الحقوق عليه وطبعاً هذه الصورة نادرة الحدوث في الحياة العملية في مجال البرمجيات رغم أنها كما أسلفنا تحصل فيما بين الشركات المختصة بالبرمجة بعضها قبل الآخر وفي هذه الحالة يكون ثمن البيع للبرنامج عالياً جداً كما ذكرنا سابقاً.

ويبقى الوجه الأكثر شيوعاً وقبولاً في هذا المجال هو بيع السماح باستخدام البرنامج لمدة معينة أو مدى الحياة وفق الشروط التي تمت مناقشتها سابقاً والتي تحمي حقوق المؤلف وتمنع من استغلال البرنامج والتصرف فيه أي بشكل مختصر تبقى عقود المدة هي الأكثر شيوعاً.

المطلب الثاني

سريان العقد من حيث المكان

هناك بعض الخصوصية التي تنفرد بها عقود الإعداد بخصوص قضية المكان وهذه الخصوصية تتعلق دائماً في الحيز المسموح به العمل بعقد الإعداد أو الترخيص والتقنية الواجبة التنفيذ حصراً على جهاز معين، أما باقي قواعد التسليم فإنها لا تختلف عنها في القواعد العامة للعقود.

إن تحديد الحيز المكاني الذي يصرح باستعمال البرنامج فيه يعني ضمناً تحديد الموقع الذي سيعتبر فيه البرنامج⁽¹⁾ فمثلاً القيام بإعداد أو تطوير برنامج كمبيوتر وسواء كان من برامج التطبيق أو من برامج التشغيل لصالح شركة معينة غالباً ما يصاحبه شرط يقيد هذه الشركة كصاحبة امتياز (مستفيد) بعدم استخدام هذا البرنامج إلا في مكان واحد دون أماكن أخرى، ذلك بالنص على ذلك صراحة في العقد والدافع الرئيسي في اعتقادنا لمثل هذه الشروط دائماً هو خوف المنتج أو المبرمج (صاحب حق الملكية على البرامج) على حقوقه الواردة على البرامج بسبب تذبذب أو تدني مستوى الحماية في بلاد معينة أو مدن معينة بالمقارنة ببلاد أخرى أو مدن أخرى، لأسباب منها اختلاف القوانين في البلد المتفق عليه عنها في البلاد أو الأماكن المحظورة أو أن قوانين البلد المتفق عليه تعادل قوانين بلاده من ناحية الحماية ونلاحظ هذه الشروط إذا كان المنتج شركة تعمل في دول مثل (أوروبا، أمريكا، اليابان، الخ) فهي تتشدد في الحماية وذلك على خلاف دول أخرى⁽²⁾.

¹ (1) Michel Rennie - Computer contract - Sweet and Maxwell - London, 1998 p.51.

ويمكن مراجعة الكيلاني، مرجع سابق، ص 349 ود. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 184.

² (1) Henry Carr and Richard Arnold - Computer Software - Legal protection in the United Kingdom. 3rd ed. London, Sweet and Maxwell, 1998. p.7.

ويمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 90، وما بعدها، ود. شحاته شلقامي، مرجع سابق، ص 43 في تعليق على التوجيه الأوروبي الصادر في 14/5/1991 بشأن حماية برامج الحاسب الآلي، ومما يذكر هنا أن أغلب الدول في الوقت الراهن قد رفعت مستوى الحماية للبرامج خصوصاً بعد توقيع معظم دول العالم على اتفاقيات الجات الجديدة ومن أهم اتفاقياتها الثمانية والعشرين اتفاقية المجالات المتعلقة بالتجارة في = حقوق الملكية الفكرية. Agreement on Trade - Related Aspects Intellectual Property Rights

ويمكن أن يضيق صاحب حق الملكية على البرنامج على المستفيد أو المستخدم أكثر من ذلك كأن يسمح باستخدام البرنامج في فرع من فروع الشركة أو في مركزها الرئيسي بقوله مثلاً: (في الفرع الرئيسي للشركة الكائن في شارع كذا أو في كافة فروع الشركة في دولة كذا).

أو أن استعمال البرامج سيكون على الأجهزة التي تم الاتفاق عليها في العقد ومفاد ذلك عدم جواز استعمال البرنامج على أجهزة خلاف تلك التي تم ذكرها في العقد وهذا يقود إلى الافتراض التالي: إذا كان المستفيد أو المستخدم قد تسلم برنامج الكمبيوتر موضوع الإعداد على وسطين مثلاً (قرص مرن Floppy و CD) فلا يجوز له أي للمستخدم استعمال كلا الوسيطين على جهازين مختلفين كما لا يجوز له تأجير أو إقراض أحدهما للغير⁽¹⁾.

وغير ذلك الكثير من الشروط التي لها علاقة مباشرة بمكان استخدام البرامج وأحدثها تلك الشروط التي تمنع من استخدام البرنامج موضوع الإعداد على جهاز كمبيوتر يمكن الوصول إليه عن بعد والقصد أنه متصل بالشبكة الدولية للمعلومات "الانترنت" والذي يعبر عنه

فقد أعطت هذه الاتفاقية لحماية البرامج بعداً عالمياً وربطت موضوعات حمايتها بآليات محددة لا تستطيع الدول الفكك منها مما انعكس على تشريعات هذه الدول وأهم ما جاء فيها أنها عممت حماية البرامج بموجب حق المؤلف باعتبار البرامج مصنوعات أدبية (م 11 ف 1) نصوص الاتفاقية منشورة بالجريدة الرسمية 244 في 15/5/1995، ص 397. راجع في هذا الشأن د. أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 13 و 14، وكذلك د. محمد حسام لطيفي، في تأثير اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس) على تشريعات الدول العربية - القاهرة 2000.

¹ (1). يمكن مراجعة عقود شركة IBM وبالذات العقود النموذجية أو النمطية للشركة والتي لا تسمح باستخدام برامجها إلا على أجهزتها المحددة في العقد وتحدد في هذه العقود أيضاً الأماكن التي لا يجوز استخدام البرامج فيها. يمكن مراجعة عقود IBM، مرجع سابق، ص 190 وكذلك يمكن الرجوع إلى Raysman and Broun. PR. P. 190 وهيكتور ماكويين، مرجع سابق، ص 125.

Non Remotely Accessible وكذلك الشرط الذي يمنع من استخدام البرنامج على جهاز كمبيوتر متصل بشبكة من أجهزة الكمبيوتر Computer Network كتلك البرامج المعقدة والتي يتم إعدادها خصيصاً لتستخدم في إدارة أعمال المؤسسات الكبيرة والبنوك وشركات الاتصالات أو إدارة حركة الطيران والتي يشترك في إنتاجها خبرات كبيرة ويتم التعاقد عليها عبر اتفاقيات واضحة بين الأطراف تحدد بالضبط مكان التشغيل والشبكات المتصلة والحماية وما إلى ذلك⁽¹⁾. فالمستثمرون والمنتجون والمطورون لبرامج الكمبيوتر إذا أحسوا واستشعروا أن استثماراتهم وجهودهم الفكرية في مأمن وأن عائداتهم دائماً محمية بموجب قوانين فإن ذلك سيكون مدعاة لازدهار هذه الصناعة في المستقبل ويشكل حافزاً لهم وكذلك تشكل الحماية سياجاً يضمن وصول هذا الإبداع إلى كل أفراد المجتمع لكي يستفيدوا منه بطريقة مشروعة ومنظمة وإلا فإنهم سوف يختارون البيع وحده والذي سيكون بمبالغ طائلة وبالتالي سيصبح برنامج الكمبيوتر بعيداً عن متناول أغلب أبناء الطبقات المتوسطة والفقيرة.

إن تحديد مكان العقد ضروري أيضاً في العقود الدولية الواردة على إعداد البرامج بحيث يترتب عليه أمور كثيرة منها تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي وهذا ما سنحاول معرفته من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول

موقف القوانين النموذجية

في البدء لا بدّ من القول أن العقد المبرم داخل إقليم الدولة لا توجد مشكلة في اختيار القانون الواجب التطبيق عليه خاصة إذا كان تنفيذه أصلاً

¹ (2). د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص 133، وكذلك يمكن مراجعة Henry Carr and Richard - Computer Software - PR. P 9.

سيكون في داخل هذا الإقليم⁽¹⁾. وفيما يتعلق كذلك بتحديد المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع فإن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 49 من قانون المرافعات المصري تشير بهذا الصدد إلى اختصاص محكمة موطن المدعى عليه فوفقاً لهذه المادة تكون المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، وإذا تعدد المدعى عليهم يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة أحدهم بحسب اختيار المدعى. ولا نريد أن نطيل في هذه القضايا فهي أولاً ليست محور هذا البحث وثانياً هي قد أشبعت بحثاً في الكتب والمراجع العامة.

أما النقطة مثار الخلاف والتي عادة ما ترافق عقود إعداد البرامج فهي عندما يكون العقد دولي أي مبرم عبر الحدود والذي يخضع في هذه الحالة من حيث القانون الواجب التطبيق بشأن المنازعات الناشئة عنه والقضاء المختص بنظرها كقواعد القانون الدولي الخاص والتي سنحاول استظهارها عبر استجلاء موقف القوانين والاتفاقيات الدولية بخصوصها. وقد اقرت معظم الأنظمة القانونية في العالم والمعاهدات الدولية ذات الشأن حرية أطراف العقد في اختيار القانون أو النظام القانوني المطبق عليه، فالعقد يخضع للقانون الذي اختاره أطرافه صراحة أو ضمناً وهو ما يسمى بقانون العقد، the Law Chosen by the Parties ويعتبر هذا المبدأ في ذاته قاعدة من قواعد تنازع القوانين⁽²⁾ وقد تبنى القضاء الانجليزي قانون إرادة المتعاقدين حتى قبل التوقيع على اتفاقية روما (الاتفاقية الأوروبية بشأن القانون

1 (1). المادة 49 من قانون المرافعات المصري والمادة 25 من القانون المدني المصري.

2 (1). أستاذنا د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة، مرجع سابق، ص 183. ود. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1995، ص 787.

المطبق على الالتزامات العقدية روما 1980⁽¹⁾. إذ وفقاً للرأي التقليدي فيه أن على القاضي الوطني لدى عرض النزاع أمامه أن يتأكد قبل كل شيء بربط العقد المتنازع فيه بقانون وطني معين يطلق عليه الفقه الانجليزي The Proper law of contract وهذا القانون هو الذي يختاره الطرفان عند التعاقد صراحة أو ضمناً⁽²⁾.

وهو نفس المعنى الذي جاءت به المادة الثالثة من اتفاقية روما في المادة الثالثة منها بقولها (يحكم العقد القانون المختار بين الأطراف)⁽³⁾.

وهو أيضاً ما جاء في الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي على أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع⁽⁴⁾.

وهو نفس ما جاء في قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 حيث نصت المادة 28 منها (تفصل هيئة التحكيم بالنزاع وفقاً لقواعد القانون المختار بين الأطراف باعتبار واجب التطبيق على موضوع النزاع)⁽⁵⁾.

وكذلك جاءت اتفاقية مكسيكو المبرمة بين الدول الأمريكية في عام 1994 والخاصة بالقانون واجب التطبيق على العقود الدولية حيث نصت المادة

1 (1). والتي نصت في المادة 2 و 3 منها على حرية الأطراف باختيار القانون الذي سيحكم العقد مع إشارتها لضوابط معينة في ذلك.

2 (2). د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 179.

3 (3). نصوص الاتفاقية منشورة في Revue Critique de droit internationale prive ص 875 وما بعدها.

4 (4). المادة 8 من الاتفاقية أشار إليها د. عادل أبو هشيمة - مرجع سابق، هامش ص 68.

5 (5) نصوص هذا القانون منشورة. Revue de 1 arbitrage 1986. pp. 601-615.

السابعة على أن (يحكم العقد القانون المختار بين الأطراف ...) (1).

وهذه الأحكام التي أتت بها اتفاقيات دولية تتوازي وتتساير مع أحكام التشريعات الوطنية في هذا الشأن فالمادة 19 من القانون المدني المصري تنص على (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين. إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد التطبيق) (2).

وإذا كانت هذه القوانين النموذجية بها والوطنية قد أعملت اتفاق الطرفين و أعطته الأولوية في التطبيق إلا أنها في نفس الوقت عالجت حالة ما إذا كان ليس هناك اتفاق صريح على القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فالمادة الرابعة من اتفاقية روما السابق الإشارة إليها في فقرتها الأولى جعلت القانون الذي يطبق على العقد هو قانون الدولة التي يرتبط بها العقد بأوثق الروابط (3). طبعاً هذا كله إذا لم يتضمن نص صريح على القانون الواجب التطبيق ولم يستطع القاضي أو المحكم استظهار توجه إرادة الأطراف الضمنية إلى إعمال قانون معين على عقدهم وهو ما

1 (1) نصوص الاتفاقية منشورة في Revue Critique de droit internetal prive, 1995 ص 173 وما بعدها.

2 (2) تقابل المادة 20/1 من القانون المدني الأردني والمادة 62 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27/11/1998 والمادة 29 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأغلب قوانين التحكيم الصادرة في الوطن العربي منحت الأطراف حرية اختيار القانون المطبق على النزاع ألزمت محكمة التحكيم بأعماله.

3 (1). في تفاصيل هذه الاتفاقية يمكن مراجعة د. طرح البحور علي حسن فرج - تدويل العقد - دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما في= = 19/يونيو 1980 وتقديم د. هشام صادق منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000. وكذلك يمكن مراجعة أستاذنا د. احمد شرف الدين - عقود التجارة - مرجع سابق، ص 170-175.

أكدت عليه لائحة مجلس الجماعة الأوروبية رقم 44/2001 المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية والتي دخلت حيز التنفيذ في شهر مارس 2002 بقولها إذا لم تتوافر ضوابط سابقة (طبعاً إرادة صريحة أو ضمنية يمكن استنباطها) فإن الاختصاص ينعقد بمحكمة المكان الذي تم فيه أو الذي يجب أن يتم فيه تنفيذ الالتزام الأساسي في العقد، طبعاً مع ملاحظة أن الأمر يجب أن يتعلق بمكان واقع داخل الاتحاد الأوروبي⁽¹⁾.

والقانون الأوثق صلة بالرابطة التعاقدية قد حددته اتفاقية روما نفسها في الفقرة الثانية من المادة الرابعة بقولها (يفترض أن للعقد الروابط الأكثر وثوقاً مع الدولة التي يوجد فيها لحظة إبرام العقد، محل الإقامة المعتاد للشخص الذي عليه القيام بالأداء المميز في العقد أو إذا كان الأمر يتعلق بشركة أو جمعية أو شخص معنوي فمركز إدارته الرئيس)⁽²⁾.

وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد فلا خروج كثيراً عن القواعد العامة في قضية تنازع القوانين فالواقع أنه إذا لم يتم تحديد الإرادة الصريحة أو الضمنية عبر استخدام سلطة القاضي، في استنباط هذه الإرادة من الظروف المحيطة أو من صيغة العقد مثلاً... الخ. وهو ما يسمى مؤشرات توطين العقد أي وضعه في مكان يخضع لقانونه باعتباره الأنسب لحكم المنازعات المترتبة عليه، فيتم البحث بعد ذلك عن مكان الإبرام أو مكان التنفيذ أو تركيز العقد أي تطبيق قانون البلد الذي سينفذ فيه الجزء المركزي أو الجوهرى⁽³⁾، هذا العقد

1 (2). يمكن مراجعة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 95-96.

2 وكذلك يمكن مراجعة اللائحة نفسها على الموقع الإلكتروني التالي:
 (1). يمكن مراجعة د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 199.

3 (2). يمكن مراجعة د. هشام صادق، مرجع سابق، ص 790 ود. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 210، ود. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، ط 9، الهيئة العربية للكتاب، القاهرة، 1986، ص 440.

ونلاحظ أن لا خروج في عقود الإعداد لبرامج الحاسب الآلي عن القواعد العامة في القانون الدولي الخاص والتي تحكم تنازع القوانين لا بل ونلاحظ أكثر أن أغلب عقود الإعداد سواء النموذجية أو التي يسبقها مفاوضات دائماً يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق والجهة المختصة بفض المنازعات والتي غالباً ما تكون لجان تحكيم وحتى الإجراءات يكون منصوص عليها⁽¹⁾

الفرع الثاني اتفاق الطرفين

بيننا في الفرع الأول من هذا المطلب كيف أن القوانين النموذجية والوطنية بخصوص العقود الدولية كلها قد احترمت إرادة الأطراف في تطبيق قوانين معينة على عقودهم وكذلك في احترام إرادتهم بالخضوع لنظام قضائي معين أو إلى التحكيم واتفقنا أن أغلب عقود إعداد البرامج سواء النمطية أو العقود التي يسبقها مفاوضات وتكون على شكل مقاولات إعداد عادة ما يتم إدراج بند خاص فيها حول القانون الذي يحكم العقد وسبل فض النزاع⁽²⁾. لا بل وأكثر من ذلك يكاد يكون هناك ظاهرة دولية لا يمكن إغفالها في ساحة التجارة الدولية وهي تفضيل رجال الأعمال الأجانب لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية بوصفها القانون الواجب التطبيق على العقد وذلك لأنها سهلة وواضحة وذات لغة وأحكام مرنة خصوصاً أن رجال الأعمال هؤلاء دائماً وأبداً يشترطوا خضوع النزاع للتحكيم⁽³⁾.

1 (2). كما أسلفنا سابقاً عندما ناقشنا شروط العقود المتعارف عليها فإن

هذه العقود غالباً ما تشمل شرط تحكيم ومعه يكون منصوص أن إجراءاته وفق الإجراءات المتبعة في غرفة التحكيم الدولية كذا وأن القانون الواجب التطبيق هو قانون كذا... الخ أنظر سابقاً ص.

2 (1). يمكن الرجوع إلى د. فاروق الحفناوي، موسوعة الكمبيوتر ونظم المعلومات، مرجع سابق، نماذج العقود، ص 107.

3 (2). د. أبو العلا علي نمر، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 90 - 100. وكذلك نفس المؤلف، دور المستشار

غير أن اختيار أطراف العقد لقانون معين قد لا يعمل به. وذلك لتعارض أحكامه مع النظام العام أو رعاية لاعتبارات اجتماعية أو منطقية مثل الحماية التي يسبغها القانون على مستهلكين في بلد معين يحول دون تطبيقها اختيار قانون آخر لا يكفل مثل هذه الحماية خصوصاً إذ كنا أمام اختيار مصطنع لقانون معين الهدف منه التهرب فقط⁽¹⁾.

وهذا أيضاً نفس ما جاءت به اتفاقية روما في مادتها الخامسة حيث أوضحت الفقرة الثامنة منها أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يعمل به إذا كان يحرم المستهلك من الحماية المقررة في القواعد الآمرة في قانون الدولة التي يقع فيها موطن الإقامة المعتاد للمستهلك، وذلك يعني أن القانون الواجب التطبيق في عقود البرامج إذا كان المنتج أمام مستهلك هو قانون الدولة التي يقع فيها محل الإقامة المعتاد للمستهلك وذلك إذا كانت قواعد حماية المستهلك في هذا القانون هي قواعد أمره⁽²⁾.

ويلاحظ كذلك أن هذا المبدأ قد ورد في لائحة المجلس الأوروبي رقم 44/2001 والسابق الحديث عنها حيث قررت المادة 16 منها أنه لا يمكن رفع الدعوى على المستهلك إلا أمام محاكم الدولة العضو التي يوجد بها موطنه، أما إذا كان المستهلك هو المدعي فله الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو أمام محكمة الدولة العضو التي بها المدعي عليه وقد أوضحت المادة 17 من نفس اللائحة بطلان الشروط المحددة للاختصاص القضائي في العقد

القانوني، مرجع سابق، ص 92.

¹ (1). أستاذنا د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 184. ود. عادل أبو هشيمة حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق، ص 132.

² (2). د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص 98. ويمكن مراجعة المادة 5 من الاتفاقية، مشار إليها سابقاً. وكذلك د. شرف الدين، المرجع السابق، ص 184، وما بعدها.

المبرم مع المستهلك. ولقد ذهبت بعض التشريعات المعاصرة إلى التعتيل الكلي لمبدأ أعمال إرادة الأطراف في اختيار قانون العقد مثل ذلك نص المادة الثانية من قانون حماية المستهلك المصري (حرية ممارسة النشاط الاقتصادي مكفولة للجميع ويحظر على أي شخص إبرام أي اتفاق أو ممارسة أي نشاط يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية وخاصة ... الحق في رفع الدعاوي القضائية عن كل ما من شأنه الإخلال بحقوقه أو الإضرار بها أو تقيدها...) والمادة 10 من نفس القانون (يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون). وكذلك فعل المشرع الأمريكي في القانون الموحد لمعاملات المعلومات الحاسوبية في الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1999⁽¹⁾ Uniforin Computer information transactions 1999 ، فبعد أن أتاح للمتعاقدین اختيار القانون المطبق على عقدهما استثنى العقد الذي يعقد مع مستهلك بقوله (تخضع عقود الاستهلاك التي تستدعي تسليم نسخ مادية من البرامج لقانون المكان الذي يجب تسليمها فيه للمستهلك)⁽²⁾.

¹ (1) Wipo. Primer on electronic commerce and instintual property issues. May/2000

دراسة قامت بإعدادها الوايو بعنوان دراسة مبدئية في التجارة الالكترونية ومسائل الملكية الفكرية في 5/2000 وهي متاحة على الموقع الالكتروني التالي: www-we-commerce.Wipo.int

² (1) المادة 187/2 نفس الحكم جاء في المادة 120 من القانون الفيدرالي السويسري لحماية المستهلك يمكن مراجعة د. عادل أبو هشيمة حوته، مرجع سابق، ص 122. والمادة 6 فقرة 2 من التوجيه الأوروبي رقم 13/93 والسابق الإشارة إليه نصت على ضرورة أن تتخذ الدول الأعضاء الإجراءات اللازمة من أجل أن لا يحرم المستهلك من الحماية الموجودة في هذا التوجيه عند اختيار الأطراف لقانون دولة غير

وغير ذلك الكثير من التشريعات التي تصب في نفس الخانة بخصوص الحد من إرادة الأطراف، اختيار القانون المطبق على العقد إذا كان المتعاقد المهني أمام مستهلك منطلقاً من فلسفة مفادها أن ترك الحرية لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق تفقد كل مبرراتها وأسباب وجودها إذا أدت إلى عدم التوازن بين مصالح الأطراف المتعارضة كأن تؤدي إلى الإجحاف بمصالح الطرف الضعيف⁽¹⁾. وخلاصة القول في هذا السياق أنه رغم تنوع المصادر القانونية والمراكز العقدية فإنها في مجملها تتجه نحو تركيز عقد الإعداد إذا كان دولياً في مكان إقامة المستهلك عندما يكون هذا المستهلك طرفاً في العقد وذلك بخلاف عقد الإعداد إذا ما أبرم بين مهنيين أو أفراد عاملين بعضهم مع البعض حيث يعمل هنا مبدأ الحرية التعاقدية أي حرية الأطراف⁽²⁾، في اختيار القانون والقاضي دون خلاف مع قواعد النظام العام ومن ثم وكما أسلفنا يتم إعمال قواعد تنازع القوانين إذا لم تتضح هذه الإرادة ولم يمكن استظهارها.

¹ عضو ليطبق على عقدهم.
(2) د. عادل أبو هشيمة ، مرجع سابق، في اقتباس عن الفقيه الألماني NEUHAUS، ص 120.

²1) Amelia H.Boss & Jeffrey B. Ritter, A legislative Response to the Issues of Software Contracting , Osborne McGraw -Hill, New York, 2end edition ,1996. p.124